

[SEPTIEMBRE DE 2025 - NRO. 114]

# CUADERNOS JURÍDICOS DE DERECHO DE FAMILIA

**Edición especial**

**REVISTA DE JURISPRUDENCIA  
Y DOCTRINA**

**Homenaje al profesor Lorenzo Sojo, creador de los  
*Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia***

DIRECTORA: URSULA C. BASSET - SECRETARIA ACADÉMICA: ELIANA M. GONZÁLEZ - COORDINADORA GENERAL: MARÍA CELESTE ROMERO - CONSEJO ACADÉMICO: JORGE A. MAZZINGHI (H.), ALEJANDRO C. MOLINA, JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, AGUSTÍN SOJO, MARÍA M. GALLI FIANT, RODOLFO G. JÁUREGUI Y MARCO A. RUFINO

*Autores:*

**URSULA BASSET  
FERNANDO A. GASTIAZORO  
ELIANA M. GONZÁLEZ  
JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE  
MARÍA AYMÉ MACEDA  
JORGE A. M. MAZZINGHI  
JULIO OJEA QUINTANA  
MARÍA CELESTE ROMERO  
AGUSTÍN SOJO**

**XXX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, CORRIENTES 25, 26 Y 27 DE SEPTIEMBRE DE 2025  
A 10 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**



**EL DERECHO**



**Profesor Lorenzo Sojo**

# CONTENIDO

## **EDITORIAL**

*Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil a diez años del Código Civil y Comercial, en cálido recuerdo del creador de esta Revista, Prof. Lorenzo Sojo, por Ursula C. Basset • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-813*

## **IN MEMORIAM**

*Lorenzo A. Sojo: Un Maestro de la Vida y el Derecho, por Agustín Sojo • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-812*

*Lorenzo Sojo, por Julio Ojea Quintana • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-811*

## **DOCTRINA**

*La lesión y los convenios de partición de la sociedad conyugal, por Jorge Nicolás Lafferriere • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-810*

*Estudio sobre la Teoría de las recompensas: un mecanismo ad hoc en la disolución, por Ursula C. Basset • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-809*

*Los criterios para calcular el monto de las recompensas, por Jorge A. M. Mazzinghi • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-808*

*El derecho real de habitación viudal a 10 años de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, por Eliana M. González • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-806*

*Recompensas entre cónyuges y protección del acervo común. Un comentario a fallo, por Fernando A. Gastiazoro • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-807*

## **PARA IR MÁS LEJOS**

*Para ir más lejos (jurisprudencia). Recompensas, por Maria Celeste Romero • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-805*

*Para ir más lejos (doctrina). Recompensas, por María Aymé Maceda • Cita Digital: ED-VI-CCXLVII-804*

# Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil a diez años del Código Civil y Comercial, en cálido recuerdo del creador de esta Revista, Prof. Lorenzo Sojo

por URSULA C. BASSET (Universidad Católica Argentina - Universidad de Buenos Aires)

Estimado Lector:

La entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, entrado en vigor hace diez años, no fue simplemente un ejercicio de modernización o de recopilación de normas dispersas. Supuso una transformación profunda, tanto en el contenido como en las concepciones subyacentes al derecho privado argentino.

Uno de los efectos inmediatos fue el desplazamiento del vasto cuerpo doctrinario y jurisprudencial que había acompañado al Código Civil durante más de un siglo. Al mismo tiempo, comenzó a construirse una nueva interpretación, a veces bajo la influencia de viejos criterios, otras desde una mirada completamente renovada. Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que motivan este número, a celebrarse en la Universidad Nacional del Nordeste, son parte de ese proceso: el de reconstruir un cuerpo doctrinal sólido y acorde al nuevo régimen.

En el ámbito del derecho de familia, el cambio ha sido aún más significativo. No sólo por la actualización de normas, sino por la transformación en las ideas que subyacen a ellas: nuevas formas de entender la familia y, en especial, el matrimonio.

Esta revista nació precisamente como respuesta a esa transformación. Su fundador, LORENZO SOJO, fue un atento observador de los tiempos. Su lectura constante de la realidad y de la doctrina lo llevó a anticipar muchas de las líneas evolutivas del derecho actual.

Por la época de la fundación de esta revista, allá por el año 2009, ya se percibían los lineamientos de la evolución que sucedería para llevarnos a nuestro presente: libertad, igualdad y no discriminación<sup>(1)</sup>, con preeminencia sobre la noción institucional de la familia, que crecientemente se vería diluída. Estos principios inspiraron al Código Civil y Comercial, cuya efeméride da marco a estas Jornadas.

Ya en ese entonces, Lorenzo Sojo percibía los cambios que se aproximaban y comprendía la necesidad de un acompañamiento doctrinal lúcido y comprometido. Este número quiere rendirle homenaje, a poco de su partida.

Esa evolución se caracterizó al menos por **tres lineamientos**: una desfamiliarización, una desjuridización y una privatización y contractualización del derecho de familia, que se han acentuado estos últimos diez años.

En primer lugar, se hace visible un fenómeno que algunos han denominado la “desfamiliarización del derecho de familia”<sup>(2)</sup>: el paso de una lógica centrada en la institución familiar a una centrada en el individuo y en su realización personal. Como consecuencia, aparece una concepción del matrimonio como fenómeno efímero y no sólo baja la tasa de natalidad sino que el derecho se vuelve crecientemente centrado en derechos individuales. Se trata de una conceptualización curiosamente contraria al ideario de constitucionalización del derecho privado<sup>(3)</sup>, que se invoca como motivación del Código Civil y Comercial, pues los Tratados Internacionales convocan al unísono a la protección de la familia, como elemento fundamental de la sociedad<sup>(4)</sup>.

En segundo lugar, se advierte una tendencia a la desjuridización/desjuridización<sup>(5)</sup> (administrativización del

divorcio, resolución alternativa de conflictos, administrativización de la infancia) y una privatización/contractualización<sup>(6)</sup> (favoreciendo normativas convencionales y privadas por sobre la ley y el orden público, incluso para temas otrora impensables, como la determinación de la filiación en la maternidad subrogada).

Es verdad que, algunas corrientes dentro del nuevo derecho de familia trabajan para su propia extinción, pues la desfamiliarización acaba con el objeto material de la disciplina y la desjuridización y privatización con su objeto formal, removiendo las relaciones de familia de la esfera del derecho. Se daría el caso paradójico de que, si la constitucionalización del derecho privado descubrió los derechos humanos de las personas integrantes de los vínculos familiares más allá de la institución, ahora, y por virtud de los mismos movimientos teóricos, esos mismos derechos se verían diluidos y sin acceso a justicia, si la evolución continúa en la misma dirección.

Esto es especialmente trágico para los niños y para todas las personas frágiles en las relaciones de familia, pues al fuerte le conviene la autonomía, en cambio el débil necesita del derecho, de la familia y de la jurisdicción para su resguardo.

Ya yendo al tema de convocatoria de estas jornadas, a saber, **las recompensas**, estas reflexiones llevan a pensar en otra paradoja: las recompensas son una teoría correctiva del régimen patrimonial de comunidad de bienes ante la eventualidad de la ruptura.

El Código Civil y Comercial ha regulado el régimen de comunidad extensamente y casi podría decirse, sobre-regulado el asunto de las recompensas, cuando el imaginario colectivo y las estadísticas van en sentido contrario.

Las personas optan cada vez menos por el matrimonio, que en el nuevo Código es una opción deslucida y poco atrayente, y, si se casan, cada vez más optan por el régimen de separación de bienes, pues es el que más asegura la protección de su patrimonio personal ante la eventualidad de la ruptura.

Con lo cual, las recompensas, que son un mecanismo correctivo para proteger a el patrimonio de las personas en uniones matrimoniales de larga duración en el régimen de comunidad, probablemente tengan cada vez menos incidencia y la regulación se aplique cada vez menos.

Por otro lado, cuánto menos sean los matrimonios y, de entre ellos, menos contrayentes prefieran la comunidad de bienes, incentivados, como lo hace el Código, por una visión individualista de la vida familiar; tanto menos tiene sentido una regulación complicada y minuciosa de esas relaciones como existe hasta hoy.

O, como también habían propuesto juristas destacadísimos de la doctrina nacional: quizás haya llegado la hora de hacer del matrimonio legal un émulo del matrimonio social: devolverle la trascendencia que tiene para los jóvenes y no tan jóvenes como un paso de mayor compromiso, toda vez que la regulación actual está visto que resulta cada vez menos atractiva.

## Este número

Este número se estructura en tres partes. La primera, un sentido homenaje a nuestro fundador, con palabras de su hijo, el Prof. Agustín Sojo, y de su amigo y colega, el Prof. Julio Ojea Quintana.

La segunda sección presenta estudios doctrinarios vinculados a las Jornadas Nacionales: una contribución de Nicolás Lafferrière sobre la lesión en convenios de divor-

(1) Recordamos un libro que gentilmente nos había obsequiado en esa ocasión, en la que Pascale Boucaud ya prefiguraba estos cambios. Sobre los principios rectores, ya se encontraban enunciados en BOUCAUD, Pascale, “L'évolution du concept de vie familiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, en BOUCAUD, Pascale, *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans: étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, p. 157 y ss.

(2) MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues, *La Famille*, Défrénois, Paris, 2019.

(3) LORENZETTI, Ricardo, “Introducción al Código Civil y Comercial”. Código Civil y Comercial, 2015.

(4) Sobre esto, BASSET, Ursula C. y ALFONSO, Santiago, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2022.

(5) BRUNETTI-PONS, Clotilde, “De quelques réflexions autour d'un phénomène de déjudiciarisation en droit des personnes et de la famille”, *Gazette du Palais* - n°17 - page 7, 17/05/2022 GPL434q3.

DEVERS, Alain et FARGE, Michel. (2020). “La déjudiciarisation et la simplification du droit de la famille Conséquences en droit international privé.” en S. Bernard et M. Farge *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, Presses universitaires de Grenoble. <https://doi.org/10.3917/pug.farge.2020.01.0135>, p. 135-149).

(6) SWENNEN, Frederick, *The Contractualisation of Family Law, Global Perspectives*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, 2015.

cio, un análisis integral sobre las recompensas, un trabajo de Jorge Mazzinghi sobre su cuantificación, una de Eliana González sobre el impacto de la vivienda viudal en la partición y el comentario a un fallo sobre recompensas del Fernando Gastiazoro.

Por último, la sección habitual de Doctrina y Jurisprudencia ofrece artículos y fallos recientes que permiten profundizar en el régimen de recompensas desde múltiples perspectivas.

Esperamos que esta edición sea una invitación a la reflexión crítica, y un aporte valioso para quienes desean pensar, con libertad y compromiso, el derecho de familia que necesitamos.

¡Buenas jornadas y buena lectura!

**VOCES: FILOSOFÍA DEL DERECHO - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CONMEMORACIONES - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - BIOÉ-**

**TICA - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO CIVIL - MATRIMONIO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - RENDICIÓN DE CUENTAS - ACTO JURÍDICO - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - LESIÓN SUBJETIVA - ABUSO DEL DERECHO - EQUIDAD - BUENA FE - COMUNIDAD DE BIENES - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO - DERECHOS REALES - DERECHO DE PROPIEDAD - USUFRUCTO - USO Y HABITACIÓN - SUCESIONES - CONCUBINATO - UNIÓN CONVIVENCIAL - PROCESO DE FAMILIA - DIVORCIO - VIOLENCIA FAMILIAR - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - ABUSO DEL DERECHO - PARTICIÓN HEREDITARIA - CÓNYUGE SUPÉRSTITE - HEREDEROS**

# Lorenzo A. Sojo: Un Maestro de la Vida y el Derecho

por AGUSTÍN SOJO (Universidad Católica Argentina - Universidad Nacional de Buenos Aires)

Escribir sobre el Dr. Lorenzo A. Sojo es hablar de una vida que fue un verdadero testimonio de superación, pasión por el derecho y un compromiso inquebrantable con la enseñanza. Marcado por una profunda apertura intelectual y un espíritu dialogante, su historia comenzó cuando se recibió de abogado con diploma de honor el 29 de diciembre de 1965 en la UCA. Fue todo una sorpresa, porque en su humildad siempre nos recordaba que la maestra de primer grado había citado a sus padres porque tenía dudas sobre si lograría terminar la primaria. Pero esa historia temprana de esfuerzo y perseverancia fue la forja de una personalidad que no se rendía y que nos dejó una huella profundamente humana.

## Un camino en la docencia: pasión, humildad y vocación de servicio

En 1966, comenzó su carrera docente en “Contratos” junto a Spota. Cuatro años más tarde se presentó ante el decano para renunciar, aduciendo que él sentía no tener la formación necesaria para enseñar contratos. La respuesta fue una sorpresa: al salir, lo esperaba un sobre cerrado con su designación como profesor titular de Obligaciones. Solía recordar que cuando quiso explicarle que le habían entregado el sobre equivocado al Decano, este se negó a recibirlo y le mandó decir que era el sobre correcto. Más adelante, su inagotable curiosidad intelectual lo llevó también a enseñar Parte General.

Su compromiso con la universidad trascendía el aula, a menudo de maneras que nos hacían sonreír. A sus casi 60 años, según contaba con humor, unos profesores organizaron una reunión en el Estudio Sojo. Pero llegó más tarde de lo previsto y se encontró con el único profesor que quedaba esperando con un petitorio y su elección como representante del grupo para llevarlo al decano. Éste lo recibió al día siguiente y lo remitió al Rector, quien quería “gente joven” para el Consejo Superior. Fue así, casi por casualidad, como le gustaba decir, que llegó a integrar el Consejo Superior de la UCA, sumando su visión a la dirección de la institución.

Hacia el final de su etapa activa como profesor, una cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones quedó vacante y fue a pedirle al Decano que lo considerara para asumirla. Cuando le respondieron que ya se estaba promoviendo la designación titular de Jorge A. Mazzinghi (h) respondió: “Perfecto, yo puedo ser su adjunto. Yo ya fui titular de Jorge durante muchos años en Obligaciones, ahora le toca ser titular a él.” Los alumnos de la cátedra a menudo se preguntaban: ¿quién era, realmente, el titular de la materia? Fuera cual fuera la respuesta oficial, brilló en esa cátedra, siempre con el acompañamiento inestimable de Jorge Mazzinghi. Y sí, le encantaba decir que había enseñado “todos los derechos civiles”, enfatizando con su ingenio habitual que “Reales no es derecho civil”.

## Un legado de diálogo y fe abierta: El Espíritu Santo Tomás Moro

En el año 2008, al año siguiente de su jubilación docente, fue nombrado profesor consulto. Recuerdo cómo en el acto de entrega de diplomas, al escuchar las muchas potestades que se reconocían a los profesores consultos, él se propuso acompañar a Julio Ojea Quintana en la conformación del grupo Santo Tomás Moro. Aquí se manifestó con claridad su profundo espíritu católico liberal y su

inquebrantable convicción de que el diálogo y la apertura intelectual eran fundamentales. Entendía que para llevar nuestra doctrina al mundo, era primordial escuchar a quienes piensan distinto. Gracias a su impulso, juristas cuyas obras no cabrían en ninguna biblioteca fueron invitados por primera vez a hablarles a los profesores de la UCA, promoviendo un intercambio siempre respetuoso, atento y constructivo, demostrando una fe que se nutría del debate y la diversidad de pensamiento.

## “El Derecho, Cuaderno Jurídico de Familia”: Su publicación, nuestro orgullo y su legado vital

En 2009, con ese espíritu inquieto que lo caracterizaba, se propuso crear “El Derecho, cuaderno jurídico de Familia”, la publicación que ahora tiene el honor de honrar su memoria. En esta iniciativa, encontró un apoyo incondicional en nuestra directora, sin cuya ayuda, según él mismo reconocía, no podría haber existido. Contó también con el valioso acompañamiento de Jorge A. Mazzinghi (h) y Alejandro Molina, quienes, junto a Patricia Sánchez, conformaron el primer consejo de redacción. Para nosotros, esto reflejaba su increíble capacidad para construir y liderar equipos basados en la confianza y el respeto mutuo.

En uno de sus primeros editoriales, él mismo plasmó el alma de esta publicación y su visión de la vida, invitando a una profunda reflexión: “A veces nada mejor que un breve alto en la labor diaria para reflexionar sobre los aspectos más trascendentes de nuestra vida y es por ello que lo invito a dejar por unos minutos la lectura y recordar el beso materno, la mano del padre en los primeros caminares, el abrazo de nuestro amor, la alegría de la llegada de los hijos y el transcurrir de la vida esta vez de la mano de los nietos. Y si Ud. puede volar por la vida seguramente apreciará una vez más la importancia de cuidar a la familia y protegerla de aquello que pueda desestabilizarla.”

Lorenzo A. Sojo dejó una huella imborrable en el ámbito jurídico y académico. No solo por su profundo conocimiento del derecho, sino por su humildad, su generosidad, su perseverancia ante la adversidad y, fundamentalmente, por su incansable deseo de construir puentes, fomentar el diálogo y promover una visión abierta y enriquecedora del pensamiento jurídico y de la fe.

Más allá de los estrados y las aulas, cultivó una vasta y profunda biblioteca, con incontables volúmenes extranjeros, reflejo de su insaciable sed de conocimiento y su amor por la lectura. También encontraba gran placer en las tareas del hogar, disfrutando especialmente de la cocina, donde su creatividad se desplegaba de otra manera, y en el paisajismo, encontrando en la armonía de la naturaleza un respiro y una fuente de inspiración. Su vida es un faro de inspiración para todos los que lo conocimos, recordándonos siempre esa máxima que él solía repetir: “Quien solo sabe de derecho, nada sabe de derecho”.

Lorenzo A. Sojo nació el 23 de junio de 1942 y nos dejó el 1 de mayo de 2025. Fue un esposo amoroso de Magdalena durante 55 años, padre de cuatro hijos y un abuelo orgulloso de 16 nietos.

**VOCES: FILOSOFÍA DEL DERECHO - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CONMEMORACIONES - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - BIOÉTICA - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO CIVIL**

# Lorenzo Sojo

por JULIO OJEA QUINTANA (Universidad Católica Argentina)<sup>(\*)</sup>

Nos conocimos en 1960, hace sesenta y cinco años, cuando ingresamos en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, recientemente fundada.

Allí cursamos los seis años que entonces demandaba la carrera, compartiendo entusiasmos y avatares propios de la vida universitaria. Lorenzo Sojo obtuvo el título de abogado, con diploma de honor, el 28 de diciembre de 1965. Y pasado el tiempo, aunque la vida profesional nos llevó por distintos caminos, la amistad que nos unía y la continuidad de nuestra pertenencia en la UCA hizo que, concluida la actividad curricular y designado él Profesor Consulto, desde el año 2009 pudiéramos colaborar juntos en tareas extracurriculares.

Hombre de vastos intereses e inquietudes, la actividad de Lorenzo Sojo reflejaba esas motivaciones. En forma paralela a la administración del establecimiento agropecuario familiar, ejerció ininterrumpidamente la profesión de abogado. Hizo estudios de posgrado, cursando la carrera de Abogado especializado en Derecho Empresario en la misma UCA y la Especialización en Economía en el Centro de Estudios Macroeconómicos en CEMA. Fue miembro del Consejo Consultivo de la Cámara Argentina de Comercio, integrando su Tribunal Arbitral. Desempeñó asimismo la función pública, como Director del Banco de la Nación Argentina. Y fue constante su actividad docente en la UCA, como profesor adjunto y luego titular de la Cátedra de Derecho Civil, en distintas ramas: Personas, Obligaciones y Responsabilidad Civil, Contratos y Familia y Sucesiones. Igualmente, integró el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y el Consejo Docente del diario *El Derecho*. Más allá del ámbito académico, dictó cursos y conferencias sobre temas jurídicos de su especialidad. Publicó también numerosos artículos sobre esos mismos temas, entre los cuales resulta oportuno recordar uno de los primeros, escrito en 1970, sobre el corrimiento del velo de las personas jurídicas, dos años antes que esa teoría fuera recogida por la jurisprudencia en el conocido caso "Swift-Deltec".

Ya como Profesor Consulto, desarrolló distintas actividades extracurriculares; entre ellas la dirección del "Cuaderno Jurídico de Familia" editado por *El Derecho* y la organización del grupo de profesores "Tomas Moro", en el año 2009. Coincidimos entonces en la importancia de abordar temas jurídicos "fronterizos", por su estrecha relación con cuestiones éticas y políticas; en hacerlo con seriedad académica, con un enfoque interdisciplinario que

integrara perspectivas propias de otras disciplinas, con la libertad inherente a la vida universitaria y con espíritu de diálogo, ejercitado entre los propios integrantes del grupo y con calificados académicos tributarios de distintas visiones del Derecho, invitados con frecuencia a fin de enriquecer ese diálogo. Y así se hizo, hasta hoy, siempre con su participación.

Tanto en el ejercicio profesional como en su vida académica, Lorenzo Sojo nunca soslayó la íntima relación entre la ley positiva y la ley natural ni que, en definitiva, lo propio del buen jurista radica en la búsqueda de la justicia; en la disposición de dar a cada uno lo suyo, según la conocida caracterización de Ulpiano.

Pero él sabía muy bien que en esa búsqueda de lo justo no basta el conocimiento de principios y preceptos generales, sino que, tratándose de casos particulares -campo propio del abogado- es preciso hacerlo con prudencia, considerando las circunstancias de espacio, tiempo y personas que confluyen en cada situación. Por ello, era poco amigo de criterios racionalistas y de soluciones demasiado teóricas, ajenas a dichas circunstancias. Es más, contaba con condiciones personales que lo disponían naturalmente a la prudencia. Era realista, apegado a los hechos; observador atento y meticulado; paciente, sin apresuramientos. Más allá de las discrepancias que pudieran suscitar sus opiniones, éstas resultaban siempre serias y criteriosas, nunca improvisadas ni arbitrarias. Según Aristóteles, la virtud radica en el justo medio, entendido como centro del blanco al que apunta la flecha. Y bien, sin duda que la búsqueda de lo justo en concreto mediante el ejercicio de la prudencia, era para Sojo un encontrar y dirigirse a ese justo centro de las cosas.

Lorenzo Sojo era asimismo un hombre de diálogo. El ejercicio mismo de su profesión como abogado lo ponía a diario ante conflictos de intereses diversos, económicos y humanos, que debía comprender y enfrentar. Así lo hacía con el realismo y la paciencia que lo caracterizaban. Pero nunca descartaba posibles composiciones; por el contrario, confiaba y se empeñaba en encontrar soluciones supeadoras del conflicto.

Aunque reservado, era también afable con las personas que trataba, solidario y amigo consecuente con sus amigos. Y todo ello con el natural señorío y la discreción que lo caracterizaban.

**VOCES: FILOSOFÍA DEL DERECHO - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - BIOÉTICA - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - CONMEMORACIONES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO CIVIL**

(\*) Profesor emérito de la Universidad Católica Argentina y ex integrante de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

# La lesión y los convenios de partición de la sociedad conyugal

por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE (Universidad Católica Argentina - Universidad Nacional de Buenos Aires)

**Palabras clave:** Lesión - Partición - Convenio - Liquidación de la Sociedad Conyugal - Abuso - Equidad - Vicio

**Resumen:** El autor parte del estudio realizado en un proyecto de investigación sobre el uso de la figura de la lesión en la jurisprudencia durante la última década, para estudiar su impacto e interrelación o confluencia con componentes tales como la equidad, proporcionalidad, aprovechamiento o explotación de la vulnerabilidad de la otra parte, evidencia del perjuicio, y existencia de elementos que vician el acto jurídico.

## 1. Introducción

Honrado por la invitación a participar de este número en recuerdo y homenaje al querido profesor Lorenzo Sojo, me interesa reflexionar sobre la protección de las personas más vulnerables en los contextos familiares, con la viva memoria de la constante preocupación que expresaba Lorenzo por un derecho siempre más justo y humano.

En el marco del proyecto de investigación sobre la recepción jurisprudencial de la lesión como remedio del derecho civil ante la vulnerabilidad patrimonial, el equipo de investigación ha relevado los fallos referidos al vicio de lesión dictados por tribunales de todo el país y publicados en sitios oficiales o privados entre el 1-8-2015 y el 31-7-2024<sup>(1)</sup>. Entre todas las sentencias encontradas, algunas se relacionan con planteos orientados a la nulidad de los convenios de partición de la sociedad conyugal<sup>(2)</sup>. Este trabajo se centra en el análisis de ese conjunto de siete sentencias, a fin de analizar cómo ha

sido la aplicación de la figura de la lesión<sup>(3)</sup> en estos actos jurídicos<sup>(4)</sup>. Cabe advertir que, salvo en el caso de la sentencia de la Provincia de Buenos Aires (2020) en el que el convenio impugnado era de 2018, en el resto de sentencias estuvieron cuestionados convenios anteriores a 2015 y que, por tanto, quedaban regidos en cuanto a su validez por el Código anterior. De allí que se haga referencia en el trabajo tanto al art. 954 del Código Civil Velezano (en adelante CC) como al art. 332 del Código Civil y Comercial (en adelante CCCN). Existe cierto debate sobre la procedencia de invocar este vicio a los convenios de partición de la sociedad conyugal y de allí el interés en analizar los más recientes fallos judiciales sobre el tema<sup>(5)</sup>.

## 2. Los casos sobre lesión y convenios de partición de la sociedad conyugal

A los fines de una fácil visualización de los casos encontrados, presento a continuación un cuadro [ver cuadro abajo] que sintetiza los principales datos de estas sentencias. En el siguiente apartado analizaré algunos tópicos en juego en relación con la aplicación del vicio de lesión<sup>(6)</sup>.

De una primera lectura de los resultados de las sentencias, puede advertirse que predomina el rechazo de los planteos de nulidad por lesión. El único que hace lugar a la nulidad por lesión es el fallo de Neuquén de 2022, con la particularidad de que se trata de una sentencia de primera instancia y no se pudo determinar si hubo apela-

(3) "ARTICULO 332.- Lesión. Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción".

(4) El trabajo no ingresa en otros problemas vinculados con el divorcio y con este tipo de convenios.

(5) Para ver los términos en que se debate el tema ver: Sambrizzi, *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 632.

(6) Por razones de brevedad, en lo sucesivo haré referencia a cada sentencia poniendo la jurisdicción y el año, por ejemplo: fallo de Mendoza (2016).

(1) Proyecto de investigación DECYT 2416 "La recepción jurisprudencial de la lesión como remedio del derecho civil ante la vulnerabilidad patrimonial" (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2024-2026). También se vincula con el Proyecto de investigación PID2023-153228NB-I00 "Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado" (IIPP Sofía de Salas Murillo/ M<sup>o</sup> Victoria Mayor del Hoyo) financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE. Como aclaración metodológica, señalo que utilicé el Software NotebookLM para una revisión inicial y estadística de los fallos. La redacción del trabajo es de completa autoría mía.

(2) Desde lo terminológico, utilizaré en forma indistinta expresiones como partición de la sociedad conyugal, o de la masa ganancial, o de la comunidad. En las sentencias, según resulta del análisis con NotebookLM, el término más utilizado es "sociedad conyugal", seguido por "bienes gananciales" y "comunidad de bienes". Otras expresiones que aparecen son: "masa ganancial", "patrimonio de la sociedad conyugal", "masa de bienes" y "comunidad conyugal".

Fecha	Jurisdicción	Tribunal	Carátula	Decisión Primera Instancia	Decisión Segunda Instancia
04/10/2016	Mendoza	Cámara de Apelaciones de Familia	C., E. Y. y S., F. R. p/ Div. Vinc. M. Acuerdo" y "C., E. Y. y S., F. R. s/Ord."	Rechazo del pedido de nulidad por lesión	Confirma el rechazo de la lesión
29/08/2017	Mendoza	Cámara de Apelaciones de Familia	C.S.M. c/S.M.O. p/ Separación de bienes	Nulidad del convenio por violencia (lesión alegada por la parte)	Confirma sentencia de 1ra. Instancia y declara nulidad por vicio de intimidación
05/10/2018	Entre Ríos	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial	D., A.B. y C., O.J. s/ Ordinario	Nulidad del convenio por lesión	Revoca la sentencia de 1ra. Instancia y rechaza demanda de nulidad
05/03/2020	Provincia de Buenos Aires	Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, y de Familia de Pergamino	P.,A.V. c/B.,J.A. s/ Divorcio por presentación conjunta	Rechazo del pedido de nulidad por lesión	Confirma el rechazo de la lesión
05/05/2021	Santa Fe	Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala I), de Rosario	S., I. E. c/ G., J. R. C. s/ Nulidad convenio de disolución	Rechazo del pedido de nulidad por lesión	Confirma el rechazo de la lesión
26/05/2021	Chubut	Cámara de Apelaciones (Sala B) de Trelew	E., E. A. c/ D., N. I. s/ Acción de Nulidad	Rechazo del pedido de nulidad por lesión	Confirma el rechazo de la lesión
29/08/2022	Neuquén	Juzgado de Familia Nro. 4 de Villa La Angostura	N. M. F. C/ D. D. L. S/Acción de nulidad	Declara nulidad por lesión y fija reparación económica	-

ción y cómo se resolvió. En el resto de los expedientes, sólo una vez la sentencia de primera instancia hace lugar a la nulidad por lesión, aunque luego la Cámara revocó esa decisión (Entre Ríos, 2018). En otra causa (Mendoza, 2017), tanto en primera como segunda instancia se decreta la nulidad, pero únicamente en razón del vicio de intimidación, sin ingresar a analizar la aplicación del vicio de lesión que también había sido alegado por una de las partes.

### 3. Algunas cuestiones jurídicas implicadas en la aplicación de la lesión a los convenios de partición de la sociedad conyugal

A la luz del panorama presentado en el apartado anterior, ingresaré a considerar algunas cuestiones jurídicas de interés que surge del análisis de estas sentencias relacionadas con la aplicación del vicio de lesión a los convenios de partición de la masa de gananciales.

#### a) La cuestión de la desproporción entre las prestaciones

*El punto es que los autores entienden que, si las partes "son plenamente capaces, pueden realizar libremente acuerdos de partición en otro sentido". Así, la determinación de cuándo la distribución de bienes es equitativa se presenta como problemática.*

La norma sobre lesión (art. 954 CC y 332 CCCN) exige que exista en el acto una "ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación". En relación con los acuerdos vinculados con la partición de los bienes de la so-

ciedad conyugal, tanto el anterior Código (art. 1315 CC) como el nuevo (art. 498 CCCN) disponen que la masa común se divide por "partes iguales". El punto es que los autores entienden que, si las partes "son plenamente capaces, pueden realizar libremente acuerdos de partición en otro sentido"<sup>(7)</sup>. Así, la determinación de cuándo la distribución de bienes es equitativa se presenta como problemática. Este hecho es reconocido en las sentencias examinadas. En el fallo de Provincia de Buenos Aires (2020) se sostiene que "la adjudicación en mayor proporción a uno de los cónyuges podría consistir en un medio "para compensar situaciones económicas no resueltas durante la convivencia matrimonial (recompensas, deudas pendientes, etc.)" o para efectivizar "indemnizaciones de daños y perjuicios ocasionados por la ruptura". También en el fallo de Santa Fe (2021) se hace referencia a la posibilidad de que el convenio no distribuya por mitades, aunque pone el foco en la autonomía de la voluntad en razón de producirse el convenio luego del divorcio. En este fallo, la Cámara consideró que no se probó el elemento objetivo de la lesión, "desde la perspectiva restrictiva que requiere el instituto". En la sentencia de Chubut (2021) citando a Fanzolato en comentario al Código anterior<sup>(8)</sup>, se afirma que los jueces deben respetar lo decidido porque es frecuente que, a través de los convenios, "se arreglen todas las cuestiones económicas pendientes, como las relativas a recompensas, o a las indemnizaciones que uno le reconoce al otro". En este caso tampoco se probó la existencia de una inequidad manifiesta y los jueces afirman: "no se advierte una desproporción injustificada en las prestaciones acordadas, lo que se ve reforzado por el tipo de acuerdo del que se trata, esto es un convenio de liquidación de sociedad conyugal, cuyas particularidades ya se expusieron en el considerando anterior, habiéndose indicado que resulta usual una distribución desigual de bienes y prestaciones a manera de compensaciones entre los cónyuges" (Chubut, 2021).

Entre las sentencias que fundan el rechazo de la lesión en que no se ha probado la notable desproporción entre las prestaciones encontramos el fallo de Mendoza (2016), donde se hace un detallado recuento de los bienes que fueron objeto del convenio de disolución de la sociedad conyugal y se compara lo recibido por cada uno de los cónyuges. La particularidad de este caso reside en que por error se había incluido en el convenio un bien propio del cónyuge presuntamente lesionado, quien si bien había en

su momento ratificado el carácter de propio lo desconoce al plantear la nulidad. En este punto, el tribunal especula si la suma de dinero que recibió la lesionada en el marco del convenio no sería una forma de recompensa vinculada con ese bien propio y que por eso accedió a recibir esa suma.

Igualmente, en la sentencia de Provincia de Buenos Aires (2020), la Cámara de Pergamino rechaza el planteo de nulidad señalando que "la desproporción denunciada no asume la calidad de notoria, manifiesta o evidente" y que esta no puede evaluarse en base a una cláusula aislada del convenio, sino desde una apreciación integral del acto. Este punto resultaba de relevancia pues el esposo solicitaba la nulidad del convenio en razón de que contenía una "liberalidad" (la promesa de donación de un inmueble). Los jueces tuvieron en cuenta el hecho de que la madre asumía deberes de asistencia hacia los hijos de "indudable contenido económico" y que, además, las partes renunciaban a cualquier reclamo de compensación económica familiar. En concreto se consideró que la esposa había tenido un accidente que reducía sensiblemente sus posibilidades laborales y afectaba su salud, dos factores a tener en cuenta según los arts. 441 y 442 del CCCN).

Sólo en dos de las decisiones judiciales se encontró probado el elemento objetivo de la desproporción. En el caso de Entre Ríos (2018), la Cámara examina lo que recibió cada parte en el convenio y deja en evidencia el perjuicio sufrido por la lesionada. Si bien se encontró acreditada la desproporción entre las prestaciones, o sea el elemento objetivo de la lesión, se rechaza esta al no probarse el factor subjetivo, como veremos luego.

En la sentencia de Neuquén (2022) se consideró acreditada la notable desproporción entre las prestaciones. En ese caso, el acuerdo había incluido como gananciales bienes propios de la parte lesionada; esta renunció a derechos sobre un bien inmueble donde el matrimonio edificó dos casas (una en la que se asentó el hogar conyugal y la otra para huéspedes) y que constituían mejoras gananciales. El lesionado también recibió una mayor cantidad de automóviles que la parte lesionada.

#### b) La situación de vulnerabilidad de la parte lesionada

Es bien sabido que para que se configure la lesión, una de las partes debe explotar la necesidad, inexperiencia o debilidad psíquica de la otra, a tenor del nuevo art. 332 CCCN. El anterior Código utilizaba la expresión "ligereza" en lugar de "debilidad psíquica" (art. 954 CC).

En este sentido, podemos advertir que en el fallo de Mendoza (2016), dado que se descartó que exista desproporción entre las prestaciones, la Cámara no ingresó a analizar el elemento subjetivo de la parte lesionada.

Según vimos, en el caso de Entre Ríos (2018), si bien inicialmente se hizo lugar a la nulidad por lesión la decisión se revoca en la Cámara. Para el juez de primera instancia, la parte lesionada se encontraba en una "grave crisis psíquica producto entre otros de una maternidad frustrada", "una gran debilidad psicológica", un "cuadro de angustia". Sin embargo, en la Alzada, a pesar de comprobarse la desproporción de las prestaciones, se considera que no se acreditó la ligereza. El fallo cita la opinión de Moisset de Espanés para enfatizar que la "ligereza" en sentido técnico no puede ser interpretada como una conducta imprudente o negligente, sino que la figura está destinada a dar cabida a situaciones de carácter patológico. En especial, para la Cámara el término "ligereza" debía interpretarse restrictivamente y considera que esa es la doctrina vinculante que surge de un precedente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del 6 de febrero de 2001 ("Muñoz Oscar Héctor c/Santana Fabián Andrés s/Ordinario").

En la sentencia de Santa Fe (2021), se descarta el elemento subjetivo de la lesionada al no advertirse "la existencia de ningún elemento que permita conformar una apreciación mínima sobre las condiciones personales de las partes, mucho menos de eventuales relaciones de poder dentro de la pareja, ni asignación de roles u otro tipo de cuestiones que generen una desigualdad estructural entre actora y demandado". Tampoco se acreditó el elemento subjetivo del lesionado en la sentencia de Chubut (2021).

En el caso de Neuquén (2022) varias circunstancias dan por acreditado el elemento subjetivo del lesionado. En cuanto a la ligereza, se enfatizó que la parte estaba "en un estado de fragilidad emocional". También se consideró

(7) Basset, Ursula, "Comentario al art. 498", en Alterini, Jorge H. (Director), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Tomo III, 2da. Edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 367.

(8) Fanzolato, Eduardo, en Bueres-Highton (directores), *Código Civil Comentado*, Tomo I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 303-304.

que hubo “inexperiencia” y “necesidad”, “entendidas éstas como la desinformación, la no profesionalidad, el encuentro entre profesionales y aficionados, es decir, como una situación de desigualdad entre las partes, situación que es aprovechada por el más fuerte, capaz, inteligente o conocedor en detrimento del débil o inexperimentado” (con cita de un trabajo de Alejandro Borda<sup>(9)</sup>). En este caso se incorporó como elemento de valoración de la inferioridad de la víctima las presiones que ejercía el lesionado, quien se aprovechó “de su calidad de comerciante y agente inmobiliario”. Para la sentencia, el lesionado “gozaba de una situación de privilegio no solo desde el punto de vista del sexo dominante en la pareja, sino también en relación a los conocimientos específicos sobre la naturaleza de los bienes que se estaban describiendo en el convenio”.

*c) La presunción de explotación prevista en el art. 332 CCCN*

El art. 332 CCCN establece que, si existe una notable desproporción entre las prestaciones, se presume que en el caso hubo explotación. Esta disposición, que se encuentra también en el

*El art. 332 CCCN establece que, si existe una notable desproporción entre las prestaciones, se presume que en el caso hubo explotación. Esta disposición, que se encontraba también en el art. 954 del Código Civil, ha dado lugar a un debate en torno a si la presunción alcanza tanto al elemento subjetivo del lesionado como al del lesionado, o bien sólo al del lesionado.*

art. 954 del Código Civil, ha dado lugar a un debate en torno a si la presunción alcanza tanto al elemento subjetivo del lesionado como al del lesionado, o bien sólo al del lesionado.

En la sentencia de Entre Ríos (2018), invocando el mencionado precedente vinculante del Superior Tribunal de Justicia

de la Provincia del 6 de febrero de 2001 (“Muñoz Oscar Héctor c/Santana Fabián Andrés s/Ordinario”), se señala que la presunción establecida por el anterior artículo 954 del Código Civil hace presumir la explotación por parte del lesionado, pero la víctima debe acreditar el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. En la sentencia de Provincia de Buenos Aires (2020) también se sostuvo que la presunción del art. 332 CCCN dispensa únicamente de la prueba de la explotación, aunque en el caso se consideró que no se había acreditado la notable desproporción de las prestaciones. El fallo de Santa Fe (2021) no se pronuncia sobre el alcance de la presunción legal, aunque refiere que el juzgado de primera instancia aplicó el criterio restrictivo, que considera que esta abarca únicamente al elemento subjetivo del lesionado.

*d) El asesoramiento letrado y la invocación del vicio de lesión*

En una de las sentencias (Mendoza, 2016), se enfatiza que la parte supuestamente lesionada estaba asesorada por un abogado y que ello hace caer la presunción de explotación. En el caso de Santa Fe (2021) se descartan las acusaciones hechas por quien invoca la lesión y que señalaban que había intervenido un solo letrado por ambas partes y que ese letrado había “defendido en exceso” al lesionado. Al respecto, el tribunal indica que la parte lesionada no aportó ningún elemento para avalar tal acusación. También en la decisión de Chubut (2021), el asesoramiento letrado que recibió la lesionada lleva a rechazar la existencia del vicio.

En la sentencia de Neuquén (2022) se señala que “si bien podría considerarse que la Sra. N. fue debidamente orientada para celebrar el acto jurídico por haber consultado a profesionales o contado patrocinio letrado para suscribir el Convenio cuestionado lo cierto es que un asesoramiento no necesariamente implica un ‘buen’ asesoramiento” y por ello considera que no se puede “avaluar un ejercicio abusivo de los derechos, ni desconocer un vicio que afecta la voluntad para negociar y consentir libremente un acto y para saber resistirse o negar el consentimiento para actos perjudiciales a la persona o a los bienes”.

(9) Borda, Alejandro, “La lesión. A treinta años de la ley 17.711 y de cara a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, ED, 179-1067.

*e) Conexión de la lesión con el vicio de violencia y otras figuras*

En algunos de los fallos examinados, el planteo de nulidad del convenio de disolución reconoce un doble fundamento, pues se invocan tanto el vicio de violencia como el de lesión. Ello sucede, por ejemplo, en la sentencia de Mendoza (2016) en la que la parte actora que demanda la nulidad alega acoso y violentas incursiones, además de una situación de afectación psiquiátrica. Ahora bien, la Cámara rechaza ambos planteos. En lo que hace a la violencia, se señala que la actora no refiere ni detalla “el o los hechos de violencia puntuales y concomitantes que la fuerzan” a hacer el convenio.

En el caso de Mendoza (2017), tanto la sentencia de primera instancia como la de la Cámara declaran la nulidad por el vicio de intimidación. El fallo de Cámara se detiene a precisar los hechos de violencia y justamente en función de tal circunstancia aclara que las circunstancias fácticas de este caso son diferentes al caso de 2016. A modo de ejemplo, la cónyuge víctima de violencia obtuvo como medida cautelar que se haga un inventario de bienes muebles en el comercio de su ex cónyuge y al día siguiente de que se efectivizara esa medida el cónyuge concurrió a insultar y amenazar públicamente a aquella al colegio en el que ella se desempeñaba como docente. Como elemento de interés, cabe señalar que si bien la decisión de Mendoza (2017) no ingresa a evaluar si se configuró lesión en el caso, señala que “aun cuando no sea un presupuesto de la acción de nulidad por vicio de violencia”, “en el caso el acuerdo suscripto es perjudicial para la accionante” y se detiene a analizar la desigualdad en el convenio, lo que considera “un elemento más a fin de tener por probada la existencia del vicio invocado toda vez que es de toda lógica que se ejerza violencia para obtener de la víctima una ventaja”.

En el caso de Neuquén (2022) se hace mención al carácter abusivo de una de las cláusulas del convenio, en virtud de la cual la lesionada renuncia a accionar por mejoras gananciales y se dispuso una reparación económica a su favor. Igualmente, aunque el fallo no profundiza en el punto, cabe preguntarse si el hecho de haber incluido bienes propios en el convenio de partición de la comunidad conyugal no constituye un supuesto de “dolo”. Desde ya que el resultado sería el mismo, es decir, la nulidad del convenio.

#### 4. Conclusiones

Los desarrollos precedentes permiten concluir que los Tribunales resultan renuentes a anular los convenios de partición de la sociedad conyugal por el vicio de lesión. En cuanto a las causas de esta tendencia, podemos encontrar la dificultad para establecer la notable desproporción entre las prestaciones, en tanto que estos instrumentos suelen ser la ocasión de las partes de resolver diferencias surgidas durante el matrimonio, como lo consignaron algunas sentencias. Este aspecto debe ser analizado a la luz de la norma (art. 498 CCCN) que dispone que la partición será por “partes iguales”. En todo caso, entiendo que es recomendable que el convenio explicita los términos en que la distribución se realiza y si no fuera en estricta igualdad, debería justificarse en el mismo convenio las razones que llevan a las partes a apartarse del criterio del art. 498 CCCN. Ello además es exigido por el art. 332 CCCN que dispone que la desproporción debe ser evidente y “sin justificación”. Si las partes “justificaron” la distribución no igualitaria, entonces la lesión resultará más difícil de invocar.

La acreditación del estado de inferioridad de la parte lesionada también parece ser un aspecto que presenta dificultades en esta jurisprudencia. Esta dificultad, además, se agrava pues las sentencias examinadas muestran una tendencia a interpretar de forma restrictiva la presunción legal del art. 332 CCCN, de modo que la parte lesionada debe probar su situación de necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia. En tal sentido, el estado de fragilidad emo-

*Entiendo que es recomendable que el convenio explicita los términos en que la distribución se realiza y si no fuera en estricta igualdad, debería justificarse en el mismo convenio las razones que llevan a las partes a apartarse del criterio del art. 498 CCCN.*

cional que rodea al divorcio parece no configurar de suyo una situación de debilidad psíquica. Ello supone una mayor exigencia al momento de valorar la existencia de una “debilidad psíquica”, lo que requiere pruebas periciales concluyentes. Si bien no se presentó el argumento en las sentencias analizadas, la postura que entiende que la enunciación de causales subjetivas del art. 332 CCCN es meramente ejemplificativa, podría ayudar a facilitar la configuración de este elemento subjetivo<sup>(10)</sup>.

Otra dificultad viene dada por el hecho de que los convenios de partición de la sociedad conyugal generalmente se realizan con asesoramiento letrado y ello es óbice para invocar la inexperiencia, como han señalado en algunas de las sentencias. Sin embargo, en este punto, si hubiera un único letrado que asumiera el asesoramiento de ambas partes, ello podría ser un motivo adicional para facilitar el análisis del vicio de lesión, aunque debería acreditarse las razones del mal asesoramiento recibido.

De las sentencias analizadas surge que el planteo del vicio de lesión se presenta en algunos casos acompañado por un reclamo vinculado con el vicio de violencia o intimidación y que ello habilita una segunda vía para revisar la validez del convenio. Es significativo que, en una de las

(10) Personalmente no comparto la postura que considera que la enunciación del art. 332 CCCN es meramente ejemplificativa, salvo en casos muy excepcionales y con fundamento en la equidad.

sentencias, aunque no era un requisito propio del vicio de violencia, se tomara en cuenta la desproporción del acuerdo como elemento complementario para aplicar ese vicio.

En algunos de los convenios, se incluyeron bienes propios de una de las partes, que son repartidos como gananciales, con indudable perjuicio para su titular. Esta circunstancia genera un interesante tema de interpretación del fundamento de la invalidez del acto. En efecto, por un lado, esa inclusión de bienes propios puede deberse a un error, que habrá que analizar si es reconocible (arts. 265 y 266 CCCN). Por otro lado, podría tratarse de un supuesto de “dolo” de una de las partes, que trata de obtener una ventaja patrimonial a partir del engaño de la contraparte (arts. 271 y 272 CCCN). Ello podría dar lugar a una nulidad sin necesidad de recurrir a la prueba de la lesión. Dependerá, entonces, de las circunstancias de cada caso.

**VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - DOLLO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - ACTO JURÍDICO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - LESIÓN SUBJETIVA - ABUSO DEL DERECHO - EQUIDAD - RECOMPENSAS - BUENA FE - COMUNIDAD DE BIENES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO**

# Estudio sobre la Teoría de las recompensas: un mecanismo *ad hoc* en la disolución

por URSULA C. BASSET (Universidad Católica Argentina - Universidad de Buenos Aires)

**Sumario:** 1. LA TEORÍA DE LAS RECOMPENSAS. – 2. EL ORIGEN DE LA TEORÍA DE LAS RECOMPENSAS. – 3. MOMENTO EN QUE COBRA OPERATIVIDAD LA TEORÍA. – 4. LA MEJOR MANERA DE COMPRENDER EL INSTITUTO DE LAS RECOMPENSAS: LA DOCTRINA FRANCESA. A) POTHIER: UN PUNTO DE PARTIDA DE LA SISTEMATIZACIÓN Y LA RECOMPENSA POR OFICIO. B) DURANTON: LOS PRINCIPIOS Y EL TRATAMIENTO DIFERENCIADO SEGÚN EL FIN DEL APORTE. C) TROPIONG: UN LLAMADO A LA MODERACIÓN Y LA EQUIDAD. D) RODIÈRE Y PONT: LA FINALIDAD CONSERVATORIA DE LAS MASAS. E) MARCADÉ: LA MEDIDA Y LA COMPENSACIÓN DE LAS RECOMPENSAS. F) LOS HERMANOS MAZEAUD: FINALIDAD, NATURALEZA INDEMNIZATORIA. G) RIPERT Y BOULANGER: EXPLICACIÓN, FUNDAMENTOS, ACTUALIZACIÓN DE LA DEUDA. H) BALANCE Y RECAPITULACIÓN. – 5. CARACTERIZACIÓN DE LAS RECOMPENSAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD. – 6. LAS RECOMPENSAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. A) PRINCIPIO GENERAL. B) NATURALEZA JURÍDICA. C) NOTAS DE LAS RECOMPENSAS. D) ENUNCIACIONES CASUÍSTICAS DE SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RECOMPENSA. E) GASTOS HECHOS CON DINERO PROPIO QUE BENEFICIARON A LA COMUNIDAD, Y GASTOS HECHOS CON DINERO GANANCIAL QUE BENEFICIARON A UNO DE LOS CÓNYUGES. F) MOMENTO EN QUE SE DEBE HACER VALER. G) PRUEBA DE LA RECOMPENSA. H) REQUISITOS DE PROCEDENCIA. I) CRITERIOS RESTRICTIVO, INTERMEDIO O AMPLIO DE ADMISIBILIDAD. J) MONTO, VALUACIÓN Y MOMENTO EN QUE SE DEBE FIJAR EL MONTO DE LAS RECOMPENSAS. K) FECHAS RELATIVAS A LA VALUACIÓN. – 7. BALANCE.

**Palabras clave:** Recompensas - Disolución de la Sociedad Conyugal - Régimen Patrimonial del Matrimonio

**Resumen:** El artículo es un estudio integral sobre los distintos temas debatidos en torno a las recompensas, sobre todo de cara al régimen patrimonial del matrimonio contenido en el nuevo Código Civil y Comercial. En un intento de transferencia y continuidad, se retoma la riqueza de los debates anteriores para iluminar las cuestiones que pueden aparecer debatidas en el día de hoy, para entender las razones de la selección legislativa y los bienes jurídicos que están en juego.

## 1. La teoría de las recompensas

Las recompensas son un dispositivo correctivo para lograr la igualdad entre las masas de los cónyuges al momento de la disolución, cuando hubiera habido aportes cruzados de la masa ganancial en beneficio de la masa propia de alguno de los cónyuges, o del patrimonio de alguno de los cónyuges a la masa ganancial. Son necesarias porque ni el Código de Vélez Sarsfield, ni el Código Civil y Comercial reconocen la calificación dual de bienes. Habiendo calificación única, es necesario encontrar un mecanismo que pueda equilibrar las masas.

Tienen su origen en las costumbres francesas, por eso interesa, para comprender su historia y naturaleza jurídica. En el derecho argentino, pese a la fuente francesa en la regulación del régimen, nuestro primer codificador no las incluyó en forma explícita. Sin embargo, su recepción doctrinal y jurisprudencial fue amplia, creando un rico cuerpo doctrinal que es útil a nuestro presente.

El mecanismo de las recompensas tiene por finalidad conservar la integridad de las masas. Se trata de otro de los mecanismos teóricos *ad hoc* del régimen de bienes para evitar la mutación de la calificación durante la dinámica del régimen. Las recompensas son también un epígono del principio de inmutabilidad, según el cual, para la protección de los terceros y del patrimonio de cada cónyuge en la relación, tienen derecho, al momento de la ruptura, recuperar equitativamente aquello que hubieran invertido sobre la base de la expectativa de la duración de la relación común y la consecuente comunidad de bienes y asociación de esfuerzos<sup>(1)</sup>.

(1) RODIÈRE, Aimé - PONT, Paul, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement a leur biens*, t. I, Librairie du Cotillon, Paris, 1847, p. 631, n° 704.

## 2. El origen de la teoría de las recompensas

Decíamos que la teoría de las recompensas es una creación teórica surgida probablemente del derecho francés antiguo. Nació de la evidencia de injusticias que se producían en virtud de que el marido “ganancializaba” la propiedad de la esposa, siendo él el único administrador. La incolumidad de las masas y la inmutabilidad del régimen se aseguraban con mecanismos como la subrogación, la teoría de la causa o título y la teoría de la recompensa. Esta última expresaba la idea de que el dinero propio, empleado para la comunidad, hacía nacer una recompensa (o también indemnización) a favor del aportante. Fue incorporado inicialmente como una cláusula en las convenciones, para ser recogido luego por las costumbres francesas.

Se debe probablemente a Robert Pothier, en su *Traité de la communauté* la piedra fundacional de la teoría, que luego, recepcionada por la mayoría de la doctrina, llevó a la institucionalización de la teoría de las recompensas.

La doctrina de Pothier fue recibida casi literalmente en el *Code Civil*. Cada esposo tiene derecho a que el otro no se enriquezca sin causa en detrimento del otro o de la comunidad. Su justificación se encuentra en el art. 1437, Código Civil francés: “...Y generalmente, cada vez que un esposo obtenga un provecho personal de los bienes de la comunidad, él le debe una recompensa”.

## 3. Momento en que cobra operatividad la teoría

La virtualidad de la teoría de las recompensas nace, en principio, recién al momento de la disolución de la sociedad conyugal, en el momento en que es preciso hacer las cuentas entre los cónyuges o ex cónyuges. Aunque, como veremos, alguna doctrina ha considerado que eran exigibles durante la vigencia de la sociedad.

En el régimen de comunidad de ganancias, las recompensas cumplen una función clave: permiten el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre los cónyuges al momento de la disolución del vínculo o de la comunidad, no antes. Esta posibilidad de recomposición revela que la comunidad patrimonial, aunque no visible en su eficacia plena durante la vigencia del matrimonio, subsiste de manera latente. Es decir, existe un fundamento común que, aunque no activo en la administración diaria –regida por un sistema de administración separada–, subsiste como sustrato y permite que, al momento de la liquidación, puedan identificarse aportes y solicitarse recompensas.

Esta concepción contrasta con las posturas que niegan la existencia de una comunidad durante la vigencia del matrimonio. Por el contrario, la posibilidad misma de calcular y exigir recompensas demuestra que la comunidad existía en forma virtual, y que dicho carácter latente no es incompatible con el régimen de administración y titularidad individual ante terceros y entre los mismos cónyuges. Esta comunidad virtual se manifiesta, emerge de su latencia, retrospectivamente, permitiendo una reconstrucción de los aportes y un ajuste económico entre los patrimonios de los cónyuges al finalizar la sociedad conyugal.

En este sentido, aunque la sociedad conyugal no tenga personalidad jurídica propia, la familia fundada en el matrimonio sí posee una subjetividad –no jurídica en sentido estricto– que da sustento a esta comunidad latente. Esta subjetividad familiar, reconocida y protegida por el Estado (art. 14 bis de la Constitución Nacional) y tratados internacionales de jerarquía constitucional, se expresa en una forma asociativa en las relaciones económicas entre los cónyuges, que bien puede entenderse como una “sociedad” o comunidad de ganancias en sentido económico. Así, la familia, como institución jurídica y social, genera una masa común de bienes que justifica tanto la existencia

*En el régimen de comunidad de ganancias, las recompensas cumplen una función clave: permiten el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre los cónyuges al momento de la disolución del vínculo o de la comunidad, no antes.*

de recompensas como su función de restitución al momento de la disolución.

#### 4. La mejor manera de comprender el instituto de las recompensas: la doctrina francesa

Sólo leyendo la historia del problema en la literatura francesa es posible comprender adecuadamente la razón de ser, funciones y criterios de la teoría de las recompensas. Puede ser una lectura esforzada, pero merece la pena.

##### a) Pothier: un punto de partida de la sistematización y la recompensa por oficio

Robert J. Pothier había enunciado tres principios relativos a las recompensas antes de la incorporación de éstas al art. 1437, *Code*.

En su obra, enunciaba tres principios generales que rigen las recompensas:

- “Art. I.– Principios generales para las recompensas debidas a la comunidad:

- “Primer principio.– Toda vez que uno u otro cónyuge se ha enriquecido a expensas de la comunidad, le debe recompensa por ese enriquecimiento.

- “Segundo principio.– La recompensa no es siempre aquello que ha costado a la comunidad el negocio particular de uno de los cónyuges: a ella se le debe hasta la concurrencia de aquello que él ha obtenido de provecho.

- “Tercer principio.– La recompensa no excede lo que ha costado a la comunidad, con independencia de cuán grande haya sido el provecho que el cónyuge haya retirado”<sup>(2)</sup>

Pothier explica y aplica estos principios en su *Traité de la communauté*. Es particularmente interesante el desarrollo del segundo principio. Para este autor, hay una suerte de subrogación (no usa estos términos) ficticia entre el aporte y el beneficio obtenido por el cónyuge. De modo que lo que debe el cónyuge beneficiario a la comunidad no es estrictamente lo aportado, sino una proporción de la ganancia, de acuerdo con la inversión de que se trate. No se aplica la idea que hoy se lee, en el sentido de que la recompensa es una deuda de valor, sino que ésta se subroga de alguna forma a la renta obtenida por el beneficiario<sup>(3)</sup>.

En cuanto a las recompensas debidas por mejoras en los bienes propios, Pothier distingue las recompensas debidas por conservación a las ligadas a las mejoras. Nuestro derecho no ha recibido este aporte, que, sin embargo, no carece de interés. Toda vez que la comunidad saca provecho del “usufructo” de los bienes propios, entiende que sus gastos de conservación podrían ser carga de la sociedad conyugal<sup>(4)</sup>.

Distingue tres tipos de gastos: a) *necesarios*; b) *útiles* y, c) *voluntarios*. Los primeros se deben siempre hasta la suma empleada (como si los hubiera hecho un tercero), aun si la propiedad desaparece. Los gastos útiles son aquellos prescindibles, pero convenientes para aumentar el precio de una propiedad. En este segundo caso, la recompensa se debe en proporción al aumento de valor que haya tenido el bien al momento de la disolución, según la tasación de expertos. Si el bien propio no aumenta de valor a causa de la mejora, la comunidad perdería el derecho a recompensa<sup>(5)</sup>. Los voluntarios carecen de interés para nuestro análisis.

Merece mención todavía la idea que tenía Pothier respecto de las recompensas debidas a la comunidad por la inversión en la formación profesional de uno de los cónyuges. Esta idea es sumamente interesante, y a nuestro criterio es precursora de las ideas que hoy se manejan respecto de la valoración de activos intangibles y sobre el capital humano. El autor francés consideraba que la

comunidad era acreedora por lo que había invertido en la formación de uno de los cónyuges en su oficio<sup>(6)</sup>. Los gastos de sostenimiento de la profesión, durante el matrimonio, no generan derecho a recompensa.

Sin embargo, los útiles u objetos, la formación y calificación especial y todo gasto de la comunidad que tienda a enriquecer el capital propio de uno de los cónyuges (su haber profesional) da derecho a recompensa. Ésta se eleva al valor que tiene ese oficio al momento de la disolución de la sociedad<sup>(7)</sup>. Sin embargo, habría prevalecido la posición de que la recompensa debida se eleva hasta el valor de lo que el oficio ha costado a la comunidad, dado que ésta se habría beneficiado durante el ejercicio del oficio, de sus honores y de sus ganancias. El fundamento de la recompensa consiste en que, al retener el oficio, el marido se enriquecería a expensas de las inversiones hechas por la comunidad en él.

*Merece mención todavía la idea que tenía Pothier respecto de las recompensas debidas a la comunidad por la inversión en la formación profesional de uno de los cónyuges. Esta idea es sumamente interesante, y a nuestro criterio es precursora de las ideas que hoy se manejan respecto de la valoración de activos intangibles y sobre el capital humano. El autor francés consideraba que la comunidad era acreedora por lo que había invertido en la formación de uno de los cónyuges en su oficio.*

En síntesis, además de haber sentado las bases de la teoría como una expresión del enriquecimiento sin causa, Pothier introduce la clasificación de los gastos y diversifica las reglas y montos de la recompensa en función de la finalidad y el objeto de la erogación.

##### b) Duranton: los principios y el tratamiento diferenciado según el fin del aporte

Alexandre Duranton<sup>(8)</sup> también presenta tres principios que rigen las recompensas, aunque con variaciones respecto de los enunciados por Pothier:

- cada vez que un esposo se enriquece en desmedro de la comunidad o del otro, debe recompensar;

- el valor de la recompensa no consiste en aquello que el esposo haya efectivamente aportado (p. ej., en dinero) para beneficio del otro, sino que su medida debe compararse con la vara del beneficio que haya obtenido la comunidad por ese aporte, y

- la recompensa no puede exceder jamás el beneficio obtenido por el cónyuge o la comunidad en virtud del aporte.

Además, en cuanto al segundo punto, Duranton distingue, al igual que el criterio de Pothier aunque con otros criterios, entre *aportes* (n. b. comunes), *aportes necesarios* y *aportes útiles*<sup>(9)</sup>. En el caso de los primeros rige la idea de los límites generales de toda recompensa: en proporción al beneficio obtenido, no más que el valor de ese beneficio. Sin embargo, tratándose de aportes necesarios, se debe restituir el monto gastado. Respecto de este último caso (el gasto necesario) el que aporta el dinero sería como un tercero que repara un techo a punto de caerse o salva de la ruina una propiedad. Los límites estrictos que rigen los aportes comunes no regirían.

Por último, en punto a los aportes útiles, el esposo debe recompensa a la comunidad sólo si

*Raymond Th. Troplong, por su parte, señala que las recompensas “no deben requerirse con demasiado rigor”. Al tratar del contrato de matrimonio, dice: “Terminaremos con una reflexión: estas recompensas no deben ser exigidas con demasiado rigor: hay derecho que es necesario saber usar con moderación, y donde el exceso en la exactitud conduce a la falta de equidad, hay cosas demasiado minuciosas para que uno ocupe al pretor”.*

(2) POTHIER, Robert J., en BUGNET, *Obras completas...*, cit., t. VII, p. 320, nro. 613, del *Traité de la communauté*, parte IV: “Art. I.– ‘Principes généraux car les récompense’ dues à la communauté.

“Premier principe.– Toutes les fois que l’un ou l’autre des conjoints s’est enrichi aux dépens de la communauté, il lui en doit récompense.

“Second principe.– La récompense n’est pas toujours de ce qu’il en a coûté à la communauté pour l’affaire particulière de l’un des conjoints; elle n’est due que jusqu’à concurrence de ce qu’il a profité.

“Troisième principe.– La récompense n’excède pas ce qu’il en a coûté à la communauté, quelque grand qu’ait été le profit que le conjoint a retiré”.

(3) Ver *ibid.*, ps. 321 y ss. Ver el muy interesante análisis respecto del rescate de una renta con fondos de la comunidad. La comunidad se hace acreedora de la renta (no del dinero empleado); que se entienda por ficción jurídica, subsistente.

(4) POTHIER, Robert J., en BUGNET, *Obras completas...*, cit., nro. 634, p. 329

(5) POTHIER, Robert J., en BUGNET, *Obras completas...*, cit., nros. 636 y ss.

(6) POTHIER, Robert J., en BUGNET, *Obras completas...*, cit., nro. 660, p. 340.

(7) POTHIER, Robert J., en BUGNET, *Obras completas...*, cit., nro. 667, p. 342

(8) DURANTON, Alexandre, *Cours de droit civil français*, t. XIV, Thorel y Gilbert, Paris, 1844, p. 442, nros. 323 y ss.

(9) DURANTON, Alexandre, *Cours de droit...*, cit., t. XIV, p. 444, nro. 325.

realmente se enriquece por ese aporte. Los aportes útiles, según el autor francés, son por ejemplo la plantación de una viña en la propiedad de uno de los cónyuges con fondos gananciales. En ese caso, la sociedad conyugal se beneficiaría sólo si hubiera plusvalía y por ésta o el aumento de valor (los frutos de los bienes propios son gananciales; así, los frutos de la viña propia, lo serían).

Si el aportante hubiera retirado productos de su aporte, deben descontarse a su vez de la recompensa.

En síntesis, Duranton retoma la idea del fundamento de la recompensa en el enriquecimiento y también retoma la clasificación de aportes para decidir los efectos. Sin embargo, en este caso, distingue en función de la utilidad (restitución en función del beneficio) y la necesidad (restitución de la cifra completa) del aporte respecto del bien.

*c) Troplong: un llamado a la moderación y la equidad*

Raymond Th. Troplong, por su parte, señala que las recompensas “no deben requerirse con demasiado rigor”. Al tratar del contrato de matrimonio, dice: “Terminaremos con una reflexión: estas recompensas no deben ser exigidas con demasiado rigor: hay derecho que es necesario saber usar con moderación, y donde el exceso en la exactitud conduce a la falta de equidad, hay cosas demasiado minuciosas para que uno ocupe al pretor”<sup>(10)</sup>.

Valiosa idea, no siempre tenida en cuenta en el ámbito del derecho de familia, que, a falta de juridicidad interna, más de una vez sobreactúa la intervención jurisdiccional.

En síntesis, el aporte de Troplong, el espíritu de moderación de Troplong ha sido probablemente uno de los más trascendentes en la teoría de las recompensas. Frente a los análisis más precisos y atados al objeto y fin del aporte, el criterio de moderación, como criterio general es que, en general, ha triunfado en la consideración de la restitución, considerando que cuando se hizo el gasto, se hizo sobre la base de un entramado complejo de relaciones familiares, a los que la dimensión patrimonial no es ajena.

*d) Rodière y Pont: la finalidad conservatoria de las masas*

Aimé Rodière y Paul Pont, por su parte, pusieron de resalto la idea del fundamento de la teoría de las recompensas. Para ellos, las recompensas tienen por objetivo conservar la integridad del patrimonio de los esposos. En ese sentido, para ellos, la teoría de la recompensa no es sino un corolario del principio de inmutabilidad<sup>(11)</sup>. Las recompensas sirven, igualmente, para descartar las donaciones encubiertas entre cónyuges<sup>(12)</sup>. Tiene también interés la introducción del realismo en la valoración de la recompensa, frente a la declaración en la escritura. Rodière y Pont sostienen que, por sobre el precio declarado, la recompensa debe medirse sobre el precio real<sup>(13)</sup>.

En síntesis, Rodière y Pont señalan la radicación de la teoría de las recompensas en el sistema: entroncan con el principio de inmutabilidad de los bienes en el sistema de comunidad de ganancias y en la protección de terceros.

*e) Marcadé: la medida y la compensación de las recompensas*

Víctor Marcadé<sup>(14)</sup> analiza críticamente a sus contemporáneos y antecesores, proponiendo algunas correcciones en la teoría de las recompensas. Respecto de lo que se debe reembolsar en carácter de recompensa, Marcadé se opone radicalmente las posiciones de Duranton y Troplong, en el sentido de que la medida de la recompensa tiene una proporción con el enriquecimiento del que se benefició el cónyuge. Para él, la medida de la recompensa es la suma desembolsada<sup>(15)</sup>.

Respecto de los gastos hechos con fondos de la comunidad en un bien propio, que procuraron mayor bienestar

en el “usufructo” de los bienes propios a la familia, Marcadé señala que no puede pedirse recompensa alguna en esos casos. La recompensa ya tuvo lugar con el goce de la familia, por esas mejoras<sup>(16)</sup>. Su posición sobre estos asuntos lo lleva a pensar que, habiendo pérdidas, la recompensa se debe igualmente, por el monto invertido<sup>(17)</sup>.

En síntesis, Marcadé vuelve a la idea de la inmutabilidad en sentido rígido: devolver lo reembolsado. Hay que remarcar que se aparta así de la teoría del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, por otro lado, entiende que, si del aporte hubo un beneficio familiar, entonces no corresponde de la recompensa. Esta posición desarticula la continuidad doctrinal que hasta ahora podía edificarse sobre la base de una cierta coherencia. En este caso, se acentúa la incolumidad del patrimonio de cada uno de los cónyuges, pero al mismo tiempo y en sentido inverso, si el aporte es para la familia, no hay derecho subjetivo a reclamar.

*f) Los hermanos Mazeaud: finalidad, naturaleza indemnizatoria*

Más cercanos en el tiempo, los hermanos Mazeaud han esgrimido dos fundamentos para la teoría: la equidad y la prohibición de donaciones entre esposos. Sobre todo, entienden que los fundamentos pueden reducirse a que la teoría de la recompensa sigue teniendo por finalidad “asegurar el respeto de las reglas de distribución de los bienes y, por ello mismo, el respeto de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales”<sup>(18)</sup>.

Descartan el enriquecimiento sin causa, ya que aquí no se podría configurar el elemento cuasi contractual que ellos entienden indispensable en ese caso<sup>(19)</sup>. Establecen como requisitos de la teoría, que se configuren los mismos requisitos de responsabilidad civil<sup>(20)</sup>.

Para ellos, resulta posible aplicar acumulativamente las reglas de las recompensas con las de la responsabilidad civil, de forma tal que el monto de la recompensa se amplíe si se configuran hechos agravantes (venta sin asentimiento, por ejemplo). La reparación debe ser integral<sup>(21)</sup>.

En síntesis, como siempre, los hermanos Mazeaud, en su sensibilidad extraordinaria del derecho aportan una profundización. Para ellos, debe quedar definitivamente zanjada como inaceptable la consideración de las recompensas como un enriquecimiento sin causa, para preferir la idea de la incolumidad de las masas como fundamento inmediato. Sin embargo, agregan el elemento moralizante de las recompensas, al incorporar el principio de integridad y la posible modulación en los casos de conductas fraudulentas por parte de los cónyuges.

*g) Ripert y Boulanger: explicación, fundamentos, actualización de la deuda*

Georges Ripert y Jean Boulanger explican la naturaleza de las recompensas considerando que se basan en una ficción jurídica, por la que se considerarían tres masas (dos propias y la ganancial). Esas masas darían lugar a indemnizaciones recíprocas<sup>(22)</sup>.

Para Ripert y Boulanger, el asunto se vinculó inicialmente con la reinversión de fondos propios o gananciales.

Si bien era de justicia aplicar la teoría de la reinversión (n. b. subrogación), esta posibilidad no estaba contemplada en el derecho más antiguo. Sin embargo, fue crecientemente admitida en las costumbres. Luego, se habría añadido la razón de conveniencia de evitar

*Ripert y Boulanger llevan el debate sobre la naturaleza de las recompensas un poco más allá. Para ellos, es apenas un procedimiento técnico destinado a garantizar la incolumidad de las masas y funciona casi como el principio de reinversión, que antes en Argentina se denominaba subrogación real.*

donaciones simuladas entre cónyuges (donde, a nuestro criterio, aparecería el interés de terceros). Para ellos, el

(10) TROPLONG, Raymond Th., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, Merlin, Clans, Bruxelles, 1850, p. 355, nro. 1201: “Nous terminerons par une réflexion. Ces récompenses ne doivent pas être exigées avec trop de rigueur: il y a des droits dont il faut savoir user avec modération, et où l'excès dans l'exactitude conduit au défaut d'équité; il y a des choses trop minutieuses pour qu'on en occupe le préteur”.

(11) RODIÈRE, Aimé - PONT, Paul, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement à leur biens*, t. I, p. 631.

(12) RODIÈRE, Aimé - PONT, Paul, *Traité du contrat...*, cit., t. I, p. 633

(13) RODIÈRE, Aimé - PONT, Paul, *Traité du contrat...*, cit., t. I, p. 637

(14) MARCADÉ, Víctor, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant un analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. V, 5<sup>o</sup> ed., Delamotte, Paris, 1869

(15) MARCADÉ, Víctor, *Explication théorique...*, cit., p. 568

(16) MARCADÉ, Víctor, *Explication théorique...*, cit., p. 571.

(17) MARCADÉ, Víctor, *Explication théorique...*, cit., p. 572

(18) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Leon - MAZEAUD, Jean, *Leciones de derecho civil*, t. I, parte VI, nro. 414, ps. 533 y ss.

(19) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Leon - MAZEAUD, Jean, *Leciones de derecho...*, cit.

(20) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Leon - MAZEAUD, Jean, *Leciones de derecho...*, cit., p. 535.

(21) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Leon - MAZEAUD, Jean, *Leciones de derecho...*, cit.

(22) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean - LLAMBÍAS, Jorge J. (superv.), *Derecho Civil*, t. IX, p. 509, nro. 886.

fundamento de la recompensa “es de la misma naturaleza que la reinversión”<sup>(23)</sup>.

Desechan la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa debido a la esencial desemejanza de ese instituto con las reglas de la sociedad conyugal (en el caso del enriquecimiento sin causa, ambas partes no deben tener vínculo alguno).

En cuanto al fundamento en la equidad, dicen que todo el derecho está sujeto a la equidad y a la consecuente prohibición de enriquecimiento sin causa, pero que ellos no son fundamentos directos de la teoría de la recompensa.

Elocuentemente, proponen una definición de la teoría de las recompensas: “...Un *procedimiento técnico* destinado a impedir que la masa de bienes comunes se encuentre, en el momento de la partición, aumentada o disminuida a expensas o a favor de uno de los cónyuges. Es pues, un medio de hacer respetar las reglas legales del régimen de la comunidad. Así se puede considerar la teoría como una prolongación del *principio de la inmutabilidad* de las convenciones matrimoniales”<sup>(24)</sup>. Para Ripert y Boulanger, la comunidad es responsable por el precio que recibió (sin perjuicio de las actualizaciones).

En síntesis, Ripert y Boulanger llevan el debate sobre la naturaleza de las recompensas un poco más allá. Para ellos, es apenas un procedimiento técnico destinado a garantizar la incolumidad de las masas y funciona casi como el principio de reinversión, que antes en Argentina se denominaba subrogación real, en esos esfuerzos metafóricos que hace el derecho desde el derecho romano de pensar por analogía.

#### h) Balance y recapitulación

En síntesis, pueden señalarse los siguientes aportes:

– *Naturaleza de la recompensa*. Algunos han sostenido que se emparenta con el enriquecimiento sin causa y la teoría de la equidad (Pothier, Duranton, Troplong), o que tiene su razón de ser en la prohibición de las donaciones entre esposos (Marcadé); por fin, que es un mecanismo enlazado a la regla de reinversión o subrogación, para mantener la integridad de las masas (Ripert y Boulanger). También, que para su valoración debería tenerse en cuenta la valoración de las conductas de las partes y la finalidad y el objeto del gasto (Hermanos Mazeaud, Pothier, Duranton).

– *Principios*. Se han enunciado variantes de los principios que rigen la teoría de las recompensas. El principio más importante de la teoría consiste en que siempre que la comunidad o los esposos hayan obtenido beneficio con fondos de la comunidad o de uno de los cónyuges, deben recompensar.

– *Medida de la recompensa*. La medida de la recompensa es discutida. Algunos autores entienden que ésta equivale al monto del que se vio privado el aportante a favor del beneficiario (Marcadé). Otros, que en todos o en algunos supuestos, el beneficiario debería reponer el valor recibido, en forma proporcional a su beneficio (Pothier, Duranton, Troplong). En muchos casos predomina un análisis casuista:

- si se trata del bien asiento de la comunidad y las mejoras hechas con dinero de la comunidad benefician a los “usufructuarios” de los bienes propios, no habría derecho a recompensa (Pothier, Marcadé);

- si se hubieran retirado frutos, éstos deben ser descontados de las recompensas;

- si hubo pérdidas, se prevén distintas soluciones, según la naturaleza o el destino del aporte;

- la inversión en el oficio del esposo podría dar derecho a recompensa, en la medida de los aportes hechos para alcanzar el oficio (Pothier).

- tratándose de mejoras, por ejemplo, se ha distinguido entre distintos tipos de mejoras y la extensión de la recompensa varía según el caso. Los Mazeaud han distinguido entre gastos de conservación (que no habilitarían el reclamo de recompensas) y los gastos por mejoras (que sí lo harían).

– *Fundamentos de las recompensas*. Se han esbozado diversos fundamentos. Pothier entiende que es un corolario del enriquecimiento sin causa y de la equidad. Rodière y Pont encuentran en ella un corolario de la intangibilidad de las masas y de la inmutabilidad de los regímenes

matrimoniales. También se esboza como fundamento la prohibición de la donación entre cónyuges, que estaría implícita en la idea de intangibilidad e inmutabilidad. Según Ripert y Boulanger, la motivación más antigua de las recompensas es conservar la integridad de las masas, a la que después se sumó la evitación de donaciones simuladas.

– *Requisitos de las recompensas*. Es interesante el aporte de los hermanos Mazeaud, en el sentido de establecer los requisitos propios de la responsabilidad civil para la aplicación de las recompensas. La reparación debe ser integral y la extensión del resarcimiento puede ser mayor, cuanto mayor sea el gravamen (debido, por ejemplo, a fraude).

## 5. Caracterización de las recompensas en el Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield

El Código Civil de Vélez Sársfield no reguló expresamente el sistema de recompensas, a pesar de su familiaridad con el modelo francés, que sí lo contemplaba. Este silencio normativo resulta significativo y sugiere que, si bien la figura no fue positivizada, sí existía una conciencia del fenómeno subyacente.

La doctrina identificó vestigios implícitos del régimen de recompensas en diversos artículos del antiguo Código. El art. 1218 prohibía toda renuncia entre cónyuges sobre los gananciales, estableciendo un principio de orden público y de inmutabilidad del régimen. Este artículo fue interpretado como la base para admitir, en sentido amplio, la compensación de aportes entre masas<sup>(25)</sup>.

Los arts. 1254, 1256, 1258 y 1260 revelaban la posibilidad de existencia de créditos personales o reales de un cónyuge contra el otro o contra la sociedad conyugal, especialmente al momento de la disolución. Estos artículos, frecuentemente ignorados por la doctrina, habilitaban una reconstrucción del patrimonio común a través de la prueba de aportes individuales<sup>(26)</sup>.

El art. 1280, si bien referido a obligaciones del marido, distinguía estas de los “abonos debidos” entre cónyuge y sociedad, lo que se ha entendido como una alusión tácita a las recompensas. Más explícito fue el art. 1316 bis, incorporado por la reforma de la Ley 17.711, que reconocía créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal, sujetándolos a un reajuste equitativo al momento de la disolución, aunque sin extender dicha posibilidad a la inversa.

Cabe destacar que ni Vélez ni el legislador de 1968 acogieron de manera expresa la teoría de las recompensas. Su desarrollo fue eminentemente doctrinario y jurisprudencial, lo que generó inseguridad jurídica y variabilidad en su aplicación. El sistema se caracterizaba por una apertura probatoria amplia, incluyendo incluso la prueba confesional, siempre con resguardo de los derechos de terceros. Mientras Vélez priorizaba la protección de la mujer y de los acreedores externos por sobre la integridad de las masas patrimoniales, la reforma de 1968 –atenta al contexto inflacionario– introdujo el principio de equidad como pauta de partición.

En suma, el régimen de recompensas en el Código Civil derogado fue una figura implícita, latente, carente de definición técnica, pero con suficientes fundamentos normativos para permitir su construcción interpretativa.

Pese a la insistencia de la doctrina en que las recompensas son de orden público, Vélez había previsto diversas posibilidades de ganancialización de los bienes, dejando margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, siempre que no hubiera perjuicio de terceros (ver *supra*).

Queda claro que ni el codificador ni la reforma quisieron introducir explícitamente la teoría de las recompensas en el Código. En nuestro derecho, esta teoría no deja de ser una construcción doctrinaria y jurisprudencial, que causa inseguridad jurídica por su indeterminación.

El codificador advirtió que podían existir créditos entre masas virtuales y parece haber ligado su determinación al momento de la disolución. Estableció el principio de amplitud probatoria, incluyendo la prueba confesional entre cónyuges (lo que permitiría una eventual ganancialización o apropiación de los bienes, si los cónyuges estuvieran de acuerdo en calificarlos en un sentido u otro). Dejó a salvo siempre los derechos de terceros.

(23) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean LLAMBÍAS, Jorge J. (superv.), *Derecho civil...*, cit., p. 511, nro. 889.

(24) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean LLAMBÍAS, Jorge J. (superv.), *Derecho civil...*, cit.

(25) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, Astrea Buenos Aires, 1998, t. I, p. 780, § 600.

(26) Lo menciona, PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, t. I, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 947, nro. 402.

No parece haberle preocupado demasiado a Vélez proteger la integridad de las masas. Sólo la protección de la mujer y la de los terceros.

La reforma de la ley 17.711 incorporó expresamente el reajuste equitativo, teniendo ante la vista diversos procesos inflacionarios. Este reajuste ya había sido previsto en el derecho francés. El reajuste equitativo, a estarse por el texto, sólo resulta aplicable a los créditos de los cónyuges para con la sociedad conyugal. Pero no a la inversa. De este modo, el legislador de 1968 tendió a beneficiar las masas propias sobre las gananciales (a la inversa de lo que tal vez fue el espíritu del codificador). Con todo, la solución no es irrazonable, si se la sitúa en el momento de la disolución, y la equidad se aplica en sentido amplio a todo el proceso de partición.

## 6. Las recompensas en el Código Civil y Comercial

Las recompensas, reguladas en varios artículos en el Código Civil y Comercial, presentan una regulación confusa, casuística y reiterativa, que claramente requiere una revisión.

### a) Principio general

El Art. 468 trae prácticamente una definición de la recompensa como una deuda y el principio general que hubiera ahorrado el casuismo de todos los supuestos anteriores: “El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad”.

En tanto, en el Art. 491 se enuncia otra vez la suposición abstracta: “La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad”.

Básicamente, el supuesto es que cuando se invierte dinero propio en una masa común y ganancial en beneficio de una masa propia, hay derecho a recompensa.

Antes de la reforma, la doctrina nacional había debatido los mismos márgenes que la doctrina francesa. Zannoni había sostenido que tienen su fundamento en el principio que veda toda convención de los cónyuges sobre cualquier objeto relativo a la sociedad conyugal<sup>(27)</sup>. Pero esto no es distinto al principio de inmutabilidad, que obliga a no modificar el régimen. La teoría del enriquecimiento sin causa fue sostenida por Mazzinghi<sup>(28)</sup>, Mattered y D’Acunto<sup>(29)</sup>, Ferrer<sup>(30)</sup> y Perrino<sup>(31)</sup>. La prohibición de la donación entre esposos, por Ugarte<sup>(32)</sup>, Zannoni<sup>(33)</sup> y Mattered y D’Acunto<sup>(34)</sup>, entre otros. Ferrer fundamenta, además, en la incoluidad de las masas, la equidad y la igualdad entre cónyuges<sup>(35)</sup>. Perrino<sup>(36)</sup> y Méndez Costa<sup>(37)</sup> coinciden en que el principio de igualdad entre los cónyuges es fundamento de la equidad. Jorge A. Mazzinghi (h.)<sup>(38)</sup> ha sostenido que el fundamento es la conservación de la integridad de las masas propias y gananciales<sup>(39)</sup>. Por último, para Ferrer pueden concurrir varios principios al mismo tiempo<sup>(40)</sup>. Belluscio<sup>(41)</sup> considera que puede tener diversos fundamentos y que en cada caso pueden concurrir varios de ellos.

(27) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. I, ps. 778 y ss.

(28) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, p. 465.

(29) MATTERA, Marta del Rosario - D’ACUNTO, Claudia I., “El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal”, ED 192-915

(30) FERRER, Francisco A. M., “Sistema de recompensas”, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa (dir.), *Código Civil Comentado*, Rubinzal Culzoni, Arts. 1277 a 1322, p. 325.

(31) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 949.

(32) UGARTE, Luis A., “Liquidación de la sociedad conyugal: recompensas y carga de la prueba. Enajenación de un bien propio sin reinversión”, JA 1988-IV-592

(33) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit.

(34) MATTERA, Marta del Rosario - D’ACUNTO, Claudia I., “El derecho...”, cit.

(35) FERRER, Francisco A. M., “Sistema de recompensas”, cit., p. 323.

(36) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit.

(37) MÉNDEZ COSTA, María Josefa - D’ANTONIO, Daniel H., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 231.

(38) MAZZINGHI (h.), Jorge A., “Los créditos por recompensas en la liquidación de la sociedad conyugal”, DJ 2004-3-1147.

(39) *Ibid.*

(40) FERRER, Francisco A. M., “Sistema de recompensas”, cit., p. 325.

(41) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 156.

En la doctrina posterior al Código Civil y Comercial se ha sostenido que su función principal es la reconstitución patrimonial de cada uno de los esposos, sin mayor análisis acerca de la naturaleza jurídica<sup>(42)</sup>, siguiendo así el enfoque “anti-metafísico” y pragmático del nuevo Código en relación con la disposición a zanjar debates teóricos.

Nosotros sosteníamos que había cinco fundamentos de la teoría<sup>(43)</sup>, que explicaban su función. A nuestro modo de ver, la teoría de las recompensas es una construcción teórica *ad hoc* sofisticada, que depende de cinco principios, bien que indirectamente.

En realidad, su función es siempre proteger el principio de igualdad en la dis-

...su función es siempre proteger el principio de igualdad en la distribución de los bienes al momento de la liquidación del régimen.

tribución de los bienes al momento de la liquidación del régimen. Sin embargo, se trata de una herramienta compleja con varios siglos de elaboración. En este sentido, no tienen sentido las simplificaciones. Es lógico que la herramienta tenga un perfil complejo, porque es un mecanismo que juega con otros institutos, tales como la reinversión, la teoría del título o causa, la accesión o las mejoras. Específicamente protege:

a) La incolumidad de las masas: mantener incólumes las masas propias y gananciales (principio de incolumidad);

b) La inmutabilidad del régimen matrimonial, evitando donaciones implícitas entre cónyuges;

c) La igualdad entre los cónyuges: mantener la igualdad de los cónyuges (principio de igualdad –que actúa de manera más remota–), lo que implica la protección de la igual participación de ambos en la comunidad de ganancias a la hora de la disolución;

d) La equidad: en la medida en que admite la corrección por el principio de equidad; y,

e) La protección de terceros: coadyuvan a la protección de terceros (que se benefician de la incolumidad de las masas);

Estos principios no concurren de manera alternativa, sino que los cinco constituyen los pilares de las recompensas.

De otra parte, respecto de otras interpretaciones posibles, la doctrina del enriquecimiento sin causa no es un principio sino una regla de derecho común que realiza una variante de la igualdad, es de interpretación restrictiva y subsidiaria en el nuevo Código Civil y Comercial y supondrían que los aportes se hicieron en la previsión de la duración de la relación, algo que en el derecho contemporáneo no es una expectativa que pueda deducirse del derecho vigente, a diferencia de lo que sucedía en el derecho anterior.

### b) Naturaleza jurídica

En cuanto a la *naturaleza jurídica*, la doctrina no la había abordado demasiado. Mazzinghi<sup>(44)</sup>, siguiendo la doctrina francesa, la analiza bajo el género de las deudas entre cónyuges. Es usual sostener que se trata de créditos<sup>(45)</sup>. Para Ferrer<sup>(46)</sup>, son “créditos por indemnizaciones” entre cónyuges”. El crédito es el reverso de la deuda.

Por nuestra parte, habíamos sostenido la teoría de las recompensas es apenas una *construcción jurídica*, que guarda cierta analogía remota con la teoría de la subrogación. Permite la conservación de la identidad de los bienes en las vicisitudes del régimen<sup>(47)</sup>.

Así considerado, las recompensas no son una institución, sino un mecanismo jurídico que crea derechos subjetivos para reclamar créditos entre los cónyuges al momento de la disolución para proteger realizar al mismo tiempo la protección de los bienes enunciados más arriba.

(42) SAMBRIZZI, *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 566 y ss. FERRER, Francisco Magín, *El régimen patrimonial del matrimonio*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 267 y ss.

(43) BASSET, Ursula, *La calificación de bienes en el matrimonio...*, cit. Capítulo X

(44) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho...*, cit., p. 465.

(45) MATTERA, Marta del Rosario - D’ACUNTO, Claudia I., “El derecho...”, cit. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 327, entre otros.

(46) FERRER, Francisco A. M., “Sistema de recompensas”, cit., p. 323

(47) BASSET, Ursula C., *Calificación de Bienes...*, cit.

c) *Notas de las recompensas*

La doctrina ha sostenido que son irrenunciables, transmisibles, prescriptibles, carecen de privilegio y garantía y no devengan intereses durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La nota de *irrenunciabilidad*<sup>(48)</sup> es relativa y, tal vez, trascendente. La renuncia anticipada no está contenida dentro de los márgenes de las convenciones nupciales. Durante la vigencia de la sociedad conyugal, las recompensas no pueden reclamarse. De modo que tampoco pueden renunciarse y las convenciones sobre la partición, previas a la disolución, es sabido que son de admisibilidad muy restringida. Por otra parte, sólo tienen valor una vez producida la disolución. Por último, producida ésta, el principio de partición por mitades no es de orden público. De modo que sería admisible que un cónyuge renunciara a determinadas recompensas en esos códigos que manejan las familias en su privacidad y en los que el codificador ni el legislador de las sucesivas reformas han querido limitar. Así pues, un derecho al que es actualmente imposible renunciar hasta la disolución, no es irrenunciable.

Las recompensas no son un derecho actual durante la vigencia de la sociedad conyugal. Son un crédito que se

*Las recompensas no son un derecho actual durante la vigencia de la sociedad conyugal. Son un crédito que se actualiza al momento de la disolución. Al decir de Pothier, son un derecho "informe", sin forma, previamente a la disolución. Recién entonces cobran el vigor de derecho subjetivo y se transforman en renunciables.*

actualiza al momento de la disolución. Al decir de Pothier, son un derecho "informe", sin forma, previamente a la disolución. Recién entonces cobran el vigor de derecho subjetivo y se transforman en renunciables.

La doctrina considera en general que las recompensas son

transmisibles *mortis causa*<sup>(49)</sup>. Los herederos se subrogan al acreedor de las recompensas.

No prescriben durante la vigencia de la sociedad conyugal<sup>(50)</sup>, porque en ese período son un derecho informe. La comunidad prohíbe los reclamos de esa naturaleza en tiempos de la vigencia de la sociedad. Sin embargo, producida la disolución, renace la posibilidad de que prescriba el derecho de reclamarlas.

Carecen de privilegio y garantía frente a otros créditos<sup>(51)</sup>. Así se ha sostenido, y está en juego el derecho de terceros y la seguridad jurídica.

Por último, el que no devenguen intereses<sup>(52)</sup> ha sido objeto de controversias diversas. En general, la doctrina se inclina a que los intereses sólo podrían producirse por mora. Ese supuesto exige una acción previa procedente de reclamo de las recompensas, que sólo podría producirse luego de la disolución de la sociedad conyugal.

d) *Enunciaciones casuísticas de supuestos específicos de recompensa*

En primer lugar, en los Arts. 464 y 465, como criterios correctivos de los principios de calificación de bienes, en perspectiva casuística: La enunciación es bastante tortuosa y requeriría hoy, revisión.

e) *Gastos hechos con dinero propio que beneficiaron a la comunidad, y gastos hechos con dinero ganancial que beneficiaron a uno de los cónyuges*

Entre estos supuestos, que se resumen bien en las reglas generales, están el derecho a recompensa por gastos en la adquisición de herencias, legados y donaciones, lo invertido en mejoras que benefician a una masa distinta de la aportante del dinero, la inversión de bienes propios o gananciales en la adquisición de bienes comunes o propios, según el caso o el saldo aportado por permutas y el aporte de fondos gananciales o propios para pago de deudas propias o gananciales, según el caso.

(48) Mencionada por PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 950. FERRER, *El régimen...*, cit.

(49) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit. FERRER, *El régimen...*, cit.

(50) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit. FERRER, *El régimen...*, cit.

(51) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit. FERRER, *El régimen...*, cit.

(52) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit. FERRER, *El régimen...*, cit.

Una lógica parecida se da en el supuesto del pago de primas con fondos gananciales para una indemnización que califica como propia, o en las ropas u objetos de uso personal con fondos gananciales.

Es decir, siempre que se aportan fondos propios o gananciales para beneficiar a masas gananciales o propias, esas inversiones cruzadas pueden ser restituidas si se solicita por la parte respectiva perjudicada.

Aquí la enunciación casuística del Código:

- *Derecho a recompensa de la comunidad por los cargos soportados en la adquisición de herencias, legados y donaciones.* En el Art. 464, b) "Los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por esta". (...)

- *Derecho de recompensa de la comunidad por las mejoras o adquisiciones hechas con dinero ganancial.* En el Art. 464, j): "los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella";

- *A la inversa, derecho a recompensa de uno de los cónyuges por los bienes incorporados por accesión por las mejoras hechas con dinero propio de uno de los cónyuges.* En el Art. 465, m) "los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios";

- *Derecho a recompensa de la comunidad por la inversión de bienes gananciales en la adquisición de bienes propios.* En el Art. 464, k) "las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición";

- *A la inversa, derecho a recompensa de cada cónyuge por los bienes gananciales para los que hubo aporte de dinero propio de un cónyuge.* En el Art. 465 para los bienes gananciales, f): "los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad";

- *Derecho a recompensa de la comunidad por el saldo soportado por la comunidad en las permutas de bienes propios.* En el Art. 464, c) "los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario";

- *Derecho a recompensa de la comunidad por el exceso de las donaciones remuneratorias:* "No son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensa al donatario por el exceso";

- *Derecho a recompensa del cónyuge por el exceso en reemplazo de crías de ganado que se ganancializan.* En el Art. 464, f): "las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado";

- *Derecho a recompensa por los aportes gananciales para extinguir un usufructo u otros derechos reales de uno de los cónyuges.* En el Art. 464, l) "la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad,

sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales”;

- *A la inversa, derecho a recompensa de uno de los cónyuges por el aporte propio para la consolidación de un usufructo u extinción de otros derechos reales.* En el Art. 465, ñ) “la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquélla, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios”.

- *Derecho a recompensa a la comunidad por las ropas y objetos de uso personal adquiridos con fondos de la comunidad.* En el Art. 464, m): “las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de ésta; y los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales”;

- *Derecho a las recompensas de uno de los cónyuges por adquisición de partes indivisas gananciales con dinero propio de uno de los cónyuges.* En el Art. 465, n) “las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición”;

- *Derecho a la comunidad por el pago de primas a un seguro que dio lugar a una indemnización de carácter propio.* “No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta”.

- *Presunción de derecho a recompensa en caso de venta de un bien propio sin reinversión en el Art. 491.* “Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad”.

Sin embargo, el Código prevé otro supuesto anómalo, según el cual el mayor valor de un bien propio, en el caso acciones societarias propias, da derecho a recompensa. La regla de calificación es que el mayor valor de un bien, beneficia a su propietario. Sin embargo, aquí la regla cambia.

- *Derecho a recompensa por el mayor valor de acciones propias derivadas de que éstas se llevaran a reserva:* “Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio”.

#### f) Momento en que se debe hacer valer

El Art. 488 regula este supuesto: “Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes”.

Es decir, para que proceda la liquidación de las recompensas, primero se hace esencial que se extinga la comunidad, lo que sólo puede ocurrir por las causas previstas por la ley, agotando así la discusión sobre si podía haber recompensas durante la vigencia de la comunidad.

La lectura previa de los arts. 1256, 1258 y 1260, CCiv., daba la idea de que las recompensas sólo se enmarcaban en el caso de disolución de la sociedad conyugal. Esta posición fue la asumida mayoritariamente en la doctrina. La sola excepción parece haber sido la de Guaglianone, que había admitido la posibilidad de reclamar recompensas durante la vigencia de la sociedad conyugal<sup>(53)</sup>.

El motivo de que sólo pueda hacerse valer en la etapa posterior a la disolución de la sociedad es que su razón de ser, es, como dice el mismo Guaglianone, “reconstruir los patrimonios propios de los esposos, cuando se han mezclado entre sí o con el haber conyugal; y, ajustar las deudas y cargas personales de cada cónyuge o de cada masa”<sup>(54)</sup>.

(53) GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 250.

(54) GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación...*, cit.

Paralelamente, durante la comunidad rige la suspensión de la prescripción entre cónyuges. Este plazo para reclamar las recompensas rige sólo una vez producida la disolución de la sociedad.

#### g) Prueba de la recompensa

- Art. 492.- Prueba. La prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio.

Como es sabido, en el nuevo Código no cabe la oficiosidad para la materia patrimonial. De modo que corresponde a cada cónyuge probar su existencia. El que invoca el derecho a recompensa tiene sobre sí la carga de la prueba<sup>(55)</sup>.

Agustín Sojo señala que también aplica el principio de cargas probatorias dinámicas y de amplitud probatoria del Art. 710 del CCC<sup>(56)</sup>.

El problema en torno a las cargas probatorias es serio, especialmente porque involucra una visión de fondo sobre la virtualidad de varios principios, particularmente la interacción entre el principio de comunidad y el de inmutabilidad.

La doctrina sostiene el principio general de que la carga probatoria la tiene quien alega el derecho a recompensa<sup>(57)</sup>.

Bajo la vigencia del Código anterior, las aguas se dividían, sin embargo, ante el supuesto de la venta de un bien propio sin reinversión. En ese caso, una parte de la doctrina entiende que existe una presunción a favor del cónyuge que reclama la recompensa (Belluscio<sup>(58)</sup>, Zannoni<sup>(59)</sup>, Azpiri<sup>(60)</sup> se suele mencionar a Guaglianone<sup>(61)</sup>, pero su posición nos parece ambigua en lugar citado). Otra parte de la doctrina sostenía que el cónyuge que solicita la recompensa tiene que probar que invirtió los fondos procedentes de la venta en beneficio de la comunidad (Borda<sup>(62)</sup>, Guastavino<sup>(63)</sup>, Mazzinghi [padre<sup>(64)</sup> e hijo<sup>(65)</sup>],

*Para que nazca la recompensa, es requisito acreditar que los fondos fueron cruzados sin causa, vulnerando el principio de inmutabilidad. Si ello no se acredita, no procede la recompensa. Es un requisito constitutivo, puesto que, si no, rige la presunción de ganancialidad.*

(55) GONZÁLEZ, Eliana, “Régimen de comunidad de ganancias”, Capítulo IC, en BASSET, Ursula C., GONZÁLEZ, Eliana, *Régimen patrimonial del matrimonio*, El Derecho, Buenos Aires, 2015, p. 217 a 236.

(56) SOJO, Agustín, “Comentario al Art. 492”, en BUERES, Alberto, *Código Civil Comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 284. También, ARIANNA, Carlos, *Régimen patrimonial del matrimonio del matrimonio*, Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 297.

(57) MÉNDEZ COSTA, María Josefa - D’ ANTONIO, Daniel H., *Derecho de familia*, cit., t. II, p. 307. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho...*, cit., vol. 2, p. 205, § 412.

(58) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho...*, cit., vol. 2, p. 204. Sostiene que es ilógico solicitar al cónyuge que reclama las recompensas la prueba de que gastó los fondos en beneficio de la comunidad, ya que esos gastos no suelen documentarse. Por otra parte, dice que “hay un error conceptual en considerar que lo dilapidado en gastos personales, diversiones o juego no está a cargo de la sociedad conyugal...”.

(59) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 780, § 600. Se queja contra Borda por querer invertir la carga de la prueba. Y sostiene que “por aplicación de la presunción de ganancialidad, se presume que los valores propios no reinvertidos han beneficiado a la comunidad, salvo prueba en contrario”. Menuda presunción de ganancialidad, que en este caso jugaría en contra de la masa ganancial.

(60) AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Autonomía de la voluntad y el régimen de bienes. La sociedad conyugal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 80.

(61) GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación...*, cit., p. 282, nro. 289. Dice que el esposo que reclama la recompensa “naturalmente debe probar” el recibo por parte de la sociedad de los fondos. Esto implicaría que debe probar que invirtió en la comunidad. A su vez, quien se oponga, debe acreditar la reinversión en otro bien propio o el pago de deudas personales.

(62) BORDA, Guillermo A. - BORDA, Guillermo J. (actual.), *Tratado de derecho civil. Familia*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 394 y 395. Citando a Rébora sostiene que lo contrario sería desvirtuar el régimen de administración.

(63) GUASTAVINO, Elías P., “El sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año XXI, nros. 98/99, tercera época, Santa Fe, 1959, según cita de Mazzinghi, nota siguiente.

(64) MAZZINGHI, Jorge A., “Un cuestionable derecho a recompensa”, LL 1982-B-378. Y dice en su Tratado: “Bastaría que uno de los cónyuges probara haber vendido un bien propio y haber percibido el precio para que naciera a su favor el derecho a recompensa”.

(65) MAZZINGHI (H.), Jorge A., “Los créditos...”, cit.: “Desde mi punto de vista, lo razonable sería exigirle al enajenante que demostrara no sólo la venta, sino también que, a partir de la enajenación, la situación económica del matrimonio experimentó una genérica mejoría, que los gastos cotidianos crecieron, que se cancelaron algunas deudas que afectaban al patrimonio ganancial, que se registró un aumento del nivel general de vida”.

Perrino<sup>(66)</sup>, Solari<sup>(67)</sup>). El nuevo Código Civil y Comercial, al establecer una presunción a favor del cónyuge, pone en cabeza del otro la prueba de que los fondos no beneficiaron a la comunidad, lo cual es una prueba prácticamente diabólica. Deberá ser complementada con el Art. 710 CCC, que da lugar a las cargas probatorias dinámicas.

Para que nazca la recompensa, es requisito acreditar que los fondos fueron cruzados sin causa, vulnerando el principio de inmutabilidad. Si ello no se acredita, no procede la recompensa. Es un requisito constitutivo, puesto que, si no, rige la presunción de ganancialidad.

Es la posición sostenida en un artículo de Néstor E. Solari<sup>(68)</sup>, con el Código anterior, quien sostenía igualmente la presunción del derecho a recompensas ante la falta de reinversión. Con un análisis fundado demuestra la inexistencia de una presunción legal o *iusuris* de recompensa. Ante la falta de esa presunción, ya entonces entendía que debía aplicarse el principio de cargas probatorias dinámicas. Quien está en mejor situación de probar si ese bien fue reinvertido o gastado en beneficio de la comunidad es el cónyuge que reclama la recompensa. De forma que es a él a quien le corresponderá acreditar los presupuestos que habilitan su reclamo.

La doctrina citada antes ha puesto de manifiesto que beneficiar al cónyuge enajenante con una presunción a su favor puede prestarse al fraude. Quien está en peor situación para probar el expendio en beneficio de la comunidad es la víctima posible del fraude.

Coincidimos plenamente con la posición de Jorge A. Mazzinghi (h.) cuando pone, en cabeza de quien reclama la recompensa, el deber de acreditar los extremos que

*De nuestra parte, creemos que el que alega, debe probar. La recompensa es un supuesto excepcional a la ganancialidad de los bienes. El que la reclama, debe acreditar los requisitos que hemos enunciado en el apartado e y el que se opone, puede ejercer las defensas correlativas.*

hacen procedente su reclamo. Hemos sostenido antes que los requisitos a probar deben incluir, no sólo la percepción del dinero, sino además cómo se invirtió en beneficio de la comunidad. Esta presunción sólo puede beneficiar a la comunidad y no

articularse en su contra. Si la comunidad saldó deudas comunes, presumir que fueron saldadas con dineros propios es una construcción jurídica contradictoria con la presunción de ganancialidad, que tiende a engrosar la sociedad, no a mermarla. Además, que, como se ha señalado, el dinero propio también está afectado a satisfacer las cargas.

De nuestra parte, creemos que el que alega, debe probar. La recompensa es un supuesto excepcional a la ganancialidad de los bienes. El que la reclama, debe acreditar los requisitos que hemos enunciado en el apartado e y el que se opone, puede ejercer las defensas correlativas. En el caso de la venta sin reinversión, rige la presunción del Código, que sin embargo puede ser desarticulada invocando el Art. 710 CCC. Sin embargo, dada la dificultad probatoria, puede resultar aplicable el principio de cargas probatorias dinámicas.

#### *h) Requisitos de procedencia*

Para la procedencia del reclamo parece indispensable que se cumplan, al menos, los siguientes requisitos:

- a) empleo de fondos procedente de una masa;
- b) en beneficio de otra (relación de enriquecimiento-empobrecimiento)<sup>(69)</sup>;
- c) esa ventaja no puede estar motivada en la satisfacción de una obligación previa, sino que debe carecer de causa;
- d) la deuda de una masa respecto de la otra debe subsistir al momento del reclamo de la recompensa<sup>(70)</sup>.

(66) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 953.

(67) SOLARI, Néstor E., "El derecho a recompensa por la enajenación de un bien propio durante el matrimonio", LL 2007-A-106; DJ 2007-I-308.

(68) *Ibid.*

(69) VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes...*, cit., p. 413, § 332: "No se trata simplemente de que no juegue la presunción de que todo lo gastado es en beneficio de la ganancialidad ni de una inversión de la carga de la prueba. Se trata en realidad de una justa adecuación a los principios que hacen procedentes a las recompensas, y tratándose de cuestiones de hecho como lo son la riqueza y la pobreza, la dilapidación o la inversión, la resolución judicial deberá tener en cuenta estos resultados para hacer lugar o no a la recompensa...".

(70) A favor: MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho...*, cit., t. II, p. 470. En contra: DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La restitución del

Analicemos brevemente los requisitos enunciados:

*Constancia de empleo de fondos de una masa, procedente de otra.*

Dado que el fundamento de la teoría es la incolumidad e inmutabilidad de las masas, debe haber un uso cruzado de los fondos. Es decir que, para que proceda el reclamo de recompensas, los fondos deben provenir de una masa (propia de un cónyuge o ganancial) y ser aplicados a otra (ganancial o propia del otro cónyuge).

Respecto de este requisito, es necesario acreditar:

i) la existencia de una suma de dinero o la de un bien material o inmaterial;

ii) la inversión o aplicación de ese bien en el beneficio de otro bien o saldo de una deuda relativa a otra masa (este aspecto es discutido en la doctrina, veremos que un segmento admite que sea resuelto por una presunción).

*Relación enriquecimiento-empobrecimiento.*

La intuición de los hermanos Mazeaud en punto al componente indemnizatorio de la teoría lleva a pensar que debe haber un enriquecimiento de la masa destinataria y un empobrecimiento paralelo de la masa que aporta los fondos. Este criterio indemnizatorio fue recogido en un interesante fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, sala B<sup>(71)</sup>. "Se denominan recompensas los créditos entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales durante la vigencia del régimen matrimonial de comunidad de ganancias y que deben ser determinados luego de operada la disolución para establecer exactamente la masa que entra en la partición. Con ellas se pretende mantener la integridad de cada masa de bienes, reincorporándole los bienes que se han desprendido y resarciendo los perjuicios sufridos en beneficio de la otra masa".

Es necesario señalar que se produce una cierta paradoja cuando un bien propio es invertido en beneficio de otro, que fue usufructuado por ambos cónyuges (por ejemplo, fondos propios, en beneficio del hogar conyugal). Marcadé había señalado la injusticia que deriva de reclamar la recompensa íntegra por parte de la masa ganancial, en virtud de los aportes hechos a favor de un bien que es propio de uno de los cónyuges, pero de cuyas reparaciones obtuvo beneficios toda la familia (pensemos, por ejemplo, una casa de veraneo). El que reclama la recompensa incurriría, por el mismo reclamo, en un enriquecimiento sin causa: se benefició tanto como el otro de la inversión y además la recupera íntegra. Es evidente que la teoría de las recompensas está estrechamente ligada a lo concreto y requiere ser corregida por la teoría de la equidad.

*Falta de causa del enriquecimiento de una masa respecto de la otra.*

En virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa, si los fondos fueron desembolsados en virtud de una deuda previa entre masas, que de ese modo quedó satisfecha, mediaría una compensación que anularía el reclamo de recompensa. El desembolso debe haber sido hecho en beneficio de la otra masa y sin causa, al modo de lo que sería una donación prohibida. Este desembolso es corregido al momento de los procesos liquidatorios de la sociedad.

Este tercer requisito es de difícil prueba para el que reclama la recompensa. Sin embargo, resulta claro que podría ser esgrimido como defensa del otro cónyuge.

*Subsistencia de la deuda al momento de la disolución de la sociedad.*

Este requisito surgió en el Código anterior del art. 1316 bis que expresamente

requiere que los créditos subsistan al momento de la disolución. En el nuevo Código el requisito surge más bien del sentido común.

El reclamo no tiene sentido si el desembolso fue reembolsado. De allí que deba acreditarse la subsistencia de la deuda de una masa respecto de la otra. Al igual que en el supuesto anterior, el reembolso podría ser utilizado como defensa. Duranton había señalado que quien retira

valor de los bienes propios del marido cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal", JA 75-1000.

(71) C. Nac. Civ., sala B, 12/5/1994, "C., R. J."

productos de un fundo común, en el que invirtió bienes propios, no puede reclamar luego recompensa por el monto que ya efectivamente retiró (ver *supra*).

*La equidad puede implicar que la recompensa no sea recuperada con igualdad exacta, sino según cálculos que tienen en cuenta otros factores que actúan en el plano de lo concreto y que atenúan o acentúan los elementos indemnizatorios de la recompensa.*

*i) Criterios restrictivo, intermedio o amplio de admisibilidad*

Eduardo A. Sambrizzi destaca la existencia de dos corrientes interpretativas en punto a las recompensas: una restrictiva y una amplia<sup>(72)</sup>.

En una perspectiva restrictiva en relación con la aplicación de la teoría de las recompensas, Guillermo A. Borda analiza la extensión que debe darse a ese derecho. Para él, la teoría debe aplicarse “en nuestro derecho con sumo cuidado, y sólo en los casos en que así lo dispone expresamente la ley o en que no hacerlo importaría violar otros principios legales”<sup>(73)</sup>. Para este autor, en la médula de la teoría de las recompensas hay una incompatibilidad de modelos teóricos sobre el régimen económico matrimonial: el modelo francés no es compatible con el argentino. Los franceses tendrían un sentido más marcado de la propiedad de los bienes, mientras que los matrimonios argentinos tendrían una noción más acendrada de la comunidad. De allí que, para él, las recompensas en el derecho argentino deberían ser de aplicación restrictiva.

Mazzinghi, sin abogar por criterios específicos, llama a un recurso razonable a las recompensas. Entiende que el uso exagerado de la institución es “tóxico” y poco conforme con la institución matrimonial<sup>(74)</sup>. También Perrino<sup>(75)</sup> se refiere a un uso racional de la institución, señalando que el uso indiscriminado no es conforme con la naturaleza del matrimonio.

Eduardo A. Zannoni<sup>(76)</sup> se enrola más bien en una teoría amplia. Para él no hay motivo para limitar la admisibilidad de las recompensas, puesto que el art. 1218 no las restringe. Por su parte, Eduardo A. Sambrizzi<sup>(77)</sup> entiende que la enunciación específica de algunos supuestos de recompensas en el Código Civil no excluye otros supuestos que no hubieran sido enumerados.

De nuestra parte, tendemos a enrolarnos en la posición amplia, que parece ser la que mejor expresa los fundamentos jurídicos de la teoría. La incompatibilidad entre el modelo francés y el argentino no nos parece suficiente argumento, toda vez que la teoría de las recompensas se aplica tan sólo al régimen de comunidad –tanto en Francia como en la Argentina–. Además, no debe olvidarse que las recompensas también protegen la comunidad de los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

En cuanto a las posiciones de Mazzinghi y Perrino, entendemos que el recurso a la *teoría del abuso del derecho* da suficiente respuesta a la dificultad que los distinguidos autores plantean. El ejercicio abusivo del derecho (calificado como tóxico, también por Rosmini) no debe ser admitido, porque desnaturaliza el sentido de la institución.

Recordemos también a este respecto la exhortación de Troplong, en el sentido de que *no sean exigidas con demasiado rigor*, ya que el exceso de minuciosidad lleva a faltar a la equidad. De hecho, al ser uno de los pilares de la teoría, la noción de equidad es inherente a la teoría misma de las recompensas, una igualdad que supera la igualdad estrictamente jurídica entre las partes en aras de alcanzar un concepto superior y corrector de la igualdad estricta.

*j) Monto, Valuación y momento en que se debe fijar el monto de las recompensas*

Los Arts. 493 y 494 establecen los criterios fijados por el Código Civil y Comercial para establecer el monto, su apreciación y su valuación De la forma siguiente:

(72) SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes...*, cit., t. II, p. 334.

(73) BORDA, Guillermo A. - BORDA, Guillermo J. (actual.), *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 390, nro. 470.

(74) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho...*, cit., t. II, ps. 465-466.

(75) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 949.

(76) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 780, § 600.

(77) SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes...*, cit., t. II, p. 335.

• Art. 493.- Monto. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquella.

• Art. 494.- Valuación de las recompensas. Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.

Hay varias maneras de determinar el monto de la recompensa, muchas de ellas entrevistas en la antigua doctrina francesa que hemos analizado. La primera de ellas consiste en ceñirse al monto invertido. La segunda, al aumento proporcional de valor que esa inversión significó en provecho del beneficiario.

Para determinar el *valor de las recompensas*, Vidal Taquini<sup>(78)</sup> sostenía que se debe tener en cuenta el beneficio de cada masa. Para él, si el enriquecimiento no se había producido, no habría recompensa. En todo caso, estos montos deben ser corregidos por equidad.

Sambrizzi<sup>(79)</sup> proponía varios criterios posibles: partir del monto invertido, aplicándole un reajuste equitativo (como deuda de valor). Señala también la aplicación analógica del art. 3250 respecto de las mejoras, en el sentido de que la suma debida por el mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado<sup>(80)</sup>.

Mattera y D'Acunto sostuvieron, por su parte, que el criterio de la proporcionalidad del valor del bien no siempre es idóneo para recomponer el valor aportado, toda vez que tratándose, p. ej., de propiedades, podría implicar una desventaja para el aportante de los fondos, debido a los valores de mercado, que son muy variables<sup>(81)</sup>.

Mazzinghi (h.) sostenía que el importe de las recompensas debía valuarse sobre la base del dinero invertido. Aplicando el principio *res perit domino*, sostiene que el dinero aportado no transforma al aportante en condómino de ese bien. Y precisamente porque

no se transforma en condómino, es que el derecho a recompensa no es sino un crédito personal a un valor aportado. De allí que quepa independizar el valor del bien que recibió el aporte del valor aportado. Esta posición lo lleva a decir que la deuda de recompensas se mantiene, aun cuando el bien haya perecido. Sin embargo, luego asume los parámetros del Código francés: el empobrecimiento del aportante, el enriquecimiento del deudor<sup>(82)</sup> (a nuestro modo de ver, si se aplicara sólo el principio *res perit domino*, el enriquecimiento del deudor sería irrelevante). Para el autor, el criterio de proporcionalidad es admisible y eventualmente práctico, pero no debiera generalizarse<sup>(83)</sup>.

El criterio de la proporcionalidad del valor, determinable al momento de la disolución, fue elegido por reiterada jurisprudencia. Por ejemplo, un fallo reciente del Tribunal

*El criterio de la proporcionalidad del valor, determinable al momento de la disolución, fue elegido por reiterada jurisprudencia. Por ejemplo, un fallo reciente del Tribunal de Familia n. 1 de Quilmes, en el que se sostuvo que “para efectuar la valuación de la recompensa a favor de la sociedad conyugal por las mejoras realizadas en un bien propio con fondos gananciales, se debe aplicar la regla del art. 1316 bis del Código Civil, haciendo que ésta sea igual a la proporción que sobre el valor del bien al tiempo de la disolución de la comunidad corresponda a lo invertido por ésta al tiempo de la adquisición”.*

(78) VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes...*, cit., p. 413, § 332.

(79) SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes...*, cit., t. II, ps. 354-355.

(80) SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes...*, cit., t. II, p. 357.

(81) “Si lo que está en discusión es el importe de un crédito a fijar, no es posible acceder a la fijación de un porcentaje del inmueble en carácter de recompensa, pues aun cuando es dable reconocer que de este modo se podría facilitar la liquidación de la sociedad conyugal, quedando determinada la parte de cada cónyuge en el bien, sabido es que los valores inmobiliarios no siempre aumentan o disminuyen en igual proporción que el ‘valor intrínseco’ de la moneda; es más adecuado establecer su monto, sin perjuicio de que pueda ser reajustado nuevamente cuando se haga efectiva la liquidación del bien”. MATTE-RA, Marta del Rosario - D'ACUNTO, Claudia I., “El derecho...”, cit.

(82) MAZZINGHI (h.), Jorge A., “Los créditos...”, cit.

(83) MAZZINGHI (h.), Jorge A., “Los créditos...”, cit.

de Familia n° 1 de Quilmes, en el que se sostuvo que “para efectuar la valuación de la recompensa a favor de la sociedad conyugal por las mejoras realizadas en un bien propio

*Como se advierte, la doctrina oscilaba entre diversos criterios. Y no es asombroso que así sea, dado que las recompensas son mecanismos ad hoc para rectificar la partición. Esta rectificación no sólo está dirigida a la protección de la incolumidad de las masas. Es necesario ver el significado complejo de las recompensas. En ellas hay un componente indemnizatorio, uno protectorio de la comunidad, expresado como igualdad en la partición, y otro componente de la equidad. Un análisis sesgado de la complejidad de la institución no permite ver su virtualidad real. Se trata de un instrumento flexible, que expresa el espíritu mismo del régimen.*

con fondos gananciales, se debe aplicar la regla del art. 1316 bis del Código Civil, haciendo que ésta sea igual a la proporción que sobre el valor del bien al tiempo de la disolución de la comunidad correspondiente a lo invertido por ésta al tiempo de la adquisición”<sup>(84)</sup>.

Como se advierte, la doctrina oscilaba entre diversos criterios. Y no es asombroso que así sea, dado que las recompensas son mecanismos *ad hoc* para rectificar la partición. Esta rectificación no sólo está dirigida a la protección de la incolumidad de las masas. Es necesario ver el significado complejo de las recompensas. En ellas hay un componente indemnizatorio, uno protectorio de la comunidad, expresado como igualdad en la partición, y otro componente de la equidad. Un análisis sesgado de la complejidad de la institución no permite ver su virtualidad real. Se trata de un instrumento flexible, que expresa el espíritu mismo del régimen.

Es necesario ver el significado complejo de las recompensas. En ellas hay un componente indemnizatorio, uno protectorio de la comunidad, expresado como igualdad en la partición, y otro componente de la equidad. Un análisis sesgado de la complejidad de la institución no permite ver su virtualidad real. Se trata de un instrumento flexible, que expresa el espíritu mismo del régimen.

Se discutía, con el Código Civil anterior, si convenía tomar el valor de la mejora al tiempo de la disolución o de la partición, o el mayor valor de la cosa por motivo de la mejora. Recordemos que la doctrina francesa oscilaba entre entender que la medida de la recompensa es el monto del cual se vio privado el aportante a favor del beneficiario o una proporcionalidad del beneficio (ver *supra*).

El Código anterior tenía criterios matizados, tomando de la doctrina casuística la riqueza de la pluralidad de motivaciones y casos, por lo que no cabían cálculos estrictos ni proporciones exactas. Si se admite la visión de conjunto del instituto, queda claro que un cálculo exacto puede ser reduccionista e injusto. El Art. 1316 CC establecía cuatro criterios: i) la fecha en que se hizo la inversión; ii) las circunstancias del caso; iii) la aplicación de la equidad. La solución deja un amplio, y a nuestro criterio, necesario margen, a la discrecionalidad del juez.

El nuevo Código Civil y Comercial procuró zanjar las discusiones apartándose del antiguo Art. 1316, estableciendo el menor de los valores (es decir, valorando a la baja) entre la erogación y el provecho subsistente.

#### k) Fechas relativas a la valuación

La fecha que debe tomarse como referencia para calcular el valor de la recompensa también había sido motivo de discusión. Una parte de la doctrina se inclinaba por tomar aquella en que se produjo la inversión, reajustán-

(84) Tribunal de Familia n. 1 Quilmes, 23/4/2009, “F., M. del C.”, LLBA de agosto de 2009, p. 813. En el mismo sentido: C. 2° Familia Córdoba, 21/5/2008, “Q. G. V. v. H. J. G.”: “De ello se sigue que, en la especie, no estando controvertido el carácter de propio del bien inmueble de G. y siendo la mejora introducida de naturaleza propia por accesión al inmueble principal, la materia litigiosa queda reducida a la determinación del mayor valor que la mejora da a la cosa, y al establecimiento del porcentaje de dicho valor que fue aportado por la sociedad conyugal, tal y como lo especificara la inferior a fs. 264 al sostener que ‘...la cuestión difícil de dilucidar es determinar en qué porcentaje contribuyó la sociedad conyugal en las mejoras realizadas sobre un bien propio de uno de los cónyuges...’”, AP 70053710

dola como deuda de valor, aunque siempre tomando en consideración las circunstancias concretas<sup>(85)</sup>.

La fecha en que debía realizarse la valuación era igualmente polémica. Belluscio sostiene que la mejora debe ser valuada al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal<sup>(86)</sup>. Sambrizzi consideraba injusta esta solución, debido al amplio margen de tiempo que puede acaecer entre la disolución y la partición. Por lo que se inclina en debe ser valuada en la fecha más próxima posible a la partición<sup>(87)</sup>.

Con el Código Civil y Comercial se valoran según el estado en el que estaban al momento de la disolución mantenido a valores constantes (actualizado) al momento en que se produce la liquidación.

#### l) Liquidación

• Art. 495.- Liquidación. Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común.

La liquidación de la sociedad conyugal requiere una serie de operaciones: concluir negocios pendientes; determinar el carácter de los bienes y fijar su valor; pagar las deudas a los terceros y ajustar cuentas entre la sociedad conyugal y los cónyuges. Es en esta última operación en la que se concreta justamente la determinación de las recompensas. En caso de insuficiencia de la masa ganancial o de la propia, se resuelve en un crédito personal de él cónyuge deudor.

Sólo después de agotar estas etapas se está en condiciones de establecer la masa partible.

## 7. Balance

La teoría de las recompensas ha sido elaborada con finalidades múltiples para coadyuvar a reconstruir el espíritu del régimen en la hora de su disolución. De allí que incidan en él diversos principios (inmutabilidad, incolumidad, comunidad –en relación con la partición por mitades–, equidad, enriquecimiento sin causa, etc.). En nuestro derecho, pese a que Vélez pudo haberla incluido, no lo hizo de manera explícita. Es así que ha ingresado sobre todo como una construcción doctrinal, sobre la base de diversos artículos del Código Civil. A partir de la reforma de la ley 17.711, fue incorporada de manera más explícita respecto de los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal.

El nuevo Código Civil y Comercial revalidó su inclusión e hizo una lectura más próxima al enriquecimiento sin causa, aunque implícitamente, al valorarlas a la baja, le imprimió una reducción implícita en la posibilidad de recuperar los fondos a favor de la masa acreedora de la recompensa.

Quizás, en afán de precisión, se perdió la ductilidad de que gozaba en el Código anterior. Por otra parte, el casuismo con el que resulta regulada parece innecesario, visto que, con criterios generales, bastaría para simplificar la comprensión del derecho y resolver todos los casos.

**VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - DOLLO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - ACTO JURÍDICO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - LESIÓN SUBJETIVA - ABUSO DEL DERECHO - EQUIDAD - RECOMPENSAS - BUENA FE - COMUNIDAD DE BIENES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO**

(85) PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 954.

(86) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho...*, cit., vol. 2, ps. 157 y ss.

(87) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho...*, cit., vol. 2, ps. 157 y ss.

# Los criterios para calcular el monto de las recompensas

por JORGE A. M. MAZZINGHI (Universidad Católica Argentina - Universidad Nacional de Buenos Aires)

**Palabras clave:** Régimen patrimonial - Recompensas - Erogación - Comunidad de bienes - Provecho subsistente - Equidad - Buena fe

**Resumen:** El autor analiza el régimen de recompensas en la comunidad de bienes regulado por el Código Civil y Comercial, destacando que surge cuando una masa patrimonial se beneficia con fondos de la otra, debiendo restituirse el menor entre el gasto efectuado y el provecho subsistente. Señala casos en los que este criterio funciona razonablemente y otros en los que puede generar resultados injustos, favoreciendo al deudor. Critica la rigidez normativa y propone recurrir a la buena fe y a la equidad para lograr soluciones más justas y evitar fraudes conyugales.

## 1. Breve introducción

En recuerdo del Dr. Lorenzo A. Sojo, con quien tuve el honor y el gusto de compartir la cátedra durante muchos años, y pude apreciar sus dotes de profesor y fundamentalmente su reconocido señorío.

El matrimonio puede hallarse sujeto al régimen de comunidad de bienes o al régimen de separación de bienes.

En el caso de que los cónyuges no formulen una opción expresa por alguno de estos dos regímenes, habrá que aplicar el régimen de comunidad que, como es sabido, distingue entre los bienes propios y los bienes gananciales.

En todos los supuestos en los que la masa de los bienes propios de alguno de los cónyuges se favoreciera por un aporte ganancial, o la masa ganancial obtuviera una ventaja proveniente del aporte o inversión de los bienes propios de alguno de los cónyuges, el cónyuge favorecido, o la comunidad, tendrá que reconocerle a la masa perjudicada una recompensa.

Al producirse la extinción de la comunidad, puede ocurrir que los cónyuges personalmente le deban una recompensa a la comunidad, o que ésta le adeude una recompensa al cónyuge que desvió o aplicó fondos propios suyos en provecho de la comunidad.

## 2. Los textos legales

A diferencia del Código Civil –que decía muy poco sobre las recompensas– el Código Civil y Comercial se refiere a las recompensas con motivo de la enunciación de los bienes propios y gananciales, y, en particular, en la sección 7ª del capítulo dedicado al régimen de comunidad, en donde ensaya una definición del concepto, distingue entre las cargas de la comunidad y las obligaciones personales, describe algunos supuestos de recompensas, y regula lo atinente a la prueba, la forma de calcular el importe de las recompensas, las fechas de valuación de los bienes, y otras cuestiones.

En el presente trabajo, me ocuparé exclusivamente de los parámetros que la ley establece para calcular el monto de las recompensas.

Sobre este punto, es importante traer a colación las siguientes normas:

- El artículo 488 del Código Civil y Comercial, en la parte que dice que, en el proceso de liquidación de la comunidad, habrá que establecer “la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad”.

- El artículo 491 del Código Civil y Comercial, en cuyo primer párrafo se dispone genéricamente: “La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad”.

- El artículo 493 del Código, en donde se regula la forma de calcular las recompensas: “El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla”.

A la luz de este último precepto, queda claro que la ley distingue dos parámetros para calcular el importe de la recompensa –el valor de los fondos propios o gananciales invertidos o aplicados en favor de la otra masa, y el prove-

cho subsistente para la masa favorecida– y establece que el deudor de la recompensa tiene derecho a desobligarse entregando el importe que sea menor.

Sobre el final del artículo 493 del Código Civil y Comercial que estamos analizando, se aclara que, si al efectuarse la erogación que fue la causa de la ulterior recompensa, la masa favorecida no obtuvo ningún beneficio adicional o superior al importe de la aplicación misma de los fondos, el deudor de la recompensa debe calcularla a partir o sobre la base de la erogación propiamente dicha.

## 3. Algunos supuestos en los que la aplicación del menor de los parámetros funciona con claridad y adecuadamente

En el presente capítulo, pasaremos revista a algunos supuestos en los que el cálculo de la recompensa sobre la base del menor de los dos parámetros legales funciona de un modo adecuado y conduce a resultados medianamente razonables.

### a) La incorporación de mejoras físicas por accesión

El cálculo de la recompensa sobre la base de la doble vara se entiende con facilidad y conduce a buenos resultados en el supuesto de las mejoras físicas realizadas en un bien propio de alguno de los cónyuges con fondos gananciales, o en el de las mejoras incorporadas a un bien ganancial solventadas con fondos propios<sup>(1)</sup>.

Si, durante el matrimonio, los cónyuges resuelven construir un dormitorio

más en un inmueble que es un bien propio del marido, y le agregan a la casa una galería, y una pileta, solventando la obra con fondos gananciales, no hay duda alguna de que, al producirse la extinción de la comunidad, el propietario del inmueble le deberá una recompensa a la comunidad.

¿Cómo habrá de calcularse el importe de la recompensa?

De acuerdo con lo que establece la ley, el marido favorecido por la mejora tendrá que satisfacer la recompensa reconociéndole a la comunidad el importe del gasto solventado con fondos gananciales –debidamente actualizado–, o compensando a la comunidad por el mayor valor que la obra realizada y abonada con fondos gananciales le aportó al inmueble propio.

La norma del artículo 493 del Código Civil y Comercial que hemos transcrito en el capítulo anterior faculta al deudor a cancelar la recompensa con el menor de estos dos importes, es decir, con el gasto actualizado, o con el provecho que la mejora produjo en el inmueble, calculado a la fecha de la extinción de la comunidad.

La opción en favor del deudor se explica por el hecho de que, durante la vigencia de la comunidad, los dos cónyuges pudieron beneficiarse con el uso del inmueble propio de uno de ellos, y porque, en caso de haberlo alquilado, las rentas de los bienes propios deben reputarse gananciales.

La situación se complicaría si, unos años antes de la extinción de la comunidad, el propietario del bien mejorado lo hubiera vendido a un tercero, pues, en tal caso, no podría hablarse de provecho subsistente al día de la extinción de la comunidad.

También podría surgir algún problema si quisiera cancelarse la recompensa con el importe de la erogación realizada, y se suscitara una discusión entre las partes respecto de cuáles fueron los gastos de la mejora, considerada en sí misma, y cuáles fueron los gastos realizados en el inmueble propio para recibir la mejora, esto es, las modificaciones en la construcción originaria que posibilitaron el logro de un resultado arquitectónicamente armónico.

Si, terminada la obra, las partes hubieran decidido pintar todo el inmueble y acondicionar el jardín, ¿qué proporción de estos gastos deberían imputarse a la mejora

*El cálculo de la recompensa sobre la base del menor de los dos parámetros legales funciona de un modo adecuado y conduce a resultados medianamente razonables.*

(1) Son las hipótesis previstas en el artículo 464 inciso j) y artículo 465 inciso m) del Código Civil y Comercial de la Nación.

incorporada, y cuáles en cambio a la refacción y modernización del inmueble propio?

*b) El pago del saldo de una permuta a partir de la entrega de un bien propio*

El artículo 464 inciso c) del Código Civil y Comercial establece que son propios los bienes adquiridos por permuta con otro bien propio, y que el titular del inmueble permutado le adeuda una recompensa a la comunidad si abonó un saldo o una diferencia en más con fondos gananciales.

Imaginemos que el inmueble que se entregó en permuta tenía dos dormitorios, y que el que se recibió –en un barrio bastante similar– contaba con cuatro dormitorios, afrontándose una diferencia de U\$S 100.000 con fondos gananciales.

¿Cuál es el importe de la recompensa que el permutante del bien propio debe reconocer en favor de la comunidad?

El deudor puede desobligarse entregando el importe de la erogación efectuada –la suma de U\$S 100.000–, o puede sostener que, en función de distintas variables –el empeoramiento del barrio, las preferencias del mercado, el hecho de que en el solar contiguo se hubiera construido un edificio que afectara la vista y la luminosidad del permutado–, el provecho subsistente a consecuencia de la permuta no representa a la época de la liquidación de la comunidad la suma de U\$S 100.000 sino tan solo la de U\$S 70.000 –o, peor aún, la de U\$S 50.000–.

Si utilizara este último criterio, la comunidad se vería en algún sentido perjudicada, pues habría invertido la suma de U\$S 100.000 dólares gananciales en una operación que no fue muy positiva, a consecuencia de la cual sólo obtendría un reembolso o un reconocimiento de U\$S 70.000 o de U\$S 50.000.

*c) La adquisición de nuevas partes indivisas*

En el supuesto que analizaremos a continuación, el cálculo de la recompensa sobre la base del doble parámetro fijado por la ley también funciona de un modo aceptable.

Si uno de los cónyuges recibió por herencia una parte indivisa de un campo –que por lo tanto es propia– y adquiere luego a título oneroso otra parte indivisa que lo hace propietario de todo el inmueble, la proporción adquirida en segundo lugar es también propia –como la primera–, y el cónyuge le debe una recompensa a la comunidad por el precio que abonó con fondos gananciales.

En función de la opción establecida por el artículo 493 del Código Civil y Comercial, el dueño del campo podría satisfacer la recompensa en favor de la comunidad restituyéndole la suma abonada por la segunda proporción con fondos gananciales, o también podría compensarla reconociéndole el provecho subsistente y derivado de ser el dueño exclusivo del campo en cuestión.

Como el provecho subsistente debe mensurarse a la fecha de la liquidación

*Si uno de los cónyuges recibió por herencia una parte indivisa de un campo, -que por lo tanto es propia-, y adquiere luego a título oneroso otra parte indivisa que lo hace propietario de todo el inmueble, la proporción adquirida en segundo lugar es también propia, -como la primera-, y el cónyuge le debe una recompensa a la comunidad por el precio que abonó con fondos gananciales.*

de la comunidad, habría que valorar cuánto le representa al propietario ser dueño de todo el campo, y no de una proporción, y cuál fue el precio que tuvo que abonar, con fondos gananciales, para efectuar la segunda adquisición.

Si el precio fue muy alto, al deudor de la recompensa le convendría efectuar

un estudio actualizado de lo que significa tener la propiedad exclusiva del campo entero, y cancelar la recompensa a través del pago de este provecho subsistente.

Por el contrario, si el precio actualizado continúa siendo bajo, y la valorización del campo es muy superior –pues la explotación es más ventajosa y se ahorran gastos de una futura subdivisión–, el propietario podría compensar a la comunidad entregando el precio de la segunda adquisición.

En estos casos, conviene estar muy atento para determinar si el precio que figura en la escritura de compra es real, o si, como ocurre muchas veces, se hizo figurar un precio por debajo de lo que efectivamente se abonó.

#### 4. Otros supuestos en los que se vuelve complicado, y hasta injusto, aplicar los criterios legales

Hay muchas otras situaciones en las que la facultad que la ley le reconoce al deudor de satisfacer la recompensa sobre la base de la erogación o del provecho subsistente –lo que sea menor–, no es fácil de interpretar ni de aplicar, y puede llevar a resultados injustos.

*a) Las mejoras que se deterioran por la acción o la desidia del deudor*

Situándonos en el caso de las mejoras físicas incorporadas en un bien propio solventadas con fondos gananciales al que nos hemos referido en el apartado a) del acápite anterior, podría ocurrir que, algún tiempo antes de producirse la separación de hecho de los cónyuges, o la disolución de la comunidad por algún otro motivo, el cónyuge titular del bien propio dejara venir abajo las refacciones o ampliaciones realizadas, y pretendiera luego cancelar la recompensa sobre la base de este valor deteriorado a instancias suyas.

Al propietario y deudor le bastaría con desatender el mantenimiento del inmueble, o cederle la ocupación gratuita del bien a una persona o a un grupo de personas no muy recomendables, o en postergar la realización de arreglos de primera necesidad, para después fijar el valor de la recompensa en un parámetro disminuido que representase bastante menos que el importe de la erogación efectiva.

La situación del deterioro voluntario podría presentarse con mucha facilidad, pues el bien le pertenece al dueño en calidad de propio, y el otro integrante de la comunidad no tendría a su alcance la posibilidad de controlar el buen uso y adecuado mantenimiento del inmueble.

*b) La desvalorización natural de los bienes necesarios para el ejercicio del trabajo o la profesión.*

De acuerdo con lo que establece el artículo 464 inciso m) del Código Civil y Comercial, son propios los bienes “necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con fondos gananciales”.

En este supuesto, el proceso de deterioro de tales bienes es natural y casi inevitable.

Imaginemos que uno de los cónyuges fuera odontólogo y hubiera costado con fondos gananciales el montaje entero de su consultorio, con todo el instrumental y equipamiento necesario.

Nadie puede dudar de que el gasto requerido para la iniciación

profesional es un gasto significativo y de importancia.

Pasados los años, arribados los cónyuges al proceso de liquidación de la comunidad de bienes, el equipamiento profesional tendría ciertamente un valor sustancialmente inferior al de la fecha de la adquisición –debidamente actualizado–, y es más que seguro que al deudor de la recompensa le convendría claramente satisfacer su importe sobre la base del provecho subsistente.

Esta posibilidad es injusta para el otro cónyuge, pues la comunidad habría invertido fondos gananciales de relevancia para el equipamiento del cónyuge odontólogo, y recibiría en compensación un valor depreciado, casi insignificante.

La satisfacción de la recompensa en torno a un “provecho subsistente” que no guarda relación alguna con el gasto del equipamiento inicial, representa una burla y una injusticia patente en perjuicio de la comunidad<sup>(2)</sup>.

*c) El valor del ganado propio que ha mejorado su calidad*

Resulta del artículo 464 inciso f) del Código Civil y Comercial que las crías del ganado que es propio reemplazan a los animales que faltan por cualquier causa, por

*La satisfacción de la recompensa en torno a un “provecho subsistente” que no guarda relación alguna con el gasto del equipamiento inicial, representa una burla y una injusticia patente en perjuicio de la comunidad.*

[2] Sambrizzi propone que, en los casos en los que el beneficio subsistente fuera notoriamente exiguo, la recompensa tuviera que representar, como mínimo, una proporción de la erogación. El planteo tiene dificultades casuísticas, pero es interesante. (Sambrizzi, Eduardo A., “Liquidación de la comunidad ganancial”, Revista Código Civil y Comercial, año 1, número 6, La Ley, diciembre de 2015, página 9).

lo que se mantiene el número y entidad del plantel inicial –como propio– y sólo se consideran gananciales las crías que excedan el número de la tenencia propia originaria.

También establece dicha norma que, si la calidad de los animales hubiera mejorado, todas las crías son gananciales y la comunidad le debe una recompensa al dueño del plantel propio por el aporte que en su momento realizó.

La solución legal se explica por el hecho de que se interpreta que la mejora en la calidad del ganado es presumiblemente el resultado del buen manejo de la hacienda y de la labor del cónyuge encargado del cuidado del rodeo.

Por tal motivo, las crías se califican de gananciales, y la comunidad está obligada a compensar al cónyuge propietario de la hacienda por su aporte propio inicial.

Ahora, ¿cómo se calcula en este caso el monto de la recompensa?

La situación no es del todo clara, pero parecería que la comunidad tendría que reembolsarle al cónyuge “el valor del ganado propio aportado”, es decir el valor de la cantidad de hacienda que poseía inicialmente el cónyuge, sin considerar la mejora en la calidad que obedece a circunstancias sobrevinientes y a la acción del cónyuge encargado del manejo del rodeo durante el desenvolvimiento del matrimonio.

El resultado no es apetecible ni demasiado justo para el cónyuge propietario del plantel inicial.

Es cierto que, en razón de la recompensa, recibirá el valor de la cantidad de animales que había aportado, pero el valor no tendrá en cuenta la mejora en la calidad, y sólo tendrá relación con el estado histórico del “ganado propio aportado”, como dice la parte final del inciso f) del artículo 464.

La comunidad, por su parte, habrá crecido en hacienda, pues se habrá adjudicado todas las crías nacidas durante el matrimonio, y tendrá un número mayor de animales y de calidad superior.

*d) La capitalización de utilidades que le confiere un mayor valor a la participación societaria propia de uno de los cónyuges.*

Este es otro caso en el que el juego de los dos parámetros legales puede volverse complicado.

En la hipótesis contemplada por el artículo 491, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial, hay uno de los cónyuges que es titular de un paquete accionario propio o de una participación societaria propia, cuyo valor se incrementa a causa de la capitalización de utilidades generadas durante la vigencia de la comunidad.

El cónyuge no titular no efectúa estrictamente una erogación, pero las utilidades respecto de las cuales tenía un derecho potencial se capitalizan y determinan que la participación societaria del titular adquiera mayor valor<sup>(3)</sup>.

*El cálculo no es sencillo porque, a lo largo del tiempo, el incremento del valor de la participación societaria puede fluctuar a causa de distintos factores, y también puede ocurrir que la sociedad capitalizada se deteriore, o pierda parte de su valor por otras circunstancias.*

La ley dispone que el cónyuge beneficiado a causa de la capitalización de las utilidades le debe una recompensa a la comunidad, pues los fondos que podrían haberse repartido como dividendos se mantuvieron en el ámbito societario e

hicieron que la participación societaria del titular incrementara su valor.

¿Cómo debe calcularse la recompensa en este caso?

Si se parte de la “erogación”, habría que estimar el importe de la parte de las utilidades retenidas que le corresponde al cónyuge titular, y que se capitalizaron.

Si se atiende al “provecho subsistente”, tendría que considerarse en qué medida hubo un aumento del valor de la proporción del cónyuge titular a causa de la capitalización de las utilidades, y si el aumento subsistió o experimentó alguna variación –en más o en menos– hasta la etapa de liquidación de la comunidad.

(3) Sobre el punto, sostuve en una obra anterior: “Este es el motivo de la recompensa: la comunidad tenía un derecho potencial a participar de las utilidades devengadas durante su vigencia por la participación propia de uno de los cónyuges. Si este derecho no se hace efectivo, y las utilidades se guardan con miras a futuras distribuciones, o se capitalizan, determinando que la sociedad se valorice, la comunidad puede aspirar a una recompensa” (Mazzinghi, Jorge A. M., “Bienes propios, bienes gananciales y recompensas”, El Derecho, año 2020, página 189).

El cálculo no es sencillo porque, a lo largo del tiempo, el incremento del valor de la participación societaria puede fluctuar a causa de distintos factores, y también puede ocurrir que la sociedad capitalizada se deteriore, o pierda parte de su valor por otras circunstancias.

Esta es una de las figuras en las que la determinación del quantum de la recompensa resulta complicada, y puede conducir a resultados injustos para cualquiera de las partes, especialmente cuando transcurre un tiempo considerable entre la capitalización de las utilidades y la liquidación de la comunidad.

## 5. Los casos en los que la erogación no genera un beneficio efectivo y concreto

Sobre el final del artículo 493 del Código Civil y Comercial, el legislador se plantea la hipótesis de que la erogación no hubiera dado lugar a un beneficio distinto al importe de la erogación misma.

De configurarse esta situación, el deudor de la recompensa tendrá que reembolsarle al acreedor –uno de los cónyuges o la comunidad– el valor del gasto realizado.

En el supuesto que ahora analizamos, la aplicación de los fondos propios en favor de la masa ganancial, o de los gananciales en favor del patrimonio propio del cónyuge favorecido, no ha generado un provecho separado o autónomo que se pueda calibrar o medir al tiempo de la liquidación de la comunidad.

Los casos analizados en el presente capítulo podrían ser los siguientes:

*a) El pago de una deuda común con fondos propios*

Al tratar el tópico de la liquidación de la comunidad, y, en particular, el régimen de las recompensas, la ley distingue entre las deudas comunes –que denomina cargas de la comunidad– y las deudas personales o exclusivas de cada uno de los cónyuges<sup>(4)</sup>.

Si uno de los cónyuges atiende con fondos propios suyos una deuda contraída durante la vigencia de la comunidad para atender a los gastos generales de la familia, o para hacer frente a las deudas alimentarias que el otro cónyuge tiene con sus parientes de sangre, está claro que, al producirse la liquidación de la comunidad, tendrá derecho a pretender una recompensa por la aplicación de sus fondos propios en provecho de una carga de la comunidad.

En este supuesto, la comunidad no podrá optar entre dos parámetros, sino que tendrá que hacer frente a la recompensa requerida por el cónyuge en función del valor de la erogación realizada, debidamente actualizada.

Es que, en la hipótesis analizada, el hecho que dio lugar a la recompensa es el pago mismo de la deuda, y no hay un “provecho subsistente” distinto que derive de la aplicación de los fondos para cancelar la obligación.

Aquí no ocurre –como en el caso de las mejoras físicas– que, a consecuencia de la inversión de los fondos, se genera un beneficio autónomo que puede ser superior o inferior al importe de los fondos aplicados para hacer frente a la deuda.

Exactamente lo mismo ocurriría si se utilizan fondos de la comunidad para abonar una deuda que uno de los cónyuges había contraído antes de celebrar el matrimonio.

En este caso, la comunidad tiene derecho a una recompensa contra el cónyuge deudor, y éste debe satisfacerla reembolsándole a la comunidad el importe de los fondos aplicados a la cancelación de la deuda, con el ajuste o actualización que pudiera corresponder.

Es que no hay otra manera de hacerlo, y por eso la norma del artículo 493 del Código Civil y Comercial expresa que, “si no derivó ningún beneficio”, debe tomarse en cuenta el valor de la erogación o del gasto.

*En este supuesto, la comunidad no podrá optar entre dos parámetros, sino que tendrá que hacer frente a la recompensa requerida por el cónyuge en función del valor de la erogación realizada, debidamente actualizada.*

*b) La venta de un bien propio que redunde en beneficio de la comunidad*

El artículo 491, segundo párrafo, del CCCN dispone que, si durante la comunidad se enajena un bien propio de

(4) La enunciación de ambos tipos de deudas se realiza en los artículos 489 y 490 del Código Civil y Comercial de la Nación.

uno de los cónyuges, y, en lugar de reinvertir el precio en la compra de otro bien sustitutivo –que sería propio como el vendido– se vuelca el producido en provecho del giro y mejor desenvolvimiento de la familia, la comunidad le debe una recompensa al cónyuge que se desprendió de un bien propio para mantener o mejorar el nivel de vida.

De darse este caso, la recompensa debe cuantificarse a partir del precio de venta del bien propio que el cónyuge enajenante permitió que redundara en beneficio de los compromisos y requerimientos familiares.

Es que no hay otra manera de calcularla.

Aquí tampoco hay un provecho subsistente y tangible separado y distinto del producido de la venta sin reinversión.

La recompensa está ligada al importe que se quiso volcar en provecho del giro de la comunidad, y sería muy difícil –por no decir imposible– tratar de graduar el incremento del nivel de vida de la familia, o el crecimiento material o cultural que sus miembros experimentaron a consecuencia de la venta del bien propio.

En el derecho comparado, se acepta, en general, la recompensa. El artículo 1433 del Código de Napoleón admite que el aprovechamiento por parte de la comunidad del precio de la venta de un bien propio puede probarse por cualquier medio de prueba y por presunciones<sup>(5)</sup>.

*c) La aplicación de fondos propios para cancelar un usufructo que pesa sobre un bien ganancial*

Si uno de los cónyuges hubiera adquirido con fondos gananciales la nuda propiedad sobre un inmueble y, luego de extinguida la comunidad, el adquirente invirtiera dinero propio para que el usufructuario renuncie al usufructo, el bien mantendría su carácter ganancial, pero la comunidad le debería una recompensa al titular por los fondos propios aplicados a la redención del usufructo.

La figura está prevista en el artículo 465 inciso ñ) del Código Civil y Comercial, y es otro caso en el que la recompensa debería calcularse, en principio, sobre la base del dinero invertido para lograr la renuncia del usufructo.

Es cierto que la comunidad –deudora de la recompensa– podría aducir que el titular pagó una suma excesiva por la renuncia del usufructo, y que el beneficio derivado del cese anticipado del usufructo fue inferior al importe de lo abonado.

El argumento resultaría hipotético y difícil de sostener, pues habría que estimar los años de vida que podría tener

por delante el usufructuario, y hacer un cálculo aproximado sobre si correspondía pagarle la suma que se le pagó por el cese anticipado, o si convenía aguardar a que el usufructo se extinguiera naturalmente por la muerte de su titular.

## 6. Conclusión

Los criterios que señala el actual Código Civil y Comercial para el cálculo de las recompensas pueden servir en muchos casos.

En otros, se vuelve complicado manejarse con parámetros fijos que pueden terminar beneficiando a la parte deudora –que tiene derecho a optar por el menos gravoso– y perjudicando a la parte acreedora de la recompensa.

La norma del artículo 1316 bis del Código Civil era bastante más difusa, pero tenía el mérito de hacer referencia a la equidad, la época en que se produjo la inversión, y las otras circunstancias del caso.

En el marco actual, el principio de la buena fe y la amplia consideración de la figura del fraude conyugal<sup>(6)</sup> pueden servir como pautas para encontrar y propiciar las soluciones más equitativas y más justas en un tema tan complejo y tan casuístico como el que hemos querido presentar en este breve trabajo.

**VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - DOLLO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - ACTO JURÍDICO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - LESIÓN SUBJETIVA - ABUSO DEL DERECHO - EQUIDAD - RECOMPENSAS - BUENA FE - COMUNIDAD DE BIENES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO**

*...el principio de la buena fe y la amplia consideración de la figura del fraude conyugal pueden servir como pautas para encontrar y propiciar las soluciones más equitativas y más justas en un tema tan complejo y tan casuístico...*

(5) Code Civil, Dalloz, edition 2002, página 1253.

(6) Hacen referencia al fraude en el cálculo de las recompensas Sambrizzi, Eduardo A., "Derecho de recompensa en el Código Civil y Comercial", AR/DOC/4261/2016 y Benavente Moreda, Pilar, "Derecho de Familia", coordinado por Gema Díez - Picazo Giménez, Navarra, España, Thomson Reuters, año 2012, página 932.

# El derecho real de habitación viudal a 10 años de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial

por ELIANA M. GONZÁLEZ (Universidad Católica Argentina - Rosario)

**Palabras Clave:** Derecho Real de Habitación - Cónyuge Supérstite - Conviviente Supérstite - Vulnerabilidad - Solidaridad - Causante

**Resumen:** El trabajo analiza el derecho real de habitación conferido al cónyuge y al conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial argentino, destacando su función tuitiva frente al fallecimiento del causante. Se examinan los fundamentos, requisitos y características de ambas figuras, a la luz de los principios de protección de la vulnerabilidad y solidaridad.

## I. Introducción

En nuestra tesis doctoral señalábamos la necesidad de abordar el estudio de las relaciones de familia desde una perspectiva integral, y más específicamente del régimen económico familiar en su conjunto, pensándolo como un sistema compuesto por diversas instituciones que regulan los aspectos pecuniarios de los vínculos familiares, tanto en su proyección interna como externa.

En vísperas de las próximas XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, a 10 años de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, nos propusimos examinar el derecho real de habitación viudal: sus fundamentos, su funcionamiento actual y su interacción con otros dispositivos de protección de la vivienda familiar. En particular, exploraremos su eficacia en términos de tutela de la vulnerabilidad.

En primer término, situaremos el derecho real de habitación viudal dentro del sistema de protección de la vivienda previsto en el Código Civil y Comercial. En segundo término, analizaremos el derecho conferido al cónyuge supérstite (art. 2383) y el otorgado al conviviente supérstite (art. 527), poniendo énfasis en sus fundamentos, diferencias y efectos. Por último, realizaremos una reflexión sobre las fortalezas y limitaciones de este dispositivo de protección de la vivienda.

## II. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite

### 1) Concepto

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite puede definirse como una prerrogativa que la ley confiere al cónyuge sobreviviente, otorgándole de pleno derecho un derecho real de habitación, con carácter vitalicio y gratuito, sobre el inmueble de propiedad del causante, siempre que dicho bien haya constituido el último hogar conyugal y no se encuentre en condominio con otras personas al momento de la apertura de la sucesión.

### 2) Orígenes y trascendencia de su incorporación al derecho argentino

Omar U. Barbero<sup>(1)</sup>, en su obra de referencia en esta materia, supo destacar la trascendencia social de este por entonces nuevo instituto, acuñado en el Derecho argentino, e incorporado a través del artículo 3573 bis al Código Civil en el año 1974. Sostenía que debía darse amplia difusión a esta norma destinada a contemplar un problema social muchas veces grave: la situación en la que, fallecido uno de los cónyuges, el supérstite se veía obligado a abandonar el hogar conyugal para que dicho inmueble fuera dividido entre los herederos. Y con acierto, señalaba que esta innovación legislativa recogía una costumbre arraigada en muchas familias argentinas, consistente en posponer la partición de ese inmueble hasta la muerte del cónyuge sobreviviente; y que, a partir de su consagración legal, dicha práctica pasaría a imponerse incluso a quienes pretendían anteponer sus intereses patrimoniales individuales al respeto por la familia y por la memoria del fallecido.

(1) BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1977, pág. 1-3

### 3) Fundamentos

La vivienda es reconocida como un bien jurídico protegido tanto por el derecho constitucional como por el derecho convencional de los derechos humanos<sup>(2)</sup>.

En nuestro país, la reforma constitucional de 1957 incorporó a nuestra Carta Magna el artículo 14 bis que, al aceptar postulados del constitucionalismo social, consagró la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. Décadas más tarde, la reforma de 1994 consolidó esta línea de protección al otorgar jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), entre los cuales se reconocen expresamente derechos vinculados a la protección de la vivienda y a la protección de las personas en situación de vulnerabilidad<sup>(3)</sup>.

Esta tutela se ha proyectado en el plano de nuestro derecho privado a través de un conjunto de normas contenidas en el Código Civil y Comercial, que protegen de modo integral la vivienda<sup>(4)</sup>. Entre ellas se destacan: el régimen general de protección de la vivienda (arts. 244 y ss.), la protección de la vivienda de los cónyuges (art. 456) y de los convivientes (art. 522), la atribución del uso de la vivienda post divorcio (arts. 443 y 444) y o ruptura de la unión convivencial (art. 526), las indivisiones hereditarias forzosas (arts. 2330 y 2333), y los derechos reales de habitación del cónyuge (art. 2383) y del conviviente supérstite (art. 527).

En suma, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite se inscribe en una estructura normativa que proyecta al plano del derecho privado los mandatos constitucionales y convencionales en materia de protección de la vivienda y de la familia.

Se trata de una norma que se encuentra en sintonía con la función y los fundamentos últimos que inspiran el Derecho Sucesorio argentino<sup>(5)</sup>. Su incorporación al Código Civil y Comercial responde a una lógica de naturaleza asistencial y finalidad tuitiva<sup>(6)</sup>, orientada a garantizar la permanencia en el hogar del cónyuge sobreviviente, especialmente en contextos de vulnerabilidad.

Esta primera aproximación nos permite ahora avanzar hacia un análisis detallado de su régimen jurídico, sus alcances y limitaciones, así como su interacción con otros

*Barbero sostenía que debía darse amplia difusión a esta norma destinada a contemplar un problema social muchas veces grave: la situación en la que, fallecido uno de los cónyuges, el supérstite se veía obligado a abandonar el hogar conyugal para que dicho inmueble fuera dividido entre los herederos.*

(2) SANTI, Carolina, "Fundamentos constitucionales y convencionales de la protección de la vivienda", en BASSET, Ursula y ALFONSO, Santiago, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de la Familia y de las Personas*, Ed. LA LEY, Tomo III, pág. 155 y ss.

(3) Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 24; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo XI; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Art. 11; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Art. 14; Convención sobre los Derechos del Niño Art. 27 inc. 3; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Art. 28; Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores Arts. 12 y 24.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y MOLINA DE JUAN, Mariel, "La Protección de la Vivienda de Niños, Niñas y Adolescentes en el Código Civil y Comercial", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 87-114; SANTI, Carolina, "Fundamentos constitucionales y convencionales de la protección de la vivienda", en BASSET, Ursula y ALFONSO, Santiago, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de la Familia y de las Personas*, Ed. LA LEY, Tomo III, pág. 155 y ss.

(5) Marcos Córdoba se ha expedido sobre la clara tendencia al reconocimiento de la función social del Derecho Sucesorio; destacando su rol de instrumento de la familia. En CORDOBA, Marcos M., "Fundamento del derecho de sucesiones: la reforma anunciada", EDFA 53-3.; también en CORDOBA, Marcos M., *En el Derecho Sucesorio*, Publicado en: LA LEY 18/11/2015, 18/11/2015, 1 - LA LEY 2015-F, 933, Cita Online: AR/DOC/4007/2015

(6) CORDOBA, Marcos M., *Sucesiones*, Ed. EUDEBA - Rubinzal Culzoni Editores, pág. 251

dispositivos protectorios previstos en el ordenamiento vigente.

#### 4) El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial

##### 1. La regulación actual en el Art. 2383

El Código Civil y Comercial argentino recoge este instituto a través del Art. 2383: "Derecho real de habitación del cónyuge superviviente. El cónyuge superviviente tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante."

Esta norma se inscribe en la lógica del Derecho Sucesorio argentino, el cual confiere un trato y una valoración preferente a la unión matrimonial, como expresión del principio de matrimonialidad, que se traduce en una serie de derechos y prerrogativas reconocidos al cónyuge superviviente en la sucesión del causante<sup>(7)</sup>.

##### a) Técnica legislativa

El Código regula actualmente el derecho real de habitación viudal dentro de las normas que se ocupan de la Partición de la Herencia (Libro V, Título VIII).

Esta ubicación resulta acertada, ya que se trata de un derecho que la ley reconoce in iure propio en cabeza del

*Se trata de un derecho que la ley reconoce in iure propio en cabeza del cónyuge superviviente y que incide directamente en la partición de las herencias*

cónyuge superviviente y que incide directamente en la partición de las herencias<sup>(8)</sup>.

Si bien procede de pleno derecho, por constituir un desmembramiento del

dominio es necesario que el cónyuge superviviente se presente en el expediente sucesorio y solicite su inscripción registral para su oponibilidad frente a terceros<sup>(9)</sup>.

##### b) Caracteres

Nos encontramos ante un derecho real de habitación con características propias<sup>(10)</sup>. Por empezar, nace de pleno derecho –automáticamente– en cabeza del cónyuge superviviente<sup>(11)</sup> con la apertura de la sucesión, y reviste carácter vitalicio y gratuito.

(7) El principio de matrimonialidad puede definirse como el trato preferente que brinda el legislador a la unión matrimonial como forma de organizar la familia. Este principio, que se encuentra presente en el derecho privado argentino desde los primeros tiempos de la codificación hasta nuestros días, ha sido acuñado por la jurista mendocina Catalina Arias de Ronchietto y seguido por destacada doctrina nacional y extranjera. Puede consultarse: ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., "El Principio Jurídico de Matrimonialidad y las Políticas Públicas. La Familia: Cordón Umbilical de la Humanidad", en Revista Prudencia Iuris Nros. 62/63, Ed. EDUCA, p. 309 y ss; CORRAL TALCIANI, Hernán, "El principio de matrimonialidad y las acciones concurrentes de nulidad, divorcio y separación en los procesos de familia", en CORRAL TALCIANI, H. y RODRIGUEZ, M.S. (Coords.), Estudios de Derecho Civil II. Actas de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 151-160.

(8) GUILISASTI, Jorgelina, El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección, en DFyP 2018 (mayo), 141 - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY2018-D, 549.Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018, FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág., pág. 490.

(9) FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 501-502, MEDINA, Graciela, Proceso sucesorio, Tomo II, 4ª ed., Ed. Rubinzal Culzoni, p. 187. GUILISASTI, Jorgelina, El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección, en DFyP 2018 (mayo), 141 - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY2018-D, 549.Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018.

(10) ASSANDRI, Mónica y ROSSI, Julia, Petición de Herencia. Responsabilidad de herederos y legatarios. Estado de Indivisión. Indivisión Forzosa, en LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga, FARAONI, Fabián, Derecho de Sucesiones, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 301, FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 497 y ss; GUILISASTI, Jorgelina, El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección, en DFyP 2018 (mayo), 141 - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY2018-D, 549.Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018.

(11) Acerca de su naturaleza jurídica puede consultarse: CORDOBA, Marcos M., Sucesiones, Ed. EUDEBA - Rubinzal Culzoni Editores, pág. 2510, FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 494.495, GUILISASTI, Jorgelina, El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección, en DFyP 2018 (mayo), 141 - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY2018-D, 549.Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018.

##### c) Requisitos

Es importante destacar que, conforme al régimen vigente, para que este derecho se configure se deben reunir los siguientes requisitos:

##### i) Matrimonio vigente al momento del fallecimiento del causante:

Este derecho corresponde al cónyuge superviviente por su calidad de tal, por lo que no procede en casos de divorcio, separación o nulidad del matrimonio.

Este derecho puede ser invocado por el superviviente que al tiempo de la apertura de la sucesión se encontrara separado de hecho, siempre que demostrara que persistía entre ellos la voluntad de reanudar la convivencia y el proyecto de vida en común.

##### ii) El inmueble debe ser de propiedad exclusiva del causante

El bien debe haber sido titularidad exclusiva del causante al momento de su fallecimiento, es decir no debe encontrarse en condominio con otras personas al momento de la apertura de la sucesión.

Este inmueble puede ser un bien propio o ganancial –si los cónyuges se encontraban bajo el régimen de comunidad de ganancias–, o un bien personal, en caso de haber optado por el régimen de separación de bienes.

La norma recoge la tendencia doctrinaria y jurisprudencial previa a la sanción del código actual en cuanto a que el inmueble no debe encontrarse en condominio con terceros al momento de la apertura de la sucesión, en atención a los derechos de éstos últimos. Se admite desde luego la posibilidad de que el cónyuge superviviente pueda ejercer este derecho, gratuita u onerosamente, mediando acuerdo de voluntades<sup>(12)</sup>.

Desde luego, no es obstáculo para el ejercicio de este derecho que el bien estuviera en condominio con el cónyuge superviviente, en cualquiera de los regímenes patrimoniales matrimoniales específicos.

##### iii) El inmueble debe haber constituido el último hogar conyugal

El inmueble debe haber constituido el último hogar conyugal, es decir, el lugar de residencia habitual de los cónyuges al momento del fallecimiento del causante (arts. 431 y 2621).

Este requisito puede considerarse cumplido incluso en situaciones en las que los cónyuges hayan residido transitoriamente en otro domicilio, así como en aquellos casos en los que el cónyuge superviviente haya permanecido habitando el inmueble mientras existía una separación de hecho, **siempre que subsistiera entre ambos la voluntad de retomar la convivencia y continuar con el proyecto de vida en común**.

En cambio, consideramos que este derecho no corresponde a quienes, de manera voluntaria y estable, hayan optado por residir en domicilios separados, en atención a lo previsto en el Arts. 431 ss.<sup>(13)</sup>

##### d) Algunas consideraciones sobre el régimen actual

El régimen vigente constituye un avance respecto del previsto en el Código Civil anterior, en cuanto ha atenuado ciertos requisitos formales. No obstante, se han formulado algunas advertencias cuando esta prerrogativa del cónyuge superviviente pudiera derivar en un ejercicio abusivo de este derecho en el caso concreto (art 10).

##### i) No debe tratarse del único inmueble habitable

En la actualidad, es factible ejercer el derecho real de habitación aun cuando existan otros inmuebles habitables en el acervo hereditario.

La supresión de este requisito ha sido valorada positivamente, en tanto la presencia de otros bienes inmuebles y la consecuente partición en ocasiones atentaban contra la garantía del acceso a la vivienda del cónyuge superviviente. No obstante, en algunas situaciones, la presencia de varios inmuebles en la sucesión, o incluso la titularidad de bienes por parte del propio superviviente, podría dar lugar

(12) FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág., pág. 507.

(13) En el mismo sentido: PASQUET, María Alejandra, El derecho real de habitación del cónyuge superviviente y del conviviente desde una perspectiva alimentaria, asistencial y solidaria en: DFyP 2018 (octubre), 65. Cita: TR LALEY AR/DOC/1395/2018

a un ejercicio abusivo de este derecho, en desmedro del resto de los herederos<sup>(14)</sup>.

Ahora bien, nos parece importante señalar que se trata de un tópico que amerita una valoración prudente si se consideran factores como: la inherencia personal de determinados bienes, especialmente del que constituyó el último domicilio conyugal –entendido como hogar y centro de vida–, la edad y el estado de salud del cónyuge superviviente, la exigencia de proteger especialmente los derechos de las personas mayores, entre muchos otros.

*Puede tratarse del inmueble en el que los cónyuges desarrollaron toda su vida en común, o bien de aquel que fue escogido, por sus características particulares –como la proximidad con familiares, la accesibilidad edilicia o la facilidad en su mantenimiento– para residir durante la etapa final de sus vidas, lo que refuerza la conveniencia de que el cónyuge superviviente permanezca en él.*

En efecto, puede tratarse del inmueble en el que los cónyuges desarrollaron toda su vida en común, o bien de aquel que fue escogido, por sus características particulares –como la proximidad con familiares, la accesibilidad edilicia o la facilidad en su mantenimiento–, para residir durante la etapa final de sus vidas, lo

que refuerza la conveniencia de que el cónyuge superviviente permanezca en él y justifica la redacción actual de la norma que acoge este importante dispositivo de protección.

Por otro lado, es cierto el derecho real de habitación viudal puede no resultar siempre y en todos los casos el medio más adecuado para garantizar más plenamente el derecho del cónyuge superviviente a la vivienda si se considera que la exigencia de una ocupación efectiva puede conllevar el tener que afrontar diversas complejidades de orden práctico: solventar con ingresos magros altos costos de uso y conservación de un inmueble, residir en un inmueble cuyas condiciones de habitabilidad no se adecuen a las necesidades de un adulto mayor, etc.<sup>(15)</sup>.

Una solución posible sería admitir la figura de la subrogación real en el ámbito del derecho real de habitación viudal, permitiendo trasladar la protección a otro inmueble del acervo que resulte más adecuado para la habitación del cónyuge superviviente. Esta alternativa encuentra sustento en el propio Código Civil y Comercial, que la contempla expresamente en el régimen de Protección General de la Vivienda (art. 248). Incorporar un criterio análogo en el marco sucesorio permitiría ajustar el alcance del derecho real de habitación, adaptándolo a realidades diversas sin desvirtuar su función tuitiva.

En síntesis, si bien la existencia de varios inmuebles en el acervo hereditario, o incluso la titularidad de bienes por parte del propio cónyuge superviviente, puede resultar incongruente con la naturaleza asistencial que fundamenta este instituto, ello no impide que se evalúe el caso concreto en toda su complejidad. En tal sentido, será el juez quien deberá ponderar cuidadosamente la totalidad de los intereses en juego y los valores comprometidos<sup>(16)</sup>, especialmente cuando la vivienda del cónyuge superviviente pueda garantizarse de manera más adecuada mediante otras figuras jurídicas, como la atribución preferencial prevista en el Art. 2380.

- ii) El ejercicio del derecho no está condicionado al valor del inmueble

En la actualidad, el régimen no impone límites en cuanto al valor del inmueble, lo que podría dar lugar al ejercicio de este derecho aun sobre propiedades de valor suntuario, cuya cuantía exceda razonablemente las necesidades habitacionales del cónyuge superviviente, pudiendo tornar abusivo el ejercicio de este derecho.

(14) GUASTAVINO, Gabriel N. E., Derecho de habitación del superviviente. Un supuesto de ejercicio abusivo aún no resuelto en El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 104.

(15) En FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 522 y ss; GUILIASASTI, Jorgelina, El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección, en DFyP 2018 (mayo), 141 - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY 2018-D, 549. Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018.

(16) Francisco Magín Ferrer plantea que se trata de una cuestión que debe quedar librada al prudente criterio de los jueces (En FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 508-509).

Este asunto se abordó en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional de La Plata en el año 2017. En dicha oportunidad se realizó una recomendación de lege ferenda (reforma legislativa) por mayoría en este sentido: “no corresponderá el derecho real de habitación del cónyuge superviviente si la vivienda excediera las necesidades de habitación constituyendo un verdadero abuso del derecho”.

Por nuestra parte, si bien reconocemos que esta situación puede aparecer en tensión con la naturaleza asistencial que inspira este instituto, sostenemos –tal como hemos expuesto en el punto anterior al que remitimos– que corresponde valorar de manera integral los intereses en juego y realizar una ponderación prudente y contextualizada de los bienes jurídicos comprometidos, atendiendo a las particularidades del caso concreto.

#### 1) La incorporación al derecho argentino del derecho real de habitación del conviviente superviviente

El código civil y comercial argentino en el libro dedicado a las Relaciones de Familia introduce por primera vez en el Derecho argentino la regulación de las uniones convivenciales, contemplando el derecho real de habitación del conviviente superviviente.

#### 2) Concepto

El derecho real de habitación del conviviente superviviente es una prerrogativa legal que habilita a quien sobrevive a una unión convivencial –y carece de vivienda propia habitable o de medios suficientes para acceder a una– a permanecer habitando gratuitamente, por un plazo máximo de dos años, en el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar común y que no se encontraba en condominio con terceros al momento de la apertura de la sucesión.

#### 3) Orígenes y trascendencia de su incorporación al Derecho argentino

El Código Civil y Comercial ha reintroducido en el Derecho Argentino la regulación de las uniones de hecho<sup>(17)</sup>, apartándose de la postura abstencionista seguida por Vélez Sarsfield. Dentro de las opciones en materia de política legislativa, el legislador argentino optó por reconocer un piso mínimo de derechos subjetivos familiares a los convivientes que reúnan los requisitos de los Arts. 509 y 510.

En esta línea, las normas que regulan los efectos del cese de la convivencia permiten morigerar –sin aportar una solución definitiva– los efectos nocivos que puede desencadenar el cese de la misma sobre aquellas personas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la ruptura de la relación o a la muerte del causante, sobretudo en el caso de convivencias más prolongadas en el tiempo.

#### 4) Fundamentos

Este estatuto encuentra su fundamento en los principios de solidaridad familiar y protección de la vulnerabilidad<sup>(18)</sup>, y procura mantener el equilibrio entre la autonomía de la voluntad de los convivientes y la protección de los derechos de los más vulnerables: mujeres; niños; adultos mayores; enfermos y personas con discapacidad, regulando algunos efectos económicos.

Bajo esta perspectiva, se tutela la vivienda del conviviente superviviente a través de una norma que se inscribe en el sistema de protección de la vivienda del Código Civil y Comercial, asegurando al conviviente superviviente un resguardo mínimo frente a la pérdida del hogar, en consonancia con los principios del derecho constitucional y convencional de los derechos humanos.

#### 5) El derecho real de habitación del conviviente superviviente en el Código Civil y Comercial

##### a) La regulación en el Art. 527

En Art. 527 establece: “Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente

(17) BASSET, Ursula C. (Directora del Tomo), en ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Tomo III, pág. 303 y ss.

(18) GONZALEZ, Eliana M., “Los principios constitucionales y convencionales que rigen el régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones no matrimoniales”, en BASSET, Ursula y ALFONSO, Santiago, Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de la Familia y de las Personas, Ed. LA LEY, Tomo III, pág. 121.

supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.

#### b) Técnica legislativa

El Código regula el derecho real de habitación del conviviente supérstite dentro de las normas que se ocupan de los efectos del cese de la unión convivencial (Libro II-Título III).

Su ubicación, entre otras características propias de este instituto, reafirma el diferente tratamiento en materia de política legislativa que el legislador ha dado al matrimonio y a la unión convivencial.

#### c) Características generales

Nos encontramos ante una norma que contempla la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse el

*Esta protección solo alcanza a los convivientes que reúnan los requisitos de los Arts. 509 y 510.*

conviviente supérstite frente a la muerte del causante, quien está facultado por ley a ejercer, en determinadas circunstancias, el

derecho real de habitación sobre el inmueble que constituyó el último hogar familiar.

Esta protección solo alcanza a los convivientes que reúnan los requisitos de los Arts. 509 y 510. Se trata de un beneficio directo que nace en cabeza del conviviente, si se encuentra en la situación prevista por la norma.

A nuestro entender, opera de pleno derecho, conforme a una interpretación armónica de los artículos 527 y 1894. Esto no obsta a que, en caso de oposición por parte de herederos o legatarios, el beneficiario deba acreditar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para la procedencia del derecho<sup>(19)</sup>.

#### d) Fundamento

Este dispositivo que tutela la vivienda del conviviente supérstite encuentra su fundamento en los principios de solidaridad y de protección de la vulnerabilidad. Es un remedio que amortigua, por un tiempo breve (2 años), los efectos económicos nocivos que la muerte del causante puede ocasionar en los miembros más vulnerables de la familia.

#### e) Requisitos

Es importante destacar que para que el conviviente supérstite pueda invocar este derecho se deben reunir los siguientes requisitos:

- i) El conviviente debe carecer de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a esta.
- ii) El inmueble de propiedad del causante debe haber constituido el último hogar familiar
- iii) A la apertura de la sucesión el inmueble no debe encontrarse en condominio con otras personas

#### f) Plazo

El derecho de habitación del conviviente supérstite tiene como límite temporal un plazo máximo de dos años<sup>(20)</sup>,

(19) *En el mismo sentido*: IGLESIAS, Mariana B., El conviviente supérstite y la vivienda: análisis del art. 527, Cód. Civ. y Com. en: RDF 2021-III, 192 Cita: TR LALEY AR/DOC/1080/2021, ORLANDI, Olga E., Protección de la vivienda y derecho sucesorio en: RDF 80, 37 Cita: TR LALEY AR/DOC/3751/2017; PASQUET, María Alejandra, El derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente desde una perspectiva alimentaria, asistencial y solidaria en: DFyP 2018 (octubre), 65 Cita: TR LALEY AR/DOC/1395/2018.

*En contra*: CAPPARELLI, Julio, Uniones No Matrimoniales, Ed. EL DERECHO, pág. 173; FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 529; GUILISASTI, Jorgelina, El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección, en DFyP 2018 (mayo), 141 - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY 2018-D, 549. Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018, PANDIELLA MOLINA, Juan Carlos, Derecho de habitación viudal y del conviviente supérstite. Breves reseñas, en: DFyP 2017 (marzo), 146 Cita: TR LALEY AR/DOC/314/2017.

(20) CAPPARELLI, Julio César, Plazo del derecho real de habitación por muerte del conviviente - Comentario al fallo B. R. s/sucesión abintestato. en El Derecho - Diario, Tomo 297 Fecha: 23-06-2022 Cita Digital: ED-III-CLXII-808.

contados desde la apertura de la sucesión<sup>(21)</sup>. Esta es la principal diferencia con el derecho real de habitación del cónyuge supérstite que es vitalicio.

La norma establece un plazo máximo de atribución que entendemos -en atención a su fin tutelar- hubiera sido deseable que se dejara librado a la apreciación judicial de las circunstancias que rodean el caso concreto.

#### g) Cese

El derecho de habitación del conviviente se extingue por el transcurso del tiempo; si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

#### h) Algunas consideraciones sobre el régimen

Este dispositivo que tutela la vivienda del conviviente supérstite es un remedio que amortigua los efectos económicos nocivos que la muerte del causante puede ocasionar en los miembros más vulnerables de la familia.

Por un lado, es importante tener presente que este beneficio no se extiende a todos los convivientes, sino que

opera exclusivamente para aquellas uniones que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 509 y 510. Es decir quedan

*Opera exclusivamente para aquellas uniones que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 509 y 510.*

aquellos convivientes que no se encuentran amparados por el régimen, lo que puede generar situaciones de desamparo material, particularmente en contextos de especial vulnerabilidad, cuando se haya mantenido una convivencia muy prolongada o existan hijos menores, personas con capacidad restringida o con discapacidad residiendo en el inmueble.

Por otro lado, entendemos que hubiese sido más adecuado dejar sujeto a la apreciación judicial el plazo de esta atribución, permitiendo valorar las particularidades del caso y, en especial, las condiciones de mayor o menor vulnerabilidad del conviviente sobreviviente. Si bien es cierto que el causante pudo haber adoptado mecanismos jurídicos para proteger a su conviviente -como el usufructo, el comodato o el legado de uso o habitación, o incluso pactar esta atribución en el pacto entre convivientes (Art. 513 y ss)-, no puede soslayarse que estas herramientas suponen una planificación sucesoria excepcional, muchas veces alejada de los usos y prácticas habituales, más aún en contextos de extrema vulnerabilidad.

## Conclusión

El análisis del régimen legal aplicable al derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite permite advertir una política legislativa que, si bien mantiene una distinción clara entre ambas figuras, se orienta a prevenir situaciones de desamparo habitacional frente al fallecimiento del causante.

La mayor estabilidad jurídica del matrimonio se refleja en la previsión de un derecho de habitación vitalicio, gratuito y de pleno derecho, mientras que la protección al conviviente responde a una lógica más restringida y condicionada, tanto en cuanto a los requisitos de procedencia como a los efectos de la atribución.

(21) En esta misma línea: IGLESIAS, Mariana B., El conviviente supérstite y la vivienda: análisis del art. 527, Cód. Civ. y Com. en: RDF 2021-III, 192 Cita: TR LALEY AR/DOC/1080/2021. Otras posturas: 1) Desde que es petitionado: GUILISASTI, Jorgelina, El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección, en DFyP 2018 (mayo); MAZZINGHI, Jorge, "Razonabilidad y justificación de las diferencias entre el matrimonio y la unión convivencial", en Estudios de Derecho Civil. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Buenos Aires, 2018; OLMO, Juan Pablo., "Límite temporal de la procedencia del derecho real de habitación del cónyuge supérstite", en DFyP, Vol. 8, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015. 2) Desde que es concedido: AZPIRI, Jorge, "Comentario al Art. 527" en BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Ed. Hammurabi, 2016, p. 342.; FERRER, Francisco Magín, Tratado de Sucesiones, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 531; PELLEGRINI, María Victoria. "La atribución del uso de la vivienda convivencial: aspectos procesales", en Diario DPI. Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos, n. 42, 16/10/2018. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala III, C., N. J. s/ incidente de derecho real de habitación • 10/09/2020, Cita: TR LALEY AR/JUR/81648/2020.

Este enfoque normativo revela el espíritu del legislador por articular una protección diferenciada pero coherente, sin desconocer el valor que representa el hogar compartido. En ambos casos, la vivienda aparece reconocida como bien jurídico esencial, especialmente cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad económica.

La normativa vigente continúa planteando desafíos importantes, especialmente al momento de examinar las circunstancias del caso y de ponderar los valores en juego con el fin de evitar soluciones injustas o abusivas en el caso concreto.

**VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS REALES - DERECHO DE PROPIEDAD - DOMINIO - USUFRUCTO - USO Y HABITACIÓN - SUCESIONES - CONCUBINATO - FAMILIA - UNIÓN CONVIVENCIAL - MATRIMONIO - PROCESO DE FAMILIA - DIVORCIO - VIOLENCIA FAMILIAR - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - TRATADOS INTERNACIONALES - PODER JUDICIAL - ABUSO DEL DERECHO - PARTICIÓN HEREDITARIA - CÓNYUGE SUPÉRSTITE - BIENES GANANCIALES - HEREDEROS**

# Recompensas entre cónyuges y protección del acervo común. Un comentario a fallo

por FERNANDO A. GASTIAZORO (Universidad Nacional del Litoral)

**Palabras clave:** Recompensa - Liquidación del Régimen de Comunidad - Cuantificación - Bienes Propios - Bienes Gananciales - Mejoras

**Resumen:** El autor comenta un fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de la Ciudad de Santa Fe, de especial pertinencia en lo que hace al régimen de recompensas, y cuestiones asociadas a su configuración, determinación, cuantificación y dinamismo. Además de presentar el fallo y su decisión, favorable al cónyuge que reclamaba la recompensa en un caso de realización de mejoras sobre un bien propio, estudia las cuestiones jurídicas implicadas desde la doctrina autoral, y las diversas aristas implicadas.

## 1. Introducción

El caso objeto del presente comentario fue resuelto por el entonces Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de la ciudad de Santa Fe, órgano del cual integré hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 14.264, que dispuso la unificación de los Juzgados de Familia a partir del 9 de diciembre de 2024. En la actualidad, me encuentro a cargo del Juzgado de Familia N° 6 de la misma ciudad.

## 2. El caso

Aclarado necesariamente ello, comentaré el caso.

Los cónyuges M. B. R. y R. A. G. contrajeron matrimonio en 2010 bajo el régimen de comunidad de bienes (único a la época). Durante el matrimonio, en el año 2015, M. recibió por herencia un inmueble en la ciudad de Santa Fe, que fue registrado como bien propio conforme lo dispuesto por el art. 464 inc. b) del Código Civil y Comercial.

Años después, en 2019, ambos cónyuges acordaron de hecho destinar fondos gananciales provenientes del sueldo de R. para realizar una refacción integral de dicho inmueble, con un costo total equivalente a 40.000 dólares. El inmueble fue luego alquilado, y la renta se depositaba en una cuenta conjunta hasta la separación de hecho en 2023.

Durante el proceso de liquidación de la comunidad, R. solicitó el reconocimiento de una recompensa por el dinero ganancial invertido en la mejora del bien propio de su ex cónyuge, conforme al art. 468 del CCCN. M. se opuso, alegando que el aporte había sido voluntario y en beneficio del hogar común.

## 3. La decisión del Tribunal

El Tribunal resolvió hacer lugar parcialmente a la pretensión de R., reconociendo el derecho a recompensa a favor del patrimonio ganancial por las erogaciones realizadas con bienes gananciales en beneficio del inmueble propio de su ex cónyuge, conforme lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

### a) Marco procesal aplicable

Como punto de partida, el tribunal dejó sentado que el proceso de liquidación y partición de la comunidad conyugal se rige, en el ámbito provincial, por el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, específicamente por los arts. 599 y siguientes. Esta normativa establece el procedimiento para la división de los bienes comunes luego de la disolución del matrimonio —por divorcio, nulidad o separación judicial de bienes— y regula las etapas de inventario, avalúo, propuesta de partición y oposición o aprobación.

En ese marco, la cuestión relativa a las recompensas entre patrimonios se enmarca como incidente dentro del proceso principal de partición, siendo resuelta por el mismo juez que entiende en la liquidación, conforme a las reglas del proceso ordinario, con sustanciación abreviada y prueba específica.

### b) Fundamentos jurídicos sustantivos

La resolución se apoyó en los principios y normas del CCCN, en particular en los artículos 464 a 470, que regulan el régimen de comunidad, y específicamente en el

artículo 468, que contempla los supuestos de recompensas entre los patrimonios propios y el ganancial.

### *Determinación de la naturaleza de los bienes*

El Tribunal acreditó que el inmueble en cuestión había ingresado al patrimonio de M. como herencia, constituyéndose en bien propio conforme al art. 464 inc. b) del CCCN. En contraposición, las erogaciones para la mejora del inmueble (refacción integral) provinieron del salario de Ricardo G., lo cual constituye un bien ganancial por aplicación del art. 465 inc. a).

La coexistencia de dos patrimonios diferenciados —el propio y el ganancial— exige un análisis riguroso al momento de determinar si se ha producido una transferencia patrimonial no compensada que genere derecho a recompensa.

### *Aplicación del régimen de recompensas*

El centro de la controversia giró en torno al **art. 468 inc. c)** del CCCN, que establece: “El cónyuge debe recompensa a la comunidad si esta ha contribuido con bienes gananciales a mejorar un bien propio.”

El Juzgado entendió que este supuesto se configuró plenamente, ya que:

- La mejora se realizó durante la vigencia de la comunidad;
- Se utilizaron bienes de naturaleza ganancial;
- La mejora resultó duradera, verificable y valorizó el bien propio de la cónyuge;
- No existió prueba de liberalidad ni de voluntad de donar por parte del cónyuge aportante.

El tribunal enfatizó que las recompensas no son sanciones ni indemnizaciones, sino mecanismos de corrección patrimonial destinados a preservar la equidad del sistema comunitario. En este sentido, se acogió una interpretación objetiva y finalista del art. 468: lo relevante no es la intención del cónyuge al momento del gasto, sino el efecto patrimonial resultante sobre el bien propio

*Las recompensas no son sanciones ni indemnizaciones, sino mecanismos de corrección patrimonial destinados a preservar la equidad del sistema comunitario.*

## 4. Doctrina y principios aplicados

La sentencia encuentra fuerte respaldo en la doctrina nacional, que ha dado un tratamiento profundo al instituto de las recompensas dentro del régimen de comunidad de bienes. Diversos autores coinciden en que la finalidad del sistema no es sancionar conductas, sino garantizar un equilibrio económico real entre los patrimonios propios y el común al momento de la liquidación.

Tal como sostiene Francisco M. Ferrer, en su comentario al Código Civil y Comercial, la figura de la recompensa debe interpretarse como un instrumento de justicia distributiva: “*El sistema de recompensas no apunta a cuestionar la legitimidad del uso de bienes gananciales sobre bienes propios, sino a impedir que se consolide un enriquecimiento injustificado. El deber de reembolso responde a la lógica interna del régimen comunitario, donde los valores deben restituirse a su fuente patrimonial original*”<sup>(1)</sup>.

En similar sentido, Luis Ugarte remarca que la comunidad tiene una estructura dinámica, en la cual los patrimonios pueden entremezclarse por razones prácticas, pero que ello no implica pérdida del derecho a reclamar lo invertido: “*La mezcla de bienes entre los patrimonios durante la vigencia del matrimonio no desnaturaliza el principio de que cada patrimonio debe conservar su valor. Las recompensas funcionan como un reequilibrio legal que se activa en la etapa de liquidación*”<sup>(2)</sup>.

(1) Ferrer, Francisco Magín. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. III, La Ley, p. 1113.

(2) Ugarte, Luis. *Régimen patrimonial del matrimonio*, Abeledo Perrot, 2021, p. 326.

Desde una visión más sistemática, Belluscio señalaba ya en el régimen del Código anterior que: “La obligación de recompensa surge por imperio de la ley, aun sin manifestación de voluntad de las partes, cuando se ha producido una transferencia patrimonial efectiva entre masas diferenciadas”<sup>(3)</sup>.

Este criterio, de clara raigambre objetiva, fue recogido también por el nuevo Código. En esa línea, Úrsula Basset explica que las recompensas son una herramienta correctiva de la comunidad: “El régimen de comunidad necesita de mecanismos compensatorios que impidan que un patrimonio se vea disminuido en favor de otro. Las recompensas operan como una herramienta de justicia conmutativa interna al régimen”<sup>(4)</sup>.

Por su parte, Zannoni sostiene que: “La existencia de recompensas demuestra que, pese a la aparente indiferenciación del régimen de comunidad, subsiste la individualidad de cada masa patrimonial. Las transferencias deben ser restituidas, no por voluntad de las partes, sino por imperativo legal”<sup>(5)</sup>.

Con una mirada más práctica, Mazzinghi ha resalta-do que no debe exigirse prueba de liberalidad para negar la recompensa: “No corresponde aplicar la figura de la donación o su presunción para excluir el derecho a recompensa. La inversión ganancial sobre un bien propio genera un crédito legal, no sujeto a intención”<sup>(6)</sup>.

Finalmente, Kemelmajer de Carlucci concluye que la clave es la existencia de una modificación patrimonial efectiva, no la intención subjetiva: “Es irrelevante si el cónyuge tenía intención de ayudar o no. Si hay transferencia de valor que permanece en el tiempo, y si ese valor proviene del acervo ganancial, nace el derecho a recompensa”<sup>(7)</sup>.

Asimismo, se trajo a colación jurisprudencia de la Cámara Civil de Rosario que reconoce la procedencia de recompensas aun cuando la inversión se haya efectuado en un contexto de vida en común, siempre que se demuestre el incremento patrimonial y la afectación de bienes gananciales.

## 5. Criterio de cuantificación y tasa de interés aplicable

### a) Criterio de cuantificación

El Tribunal adoptó un criterio objetivo, proporcional y actualizado, en consonancia con el espíritu compensatorio de la figura de la recompensa.

El punto de partida fue la verificación pericial del incremento en el valor del bien propio a consecuencia de las mejoras financiadas con bienes gananciales. Según el informe de tasación incorporado al expediente, las obras (refacción integral del inmueble) aumentaron en un 25% el valor de mercado del bien, en comparación con su valor anterior.

La sentencia descartó una valoración meramente nominal de la inversión (es decir, el costo histórico en dólares de las mejoras realizadas en 2019), por considerarla desactualizada e insuficiente para cumplir la función reparatoria. En cambio, se aplicó un criterio funcionalista: se computó como recompensa el valor equivalente al incremento patrimonial efectivamente producido en cabeza del cónyuge propietario.

La sentencia... aplicó un criterio funcionalista: se computó como recompensa el valor equivalente al incremento patrimonial efectivamente producido en cabeza del cónyuge propietario.

(3) Belluscio, Augusto C., *Derecho de Familia*, T. II, Astrea, 2001, p. 206.

(4) Basset, Úrsula C., en Lorenzetti (director), *Código Civil y Comercial comentado*, T. III, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 415.

(5) Zannoni, Eduardo, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. I, Astrea, 2012, p. 369.

(6) Mazzinghi, Jorge A., *Sociedad conyugal. Régimen patrimonial del matrimonio*, La Ley, 2018, p. 251.

(7) Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Tratado de Derecho de Familia*, T. III, Rubinzal-Culzoni, p. 711.

En tal sentido, Zannoni postula que “No debe tomarse como parámetro exclusivo el valor nominal del gasto, sino el beneficio patrimonial concreto que se ha consolidado en el patrimonio propio del cónyuge beneficiado”<sup>(8)</sup>.

En función de ello, el monto de la recompensa fue determinado como el 25% del valor actualizado del inmueble al momento de la liquidación, utilizando los valores del mercado inmobiliario local vigentes a 2023.

Este criterio evita que el patrimonio común sufra una pérdida económica debido a la inflación, desvalorización de la moneda o fluctuaciones cambiarias, y asegura que la recompensa refleje un valor económico real y actual.

### b) Actualización e intereses

La sentencia también dispuso que, en caso de incumplimiento en el pago de la recompensa al momento de la partición, el monto reconocido se devengará con intereses moratorios, conforme al criterio predominante en la provincia de Santa Fe.

En particular:

- Se estableció la tasa pasiva promedio del Banco de la Nación Argentina como tasa moratoria, aplicable desde la fecha de exigibilidad del crédito (esto es, desde que la sentencia quede firme).

- El fundamento de la decisión se vincula con el carácter compensatorio y no punitivo de la recompensa. Al no tratarse de una obligación de origen contractual, ni de naturaleza indemnizatoria por daños, no corresponde aplicar tasas activas, salvo prueba de mala fe o mora dolosa.

- Se mencionó expresamente el criterio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe<sup>(9)</sup>, la cual ha resuelto en numerosos precedentes que los créditos derivados de la liquidación de la comunidad deben actualizarse con tasas judiciales usuales, salvo pacto en contrario.

Además, se dejó abierta la posibilidad de aplicar capitalización de intereses si el incumplimiento se prolonga más allá del plazo previsto por el tribunal para la partición, y si la parte actora lo solicita expresamente en la etapa de ejecución.

El fallo aporta criterios: ...  
1) Refuerza el rol correctivo del régimen de recompensas...  
2) fija parámetros objetivos de cantificación... 3) promueve la protección del acervo ganancial... 4) contribuye a una lectura funcional y dinámica del régimen de comunidad.

## 6. Conclusiones prácticas e implicancias para la labor judicial

Este fallo aporta importantes criterios para la práctica:

1. Refuerza el rol correctivo del régimen de recompensas, desvinculándolo de la voluntad subjetiva del cónyuge aportante.

2. Fija parámetros objetivos de cuantificación, en función del aumento patrimonial y no del valor histórico del gasto.

3. Promueve la protección del acervo ganancial, evitando su desvalorización frente a mejoras duraderas en bienes propios.

4. Contribuye a una lectura funcional y dinámica del régimen de comunidad, en sintonía con principios constitucionales de equidad, solidaridad y justicia distributiva.

**VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - DOLLO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - ACTO JURÍDICO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - LESIÓN SUBJETIVA - ABUSO DEL DERECHO - EQUIDAD - RECOMPENSAS - BUENA FE - COMUNIDAD DE BIENES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO**

(8) Zannoni, Eduardo, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Astrea, 2012, p. 370.

(9) Cám. Apel. Civil Santa Fe, Sala I, “C., M. A. c/ P., R. R. s/ liquidación de sociedad conyugal”, 2022.

## Para ir más lejos (jurisprudencia)

### Recompensas

por MARÍA CELESTE ROMERO (Universidad Nacional de Córdoba - Universidad Nacional de Rosario)

La siguiente selección de jurisprudencia abarca las siguientes temáticas: a) Responsabilidad solidaria de los cónyuges, b) Atribución del hogar conyugal y recompensas, c) Carga de la prueba, d) Oportunidad para el reclamo de recompensas; e) Recompensas, perspectiva de género y pagos con fondos propios, f) Improcedencia de recompensas ante el uso exclusivo de los bienes.

#### a) Recompensas entre cónyuges

##### Recompensas entre cónyuges - Liquidación - Régimen patrimonial del matrimonio - Liquidación - Cargas de la comunidad

“Sayal, Mirta Lidia vs. Trinidad, Carlos José s. Liquidación de sociedad conyugal”, CNCiv. Sala F; 27/09/2022; Rubinzal Online; RC J 6780/22

La responsabilidad solidaria de los cónyuges pasa por las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455, Código Civil y Comercial (art. 461, Código Civil y Comercial). Este concepto está en las antípodas de los gastos sugeridos como realizados por el demandado apelante (pagos de “embargos” por alquileres de una sede comercial de una S.R.L. cuyo estatuto ni siquiera acompaña y cuyo monto no especifica; y un préstamo de 55.000 pesos para cubrir el descubierto del banco de dicha empresa). Lejos están los mencionados rubros de poder aplicar a la calificación de “cargas” que pretende el apelante (inc. d, art. 489, Código Civil y Comercial) que lo legitimen para solicitar una “recompensa” (art. 491, Código Civil y Comercial) como tardía, ininteligible, infundada y dogmáticamente pareciese pretender en el escrito bajo estudio (arts. 271 y 277, CPCCN). El régimen de solidaridad de los cónyuges por las cargas (gananciales como denomina el apelante) lo es respecto de las obligaciones contenidas en los arts. 455, 461, 489 y ccs., Código Civil y Comercial, y no las que intenta malhadadamente explicar. Inclusive aún en el caso que la deuda tenga su origen en alguna de las enunciadas en el art. 461, Código Civil y Comercial, la solidaridad no se presume (art. 840, Código Civil y Comercial). Las obscuras cuestiones de responsabilidad societaria que el apelante enrostra a la actora o pretende dilucidar a través de la presente deben ser (debidamente) ventiladas ante los jueces mercantiles.

#### b) Atribución del Hogar Conyugal y Recompensas

##### Atribución del hogar conyugal - Recompensas entre cónyuges - Período de indivisión poscomunitaria - Régimen patrimonial del matrimonio Período de indivisión poscomunitaria - Renta compensatoria por el uso exclusivo de la vivienda

“S., H. D. vs. J., V. C. s. Acción relacionada régimen patrimonial del matrimonio”, Cám. Fam., Mendoza; 24/08/2022; Rubinzal Online; RC J 6843/22

Debemos considerar en primer lugar que el convenio fue firmado por las partes en el contexto del proceso de divorcio, el que acompañado en copia, fue formalizado por ambos cónyuges en fecha 19/05/2019, conforme consta en la certificación de firmas que realiza la escribana en actuación notarial. Dicho convenio es válido entre las partes desde su firma y hasta que no haya una resolución judicial que indique lo contrario. Ahora bien, el hecho de encontrarse cuestionado el convenio en su validez, no significa que la situación puntual del inmueble objeto del presente, dependa del resultado del pleito, toda vez que la calificación del inmueble no cambiará. Y, mientras no se disponga lo contrario, el bien está adjudicado a la demandada desde la firma del convenio (fecha desde la que el mismo es obligatorio para las partes, puesto que la homologación hace a su ejecutabilidad). De allí que la afirmación, según la cual el inmueble se encuentra en estado de indivisión, es incorrecta pues se encuentra adjudicado, restando los trámites liquidatorios tendientes a lograr la partición, procedimiento que a la fecha se encuentra suspendido como consecuencia del planteo de nulidad del convenio. Por lo tanto la administración del inmueble le corresponde a la demandada en tanto es la titular registral y éste le ha sido adjudicado por el convenio de partes. Bajo este marco jurídico y considerando que las mejoras fueron introducidas luego de la extinción de la comunidad, con fondos personales de la accionada y siendo ella adjudicataria del inmueble por convenio, no se vislumbra margen para aplicar la figura jurídica pretendida por el actor. En efecto, los arts. 484 y 485, Código Civil y Comercial, suponen, para su aplicación, la existencia de una comunidad de bienes en estado de indivisión.

#### c) Carga de la Prueba

##### Recompensas entre cónyuges - Régimen patrimonial del matrimonio Régimen de comunidad - Liquidación - Mejoras realizadas sobre un bien propio - Presunción de ganancialidad - Carga de la prueba

“S. I. G. vs. P. V. A. s. Liquidación de sociedad conyugal”, Cám. 2ª CC Sala 2, Paraná, Entre Ríos; 23/06/2020; Rubinzal Online; RC J 6322/20

No se concuerda con el razonamiento sentencial que ubica a las mejoras realizadas sobre un bien propio dentro de la presunción de ganancialidad del art. 466, Código Civil y Comercial, dado que tiene otra solución expresa prevista. Ello así ya que reconoce un régimen específico, regulado por el art. 492, Código Civil y Comercial. El nuevo Código recoge el criterio de la doctrina nacional, que la carga de la prueba corresponde a quien invoca el derecho a recompensa, sin limitación respecto de los medios probatorios; aun cuando cierta doctrina lo flexibilice, intentando armonizarlo con el art. 710, Código Civil y Comercial. En síntesis, no se presume que las mejoras sobre bienes propios se realizan con fondos gananciales y quien lo alega debe probarlo. La ley en ningún momento dice eso, más bien lo contrario, y tal interpretación a contramano de la letra de la ley luce forzada. La carga de la prueba en materia de mejoras introducidas en bienes propios recae, en consecuencia, en éste caso, sobre la parte que no es titular de dicho bien y que es quien realiza el reclamo, pretendiendo su reconocimiento, no sólo en cuanto a la existencia de la mejora en sí, sino además en todo aquello conducente a esclarecer sobre el origen de los fondos, de los cuales no se presume su ganancialidad, y además aportar los elementos para liquidar el crédito. Es de toda lógica que esa parte, al menos en éste caso, es quien está en mejores condiciones de probarlo, si es que efectivamente para hacerlo, utilizó fondos gananciales. Máxime cuando el origen ganancial de dichos fondos, ha sido negado por la incidentada.

#### d) Oportunidad para el reclamo de recompensas

##### Liquidación de la comunidad ganancial- Oportunidad para el reclamo de recompensa- Improcedencia del reclamo

“B. M. D. C. c. A. L. F. s/ acc. rel. al reg. patrim. del matrim.”, Cámara de Familia de Mendoza , 23/05/2022 La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/88173/2022

La liquidación de la comunidad de bienes es un proceso con características propias que corresponde a la ejecución de la sentencia de divorcio que extingue la comunidad de bienes, al que se le aplican las normas del proceso sucesorio para la liquidación de la herencia en lo que resulte pertinente (arts.350/358 del CPCCyT); que comprende una serie de etapas entre las que se encuentran el denuncia y calificación de los bienes; el avalúo; la determinación de recompensas, la fijación del pasivo y al final, la partición. (...) Si A. pretendía reclamar recompensa la oportunidad era esta etapa del proceso de liquidación y partición de la comunidad, puesto que es precisamente la primera etapa (calificación) en la que se determina el activo, el pasivo, las deudas, las cargas y los créditos por recompensas . Por lo tanto si en sus “advertencias” pretendía algún pronunciamiento en estos aspectos, no lo demandó y tampoco apeló el decisorio. En definitiva, el temor de la apelante de reclamar estas cuestiones en las etapas posteriores resulta infundado para todo aquello que no resulte operaciones propias de la etapa de partición.

##### Dinero otorgado con posterioridad al divorcio- Inaplicabilidad de la figura de la recompensa- Crédito Personal

“Nickel, Maria Laura c. Biffis, Fernando Antonio s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes”, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA C, 04/03/2020, TR LALEY AR/JUR/698/2020

- Toda vez que la suma de dinero le fue entregada a la actora por el demandado luego de dictada la sentencia de divorcio y encontrándose disuelta la sociedad conyugal, ello no genera recompensa alguna a favor del cónyuge.

- Las circunstancias que rodearon la entrega de dinero a la actora por parte del demandado implicó únicamente la entrega de un anticipo por la venta del departamento sede del hogar conyugal, a descontarse al momento de la venta del mismo, tal como se desprende del recibo, y ello no implicó que haya adquirido el demandado a cambio, un porcentaje de dicho inmueble.

Corresponde señalar que las recompensas son créditos por indemnizaciones entre cónyuges que surgen por haber quedado afectada la integridad de sus patrimonios y la exacta partición por mitades de los bienes gananciales, con motivo de la gestión patrimonial durante la vigencia del régimen de la sociedad conyugal, cuya gestión puede haber ocasionado un desequilibrio en beneficio del patrimonio ganancial y en perjuicio del patrimonio propio de uno de los cónyuges, o bien pudo incrementarse éste en detrimento de aquel, desequilibrio que este mecanismo tiende a corregir. [-]La finalidad, por lo tanto, consiste en restablecer la integridad del patrimonio de cada cónyuge y asegurar que la partición de los gananciales sea equitativa e igualitaria (conf. Francisco A. M. Ferrer, en “Código Civil Comentado - Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía - Derecho de Familia Patrimonial” Dir. María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 323).

Si la sentencia disolvió la sociedad conyugal de conformidad con lo dispuesto por el art. 1306 del Cód. Civil, las recompensas que pudieran existir entre la sociedad conyugal y cada uno de los cónyuges quedaron fijadas en ese período y no pueden extenderse más allá de ese lapso, por mucho que la discusión sobre la calificación de los bienes e incluso sobre la admisibilidad de aquéllas y su cuantificación, se hubieran diferido. De lo que se trata es de verificar si esta situación se presentaba al tiempo de la disolución de la comunidad ganancial y no posteriormente. Entonces, los hechos —disolución— y sus consecuencias —integración del patrimonio, créditos y deudas— quedan definidos en el momento de la disolución del vínculo y no en el momento ulterior en que se plasma la liquidación y las cuentas [-](Sumario N° 28.044 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil; CNCiv., Sala A, “R., L. G. c. D. R., J. C. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes”, 04/09/2019).

En tal entendimiento, toda vez que la suma de \$69.000 —que surge del recibo hoy agregado a fs. 578 y fue reconocida por la accionante—, le fue entregada por el demandado el 5 de diciembre de 2005, es decir, ya dictada la sentencia de divorcio y encontrándose disuelta la sociedad conyugal, ninguna duda cabe que ello no genera recompensa alguna a favor del cónyuge.

#### e) Recompensas, perspectiva de género y pagos con fondos propios

##### Reclamo de recompensas por pago de las cuotas del inmueble ganancial con fondos propios- Perspectiva de Género

“D. G. D. V. c. D. J. D. s/ Disolución de la sociedad conyugal”, CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL EN DOCUMENTOS Y LOCACIONES DE CONCEPCIÓN, 04/09/2019, TR LALEY AR/JUR/61370/2019

Que si bien el inmueble, ya cancelado definitivamente, conforme Resolución N° 002862 de fecha 17/05/2016, (fs. 54 y 85) ha sido declarado ganancial, se le ha reconocido su derecho a recompensa en contra de la comunidad, al quedar acreditado que los pagos de las cuotas para adquirir el inmueble fueron realizados

con fondos propios de la actora, lo que en ningún momento ha sido cuestionado o motivo de oposición por parte del demandado.

Es por esto entonces que resulta necesario hacer base sobre el contexto vivencial de las personas involucradas. Desde allí que se impone, por imperativo ético y convencional, una obligada perspectiva de género, la que es admitida y aplicada en conflicto sobre bienes[-] (Herrera, Marisa; De La Torre, Natalia; Fernández, Silvia Eugenia; “Derecho de las familias en el NEA. Desde la perspectiva jurisprudencial”, Seba, Sonia Cristina; ConTexto; Chaco 2019), p. 205).

En este caso puntual corresponde aplicar la perspectiva de género, ya que es la mujer quien abonó las cuotas con el producido de su trabajo mediante cesión de haberes, sin oposición de la contraria ni acreditación de contribución alguna al respecto, por lo que, admitir lo resuelto en la sentencia impugnada, no solo implica vulnerar derechos de la parte actora sino también no responder al orden natural en que se han desarrollado los hechos de la vida cotidiana en este caso concreto. [-]

La sentencia impugnada no se expide sobre el alcance de la recompensa en cuestión, sino que se limita a verificar que se observen los parámetros establecidos en la sentencia dictada con anterioridad alcanzada por autoridad de cosa juzgada, por lo que los agravios que pretenden modificar tal decisorio no pueden prosperar al haber precluido la oportunidad de hacerlo. (Del voto en disidencia de la Dra. Menéndez).

### Adquisición de un inmueble durante la vigencia de la comunidad de ganancias- Mayoría de cuotas pagadas con fondos propios

“A., L. A. c. C., F. S. s/ Liquidación de la sociedad conyugal – Contencioso”, 15/08/2019, JUZGADO DE 1A INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL, DE CONCILIACIÓN Y DE FAMILIA DE 3A NOMINACIÓN DE BELL VILLE, TR LALEY AR/JUR/31376/2019

- Si la deuda hipotecaria sobre un inmueble era una carga de la sociedad conyugal, y fue abonada con fondos propios de uno de los cónyuges cuando según el origen de la deuda debió abonarse con dinero de la comunidad, el cónyuge tiene un derecho a recompensa en contra de aquella, al tiempo de la liquidación.

- En el proceso de liquidación de la sociedad conyugal no resultaría sensato ordenar como justa compensación que la cónyuge que abonó casi la totalidad del valor de un inmueble con fondos propios tenga un crédito igual a la porción de titularidad del otro cónyuge sobre el bien, toda vez que ello la colocaría en un escenario de partición manifiestamente antieconómica y ajena a la génesis de la compra y posterior pago del crédito. En consecuencia, lo que ordena el sentido común es atribuirle ese porcentaje a la actora, sin desconocer lo novedoso de esta resolución.

- El inmueble es de carácter ganancial si la operación de compraventa ocurrió cuando la sociedad conyugal estaba vigente, y nada hace suponer que no haya sido con fondos de la comunidad; rige la presunción ya que no hay ningún elemento probatorio que logre conmovir esto, ni siquiera el hecho que luego los cónyuges se hubieran divorciado y uno de ellos haya asumido el pago de la totalidad de las cuotas restantes del crédito hipotecario.

- No es admisible en el régimen legal vigente, cambiar la categorización de un bien ineludiblemente ganancial a la calidad de propio.

#### f) Improcedencia de recompensas ante el uso exclusivo de los bienes.

##### Improcedencia de recompensa- Uso exclusivo del automóvil

“Z., G. O. c. V., M. L. s/ liquidación de sociedad conyugal”, 08/10/2018, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA B, TR LALEY AR/JUR/48247/2018

La recompensa fijada respecto de los gastos efectuados por el cónyuge en un automóvil con fondos propios debe dejarse sin efecto, pues, si bien el art. 1275, inc. 2 del Cód. Civil establece que son a cargo de la sociedad conyugal los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de los cónyuges, se encuentra demostrado que únicamente aquél dispuso y se benefició de un bien, por lo que no resultaría ajustado a derecho que su esposa tenga que cargar con los gastos; máxime cuando no ha exigido un canon por su uso exclusivo.

##### Improcedencia de recompensas por los gastos de conservación de un bien de uso exclusivo

“N., E. M. c. Z., E. R. s/ Liquidación de sociedad conyugal”, 29/05/2018, JUZGADO NACIONAL DE 1A INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 92, TR LALEY AR/JUR/30504/2018

- La recompensa pretendida por la ex cónyuge respecto de los gastos de conservación de un bien inmueble ganancial es improcedente, dado que fue esta quien siguió en el uso exclusivo del bien referido y, por lo tanto, no parece desacertado, a la luz de la equidad, la decisión negatoria sobre ella encaballada, con apoyo en la compensación derivada de la utilización del bien en su único beneficio, a partir de la separación de los componentes del matrimonio disuelto por sentencia de divorcio.

- El demandado no debe abonar una recompensa a su ex cónyuge por la asunción exclusiva de la manutención del hijo del matrimonio, pues, si bien es cierto que entre las cargas de la comunidad se incluye el sostenimiento de los hijos, lo cierto es que el crédito a su favor por los alimentos adeudados ya fue reconocido en las actuaciones sobre ejecución de alimentos y la decisión que se encuentra firme.

**VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - DOLO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - ACTO JURÍDICO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - LESIÓN SUBJETIVA - ABUSO DEL DERECHO - EQUIDAD - RECOMPENSAS - BUENA FE - COMUNIDAD DE BIENES - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO**

## Para ir más lejos (doctrina)

# Recompensas

por MARÍA AYMÉ MACEDA (Universidad Católica Argentina)

En los párrafos que siguen el lector encontrará artículos de doctrina vinculados al instituto de las recompensas, su desarrollo, análisis y comentarios de fallos.

**Divorcio por petición conjunta de ambos cónyuges en sede administrativa. El riesgo de favorecer un trámite espontáneo, sin participación de los abogados y de los jueces.** • Mazzinghi, Jorge A. • El Derecho - Diario, Tomo 310 - 07-02-2025 • ED-V-CMLXIV-473

El artículo realiza una crítica sobre el proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación el 10 de octubre de 2024, a través del cual procura instaurar el divorcio por petición conjunta de ambos cónyuges ante el oficial de justicia encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como un simple trámite administrativo. El autor muestra con claridad las dificultades y peligros concretos que plantea el divorcio administrativo sin que las partes hayan arribado a un acuerdo sobre los efectos del divorcio.

**Cuestiones relativas a la liquidación de gananciales** • Sojo, Agustín • El Derecho - Diario, Tomo 300 - 05-04-2023 • ED-IV-CLIV-432

Se trata de un comentario al fallo “W., M. V. c. R., M. P. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes y W., M. V. c. R., M. P. s/ fijación de renta compensación por uso de vivienda” de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 6 de septiembre del 2022. El caso comentado plantea cuestiones interesantes y novedosas como la subrogación y extinción de la recompensa con la venta del bien sobre el que pesa.

**Las recompensas en favor de los cónyuges y en favor de la comunidad. Oportunidad para alegarlas y análisis de los principales casos** • Mazzinghi, Jorge A. • El Derecho - Colección de Ebooks, Bienes propios, bienes gananciales, recompensas - 01-09-2020 • ED-CMXXXI-399

El capítulo XII del Ebook del Dr. Mazzinghi realiza un análisis pormenorizado del instituto de las recompensas en el derecho argentino, mencionando también su tratamiento en el derecho comparado, en particular en la legislación de Francia, España e Italia.

**Cálculo y liquidación de las recompensas. Prueba de las recompensas, intereses y prescripción** • Mazzinghi, Jorge A. • El Derecho - Colección de Ebooks, Bienes propios, bienes gananciales, recompensas - 01-09-2020 • ED-CMXXXI-402 y ED-CMXXXI-405

Los capítulos XIII y XIV del Ebook también resultan de interés por tratar temas prácticos como el cálculo y la liquidación de las recompensas, y además en el capítulo XIV se analiza el complejo tema de la prescripción, mostrando las distintas doctrinas al respecto.

**Sociedades, régimen patrimonial del matrimonio y recompensas. Principios, problemas y soluciones** • Medina, Graciela • RCCyC 2022 (junio), 5 • TR LALEY AR/DOC/1477/2022

El artículo reflexiona sobre los derechos del cónyuge del socio de una sociedad al tiempo de la disolución del matrimonio unido bajo el régimen de comunidad de bienes. Realiza un estudio sobre los problemas que genera el régimen de recompensas al sistema societario y su vinculación con el derecho constitucional.

**Partición de los bienes conyugales: reclamo de una recompensa, fraude conyugal, sanción por temeridad o malicia procesales** • Mazzinghi, Jorge A. • El Derecho - Diario, Tomo 306 - 12-06-2024 • ED-V-DCXC-779

Se trata de un comentario al fallo “M. A. G. C. c. F. F. M. C. s/ liquidación de sociedad conyugal” de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, centrandó el análisis en la procedencia de la recompensa, los alcances e implicancias del fraude conyugal, y la sanción por temeridad o malicia. Además, realiza una crítica sobre la norma aplicable.

**Algunos aspectos de las recompensas en el Código Civil y Comercial de la Nación** • Ugarte, Luis A. • LA LEY 10-12-2020, 1 • TR LALEY AR/DOC/3751/2020

El autor estudia uno de los aspectos de la liquidación de la comunidad, vinculado a la cuenta de recompensas o créditos que puedan existir entre el patrimonio común y el propio de cada cónyuge.

**Derecho a recompensa en el Código Civil y Comercial** • Sambrizzi, Eduardo A. • SJA 20/04/2016, 25 • TR LALEY AR/DOC/4261/2016

Se trata de un pormenorizado estudio y análisis del instituto de las recompensas en nuestro ordenamiento jurídico.

**Extinción del régimen de comunidad - Separación de hecho - Fallecimiento del cónyuge** • Modi, Carla • El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 109. Edición especial - Efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial 24-09-2024 • ED-V-DCCCLXXVII-930

En un número anterior, la autora propuso para una futura reforma, la modificación del art. 480 del CCCN para llenar un vacío legal vinculado a los casos de separación de hecho previa al fallecimiento o presunción de fallecimiento de uno de los cónyuges.

**Recompensa en favor de la comunidad: sentencias antagónicas en un caso discutible y que admite otros enfoques** • Mazzinghi, Jorge A. • El Derecho - Diario, Tomo 291 - 10-06-2021 • ED-I-CCCLXXXV-291

Se trata de un comentario al fallo de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil “P. B. L. B. c. L. R. M. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes”. El autor analiza el caso y brinda su opinión sobre cómo debió ser encauzada la pretensión de la actora.

**La acción de fraude entre cónyuges prevista en el art. 473 CCCN - Comentario al fallo: “G., A. M. C. M. H. T. S/ ordinario” - CÁMARA DE APELACIONES DE MENDOZA (Mendoza) - 01/02/2016 • Lang, Melisa • EIDial - 05/08/2024 • eIDial.com - DC3484**

La autora comenta un fallo de la Cámara de Apelaciones de Mendoza, analizando los tipos de fraude previstos Código Civil y Comercial, las notas esenciales de la acción de fraude entre cónyuges. Finaliza su estudio con una crítica respecto de la competencia para la acción de fraude y disolución del régimen de bienes, en casos de violencia de género, proponiendo “incorporar el domicilio de la parte actora en el art. 717 CCyC, en casos en los que por violencia de género la mujer debió abandonar el último domicilio conyugal”.

**Liquidación de la comunidad de ganancias en vida y ante la muerte • Faraoni, Fabián E. - Orlandi, Olga E. • Sup. Esp. CP 2019 (noviembre), 33 • TR LALEY AR/DOC/3862/2019**

El artículo profundiza en la regulación de la comunidad de ganancias del Código Civil y Comercial, expone una visión general sobre los bienes y deudas de los cónyuges, la extinción de la comunidad y la indivisión postcomunitaria, la liquidación y la partición de la comunidad de ganancias, realizando esquemas que ayudan a su mejor comprensión.

**Liquidación de la sociedad conyugal y compensación económica. Incidencia de la perspectiva de género y el análisis probatorio. Comentario a fallo: Expte. N°xxx - “V., P. E. C / P., R. A. - LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - CONTENCIOSO” - JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, CONCILIACIÓN Y FAMILIA DE HUINCA RENANCÓ (Córdoba) - 15/11/2023 (sentencia firme) • Sánchez, Franco F. • EIDial • 10-06-2025 • eIDial.com - DC3636**

Se trata de un comentario a un fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de la ciudad de Huinca Renancó, Córdoba. El caso resulta novedoso y de especial interés porque, a criterio del autor, el juez logró diferenciar la pretensión de la liquidación de la sociedad conyugal de la compensación económica, haciendo lugar a esta última, sin adoptar un enfoque estrictamente formalista, sino aplicando la perspectiva de género y la normativa nacional y supranacional que la sostienen.

**Las participaciones societarias propias de uno de los cónyuges en el marco de la sociedad conyugal • Zucarelli, Fiorella • RCCyC 2025 (febrero), 112 • TR LALEY AR/DOC/42/2025**

El artículo realiza un repaso sobre el régimen patrimonial del matrimonio actual y analiza la aplicación de este régimen jurídico a las participaciones societarias propias de uno de los cónyuges en una sociedad anónima, con la particularidad de hacerlo desde una perspectiva de derecho comercial, de familia, finanzas corporativas y contabilidad. La autora advierte las debilidades de nuestro sistema normativo ante los diversos escenarios y conflictos que se puedan dar cuando en la sociedad conyugal existen participaciones societarias propias de uno de los cónyuges, mostrando las posturas controvertidas de la doctrina y jurisprudencia.

**Vicisitudes en torno a la recalificación de bienes, recompensas y titularidad de cuentas off shore abiertas durante el matrimonio • Staropoli, María del Carmen • LA LEY 18/12/2019, 7 - LA LEY 2019-F,492 • TR LALEY AR/DOC/3664/2019**

Este trabajo contiene un comentario al fallo de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil “C. L. N. c S. L. E. s/ Liquidación de Sociedad Conyugal” del 30 de agosto de 2019. La autora analiza el caso en cuestión, y reflexiona sobre el resultado de la sentencia, considerando que se ha indagado en el sentido finalista de la recompensa, concibiéndola como “un mecanismo de corrección o de ajuste que se practica para determinar la configuración definitiva de los patrimonios”..

**VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - DIVORCIO - SEPARACIÓN DE HECHO - RECOMPENSAS - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - CÓNYUGE - SOCIEDADES - PARTICIPACIÓN SOCIETARIA - RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS - LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIAS - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO - CÓDIGO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PRESCRIPCIÓN - DERECHO COMPARADO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - RECOMPENSAS - BUENA FE - COMUNIDAD DE BIENES**



**XXX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, CORRIENTES 25, 26 Y 27 DE SEPTIEMBRE DE 2025  
A 10 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**



Diseño de tapa: Mariana Sardlegui



**EL DERECHO**