

# COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DIVORCIO

## 1. INTRODUCCIÓN

En este Boletín del Colegio de Profesores de Derecho Romano, de nuestra querida Escuela, tengo el honor y la consigna de escribir brevemente acerca de la aplicabilidad actual del Derecho Romano, a través de un caso práctico que demuestre que, pese a la opinión de algunos, las soluciones romanísticas siguen siendo válidas y necesarias.

## 2. EL CASO

En esta Ciudad de México, AULA AGERIA y NUMERIO NEGIDIO<sup>1</sup> se casaron bajo el régimen de separación de bienes. La mujer se dedica a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, y el marido tiene un empleo formal. Con el producto de ese empleo compran un departamento en el que habitan algunos años, pero después, el marido recibe una lujosa casa como donación por parte de un tío lejano, y allí reside la familia varios años más. La mujer demanda el divorcio, y entre otras cosas, la compensación económica por hasta el 50% de todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, incluyendo la casa donada, en términos de la fracción VI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF).<sup>2</sup> El marido contesta que privarlo de parte del inmueble que recibió en donación, constituiría una limitación o una intromisión indebida a su derecho de propiedad privada.

## 3. MÉTODO

Debido a la complejidad del asunto,<sup>3</sup> debe resolverse mediante una argumentación jurídica adecuada; y presenta una buena oportunidad para **poner en marcha el método argumentativo romano**, para revelar que el contenido de sus razonamientos, principios y reglas, es actual, aplicable y sumamente útil para resolver cualquier caso.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Estos pseudónimos se utilizan de manera irónica en las fórmulas procesales del sistema formulario (ca. 246 a.C. a 230 d.C.), para caricaturizar al “Noble que exige” y al “que se niega a pagar”. Sin duda, una nemotécnica efectiva. Cfr. ÁLVARO D'ORS, *Derecho Privado Romano*, (DRP) 9ª. Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997, P. 114, que traduce *Aulus Agerius* como “el rico exigente”, y *Numerius Negidius* como “el pobre insolvente”.

<sup>2</sup> Artículo 267.- (...)

(REFORMADA, G.O. 24 DE JUNIO DE 2011)

*VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso. (...).*

<sup>3</sup> Sobra decir que un simple silogismo de subsunción es insuficiente para resolver este caso, pues con ello no se resolvería la cuestión efectivamente planteada, en relación con la vulneración al derecho de propiedad, para lo cual, como se verá, surgen complicaciones en cuanto a la naturaleza de la compensación, de los bienes que pueden ser su objeto y del propio derecho de propiedad, cuestiones que exigen una argumentación jurídica adecuada.

<sup>4</sup> En la antigua Roma no se resolvió un caso idéntico; pero la utilidad del Derecho Romano radica en su metodología, más que en identificar si las resoluciones de los casos antiguos coinciden o pueden aplicarse en la actualidad. Eso únicamente revelaría un antecedente histórico, que no ayudaría de mucho en la resolución del caso.

El método de la jurisprudencia clásica,<sup>5</sup> argumentativo “asociativo”,<sup>6</sup> consiste en **buscar una relación entre el caso** que se tiene delante, y **otros casos** resueltos con base en **opiniones de juristas con autoridad**,<sup>7</sup> para identificar si en ellos cobró relevancia alguna figura jurídica, algún elemento o algún hecho que sean iguales a los que **se ponderan** como relevantes en el caso a resolver, o al menos pertenecientes al mismo género, o a un género cercano,<sup>8</sup> con el fin de verificar si puede hacerse un **uso conveniente**<sup>9</sup> de los mismos **principios, reglas o argumentos**, al menos con cierta analogía, y así **construir la norma** que se empleará en la solución del caso; o **bien**, para lograr lo contrario, marcar una **diferencia** entre los elementos del caso a resolver y los de otros casos, con el fin de derrotar una norma sugerida y construir la norma adecuada para solucionar el caso, todo ello mediante el empleo de una gran variedad de *recursos argumentativos*.<sup>10</sup>

#### 4. ARGUMENTACIÓN

A falta de un concepto legal preciso de la figura de la compensación económica procedente tras el divorcio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] **ha elaborado varias definiciones** en diversos precedentes a lo largo de una década; pero estas definiciones parecen contener **varios términos definitorios** que no necesariamente son compatibles entre sí, y en ocasiones parecen mostrar sólo una faceta de la compensación, con el fin de resolver el caso de que se trate.

Desde un punto de vista de la romanística, esto no es un inconveniente, pues la elaboración de *definiciones* no es una finalidad del derecho, sino sólo una **herramienta argumentativa** más, y en cualquier caso, si una definición no sirve en una discusión, debe prescindirse de ella o

---

<sup>5</sup> Aunque con cierta ambigüedad, podemos ubicar el mayor esplendor de la jurisprudencia entre el 18 a.C. y el 130 d.C., que no puede entenderse sin los eslabones evolutivos previos: (i) la jurisprudencia pontifical, con el método del precedente judicial (aproximadamente del 753 a.C. al 255 a.C.), (ii) la jurisprudencia cautelar y responsiva de los primeros juristas laicos, con su método de *interpretatio* (más o menos entre el 254 y el 198 a.C.), la jurisprudencia regular con su método de abstracción para la formulación de *regulae iuris* (aproximadamente del 197 al 118 a.C.), y la jurisprudencia preclásica, receptora contundente de la dialéctica griega y que perfecciona el método argumentativo -algunos dudan si tópico- (alrededor del 117 a. C. y hasta el 19 a.C.).

<sup>6</sup> MAX KASER, *Römische Rechtsgeschichte* (RRG), 5ª. Edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993, p. 172.

<sup>7</sup> La *auctoritas* es el saber socialmente reconocido; y tratándose de juristas, la *auctoritas* se va adquiriendo mediante la emisión de opiniones jurídicas que sirvan no solo para resolver casos, sino para enriquecer discusiones futuras. En este sentido, la metodología suele consistir en que el jurista sustente su argumento buscando opiniones dotadas de *auctoritas* de otro jurista reconocido, esto es, “argumentos ya utilizados por otros juristas y comúnmente admitidos (*ius receptum*)”. MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO, *Casuismo y Jurisprudencia Romana (Responsa), II. Acciones y casos*, (CJR) 3ª. Edición, Ediciones Académicas, S.A., Madrid, 2006, p. 29.

<sup>8</sup> Para establecer la relación entre casos se emplean diversas técnicas, principalmente la distinción e identificación de una figura en *genera et species*, que es una habilidad que los juristas romanos desarrollaron y perfeccionaron desde la república, a partir de la recepción de la dialéctica y retórica griegas. “Según las noticias de Pomponio, Q[uinto] Mucio [Escévola] fue el primero en estudiar el derecho civil mediante la distinción en géneros (*genera*). Este jurista tuvo frecuente acceso a las fuentes de la dialéctica y retórica, y frecuentó el círculo de Escipión y de Panecio donde se discutían las doctrinas de los filósofos griegos.” MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano, I. Instituciones*, (DPR) 16ª. Edición, Ediciones Académicas, S.A., Madrid, 2008, p. 107.

<sup>9</sup> Los juristas romanos no buscan la verdad ni una respuesta absoluta, sino una solución que ponga fin al problema de la manera más conveniente según el caso concreto, lo cual puede obedecer a criterios de *iustitia, utilitas, bona fides, boni mores, restituere, interesse*, etc. Vid. KASER, RRG, cit., p. 173.

<sup>10</sup> La explicación de todos esos recursos argumentativos excede el objeto de este artículo; pero se expondrán solamente los que se empleen en el presente caso, en notas al pie.

modificarse.<sup>11</sup> En este sentido, la definición que se ha ido elaborando a través de los precedentes de la Primera Sala, puede apreciarse como una *definición compleja*, que contiene una enumeración de los elementos –o términos definatorios– de que se compone (*definitio ex partitio*), cada uno de los cuales parece ser la especie de una figura jurídica (*definitio ex genus ac species*).<sup>12</sup>

A continuación se “asocian” tres de los términos definatorios empleados en las definiciones de la SCJN, que considero relevantes para nuestro estudio, en busca de una solución.<sup>13</sup>

#### 4.1. PRIMER TÉRMINO DEFINITORIO: ACCIÓN DE COMPENSACIÓN CONLLEVA UNA ACCIÓN AFIRMATIVA EN FAVOR DE LA MUJER<sup>14</sup>

En algunos precedentes, la Primera Sala señala que detrás de la *ratio legis* de la medida de compensación, está el deber del Estado mexicano de erradicar la violencia de género, y que una de sus manifestaciones es que estadísticamente, la **mujer se sigue situando en una clara desventaja** en comparación de la situación del hombre, porque **históricamente se ha desvalorado** el trabajo que realizan todas las mujeres en las funciones de administración del hogar y el cuidado de la familia, quedando especialmente en **situación vulnerable** aquellas mujeres que contraen nupcias bajo un régimen de **separación de bienes**.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Existe la idea generalizada de que los juristas no tienen una particular inclinación teórica, porque no persiguen el conocimiento por el conocimiento, e incluso algunos autores sostienen que los jurisconsultos tenían una clara aversión por definir. Vid. i.a. REMO MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 1 ss.; 367 ss., FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, (PRR) Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (versión inalterada de la primera edición de 1954), pp. 30 s. KASER, *RRG* cit., pp. 165, 174 ss. Sin embargo, los juristas romanos elaboran y emplean una gran cantidad de *definitiones* (Vid. MARTINI, *op. cit.*, pp. 89 ss.); lo que sucede es que no se trata de definiciones científicas o sistemáticas, como las que se construyen conforme a una metodología científica actual, esto es, no siempre reflejan una esencia unitaria del concepto definido, ni establecen un axioma científico que haya sido comprobado científicamente y que haya de servir de fundamento absoluto para todas las investigaciones posteriores relativas al tema, sino que simplemente se atribuye a dicho concepto los predicados que resulten relevantes en el discurso del jurista en el caso concreto, para las finalidades prácticas cuya ponderación le parecen importantes.

Las definiciones de los juristas romanos son funcionales o problemáticas, aptas para un discurso práctico y adaptable. La advertencia de Javoleno, (D. 50.17.202 (IAVOLENUS, 11 *epist.*)), en el sentido de que toda definición es peligrosa (“*omnis definitio in iure civili periculosa est ...*”), se refiere a un peligro dialéctico, es decir, que aunque por su reiteración en distintos casos puede fijarse argumentativamente una definición como herramienta a la que puede acudir, en ciertos casos dicha definición podrá ser derrumbada por no adecuarse correctamente a la naturaleza de la cuestión respectiva (“... *parum est enim, ut non subverti posset*”).

<sup>12</sup> Las DEFINICIONES romanas pueden consistir en una *explicatio*, en *notationes* etimológicas, o bien definiciones elaboradas mediante *divisio*, *partitio*, *genus* o *species* (ANTONIO CARCATERA, *Le Definizioni dei Giuristi Romani; Metodo Mezzi e Fini*, E. Jovene, Napoli, 1966, pp. 77 ss.).

<sup>13</sup> Existen muchos otros puntos de vista interesantes, derivados no solo de las sentencias de la Corte sino de otros órganos jurisdiccionales; pero para efectos de brevedad elegí en este estudio únicamente resoluciones de la Primera Sala, tomando como base el respectivo tomo de la colección de cuadernos de jurisprudencia de la Corte, consultable en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>. Las ejecutorias pueden consultarse: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>. Cabe otra advertencia, derivada también de la extensión del presente estudio: las figuras se analizarán por su propia naturaleza y no desde el punto de vista de los derechos humanos, pues ello implicaría una argumentación mucho más extensa.

<sup>14</sup> Se entiende aquí por “acciones afirmativas”, las medidas (legales, administrativas o judiciales), esencialmente temporales, implementadas para contrarrestar una asimetría existente en la realidad social, que genera una desigualdad indebida.

<sup>15</sup> PRIMERA SALA DE LA SCJN (1A), Amparo Directo en Revisión (ADR) 7816/2017, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (AGOM) (nombre o iniciales del Ponente), 07/08/2019 (fecha de la sesión), párrafo (§) 51; y 1A ADR 2764/2013, AGOM., 06/11/2013, § 62.

Teniendo en cuenta esta definición, **podría preguntarse si** en nuestro caso, AULA AGERIA **podría reclamar** un porcentaje de todos los bienes de NUMERIO NEGIDIO, inclusive la casa que recibió a título de **donación**, a consecuencia de una **función de la figura** de la compensación como **acción afirmativa**.

Al respecto, considero de gran importancia atender con eficiencia el fenómeno histórico de **asimetría injusta** a que se refiere la Primera Sala, sobre todo tomando en cuenta que **ya no existen** en nuestro sistema jurídico y cultural, **otras medidas** que, aunque con cierta condescendencia inaceptable en la actualidad, servían como mecanismos para la **protección de los intereses patrimoniales** de la mujer casada, como la *dote romana*,<sup>16</sup> que precisamente tenía por objeto no solo la contribución de la mujer<sup>17</sup> al sostenimiento del hogar, sino también como garantía para su estabilidad patrimonial al término del matrimonio.<sup>18</sup>

Sin embargo, la propia Primera Sala de nuestro más Alto Tribunal ha sostenido de manera contundente, que la medida legislativa de la **compensación** tiene por objeto un **resarcimiento** para el cónyuge afectado, **y no un equilibrio entre las masas patrimoniales** de los cónyuges, por lo que **no se sustenta en una diferenciación basada en el género**, y que por lo tanto cobra aplicación con independencia de que el cónyuge que ejerce la acción sea o no del género femenino, con tal de que se demuestre que se dedicó a las funciones domésticas y al cuidado familiar, de manera preponderante o en mayor proporción que el cónyuge demandado.<sup>19</sup> Comparto este criterio de la Corte, porque tratar la acción de compensación como una **acción afirmativa, sería tanto como aceptar** que las prestaciones que tiene por objeto son **artificiales y**

---

<sup>16</sup> La dote estuvo regulada los Códigos Civiles hasta que se emitió el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928, en el que se basan los actuales códigos federal y de esta ciudad.

<sup>17</sup> Incluso si se tratara de un conjunto de bienes aportado para los fines matrimoniales por un tercero distinto al *pater familias* de la *uxor* (*dos profectitia*), o por la propia mujer *sui iuris* (*dos adventitia*) (ULPIANUS, *Sab.*, D. 23, 3, 5 pr., 9 y 11), conforme a la jurisprudencia romana clásica, la dote sólo tendría que devolverse a quien la constituyó a la terminación del matrimonio, si expresamente se hubiera determinado así al constituirse (ULPIANUS, *Ep.*, 6, 5). Esta misma regla se establecía en el artículo 2184 del Código Civil de 1884. Esto se debe a que, sobre todo a través de la creación de la *actio rei uxoriae*, que servía para que la mujer recuperara los bienes dotales, previa deducción de ciertos montos por parte del marido, que en esencia obedecían a su deber de administrar y conservar el patrimonio dotal precisamente en beneficio de la mujer (ULPIANUS, 21 *Sab.*, D. 23, 3, 7; *Ep.*, 6, 9.); la jurisprudencia diseñó lo que parece ser un régimen especial de protección de la mujer sobre los bienes dotales, pues aunque dicha acción no es *in rem*, porque no supone la propiedad de la mujer sobre dichos bienes, la protege como si fuera titular de los mismos (*rei uxoriae*), otorgándole acceso a un *iudicium bona fides* (GAIUS, I, 4, 62). Vid. D'ORS, *cit.*, p. 404. Inclusive, en los artículos 2167 y 2172, en relación con la primera parte de la fracción VII del artículo 1875, del Código Civil de 1884, se definía la acción dotal como vindicatoria de dominio, tratándose de bienes inmuebles, y sobre ellos podía constituirse preferentemente la hipoteca necesaria que, en principio, podía versar sobre todo el patrimonio del marido.

<sup>18</sup> La dote fue un mecanismo cultural de la antigua Roma, íntimamente unido a la figura del matrimonio, que sirvió de excusa de la jurisprudencia, para proteger a la mujer en una sociedad que era patriarcal a grado extremo, tanto que las mujeres jamás tuvieron derechos políticos, estaban bajo tutela perpetua –si es que eran *sui iuris*–, y sólo a finales de la República y durante la época clásica, existió cierta libertad para que administraran su propio patrimonio. Vid. ALDO PETRUCCI, *Fondamenti romanistici di diritto privato* (Fondamenti...), Giappichelli, Torino, 2023, p. 38. Para una narración interesante sobre la evolución jurisprudencial de la institución de la dote, como protección del patrimonio de la mujer casada, vid. MANUEL GARCÍA GARRIDO, *Ivs Vxorivm, El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, delegación de Roma, número 9, Roma-Madrid, 1958, pp. 57 ss.

<sup>19</sup> Ver, por ejemplo, ADR 5677/2019, AGOM, 25/08/2021, §41. Aquí la propia Primera Sala emplea un argumento de conversión, muy recurrente en la jurisprudencia romana, derivado de la dialéctica, que sirve para verificar si una afirmación es correcta. Según ARISTÓTELES (*Topica*, 1,8), si una afirmación es convertible, puede hablarse de un elemento definitorio de la esencia de la cosa, y si no lo es, quizás sea una propiedad, pero no la esencia. En este caso, la convertibilidad consiste en poder afirmar las razones de procedencia de la acción compensatoria, también cuando sea ejercida por un hombre.

**sólo temporalmente necesarias**, mientras subsiste la disparidad histórica que se pretende combatir, cuando en realidad, dichas **prestaciones son consustanciales** a la asimetría en el reparto de las funciones domésticas, que requieren de un remedio procesal **permanente** para la consecución de una **justa resolución a los intereses patrimoniales** de ambos cónyuges casados por separación de bienes

#### **4.2. SEGUNDO TÉRMINO DEFINITORIO: ACCIÓN DE COMPENSACIÓN PERSIGUE LA DIVISIÓN DE UNA COPROPIEDAD SOCIETARIA**

La Corte sostuvo que la compensación es una **repartición** de los bienes obtenidos durante el matrimonio por el cónyuge que pudo dedicarse a un trabajo remunerado que le permitió desarrollarse profesionalmente y acumular un patrimonio, porque **respecto de dichos bienes**, el cónyuge que sí se dedicó a las labores domésticas y al cuidado de los dependientes económicos, **tiene un derecho de propiedad**, porque ha realizado **trabajos históricamente infravalorados** en las funciones de administración del hogar y el cuidado de la familia, que constituyen **bienes intangibles** que se incorporan cotidianamente a su patrimonio personal, y que **deben revalorarse** económicamente como una **aportación que contribuyó a la adquisición de los bienes tangibles** durante el matrimonio, y por ende a la constitución del derecho de propiedad sobre los mismos.<sup>20</sup>

Observo que desde esta perspectiva, la Primera Sala considera que ambos cónyuges realizan **aportaciones**, consistentes tanto en bienes **tangibles** como **intangibles**, que en su conjunto producen la adquisición del patrimonio que sirve a la familia, y de ahí parece derivarse el argumento de que con dichas aportaciones, **se genera una copropiedad** sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio, y que la resolución judicial que decreta la **compensación, conlleva una división** de esa copropiedad **y la adjudicación** de las porciones respectivas entre los excónyuges. Esto es, desde esta perspectiva la acción de compensación parece asociarse con una especie de la **acción divisoria de communi dividundo**,<sup>21</sup> que presupone la existencia de una copropiedad, y que tiene por efecto la adjudicación de derechos individuales de propiedad.<sup>22</sup>

Para esta asociación, podrían asimilarse las prestaciones de las partes, por **analogía**,<sup>23</sup> **a las aportaciones en un contrato de sociedad**, porque con ello podría tenerse acceso a la **definición legal** de sociedad,<sup>24</sup> conforme a la cual los socios combinan recursos y esfuerzos para alcanzar un

<sup>20</sup> 1A, ADR 2764/2013, cit., §§ 46, 53, 62, i.a.

<sup>21</sup> PAULUS, 23 ed. D. 10, 3. 1 y ss. GARCÍA GARRIDO, *Derecho...* cit., p. 183.

<sup>22</sup> A diferencia del resto de las acciones, en cuyas fórmulas se ordena al juez a absolver o a condenar, en las acciones divisorias se le ordena llevar a cabo una *adiudicatio*, que implica la división de la cosa común (o de la herencia tratándose de la *actio familiae erciscundae*, o la constitución de límites entre predios en la *actio finium regundorum*), y la constitución de nuevos derechos de propiedad en favor de las partes. Vid. GARCÍA GARRIDO, *CJR cit.*, pp. 73, 80.

<sup>23</sup> Los jurisconsultos romanos acuden muy frecuentemente a argumentos derivados de la dialéctica, como la analogía, el argumento *contrario sensu*, el *argumentum minori ad maius, maiori ad minus, ad absurdum*, etcétera; “siempre y cuando la utilidad justa así lo exi[ja, incluso] en contra de la dialéctica lógica, pues la dialéctica jurídica es de carácter pragmático y no puramente especulativo.” D’ORS, *cit.*, pp. 59 s.; también vid. KASER, MAX. *RRG cit.*, p. 172, GARCÍA GARRIDO, *CJR cit.*, pp. 29, 32. La analogía consiste en comparar dos objetos que tienen elementos iguales y elementos distintos, ponderando más los elementos iguales.

<sup>24</sup> Artículo 2,688 (CCDF).

fin común, que bien puede ser la constitución de un patrimonio;<sup>25</sup> así como el acceso a las *reglas* según las cuales, las aportaciones de los socios pueden consistir tanto en dinero y bienes, como también en el **desempeño de un trabajo**,<sup>26</sup> y al momento de la liquidación de la sociedad, el socio industrial y el socio capitalista deben **repartirse los bienes** como utilidades, por partes iguales.<sup>27</sup> Este símil podría consolidar la definición de la Corte, con relevancia para nuestro caso, porque refleja la idea de **reconocer un valor económico** a una aportación de carácter intangible, como el trabajo, que inclusive, según Ulpiano, muchas veces tiene **mayor valor que el capital**, como sucede en los casos del socio que navega o viaja él solo, o se expone él solo a los peligros;<sup>28</sup> y por eso además, podría sostenerse que AULA AGERIA no comparta los riesgos o las pérdidas del patrimonio social, pues su aportación como socia industrial implica por sí mismo un riesgo.<sup>29</sup>

Ahora bien, para que funcione la analogía que aquí pretende construirse, no basta con asimilar el trabajo aportado por AULA AGERIA con aportaciones sociales intangibles, sino que también deben considerarse los bienes obtenidos por NUMERIO NEGIDIO durante el matrimonio, como aportaciones tangibles;<sup>30</sup> y la definición de la Corte no necesariamente tiene ese alcance, salvo que sobreentendamos que ambas aportaciones son tácitas. En la antigua Roma, esto sólo era posible en una sociedad constituida respecto de todo el patrimonio de los socios (*societas omnium bonorum*),<sup>31</sup> donde todas las cosas que pertenezcan o que posteriormente sean adquiridas por los socios, se hacen inmediatamente comunes.<sup>32</sup> Una comparación doctrinal con esta figura, junto con la opinión de Sabino y Quinto Mucio, podría entonces sentar la base para argumentar

---

<sup>25</sup> ULPIANUS, *libro XXXI ad Edictum* [Ed.], D. 17,2,5 pr. En el mismo sentido GAIUS, I. 4,149.

<sup>26</sup> Artículo 2,689 (CCDF). También sería interesante explorar la asociación argumentativa entre las funciones de administración doméstica y cuidados familiares, con un servicio que podría ser remunerado, objeto de un contrato análogo al de *locatio conductio operis* del Derecho Romano, que puede versar sobre actividades muy variadas, desde la custodia, transporte, reparación o limpieza de bienes, hasta la instrucción, cuidado, y hospedaje de personas (Vid. D'ORS, *cit.*, p. 569.); pues dichas funciones domésticas, pueden implicar actividades que incluso requieran de conocimientos de economía y administración, habilidades educativas o hasta cuidados personales especializados. Vid. 1A, ADR 4909/2014, JRCD, 20/05/2015, del que derivó la TA 1a. CCLXX/2015 (10a.) (RD 2009932), GSJF, L. 22, T. I, p. 322. Mediante dicha analogía, AULA AGERIA como *conductor* o prestadora de servicios, tendría acceso a la *actio conducti*, para reclamar el pago de la retribución (esto, aunque conforme a su naturaleza este contrato versa sobre el resultado de la obra terminada, pues puede pactarse el pago por unidades de trabajo, así como que dichas unidades sean exigibles a cambio del desempeño del servicio, bajo instrucciones del *locator*, con independencia del resultado. IAVOLENUS, *6 ep.*, D. 19, 2, 51, 1.). Sin embargo, la analogía no prospera, pues en el artículo 216 (CCDF), expresamente se prohíbe que los cónyuges se cobren retribuciones u honorarios por los servicios personales que se presten.

<sup>27</sup> Artículos 2,728 (CCDF), y 2,732 (CCDF), fracción III.

<sup>28</sup> ULPIANUS, *30 Sab.* D. 17, 2, 29.

<sup>29</sup> Artículo 2,735 (CCDF).

<sup>30</sup> En el contrato de sociedad de la época clásica de Roma, se enfrentaría el reto adicional de que, aunque un socio aporte un bien a la sociedad, debe transmitir la propiedad del mismo a los demás socios para que la cosa sea común, a diferencia de la presunción contraria, contenida en el artículo 2689 (CCDF). Vid. PAULUS, *62 ed.*, D. 17, 2, 74.

<sup>31</sup> La comparación entre el matrimonio y la *societas omnium bonorum* es curiosamente afortunada, además, pues esta última parece tener su antecedente en la sociedad *ercto non cito* (Gai. I. 3,154 a), que a su vez se constituía a imitación del arcaico *consortium familiae*, esto es, la comunidad entre hermanos (y demás sui heredes) resultante de la muerte del *pater familias*, donde cada miembro se entendía facultado para actuar respecto de todos y cada uno de los bienes comunes, sin anuencia de los demás (Vid. PAUL JÖRS, WOLFGANG KUNKEL Y LEOPOLD WENGER, *Römisches Recht* (RR), Springer-Verlag, 2a. Edición, Gießen, 1987, p. 331); y precisamente, Modestino define al matrimonio como un “consorcio para toda la vida” (MODESTINUS, *1 reg.*, D. 23, 2, 1: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae*).

<sup>32</sup> PAULUS, *32 ed.*, D. 17, 2, 1.

que, en nuestro caso, AULA AGERIA ostenta un derecho real de copropiedad sobre los bienes adquiridos por el demandado, incluso por donación.<sup>33</sup> Conforme a la legislación aplicable al caso, una sociedad universal con estas características, es precisamente la sociedad conyugal, salvo por lo que se refiere a los bienes adquiridos por donación, que pertenecen enteramente al donatario, salvo capitulación en contrario.<sup>34</sup>

Pues bien, a pesar de las posibles ventajas argumentativas de este ejercicio, encuentro un **obstáculo importante** para considerar que con la sola celebración del matrimonio, se crea tácitamente una sociedad universal, pues conceptualmente, para la constitución de cualquier sociedad debe haber un consentimiento en ese sentido.<sup>35</sup> Y específicamente, en la legislación aplicable, los cónyuges tienen la opción de constituir una sociedad conyugal, en la que podría acordarse que todos los bienes que se aporten formen parte del patrimonio social, incluso los provenientes de donación, de manera que *contrario sensu*, si en el presente caso AULA AGERIA y NUMERIO NEGIDIO eligieron un régimen patrimonial de separación de bienes, ello debe interpretarse en el sentido de que **aceptaron que no existe copropiedad** –de manera que no es válido admitir que AULA AGERIA sea titular de algún derecho real que le permita el acceso a una *actio in rem* ni *divisoria*-; y que por tanto cada uno conserva la propiedad y la administración de todos sus bienes, incluyendo frutos y accesorios.<sup>36</sup> Parece existir, pues, una *diferencia*<sup>37</sup> **contundente**, basada en el *principio* de la autonomía de la voluntad,<sup>38</sup> **que impide analogar** el trabajo en funciones domésticas y cuidados familiares, en un régimen de separación de bienes, con una aportación intangible a una sociedad, que genere un derecho de copropiedad sobre los bienes sociales.

#### **4.3. TERCER TÉRMINO DEFINITORIO: LA ACCIÓN DE COMPENSACIÓN PERSIGUE LA INDEMNIZACIÓN DE UN LUCRO CESANTE DERIVADO DE UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO**

La Primera Sala ha reiterado que la compensación es una medida legislativa para corregir una situación de **enriquecimiento injusto**, derivado de que uno de los cónyuges asuma las cargas domésticas y familiares en mayor medida que el otro, cuya importancia económica ha sido

---

<sup>33</sup> Ulpiano y Paulo nos reportan que, según Sabino y Quinto Mucio Scaevola, salvo pacto en contrario los socios tienen derecho a las ganancias de la *societas omnium bonorum*, entre ellas las recibidas por herencia, legado o donación. ULPIANUS, *30 Sab.*, y PAULUS, *6 Sab.*, D. 17, 2, 7 – 11. Vid. ALDO PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano* (MDPR), 2ª Ed. Giappichielli, Torino, 2022, p. 159.

<sup>34</sup> Artículos 182 ter, 182 quater, 182 quintus, fracción II y 183 (CCDF).

<sup>35</sup> ULPIANO enseña que la sociedad se contrae con el consentimiento, tan es así, que el socio admitido a la sociedad por otro socio, no es mi socio si yo no lo consentí. *30 Sab.* D. 17, 2, 19 – 20.

<sup>36</sup> Artículos 178, 189 fracción IX y 212 (CCDF).

<sup>37</sup> Otra herramienta argumentativa de los juristas romanos es la *differentia*, esto es, la configuración y ordenación de conceptos a través de la búsqueda de diferencias entre las especies de cierto género. Se trata de una de las notas esenciales de la dialéctica, recibida por los juristas republicanos de la filosofía griega, y que caracteriza el pensamiento romano a través de la época clásica, desarrollándose también en forma de *distinctiones* propias del derecho bizantino y posteriormente, del método de los glosadores. Vid. KASER, *RRG ... cit.*, pp. 165, 239, 276.

<sup>38</sup> La propia Primera Sala ha sostenido que la medida legislativa de la compensación, no se justifica ni es compatible con el régimen patrimonial de sociedad conyugal, que libremente puede ser elegido por los cónyuges. 1A, ADR 139/2019, Juan Luis González Alcántara Carrancá (JLGAC), 22/05/2019; § 82.

históricamente infravalorada, pues genera **costos de oportunidad** asociados a no haber podido desarrollarse en el mercado de trabajo convencional, y ello le da derecho a un **resarcimiento** por el desequilibrio patrimonial consistente en la **falta o desproporción de bienes** de dicho cónyuge, en relación con los que podría tener, y en relación con los bienes del otro cónyuge, que al no asumir las cargas, logró desarrollarse profesionalmente, y adquirir bienes.<sup>39</sup>

A primera vista, parece que la asociación que podría hacerse respecto de la figura del **enriquecimiento sin causa**, permite considerar a la acción de compensación como una acción *in personam* para reclamar una **indemnización basada en una responsabilidad extracontractual**,<sup>40</sup> específicamente una *condictio indebiti*,<sup>41</sup> pues con dicha analogía podría obtenerse el **acceso a la definición legal** de la figura, y con ello, a la *regla* según la cual, el que sin causa jurídica, obtiene un beneficio económico a costa del patrimonio de otro (lo cual debería incluir no solo el daño, sino también el *lucro cesante* o perjuicio<sup>42</sup>), debe **indemnizarlo en la medida de dicho enriquecimiento**, pues la asimetría patrimonial que así se produce es **injusta**.<sup>43</sup> El mérito de esta asimilación radica en que puede servir para corregir una inequitativa distribución de las labores del hogar, derivada de su invisibilización histórica.<sup>44</sup>

Cabe advertir que para el ejercicio de la *condictio indebiti* es necesario de que exista una **causalidad entre el lucro cesante** sufrido por uno de los cónyuges, y la **ganancia indebida obtenida** por el otro, por lo que en nuestro caso, dicha acción **no podría versar sobre los bienes** que obtuvo NUMERIO NEGIDIO por donación, sino sólo los **productos de su empleo formal**, y eso bajo la premisa de que obtuvo del patrimonio de AULA AGERIA, la aportación intangible de los deberes domésticos, que se tradujo en un **costo de oportunidad** para ésta y una posibilidad en favor del demandado, de dedicar mayor tiempo y diligencia a dicho trabajo.

Pues bien, **opino** que esta asociación se basa en una falacia de *petitio principii*,<sup>45</sup> porque parece que da por sentado que siempre existe una **relación de causalidad necesaria** entre el

---

<sup>39</sup> 1A, ADR 2405/2015, José Ramón Cossío Díaz (JRCD), 10/02/2016; §§ 33, 35 y 36. Estas ideas se desarrollan y repiten en varios precedentes, i.a. 1A, ADR 4030/2017, AGOM, 02/05/2018, §87, donde además se robustece la definición, al señalarse que el hecho de que el cónyuge que se dedicó a los deberes domésticos, haya obtenido bienes por donación, no debe desvirtuar que reportó un costo de oportunidad que le causó un lucro cesante.

<sup>40</sup> El enriquecimiento sin causa es uno de los “cuasicontratos”, esto es, una de las fuentes de obligación que no encuadran en la *summa divisio* de contratos y delitos. GAIUS, I. 3, 88; GAIUS, *res. cott.* D. 44, 7, 5; I. 3, 27; 4, 5.

<sup>41</sup> Debe precisarse que la actuación del *cónyuge actor*, consistente en llevar a cabo trabajos de administración doméstica y cuidados familiares, únicamente podría compararse con un pago de lo indebido, en la medida en que se haya desempeñado en desproporción respecto de la actividad del cónyuge demandado, pues ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento del hogar. Artículos 164 y 164 bis (CCDF). Así SCAEVOLA, 5 dig., D. 12, 6, 67, 1 (como el tutor que pagó una deuda del pupilo por un monto mayor, y olvidó registrarlo en la cuenta, que puede repetir contra el acreedor), y POMONIUS, 31 Sab., D. 46, 3, 25 pr. (como el coheredero que pago el total de una deuda, y cobra el *indebitum* a los demás).

<sup>42</sup> Artículo 2109 (CCDF).

<sup>43</sup> Artículo 1882 (CCDF). POMONIUS nos habla incluso de una inequidad de derecho natural. *9 var. lect.*, D. 50, 17, 206.

<sup>44</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la Primera Sala en diversos precedentes. Vid., i.a., 1A, Contradicción de Criterios (CT) 39/2009, Juan N. Silva Meza (JSM), 07/10/2009, p. 39; 1A, ADR 139/2019, cit., § 101 s., 1A, ADR 3192/2017, JRCD, 07/02/2018, § 35.

<sup>45</sup> La falacia de petición de principio, era uno de los sofismas que Aristóteles combatía, en cuya la premisa inicial se toma por sentada la conclusión a que se pretende llegar, por lo que normalmente se trata de una retórica circular.

*lucrum cessans* reportado por el cónyuge que se dedicó a las funciones domésticas, derivado de no haberse desarrollado profesionalmente, y la ganancia que obtuvo el otro cónyuge por sí haberse desarrollado; cuando **eso es precisamente lo que tendría que demostrarse**. Esto es, la *codictio indebitii* sólo procedería en el caso de que se demuestre una relación de causa a efecto entre ese *lucrum cessans* y el enriquecimiento del demandado, pues podría suceder que por la naturaleza de su profesión, ciertas personas pueden dedicarse a las funciones domésticas y al mismo tiempo desarrollar su potencial profesional más que su cónyuge; así como que otras personas, a pesar de no tener que dedicarse al hogar, de todas maneras no puedan desarrollarse profesionalmente. Es por esta falacia, en mi concepto, que existen casos en los que es imposible o muy difícil justificar una cuantificación del monto de lo ganado en relación con lo perdido.<sup>46</sup>

##### **5. RESPUESTA:<sup>47</sup> ACCIÓN DE COMPENSACIÓN PERSIGUE UNA INDEMNIZACIÓN POR EROGACIONES Y DAÑOS POR GESTIÓN Y CUSTODIA**

Respondo que por la naturaleza de las funciones domésticas y de cuidados familiares, quien se ocupa de las mismas debe tener acceso a la pretensión de indemnización por daños, perjuicios y erogaciones, propias de la *actio negotiorum gestio*, y de la *actio mandati* contraria,<sup>48</sup> que conforme a la práctica de los juristas romanos clásicos, eran aplicables a todo aquel que se dedicara a la *administración* de un patrimonio y a la *custodia* de bienes y personas.<sup>49</sup> Ahora bien, en esta analogía, una diferencia esencial es que la gestión de negocios y el mandato versan sobre bienes y negocios ajenos; y las funciones domésticas son negocio de ambos cónyuges por igual,<sup>50</sup> de manera que únicamente puede hablarse de prestaciones reclamables de un cónyuge a otro, por las funciones domésticas que se gestionen por arriba del 50%. Específicamente, en nuestro caso cobra interés la pretensión de AULA AGERIA como mandataria o gestora, de reclamar el **reembolso del perjuicio consistente en el *lucrum cessans*** de que habla la Primera Sala.

Considero que esta solución **es la más justa**, porque la asociación que se propone con las funciones de gestión y custodia, permite no solamente que AULA AGERIA reclame el **reembolso a**

---

<sup>46</sup> Incluso sin tomar en cuenta esta falacia, existe una imposibilidad material para calcular con precisión el costo de oportunidad del cónyuge actor, desde el punto de vista meramente económico, pues para ello sería necesario entre otras cosas, determinar “cuál hubiera sido el éxito profesional alcanzado por ese cónyuge”. Tampoco puede calcularse en virtud del éxito del cónyuge demandado, pues no puede calcularse propiamente una causalidad matemática. Vid. 1A, CT 490/2011, JRCD, 29/02/2012, § 69.

<sup>47</sup> La Responsa (ponderación del caso) es el género literario más importante de la jurisprudencia clásica, y consiste en plasmar por escrito la opinión del jurista. Este escrito se entregaba al cliente del jurista, quien podía entregárselo al pretor y éste podía tomarlo en cuenta al momento de diseñar la fórmula conforme a la cual, el juez tendría que resolver.

<sup>48</sup> En esencia, dichas prestaciones consisten en el reembolso de los gastos necesarios y útiles efectuados, así como de los daños y perjuicios reportados, con motivo del ejercicio de las funciones de gestión. Ver Artículos 1903, 1904, 1905, 1906, 2577, 2578, et al., Código Civil para el Distrito Federal. La analogía con el mandato me parece justa, porque el legislador también la hace aunque respecto de la administración de bienes comunes en la sociedad conyugal. Artículo 215 (CCDF).

Cabe precisar que la acción compensatoria no podría perseguir una remuneración del valor de los servicios consistentes en la administración del hogar y cuidados familiares, pues además de la prohibición legal mencionada anteriormente, de que entre cónyuges se haga el cobro por la prestación de servicios, las funciones de que se trata son propias de la obligación alimentaria que tienen ambos cónyuges, de manera que no puede cobrar por su prestación, esto con independencia de que tiene derecho a demandar alimentos del otro cónyuge.

<sup>49</sup> GARCÍA GARRIDO, *DRP cit.*, p. 292; y JÖRS, KUNKEL Y WENGER, *RR cit.*, pp. 2323 ss.

<sup>50</sup> Artículos 164 y 164 bis (CCDF).

que tiene derecho, sino que también nos da acceso a diversos *principios romanos* bajo los cuales, por su naturaleza, **deberían regirse esas funciones**. Así, pueden establecerse parámetros para que AULA AGERIA lleve a cabo esas funciones a través de un manejo eficiente de los recursos y un trato adecuado para las personas que componen el núcleo familiar (principio de *oficiosidad*<sup>51</sup>), de tal manera que el desempeño de dichas conductas no tengan como finalidad causarles un daño moral o patrimonial, sino que cada acto desempeñado conduzca a un fin adecuado y razonable en su beneficio (principio de *buena fe*<sup>52</sup>), y de tal suerte que pueda medirse razonablemente el monto de los gastos y daños que deba pagar NUMERIO NEGIDIO, en función del *beneficio*<sup>53</sup> que éste obtuvo con la gestión y custodia (principio de *utilidad*<sup>54</sup>).

Por otro lado opino que no asiste razón a NUMERIO NEGIDIO, pues las restricciones a la propiedad sí son admisibles cuando obedecen a la función social de dicho derecho, como lo es el sostenimiento del hogar.<sup>55</sup> Pero además, la compensación no establece una afectación o gravamen **sobre bienes determinados**, sino que parte de la existencia de un adeudo (por la gestión y custodia), y como tal, está garantizada por la “garantía universal” que es el patrimonio total del deudor.<sup>56</sup> Por el contrario, el hecho de que la compensación verse únicamente sobre cierto porcentaje de los bienes adquiridos durante el matrimonio, en mi opinión, es una especie de *distractio bonorum*<sup>57</sup> establecida en favor del cónyuge demandado.

---

<sup>51</sup> El principio de *officium* romano, ordena que las personas se conduzcan con responsabilidad, sin causar daño a los demás (*alter non laedere*), inclusive –o especialmente– en los aspectos en los que no existe propiamente un deber jurídico, lo cual implica entre otras cosas no abusar del propio derecho (GAIUS I, 1,53); y sobre todo en aquellas relaciones que más significado tienen para los romanos, que forman redes de relaciones sin las cuales un romano no podría vivir tranquilamente, como la familia, las relaciones de amistad y de vecindad, donde se sobreentiende que los involucrados se encuentran obligados moralmente a prestarse mutuamente consejo, ayuda, hospedaje, trámite de negocios, establecimiento de conexiones con otras personas, y hasta dinero. SCHULZ, *PRR cit.*, 14 – 16, 107, 108, 158.

<sup>52</sup> Los pleitos derivados de las relaciones humanas que en el derecho arcaico estaban custodiadas por la diosa *Fides* (diosa de la salud humana (VALERIUS MAXIMUS, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6.6.in.it.), de la amistad, de los pactos y juramentos (CICERO, *De off.*, 3,104.) y de la fidelidad, que tenía su templo en donde se estrechan las manos de los hombres (TITO LIVIO, *Ab Vrbe Condita*, 1, 21.), y que si es traicionada puede traer enfermedad y guerra a la humanidad), no eran justiciables, sino expiables; pero en la época clásica el pretor crea las fórmulas de *bona fides* (inicialmente como *actiones in factum*), en cuya *condemnatio incerta* se ordenaba al juez, en caso de ser procedente la pretensión del actor, a condenar al demandado “a todo lo que la buena fe ordene”.

<sup>53</sup> No se trata aquí necesariamente de un beneficio económico, mucho menos de la posibilidad de adquirir bienes propios como consecuencia del perjuicio de la parte actora; sino del beneficio consistente en la adecuada administración y custodia, que interesa al cónyuge demandado tanto como a la actora.

<sup>54</sup> El principio de *utilitas* romano, implica tomar en cuenta o ponderar la ganancia que obtiene una persona, al momento de ejercer un derecho o exigir una responsabilidad, como precisamente en la gestión de negocios, donde el gestor responde de culpa, y no solo de dolo, cuando también tiene un interés en el asunto, pero ponderativamente, el dueño del negocio debe pagar los gastos erogados y los daños sufridos en función del beneficio que obtuvo con la gestión. GAIUS, *3 ed. prov.*, D. 3, 5, 2.y ULPIANUS, *10 ed.*, D. 3, 5, 9(10), 1.

<sup>55</sup> 1A, ADR 4030/2017, AGOM, 02/05/2018, § 78.

<sup>56</sup> Las personas no deben responder con su cuerpo por deudas de dinero, sino con su patrimonio, desde la *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), plasmada en el último párrafo del artículo 17 constitucional, en el Artículo 2964 (CCDF), y similares.

<sup>57</sup> Se trata de un beneficio establecido en favor de cierta calidad de deudores, que les permite evitar la ejecución de sus deudas sobre todo su patrimonio, sino únicamente de algunos de sus bienes hasta satisfacer a los acreedores. D'ORS, *cit.*, p. 167.