

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⁽¹⁾.

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 por 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.

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

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”⁽²⁾

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⁽³⁾.

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⁽⁴⁾.

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⁽⁵⁾. 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⁽⁶⁾. 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⁽⁷⁾. 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⁽⁸⁾ 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*⁽⁹⁾. 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”⁽¹⁰⁾.

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⁽¹¹⁾. Las recompensas sirven, igualmente, para descartar las donaciones encubiertas entre cónyuges⁽¹²⁾. 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⁽¹³⁾.

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⁽¹⁴⁾ 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⁽¹⁵⁾.

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⁽¹⁶⁾. Su posición sobre estos asuntos lo lleva a pensar que, habiendo pérdidas, la recompensa se debe igualmente, por el monto invertido⁽¹⁷⁾.

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”⁽¹⁸⁾.

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

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⁽²¹⁾.

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⁽²²⁾.

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^o 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”⁽²³⁾.

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”⁽²⁴⁾. 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⁽²⁵⁾.

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⁽²⁶⁾.

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⁽²⁷⁾. 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⁽²⁸⁾, Mattered y D’Acunto⁽²⁹⁾, Ferrer⁽³⁰⁾ y Perrino⁽³¹⁾. La prohibición de la donación entre esposos, por Ugarte⁽³²⁾, Zannoni⁽³³⁾ y Mattered y D’Acunto⁽³⁴⁾, entre otros. Ferrer fundamenta, además, en la incoluidad de las masas, la equidad y la igualdad entre cónyuges⁽³⁵⁾. Perrino⁽³⁶⁾ y Méndez Costa⁽³⁷⁾ coinciden en que el principio de igualdad entre los cónyuges es fundamento de la equidad. Jorge A. Mazzinghi (h.)⁽³⁸⁾ ha sostenido que el fundamento es la conservación de la integridad de las masas propias y gananciales⁽³⁹⁾. Por último, para Ferrer pueden concurrir varios principios al mismo tiempo⁽⁴⁰⁾. Belluscio⁽⁴¹⁾ 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⁽⁴²⁾, 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⁽⁴³⁾, 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⁽⁴⁴⁾, siguiendo la doctrina francesa, la analiza bajo el género de las deudas entre cónyuges. Es usual sostener que se trata de créditos⁽⁴⁵⁾. Para Ferrer⁽⁴⁶⁾, 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⁽⁴⁷⁾.

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*⁽⁴⁸⁾ 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*⁽⁴⁹⁾. Los herederos se subrogan al acreedor de las recompensas.

No prescriben durante la vigencia de la sociedad conyugal⁽⁵⁰⁾, 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⁽⁵¹⁾. Así se ha sostenido, y está en juego el derecho de terceros y la seguridad jurídica.

Por último, el que no devenguen intereses⁽⁵²⁾ 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 llevarán 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⁽⁵³⁾.

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”⁽⁵⁴⁾.

(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⁽⁵⁵⁾.

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

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⁽⁵⁷⁾.

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⁽⁵⁸⁾, Zannoni⁽⁵⁹⁾, Azpiri⁽⁶⁰⁾ se suele mencionar a Guaglianone⁽⁶¹⁾, 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⁽⁶²⁾, Guastavino⁽⁶³⁾, Mazzinghi [padre⁽⁶⁴⁾ e hijo⁽⁶⁵⁾],

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⁽⁶⁶⁾, Solari⁽⁶⁷⁾). 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⁽⁶⁸⁾, 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)⁽⁶⁹⁾;
- 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⁽⁷⁰⁾.

(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⁽⁷¹⁾. "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⁽⁷²⁾.

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”⁽⁷³⁾. 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⁽⁷⁴⁾. También Perrino⁽⁷⁵⁾ 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⁽⁷⁶⁾ 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⁽⁷⁷⁾ 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⁽⁷⁸⁾ 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⁽⁷⁹⁾ 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⁽⁸⁰⁾.

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⁽⁸¹⁾.

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⁽⁸²⁾ (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⁽⁸³⁾.

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”. MATTEIRA, 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”⁽⁸⁴⁾.

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⁽⁸⁵⁾.

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⁽⁸⁶⁾. 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⁽⁸⁷⁾.

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.