

## 1.2. Derecho de Familia

# La responsabilidad por deudas contraídas por los cónyuges en el régimen económico de separación de bienes

## *Liability for debts contracted by spouses in the economic regime of separations of assets*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.*

**RESUMEN.** En el régimen de separación de bienes, a cada cónyuge le pertenecen los bienes que tenga en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título, asimismo, dispone de sus propios recursos (ingresos y rentas) que gasta libremente y administra sus bienes. Dicha libertad de actuación implica, además la responsabilidad por sus propias deudas y no de las contraídas por el otro, salvo que ambos se hubieran obligado solidaria, mancomunada o subsidiariamente, siendo responsables en la forma que se han obligado. Ahora bien, ni la titularidad separada y privativa de los bienes, ni la completa autonomía de cada uno de los cónyuges en la administración y disposición de estos, impide que ambos se obliguen a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (arts. 1318 y 1438 del CC). Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la responsabilidad de los cónyuges por sus deudas y las que se derivan del ejercicio de la potestad doméstica ordinaria y a la extinción del régimen económico del juego de la compensación del trabajo para la casa.

**ABSTRACT.** *In the regime of separation of assets, each spouse owns the assets that they have at the time of initialization and those that they later acquire by and title, likewise, they have their own resources that they freely spend and administer your asset. However, neither the separate and exclusive ownership of the assets, nor the complete autonomy of each the spouses in the administration and disposition of these prevents both from being obliged to contribute to the lifting of the burdens of marriage (articles 1318 and 1438 of the Code Civil). This study is going to centre on the responsibility of the spouses for the debts and that derived from the exercise of ordinary domestic power and the extinction of the economic regime of the work compensation game for the home.*

**PALABRAS CLAVES:** Matrimonio. Separación de bienes. Cargas del matrimonio. Deudas de los cónyuges. Titularidad separada de bienes. Extinción del régimen económico. Compensación del trabajo para la casa.

**KEY WORDS:** *Marriage, separation of property. Marriage charges. Debts of the spouses. Separate ownership of property. Extinction of the economic regime. Compensation of work for the house.*

**SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. DERECHO DE REEMBOLSO O REINTEGRO ENTRE CÓNYUGES.— III. DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DOMÉSTICA. 3.1. CONCEPTO DE CARGAS DEL MATRIMONIO. 3.2. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. 3.3. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DE CASA. EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.**

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el matrimonio, junto a los efectos personales están los llamados efectos patrimoniales, pues, para el cumplimiento de sus fines, el matrimonio requiere un soporte económico; necesita un estatuto regulador de la economía familiar<sup>1</sup>. Al conjunto de reglas que disciplinan la economía del matrimonio se denomina régimen económico matrimonial que define MARTÍNEZ DE AGUIRRE como «al conjunto de reglas dirigidas a ordenar jurídicamente las relaciones económicas y patrimoniales de los cónyuges entre sí y respecto de terceros»<sup>2</sup>. LASARTE ÁLVAREZ por su parte, lo conceptúa como «el conjunto de reglas que pretenden afrontar, favoreciendo su resolución, los problemas de índole patrimonial que origine la convivencia matrimonial o la disolución del matrimonio»<sup>3</sup>. Por otra parte, los regímenes económicos pueden ser muy diversos y como señala LACRUZ BERDEJO no es viable efectuar una clasificación científica de los mismos, en nuestro entorno jurídico (derecho común y derechos forales o especiales), pues, los elementos que han de servir de índice para esa labor son diversos y se pueden mezclar de modo indefinido y arbitrario, por lo que los regímenes económicos son reconducibles básicamente a tres: a) Los llamados regímenes de comunidad, caracterizados por la existencia de una masa de bienes que, es común a los cónyuges y que son, normalmente, empleados para hacer frente a los gastos de la familia; b) Los regímenes de separación que, se caracterizan porque los cónyuges conservan la propiedad de sus bienes. De modo que no hay masa común; y todo ello sin perjuicio de la obligación de los cónyuges de contribuir a los gastos de la familia; y, c) Como sistema intermedio, se sitúan los regímenes de participación caracterizado porque funcionan como un régimen de separación —no hay, por tanto, una masa de bienes común a los cónyuges—, pero se liquidan como un régimen de comunidad; de manera que los cónyuges o sus herederos, a la extinción del régimen, tienen derecho a participar en los bienes del otro (o en su valor), en la forma legalmente establecida<sup>4</sup>.

Ahora bien, señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS la dificultad para encontrar las líneas de operatividad o los principios de inspiración de los diferentes regímenes económicos matrimoniales que, el Código civil contempla. No obstante, destacan como principios básicos los siguientes. 1. El principio de libertad de estipulación (arts. 1315 y 1325 del CC); 2. El principio de igualdad de los cónyuges (art. 32 de la Constitución española y lo reitera el art. 66 del CC), y, 3. El principio de flexibilidad o mutabilidad del régimen económico-conyugal (art. 1325 del CC)<sup>5</sup>. Por tanto, los cónyuges no solo pueden acordar su régimen económico matrimonial, sino que también pueden modificarlo en cualquier momento, bien pactando uno diferente, bien introduciendo cambios en el régimen al que están sujetos (art. 1325 del CC) en capitulaciones matrimoniales. No obstante, tales cambios no pueden perjudicar los derechos adquiridos por terceros (art. 1317 del CC).

En este contexto, la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales aparece precedida en el Código civil de unas disposiciones generales —normas de carácter imperativo— que son aplicables a todo matrimonio cualquiera que, sea el régimen económico legal o pactado en cuanto pretende garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente en el artículo 32.1 de la Constitución española. Si bien, tales disposiciones, aunque son de índole patrimonial, necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio (arts. 1315 a 1324 del CC). Para LACRUZ BERDEJO se puede definir este régimen primario como «el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados bajo la disciplina del Código civil y con independencia de si se rigen por un estatuto de comunidad o por uno de separación de bienes»<sup>6</sup>. A los efectos que nos interesan, los cónyuges quedan obligados a atender las cargas del matrimonio que, comprende «el conjunto de pactos relativos al sostenimiento de la familia en el sentido nuclear, empezando por la educación e instrucción de los hijos, asistencia sanitaria de los cónyuges e hijos, y terminando con la atención del hogar familiar con todo lo que de ello se derive, adecuado a las circunstancias familiares concretas de cada caso»<sup>7</sup>. Para determinar la forma de contribución de cada cónyuge al levantamiento de tales cargas, habrá de estarse a lo pactado y en defecto de pacto, a las reglas propias del régimen al que está sujeto el matrimonio (en concreto el art. 1362 del Código civil para el régimen de gananciales y el art. 1438 del citado cuerpo legal para los regímenes de separación y participación —en este último caso en virtud de la remisión del art. 1413 del Código civil—). Así el artículo 1318 del Código civil establece el deber de ambos cónyuges para contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y a tal fin, establece un procedimiento cautelar para asegurar el cumplimiento de tal deber para cuando uno solo de los cónyuges lo incumple; de forma que, el cónyuge, cumplidor puede solicitar al juez que dicte las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Por su parte el artículo 1319 del Código civil se refiere a la responsabilidad por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica; de manera que, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y, con tal finalidad protectora de terceros acreedores, vincula el patrimonio del cónyuge deudor y los comunes (en caso de existir) y subsidiariamente los del otro cónyuge.

Centrándonos en el régimen de separación de bienes que, tiene lugar como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS cuando «cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, de manera que no existe ningún tipo de unión o confusión y tampoco por el mero hecho del matrimonio ningún tipo de comunidad»<sup>8</sup>. Se regula en los artículos 1435 a 1444 del Código civil, sin perjuicio de aplicar también las normas contenidas en disposiciones generales para todo régimen matrimonial como son los artículos 1318, 1319, 1320 y 1324 de dicho cuerpo legal. Se caracteriza el régimen de separación de bienes en que existe un patrimonio privativo de cada cónyuge separados entre sí. De forma que, a cada uno de los cónyuges le corresponde la propiedad, disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes —en exclusiva tanto al comenzar el matrimonio como los que después adquiera por cualquier título<sup>9</sup>—. El título de adquisición por uno de los cónyuges determina la titularidad privativa del bien; y de todo lo que represente un incremento de patrimonio (*vgr.* por accesión).

Si bien, este régimen donde opera la independencia en las titularidades de cada cónyuge, no excluye la existencia de bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria o *pro indiviso*<sup>10</sup>; y asimismo, esa libertad de gestión, administración y disposición de los cónyuges tiene excepciones y limitaciones en aras del interés familiar —*vgr.*, la regulación de la vivienda familiar—. Además cada cónyuge solo responde de las deudas que haya contraído. Así para los matrimonios cuyo régimen económico esté sometido al Código civil, el artículo 1435 establece que existirá separación de bienes entre los cónyuges: 1. Cuando así lo hubieran convenido. Esto es, cuando los cónyuges lo hayan pactado. Lo que puede acordarse antes o después del matrimonio y resulta conforme a la autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 1315 del Código civil. Se puede fijar en capitulaciones matrimoniales, formalizándose en escritura pública. De todas formas, si se pacta el régimen de separación tras el matrimonio, la libertad de los cónyuges de pactar tiene, por un lado, como límite el respecto a los derechos adquiridos por terceros que establece con carácter general el artículo 1317 del citado cuerpo legal; y, por otro, cualquier estipulación que se acuerde contraria a las leyes, a las buenas costumbre o limitativa de los derechos del otro cónyuge será nula (art. 1328 del CC)<sup>11</sup>; 2. Cuando los cónyuges hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales que, no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por la que hayan de regirse sus bienes. Se trata del régimen legal supletorio de segundo grado<sup>12</sup>; y 3. Cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que la voluntad de los interesados fuese sustituida por otro régimen. Por otra parte, representa el régimen legal en Cataluña o en Islas Baleares<sup>13</sup>.

Representa un régimen que, puede pactarse antes o durante el matrimonio<sup>14</sup>. Tal pacto puede contenerse en capitulaciones matrimoniales y constituye el contenido más propio de este —debe formalizarse en documento público tal como disponen los artículos 1315, 1327 y 1280 del Código civil—. Ahora bien, la titularidad separada de los bienes determina que, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviesen en el momento inicial del mismo y los que adquiera por cualquier título vigente el mismo (art. 1437 del CC)<sup>15</sup>; no obstante, a la liquidación del régimen cabe reembolsos y retribución entre los cónyuges, si se hubiere empleado fondos del otro cónyuge para su adquisición, si bien para los acreedores «únicamente vale la existencia de un título formal de adquisición por el cónyuge deudor»<sup>16</sup>. De no ser posible determinar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponde a ambos por mitad en *pro indiviso* (art. 1441 del CC)<sup>17</sup>. Se trata de una presunción *iuris tantum* de cotitularidad que, aunque puede entrar en conflicto con las presunciones posesorias, constituyendo respecto de estas *lex especial*<sup>18</sup>; aunque no falta quienes como JIMÉNEZ GALLEGO entiende que «lo que se establece es una atribución de propiedad, más que una presunción»<sup>19</sup>. En el fondo, estamos ante un problema de prueba que, corresponde a quien alegue la propiedad exclusiva. En todo caso, resulta posible la confesión del otro cónyuge en relación con la titularidad privativa del bien inmueble, todo ello sin perjudicar a los herederos forzosos, ni a los acreedores del confesante.

En consecuencia, no existe entre los cónyuges ningún tipo de comunidad de carácter conyugal —bienes comunes—, ni ningún tipo de unión o confusión patrimonial<sup>20</sup>; lo que no impide que pueda, constituirse alguna cotitularidad sobre bienes concretos, si bien, sería una comunidad ordinaria regida por los artículos 392 a 406 del Código civil por lo que, en principio, las cuotas de ambos cónyuges se presumen iguales —por mitad<sup>21</sup>— y, en cualquier momento cualquiera de los partícipes (copropietarios) pueden solicitar la división de la cosa común<sup>22</sup>.

Lo pueden hacer mediante la acción de división judicial de la cosa común a través del procedimiento declarativo correspondiente; acumularlo al procedimiento de separación, nulidad o divorcio (art. 437.4 de la LEC)<sup>23</sup>; u oponerlo por vía de reconvencción y no en contestación de la demanda cuando se planteen estos últimos procedimientos de crisis matrimonial<sup>24</sup>. De todas formas, la acción de división de la cosa común es imprescriptible e irrenunciable (art. 1965 del CC) y, asimismo, se permite su ejercicio, aunque existe un derecho de uso (art. 96 del CC) a favor de uno de los cónyuges en caso de separación, nulidad o divorcio que, debe, en todo caso, respetarse<sup>25</sup>.

Por otra parte, conforme el artículo 1437 del Código civil corresponde a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de sus propios bienes; lo que no impide que, uno de los cónyuges administre sus propios bienes y los del otro; al respecto tendrá las mismas obligaciones y responsabilidad que un mandatario y tendrá que rendir cuentas, salvo que se trate de frutos percibidos y consumidos que se invirtieron en el levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1439 del CC)<sup>26</sup>. Y, salvo la existencia de disposición legal al respecto como sucede con la vivienda familiar o los muebles de uso ordinario de familia (art. 1320 del CC), cualquiera de los cónyuges puede disponer de sus bienes sin contar con el consentimiento del otro. En este contexto, ni el hecho que exista una titularidad separada de los bienes, ni que cada cónyuge gestione y disponga de sus propios bienes, puede condicionar el cumplimiento de la obligación que para ambos consortes impone el artículo 1318 del Código civil sea cual sea el régimen económico del matrimonio, que se pacte; y el artículo 1438 del mismo cuerpo legal para el de separación de bienes<sup>27</sup>.

Como hemos señalado, lo cierto es que, la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales aparece precedida en el Código civil de unas disposiciones generales —normas de carácter imperativo— que, son aplicables a todo matrimonio cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado en cuanto pretende garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente en el artículo 32.1 de la Constitución española. Si bien, tales disposiciones, aunque son de índole patrimonial, necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio (arts. 1315 a 1324 del CC).

De forma que, ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Asimismo, se añade en sede de separación de bienes el artículo 1438 que, el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, esto es, las labores domésticas no retribuidas, habrán de valorarse como recursos económicos del cónyuge que efectivamente las realiza —sea uno de ellos, o sean los dos (art. 68 del CC)—, a los efectos de calcular el montante de su contribución proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio. Pero, además, tales tareas dan derecho a una compensación que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la fijará el juez al concluir el régimen de separación. Por otra parte, ambos cónyuges responden de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1440.2 del CC), incluyendo en esta, los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia «conforme al uso del lugar y circunstancias de la misma» (art. 1319 del CC). De manera que, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y, con la finalidad protectora de terceros acreedores, vincula el patrimonio del cónyuge deudor y los comunes (en caso de existir) y subsidiariamente los del otro cónyuge. Por lo que, de las deudas

contraídas por uno de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia, responden frente a los acreedores los bienes del cónyuge que, contraiga la deuda y subsidiariamente los bienes del otro (arts. 1319.2 y 1440.2 del CC)<sup>28</sup>. Todo ello, sin perjuicio de los reembolsos exigibles entre los cónyuges respecto lo aportado de más por cualquiera de ellos. Lo que exceda de la potestad doméstica —del levantamiento de las cargas del matrimonio— solo responde el patrimonio del cónyuge deudor; pues, como regla general, las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad (art. 1440.1 del CC)<sup>29</sup>.

En este contexto, el artículo 1438 del Código civil identifica cuatro reglas distintas pero coordinadas entre sí: 1) Que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2) La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 3) Puede contribuirse a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 de la Constitución española; 4) El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen<sup>30</sup>. A estas cuatro reglas añade GUILARTE MARTÍN-CALERO una más, como es, que el trabajo doméstico sirva para determinar la procedencia y el *quantum* de la pensión compensatoria en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. En estos casos resulta decisiva la dedicación pasada y futura a la familia para la obtención de esta pensión<sup>31</sup>.

Sobre tales bases, la regla general cualquiera que sea el régimen matrimonial elegido, es que cada cónyuge responda de las deudas por él contraídas, pero cuando se trata de cargas del matrimonio, los dos cónyuges deben contribuir a su sostenimiento, con independencia del cónyuge que haya asumido la deuda<sup>32</sup>. Se completa con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1440 del Código civil relativo a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros en relación con una modalidad de cargas del matrimonio como son las deudas derivadas de la potestad doméstica, indicando cuando se puede dirigir contra el patrimonio del cónyuge contratante o también puede dirigirse en determinadas condiciones contra el patrimonio del consorte que no contrató<sup>33</sup>; y, con el artículo 1318 del Código civil que, declara la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio —aunque no exista patrimonio común—, afectación de carácter obligacional que, no significa en modo alguno una limitación de las facultades dispositivas del principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>34</sup>.

El artículo 1438 del Código civil, pues, constituye una concreción en el régimen de separación de bienes de las normas establecidas en los artículos 1318 y 1319 del Código civil aplicables a todo matrimonio al margen de cuál sea el régimen matrimonial elegido<sup>35</sup>.

La contribución a las cargas supone que ambos cónyuges se encuentran obligados a proporcionar los medios económicos necesarios para el sostenimiento de la familia; y, esencialmente, corresponde a ambos, sin que se pueda distinguir en defecto de pacto, qué gasto debe abonar cada uno. Ello no solo tiene efecto en la esfera interna, sino que se manifiesta también en la esfera externa, frente a terceros, cuando las obligaciones contraídas para satisfacerlos, se traduce en deuda y responsabilidad para el cónyuge contratante<sup>36</sup>. Ahora bien, tal proyec-



ción externa en el régimen de separación de bienes opera en relación con las cargas del matrimonio que, forman parte de la potestad doméstica, esto es, que tengan la consideración de deuda doméstica y dirigida a atender las necesidades ordinarias de la familia. De forma que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1319 del Código civil, se posibilite frente a terceros acreedores la vinculación del patrimonio privativo del cónyuge deudor y subsidiariamente, el patrimonio del cónyuge no contratante. Lo que representa una importante quiebra del principio de separación de responsabilidades que, constituye el pilar sobre el que sustenta el régimen de separación de bienes<sup>37</sup>. Ahora bien, como precisa MARTÍNEZ CORTÉS, si la colaboración, ayuda y solidaridad familiar fundamentan esa obligación de contribuir y el régimen económico solo fija la forma en qué ha de cumplirse, haciéndose efectiva cualquiera que, sea el régimen de ese concreto matrimonio, la naturaleza de tal deber descansa sobre las siguientes notas: «1. Se trata de una auténtica relación jurídico obligacional; 2. Es una obligación de contenido económico; 3. Se trata de una obligación recíproca. Se trata de una obligación consustancial con el matrimonio basada en la relación personal que media entre las partes y la finalidad última perseguida, no es otra que, asegurar el bienestar de la familia; 4. Obligación de carácter personalísimo e indisponible en cuanto que viene atribuida al sujeto pasivo como consecuencia de su vínculo personal subjetivo de miembro del grupo familiar»<sup>38</sup>.

Para ÁLVAREZ OLALLA estamos ante un deber que no deriva del régimen económico matrimonial sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges; de tal manera que, el régimen económico matrimonial solo fija el modo en que el deber debe cumplirse<sup>39</sup>. Es una manifestación de los deberes de mutua ayuda y mutuo socorro que, imponen los artículos 67 y 68 del Código civil a los esposos. Se trata, en definitiva, de una plasmación de la comunidad de vida, material y espiritual, de esa unión y solidaridad de los miembros del grupo familiar<sup>40</sup>.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar el análisis de la responsabilidad por deudas contraídas por cada cónyuges en el régimen de separación de bienes y su relación con el ejercicio de la potestad doméstica o para atender a las necesidades ordinarias de la familia (arts. 1318 y 1319 del CC); además de lo que representa dentro de las cargas del matrimonio, el concepto de trabajo para la casa regulado en el artículo 1438.2 del Código civil.

## II. RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. DERECHO DE REEMBOLSO O REINTEGRO ENTRE CÓNYUGES.

### 2.1. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS CONTRAÍDAS POR LOS CÓNYUGES Y LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Como regla general el artículo 1440 párrafo primero del Código civil señala que «*las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad*». De forma que, cada uno *responde* de sus propias deudas y no *responde* de las contraídas por el otro, salvo que ambos se hubieran obligado solidaria, mancomunada o subsidiariamente conforme lo establecido en se de obligaciones<sup>41</sup>.

Ahora bien, la autonomía de cada cónyuge en la administración y disposición de sus bienes, ni la titularidad separada de estos, es obstáculo para el cumplimiento de la obligación del levantamiento de las cargas del matrimonio que, establece

el artículo 1318 del Código civil, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio y el artículo 1438 en sede de separación de bienes al disponer que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de acuerdo o convenio, lo harán en proporción a sus respectivos recursos económicos. Si bien, este mismo artículo en su párrafo segundo, establece para la extinción o liquidación del régimen de separación de bienes, que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derechos a obtener una compensación que, a falta de acuerdo, la fijará el juez. Por lo que, las labores domésticas o del hogar no retribuidas han de valorarse como un recurso económico del cónyuge que efectivamente las realizan —sea uno de ellos o ambos, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 68 del citado cuerpo legal— a los efectos de calcular la cantidad en que se valora el *quantum* de la contribución proporcional del cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio.

De todas formas, aunque la compensación por el trabajo en el hogar solo es exigible a la extinción del régimen, ello no impide que cada cónyuge pueda exigir al otro su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio desde el momento en que deban ser atendidas, o pedir el reembolso correspondiente en el caso que, sea atendida por uno de ellos.

Por lo que, de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responden ambos cónyuges en la manera que determinan los artículos 1318, 1319 y 1438, tal como establece el artículo 1440 párrafo segundo de este mismo cuerpo legal. De forma que, frente a los acreedores responde de las deudas contraídas por un cónyuge para atender las necesidades ordinarias de la familia, sus propios bienes y subsidiariamente los del otro cónyuge (art. 1319 del CC). Por ello, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de exigir al otro la aportación, en los términos apuntados, que le corresponda en atención de su obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1438). Esta contribución comprende los gastos ordinarios o extraordinarios derivados del ejercicio de la potestad doméstica.

En este contexto, si se trata de una obligación contraída para levantar las cargas del matrimonio que, sin embargo, excede de lo que supone la potestad doméstica, responde exclusivamente el cónyuge deudor; sin que el acreedor pueda actuar sobre el patrimonio del otro, sin perjuicio del derecho de reembolso entre cónyuges que, en su caso, proceda.

Sobre tales bases, como hemos señalado, resulta muy ilustrativa la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2021<sup>42</sup> cuando señala que «si bien, la regla general en el régimen económico matrimonial de separación de bienes es que las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad tal y como establece el artículo 1440.1 del Código civil. Sin embargo y de manera excepcional, cuando uno de los cónyuges actúe en el ejercicio de la potestad doméstica y contraiga obligaciones para atender a las necesidades ordinarias de la familia, el otro responderá de manera subsidiaria de su cumplimiento en virtud de la remisión del artículo 1440.2 del Código civil al artículo 1319.2 del Código civil.

Esta regla permite que, a pesar de la separación patrimonial, el tercero pueda exigir al cónyuge que no contrató ni generó la deuda contraída para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia. La excepción a la regla de separación de responsabilidad se justifica por la comunidad de vida propia del matrimonio y beneficia a los acreedores al mismo tiempo que favorece el mayor crédito de los cónyuges para atender a las necesidades familiares. Por ello, a pesar que el precepto no limita los actos o contratos que generan obligaciones siempre que



se dirijan al fin previsto en la norma, será preciso para que el acreedor pueda exigir responsabilidad al cónyuge con el que no contrató, si no la prueba cumplida del concreto uso o destino del gasto; lo que escapa a las posibilidades de conocimiento y prueba del tercero, sí al menos una apariencia razonable de su destino familiar y doméstico. Habitualmente, ese destino resultará de la propia naturaleza de los bienes adquiridos o de los servicios contratados, pero no hay que negar que, en caso de necesidad uno de los cónyuges recurre a un préstamo para obtener fondos para atender a las necesidades familiares. Lo que sucede es que, en tal caso el acreedor que pretenda exigir responsabilidad al otro cónyuge deberá acreditar que los fondos prestados se destinaron a tal fin».

Pues bien, en este caso de reclamación de préstamos efectuados al esposo, firmados por él en dos documentos privados, y signado el segundo también por su esposa donde se decía que era conocedora de la deuda de su marido. No procede la reclamación, pues no existe prueba, ni siquiera, apariencia razonable que, la deuda fuera contraída en el ejercicio de la potestad doméstica. El hecho que la esposa firmase el segundo documento no comporta la asunción de ningún tipo de responsabilidad a título personal, ni es prueba del destino del dinero que el marido reconoció no sabe a qué fue destinado. La regla general de responsabilidad de las obligaciones contraídas por cada cónyuge en el régimen de separación de bienes, tal como establece, es que responde de manera exclusiva cada cónyuge con su patrimonio. Excepcionalmente cuando se pruebe que uno de los cónyuges actúa en el ejercicio de la potestad doméstica y contraiga obligaciones para atender a las necesidades ordinarias de la familia, será el otro cónyuge el que responda subsidiariamente de su cumplimiento en virtud de la remisión del artículo 1440.2 del Código civil, al artículo 1319.2 del citado cuerpo legal.

Ahora bien, al momento de liquidar el régimen de separación de bienes se pueden plantear reclamaciones de cantidad, si por ejemplo, durante la convivencia se han adquirido bienes, ya sea en exclusiva por uno de los cónyuges o en *pro indiviso*, y en su pago se haya empleado dinero de uno o de ambos en partes iguales o en proporción distinta, o están pendientes de abonarse. De forma que, reclama aquel de los cónyuges que alega el abono más parte del precio o de los gastos que el otro —en caso de *pro indiviso*—, o estando inscrito un inmueble a nombre de uno de los cónyuges, el otro también contribuyó a sufragar el pago del inmueble del que no aparece como titular, exigiendo que se le devuelva el dinero, que aportó. En todo caso, tales reembolsos solo operan en la esfera interna de los cónyuges y no pueden afectar a terceros. No obstante, las aportaciones que realice cada cónyuge pueden representar una contribución a las cargas del matrimonio según lo establecido en el artículo 1318 del Código civil, en cuyo caso no opera el reembolso. Si bien, conviene precisar que, actuamos sobre la exigencia fundamental que, la titularidad de los bienes corresponde a quien aparece como titular en el propio título de adquisición —sea bien privativo o *pro indiviso*—, no jugando, en consecuencia, el principio de subrogación real propio de la sociedad de gananciales<sup>43</sup>.

También pueden darse situaciones de atribución del uso a uno solo de los cónyuges de un bien común, y lo que al respecto sucede con los gastos.

Son algunas de las situaciones que pueden generarse y que analizaremos en este apartado.

No obstante, recordemos que, en el régimen de separación de bienes no hay bienes comunes, sino bienes privativos o bienes en copropiedad, adquiridos antes o constante el régimen de separación de bienes. Asimismo, tampoco existe un pasivo común, sino que cada uno de los cónyuges responde con sus patrimonios

de las deudas que contrae; aunque si hay obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio durante la vigencia del régimen económico. Por otra parte, pueden existir vínculos económicos entre los cónyuges —negocios comunes—; o, sobreaportaciones que, es preciso liquidar. Efectivamente, resulta posible que, en las operaciones básicas relativas a la extinción y por ende, la liquidación del régimen de separación de bienes un cónyuge haya podido contribuir con más cantidad al sostenimiento de las cargas del matrimonio —lo que se puede concretar con la entrega de una cantidad en dinero, si contribuyó con ello, o de bienes comunes, o fijando a su favor una compensación por el trabajo en casa prevista en el artículo 1438 del Código civil—. También puede darse el caso que, a la extinción del régimen de separación de bienes existan deudas generadas durante el matrimonio para atender a las cargas del matrimonio y que aún no se han abonado; o en fin, puede resultar necesario que en la extinción del *pro indiviso*, se concrete como operar respecto de las deudas generadas por su adquisición, o derivadas de obras de mejora o rehabilitación.

En todo caso, la competencia para los reembolsos o reclamaciones de cantidad entre los cónyuges corresponde a los juzgados de primera instancia y no a los de familia<sup>44</sup> y, conforme a lo establecido en el artículo 217 de la LEC la carga de la prueba recae sobre el cónyuge que, reclama el reintegro, debiendo probar para ello, que los pagos para la compra del inmueble en *pro indiviso* o privativo de uno de los cónyuges, se hizo con dinero privativo, o, en fin, que las cuotas del pago aplazado (préstamo hipotecario) se abonaron con su dinero privativo. En todo caso, estas acciones tienen un plazo de prescripción de cinco años conforme lo dispuesto en el artículo 1964 del Código civil<sup>45</sup> y el *dies a quo* para el ejercicio de tales acciones de reclamación o reintegro se cuenta desde el momento en que se hizo el pago. De todas formas, cuando transcurre un tiempo prolongado desde que se abona la cantidad por uno de los cónyuges a favor del otro y la reclamación del reintegro, se viene a considerar que, a tal situación le resulta aplicable la doctrina del retraso desleal o *verwirkung*<sup>46</sup>.

En este contexto, ha de acreditarse que el dinero empleado por el pago del precio del inmueble (o en su caso, las cuotas del préstamo hipotecario) es de exclusiva propiedad o privativo de uno de los cónyuges<sup>47</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2020<sup>48</sup> entendió que si el préstamo lo contrajeron ambos cónyuges al 50%, el esposo deberá abonar a la esposa la cantidad, que esta pagó de más para su cancelación, con independencia que en la copropiedad indivisa del bien los porcentajes fuera distintos (del 75% para la esposa y del 25% para el esposo).

Ahora bien, puede entenderse como donación la entrega de una cantidad para la compra de un bien inmueble perteneciente al otro cónyuge o a ambos en *pro indiviso*. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22<sup>a</sup>, de 17 de septiembre de 2013<sup>49</sup> se consideró que, el dato de la formalización de la compraventa a nombre de los dos cónyuges, unido al largo tiempo sin reclamar el pago de parte del tiempo, se entendía como donación. Al respecto, el artículo 232.3-1 del Código civil catalán parte de la presunción de donación en estos casos al disponer que «*los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular. Si se prueba que la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge se presume la donación*». Y en el artículo 232-4; asimismo, se establece que «*si es dudoso a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas*»<sup>50</sup>. De todas formas, como regla general los contratos entre cónyuges son válidos, incluso por título gratuito (art. 1323 del CC).

No obstante, en el caso expuesto por la Audiencia Provincial sería donación del dinero no del bien<sup>51</sup>.

Por otra parte, respecto al pago de parte del precio de compra o de la hipoteca con dinero privativo del cónyuge no titular se ha de probar tal circunstancia para que prospere la acción de reclamación<sup>52</sup>, lo que resulta complicado si la cuenta donde se ingresa el dinero para el pago es común<sup>53</sup>. Igualmente, sucede con las construcciones y mejoras hechas en bienes comunes constante el matrimonio o a la ruptura que, se ha de probar, además de la realización de tales obras o mejores, la procedencia privativa de dinero empleado por el cónyuge reclamante para su pago<sup>54</sup>.

Si bien, en caso de préstamo hipotecario contratado por los cónyuges de forma solidaria, se posibilita al cónyuge pagador la acción de reembolso por la vía del artículo 1145 del Código civil reclamando el exceso abonado por el cónyuge<sup>55</sup>.

En fin, a los ingresos de dinero en cuentas bancarias, constante matrimonio los cónyuges pueden mantener cuentas privativas separadas y cada uno ingresar en las mismas el producto de su trabajo o los rendimientos que generan sus bienes privativos. Cuando se extingue el régimen de separación de bienes, cada cónyuge seguirá siendo titular de su cuenta y propietario de su saldo; pero también pueden tener cuentas bancarias conjuntas en las que ambos cónyuges aparecen como titulares y uno o los dos pueden realizar ingresos y atender con su saldo las cargas del matrimonio. Al extinguirse el régimen de separación de bienes no parece fácil determinar a quién pertenece el saldo de la cuenta: en algunos casos se realiza un reparto en proporción a los ingresos realizados en cuenta por cada uno<sup>56</sup>; en otros se acuerda un reparto igualitario del dinero, aun cuando las aportaciones habían sido distintas<sup>57</sup>; o se considera que uno de los cónyuges se ha enriquecido injustamente, en cuanto que era el otro el único que aportaba ingresos<sup>58</sup>. En todo caso, la cuenta común puede destinar sus fondos a atender a las cargas del matrimonio, cargas a las que deben contribuir ambos cónyuges en proporción a los ingresos, por lo que la liquidación no debe realizarse solo atendiendo a los ingresos realizados por cada uno de los cónyuges. Además, puede ser difícil de probar quien realiza en cada momento el reintegro, e incluso los ingresos pueden provenir de varias fuentes, no solo de nóminas o del trabajo de cada cónyuge. Por lo que se podrá aplicar la presunción de pertenencia por mitad que, establece el artículo 1441 del Código civil<sup>59</sup>.

## 2.2. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS CONTRAÍDAS POR CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.

En caso de concurso de uno de los cónyuges, el artículo 1442 del Código civil remite a las disposiciones de la legislación concursal.

En concreto a los artículos 195 a 197 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) relativos a la presunción de donaciones, al pacto de sobrevivencia entre cónyuges y las cuentas indistinta

El primero de tales preceptos, contiene una doble presunción de fraude con la finalidad de evitar que, se perjudiquen los intereses de los acreedores con el traspaso de bienes entre los cónyuges ante una eventual situación concursal de cualquiera de ellos<sup>60</sup>.

La primera de tales presunciones se contiene en el apartado 1 del citado artículo 195 que, establece que, si el concursado estuviese casado en régimen de

separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa activa, salvo prueba en contrario, que el concursado había donado a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por este, durante el año anterior a la declaración del concurso para la adquisición a título oneroso de bienes o derechos. De forma que, en todas las adquisiciones de bienes o derechos realizadas por el cónyuge del concursado en el año anterior a la declaración del concurso se entiende, que se ha donado por el cónyuge concursado la mitad de la contraprestación satisfecha en tales adquisiciones y, por ende, se presumen fraudulentas frente a los acreedores. Dado que se trata de una donación, será rescindible mediante el ejercicio de la acción rescisoria del artículo 226 del TRLC (acción de reintegración) y el cónyuge del concursado, aunque será titular del bien adquirido, deberá, no obstante restituir a la masa activa del concurso la mitad del importe invertido en la adquisición.

Por su parte, la segunda presunción de donación se contiene en el apartado 2 del mencionado artículo 195 y dispone, al respecto, que si la administración concursal logra probar que la contraprestación pagada por el cónyuge del concursado casado en régimen de separación de bienes procedió directa o indirectamente del patrimonio del concursado, se presume, salvo prueba en contrario, que se ha donado la totalidad de la contraprestación. De no probar la administración concursal tal extremo, se aplica la presunción de indivisión (por mitad), del artículo 1441 del Código civil. De forma que, corresponde a cada cónyuge la mitad del bien, pudiendo ser incorporada por la administración concursal a la masa activa del concurso solo la mitad del bien (la perteneciente al cónyuge concursado). La diferencia respecto de la presunción anterior es que, en este caso, corresponde a la administración concursal probar el origen de los fondos empleados para la adquisición onerosa de bienes y derechos por el cónyuge del concursado y, en consecuencia, que han salido de su patrimonio en perjuicio del interés de los acreedores. Por tanto, en este supuesto se presume donación la totalidad de la contraprestación y no de la mitad como en el anterior.

Para la operatividad de ambas presunciones, se requiere que: 1. Se haya declarado el concurso de uno de los cónyuges; 2. El régimen matrimonial sea el de separación de bienes; 3. Se trate de adquisiciones onerosas de bienes y derechos por parte del cónyuge del concursado. Por lo que, las adquisiciones a título gratuito, procedan de un tercero o del propio concursado, no forman parte del ámbito objetivo de aplicación del precepto, sin perjuicio que tales donaciones (partiendo de las presunciones absolutas de perjuicio previstas en el artículo 227 del TRLC) puedan ser rescindibles, si han tenido lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta (art. 226 del TRLC). Tampoco se aplican a las operaciones no consumadas —al exigirse la consumación del negocio adquisitivo y su incorporación al patrimonio del cónyuge del concursado—, ni a los contratos con precio aplazado cuando no se ha desembolsado este en su totalidad, o cuando exista un pacto de reserva de dominio activo<sup>61</sup>. De existir un pago parcial, a este solo se aplica la presunción; 4. La adquisición onerosa por el cónyuge del concursado haya tenido lugar durante el año anterior a la declaración del concurso. Si bien, conviene precisar que, este ámbito temporal alcanza a la primera presunción, pues, la segunda de las presunciones actúa con independencia de la fecha de la adquisición onerosa. No tiene límite de tiempo; y 5. Según establece el artículo 195.3 del TRLC que, en el momento de la realización de la adquisición onerosa, los cónyuges no puedan estar separados judicialmente o de hecho, siendo irrelevante la situación conyugal anterior o posterior a tal momento<sup>62</sup>. Para CUENA CASAS hay que dudar de la constitucionalidad de la presunción, al otorgar un trato de desfavor al matrimonio,

pues, las consecuencias derivadas de la presunción muciana del artículo 195 del TRLC no alcanza a las uniones de hecho<sup>63</sup>.

Ahora bien, de operar los requisitos se podrá incorporar la mitad o la totalidad de importe (o fondos) empleados para la adquisición, pero no la titularidad del bien que, pertenece al cónyuge del concursado.

De todas formas, conviene de nuevo, precisar, sin afán reiterativo que, las presunciones de donación de los fondos del artículo 195 del TRLC exigen el necesario ejercicio de las acciones rescisorias del artículo 226 del TRLC para su operatividad.

Asimismo, hemos de recordar que, la acción concursal tiene un plazo temporal —el periodo sospechoso de dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso—. Por lo que las donaciones realizadas en dicho periodo podrán ser rescindidas conforme lo dispuesto en el citado precepto legal; y las anteriores a ese periodo, el artículo 238 del TRLC establece que también podrá impugnarse, una vez declarado el concurso, mediante el ejercicio de cualesquiera otras acciones que proceden conforme al derecho general —acción rescisoria común (art. 1291 del CC), que podrá ejercerse en el plazo de cuatro años (art. 1299 del CC)—.

Por otra parte, si ambos cónyuges han contratado a título oneroso en dicho periodo sospechoso y al ser el cónyuge comprador persona relacionada con el concursado, también cabe la impugnación de tales negocios dispositivos si se han realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, presumiéndose, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial (art. 228.1 del TRLC).

Las presunciones contenidas en el artículo 195, son *iuris tantum*, por lo que admiten prueba en contrario. En relación con la primera presunción, el cónyuge del concursado habrá de probar la procedencia propia de los recursos empleados; y respecto de la segunda se debe demostrar que, el título de adquisición de los bienes o derechos no ha sido una donación, sino cualquier otro título adquisitivo<sup>64</sup>.

En cuanto al *pacto de sobrevivencia entre cónyuges*, hemos de comenzar señalando que, carece de regulación en nuestro Código civil, a diferencia de lo previsto en otros ordenamientos como el Código civil catalán que, se refiere al mismo en el artículo 231-15, pero ello no impide que, se pueda pactar con el límite de lo previsto en las normas sucesorias.

Tal pacto supone que los cónyuges adquieren un bien en régimen de comunidad o copropiedad por cuotas y a la vez, pactan en el título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos, el sobreviviente devendrá único titular de la totalidad del bien.

Pues bien, de declararse en concurso cualquiera de los cónyuges el artículo 196 del TRLC establece que, la mitad del bien adquirido con ese pacto de sobrevivencia se integra en la masa activa del concurso en beneficio de los acreedores. No obstante, el cónyuge del concursado puede, conforme dispone el artículo 194.1 del citado cuerpo legal, adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor que, viene a integrarse en la masa (derecho de adquisición del cónyuge del concursado).

Por último, en relación con las *cuentas bancarias indistintas*, se ha de partir que, la cotitularidad de la misma no determina necesariamente la copropiedad de los fondos<sup>65</sup>; no obstante, el artículo 197 del TRLC dispone que, si el saldo es acreedor, este se integra en su totalidad en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. Se trata de una presunción *iuris tantum* de titularidad de tal saldo acreedor a favor del

cónyuge concursado<sup>66</sup>. Por el contrario, si el saldo es deudor no opera la citada presunción de titularidad exclusiva.

El momento para que el saldo acreedor forme parte de la masa activa del cónyuge concursado es el del auto de declaración del concurso (art. 24.1 del TRLC).

En todo caso, el cónyuge del concursado podrá impugnar la decisión de la administración concursal sobre el saldo mediante un incidente concursal, probando para ello la titularidad propia o privativa de los fondos (art. 532.1 TRLC se tramitará en la forma establecida para el juicio verbal con las especialidades establecidas en la ley).

### III. DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DOMÉSTICA

#### 3.1. CONCEPTO DE CARGAS DEL MATRIMONIO

El artículo 1318.1 se caracteriza por ser una norma de carácter general, en tanto se aplica a todo régimen económico matrimonial y sin transcendencia en otras relaciones jurídicas aisladas que, pueden presentarse entre los cónyuges, como la prestación de alimentos, aunque en ocasiones sea difícil fijar el límite<sup>67</sup>. Igualmente, es una norma de carácter imperativo en un doble sentido: por ser una norma que inspira el orden público sistemático, y porque su aplicación es de obligado e inexcusable cumplimiento en todos los regímenes económicos matrimoniales<sup>68</sup>; no siendo posible un pacto global que tenga por finalidad excluir por completo el contenido de la norma a uno de los cónyuges, aunque sí un pacto o convenio en el que se concrete la cuantía de contribución de cada uno de los cónyuges —que dependerá del régimen matrimonial y de las concretas circunstancias familiares—; como asimismo la forma de contribución a las cargas, esto es, las medidas y las condiciones de aportación de cada uno y, la distribución interna de responsabilidades entre las distintas masas patrimoniales<sup>69</sup>. Podrá constar en capitulaciones matrimoniales, o en otra forma no necesariamente capitular<sup>70</sup>. Y, por último, representa un deber de inexcusable cumplimiento que, la ley impone expresamente a los cónyuges<sup>71</sup>.

Su fundamento lo encontramos en la necesaria colaboración entre los cónyuges consecuencia del matrimonio como algo sustancial al mismo, y en la convivencia familiar<sup>72</sup>. Ni en el artículo 1438 del Código civil ni en el artículo 1318 del mismo cuerpo legal se da una definición de cargas del matrimonio.

Se entiende por cargas del matrimonio «todos los gastos necesarios, ordinarios y extraordinarios para el sostenimiento de la familia no atribuible a ninguno de sus miembros». Concepto que se deduce del artículo 1362 del Código civil referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales y del artículo 142 del Código civil relativo al derecho de alimentos<sup>73</sup>.

MORENO MOZO conceptúa las cargas del matrimonio como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»<sup>74</sup>. Mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código civil en se de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su



vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código civil. De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del CC), del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados carga del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos<sup>75</sup>. Asimismo, pueden ser considerados carga del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son considerados como necesarios por acuerdo de los cónyuges<sup>76</sup>. Por lo que, el concepto de cargas del matrimonio es más amplio que el de potestad doméstica —deuda doméstica que se identifica con «necesidades ordinarias de la familia»—; de forma que, no toda carga del matrimonio tiene la consideración de deuda doméstica al existir gastos extraordinarios necesarios para el sostenimiento de la familia que, no entrarían en el marco del artículo 1319 del Código civil<sup>77</sup>. Desde tal perspectiva, para MONFORT FERRERO cargas del matrimonio o sostenimiento de la familia comprenderá «todo lo que, razonablemente, pueda contribuir al desarrollo y expansión en los diferentes campos ligados a la actividad cultural, intelectual o deportiva que desarrolle cualquiera de estos sujetos, incluidos los desembolsos provenientes del simple recreo o esparcimiento, así como los que derivan del mantenimiento de las conductas sociales que vengan impuestas por la posición económica de la familia o del ejercicio de acciones altruistas que la familia considera legítimas»<sup>78</sup>. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006<sup>79</sup> señala que, las cargas del matrimonio deben identificarse con el sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges y «abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar». Ahora bien, de forma mayoritaria se asimila carga matrimonial al de carga familiar, considerándose ambos términos como sinónimos<sup>80</sup>.

No obstante, el concepto de cargas familiares puede ser más amplio que el de cargas matrimoniales, al estar aquellas basadas en la relación o vínculo paterno-filial, con independencia de si existe o no vínculo matrimonial<sup>81</sup>. A tales efectos, hay que entender que, los miembros de la familia cuyos gastos de mantenimiento tienen la condición de carga matrimonial o familiar son los relativos a los cónyuges e hijos comunes<sup>82</sup>. Respecto a los hijos no comunes que, conviven en la vivienda familiar, en principio, sus gastos no cabe considerarlos como cargas matrimoniales; de manera que, no deben ser atendidos por el cónyuge no progenitor<sup>83</sup>. Por lo que, aunque tales gastos en un régimen de gananciales se abonen con recursos comunes de ambos cónyuges como son los gananciales (art. 1362.1 del CC) al considerarse deudas de la sociedad de gananciales los gastos de sostenimiento del hijo que vive en el hogar familiar; no sucede lo mismo en un régimen de separación de bienes en el que no hay patrimonio común y tampoco los frutos del patrimonio privativo son comunes (art. 1347 del CC); de forma que, no se puede exigir al cónyuge no progenitor que, tenga que atender dichos gastos proporcionalmente con su patrimonio privativo. Supuesto distinto es que exista un eventual acuerdo entre los cónyuges, aunque sea tácito; pero a falta del mismo, como señala ASÚA GONZÁLEZ no puede exigirse jurídicamente

al cónyuge no progenitor el abono de los gastos del hijo no común y que para evitarlo la solución sea la separación o el divorcio<sup>84</sup>. Por tanto, considerarlo carga del matrimonio supondría que, las necesidades de un hijo tras la ruptura matrimonial serían atendidas por los progenitores —tengan o no atribuida la guarda y custodia— y, además por el cónyuge de su progenitor; lo que no parece razonable en un régimen de separación de patrimonios<sup>85</sup>.

Sin embargo, en la regulación autonómica, el artículo 237.5 del Código civil catalán determina como gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar; entre los que destacan los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio. Con respecto a los hijos no comunes que convivan con los cónyuges se incluyen como gastos familiares los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 que dispone que «se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor, y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma».

Respecto al pago de los préstamos hipotecarios nuestro Tribunal Supremo no lo considera cargas del matrimonio<sup>86</sup>; y lo habitual es que no se contenga ningún acuerdo sobre su pago en la sentencia de divorcio, pues, dicho pago debe hacerse conforme al título constitutivo (lo normal como obligación solidaria). No obstante, nos podemos encontrar con algún pronunciamiento judicial que, o bien condena a uno de los cónyuges al pago de la totalidad de la hipoteca, lo que en todo caso, pueden generar un derecho de reembolso al liquidar el régimen de separación de bienes<sup>87</sup>; o existen pactos para el abono del préstamo hipotecario que, suponen la negativa al derecho de reintegro o reclamación de cantidad y, que tienen su operatividad en la relación interna de los cónyuges<sup>88</sup>.

Por otra parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de mayo de 2006<sup>89</sup> ha considerado que los gastos e impuestos que recaen sobre bienes que los cónyuges tiene en *pro indiviso* no pueden considerarse cargas del matrimonio y, este mismo Alto Tribunal y Sala, en Sentencia de 27 de junio de 2018<sup>90</sup>, aunque referido al régimen de gananciales, si bien aplicable a este régimen económico de separación de bienes, entiende que si no hay resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda a uno de los cónyuges el pago de las cuotas ordinarias de la Comunidad de Propietarios (art. 9 de la LPH) será a cargo de ambos cónyuges y si se ha dictado resolución judicial en este sentido, corresponderá al cónyuge al que se atribuyó el uso.

### 3.2. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

El artículo 1318 del Código civil con carácter general cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, y el artículo 1438 para la separación de bienes, impone el deber de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio<sup>91</sup>. A falta de acuerdo, señala el citado artículo 1438 se hará proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos —en dinero o en especie, esto es, mediante el trabajo en casa—<sup>92</sup>. Por lo que, la regla de la proporcionalidad opera como criterio supletorio. Para ÁLVAREZ OLALLA este deber no deriva del régimen económico matrimonial, sino del principio de colabo-

ración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges, de tal manera que el régimen económico solo fija el modo en que el deber ha de cumplirse<sup>93</sup>. En todo caso, se trata de una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que origina atender a las cargas del matrimonio. Por lo que serán válidos los pactos en que se disponga que uno de los cónyuges se haga cargo de determinadas cargas familiares o, se concrete una suma fija que, deben pagar ambos cónyuges, o en fin que, una parte o la totalidad de los recursos económicos de uno de los cónyuges se destine a cubrir tales cargas<sup>94</sup>.

Por lo que, el propio precepto fija dos criterios para el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio: el pactado por los cónyuges y subsidiariamente, el deber de contribución proporcional a los recursos económicos —se aplica el tantas veces mencionado criterio legal de la proporcionalidad—. Ambos operan en la esfera interna al concretar de forma expresa como los cónyuges han de contribuir al pago de los gastos que, tienen la consideración de cargas del matrimonio. Por lo que, no es oponible frente a terceros<sup>95</sup>. Lo importante es como precisa LACRUZ BERDEJO no es quién se obliga y quién responde, sino en cuanto y en cómo se contribuye<sup>96</sup>. Por tanto, en la esfera externa es donde se determina la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros; de forma que, cuando se trata de un gasto necesario extraordinario que, no es subsumible en el concepto de deuda doméstica, aunque si en el de cargas del matrimonio, responden frente a terceros el cónyuge deudor; quien luego podrá exigir el reembolso al otro cónyuge de las cantidades abonadas que, excedan de lo que proporcionalmente a sus recursos económicos les corresponde<sup>97</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 6 de abril de 2016<sup>98</sup> se entiende como cargas «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, lo que incluya el sustento y la educación de los hijos, la manutención del otro cónyuge, y las deudas familiares; lo que comprende los gastos que exija la conservación de los bienes del matrimonio». No se consideran cargas del matrimonio, por tanto, «los gastos generados por bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, al tratarse de un régimen de separación de bienes en el que no hay patrimonio común familiar».

En cuanto a los gastos familiares que objetivamente tienen la consideración de cargas del matrimonio son los necesarios, ya serán ordinarios o extraordinarios para el sostenimiento de la familia, teniendo en cuenta el nivel de vida y las circunstancias de la familia (art. 1319 del CC)<sup>99</sup>. Así el gasto del alquiler de la vivienda familiar tiene la consideración de carga matrimonial; y también los de consumo (gas, teléfono, luz, etc.)<sup>100</sup>. En cuanto a la adquisición de bienes muebles, cuando el gasto es realizado para atender las necesidades ordinarias de la familia, la responsabilidad por la deuda contraída también alcanza al otro cónyuge, aunque sea subsidiariamente<sup>101</sup>. Respecto al pago del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda privativa de uno de los cónyuges, este corresponde a su titular; pues, en el régimen de separación la regla es la separación de patrimonios y responsabilidades y dado que no juega el principio de subrogación real, es propietario el cónyuge adquirente. El hecho que el otro cónyuge aporte fondos para el abono del préstamo que, le permita la adquisición del bien inmueble por su cónyuge, no le otorga ningún derecho dominical sobre el bien; por lo que al no configurarse como carga del matrimonio, supondría que el cónyuge no titular contribuiría a la adquisición de un bien propiedad del otro cónyuge, ostentando un derecho de reembolso. Por lo tanto, en los términos apuntados, quedan excluidos del concepto de cargas del matrimonio en un régimen

de separación de bienes aquellos gastos que tienen por objeto la adquisición de bienes de inversión, como por ejemplo la adquisición de vivienda con préstamo hipotecario, al ser deudas y no cargas del matrimonio las cuotas hipotecarias<sup>102</sup>. Otra cosa es que, la adquisición de la vivienda familiar se haga conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de comunidad de bienes o copropiedad por cuotas; de forma que, cada uno de los cónyuges deberá abonar el préstamo o crédito hipotecario en función de su cuota de participación y por supuesto, al título obligacional, si no se ha pactado otra cosa (art. 393 del CC) en proporción a los ingresos de cada uno<sup>103</sup>.

Por todo lo expuesto, en el supuesto de adquisición por uno de los cónyuges de la vivienda al estar ante una carga de la propiedad y no del matrimonio, en el caso hipotético que un cónyuge contribuyera más que el otro, tal exceso sería compensado por medio de un derecho de reembolso<sup>104</sup>. Por tanto, la posible inversión económica de uno de los cónyuges en el patrimonio privativo del otro, tan solo podrá determinar la existencia de un crédito reintegrable, pero en ningún caso dará derecho al inversor a participar en el aumento de valor del bien. Sí serán cargas del matrimonio los gastos de reparaciones o conservación ocasionados por el uso familiar, no los gastos de adquisición o mejora al quedar el bien en el patrimonio de uno de los cónyuges sin participación alguna del otro<sup>105</sup>. En relación con la responsabilidad extracontractual debe considerarse que es carga del matrimonio el abono de las indemnizaciones debidas a daños causados por hechos propios de ambos cónyuges o por hecho ajeno —v.gr. los hijos comunes (art. 1903 del CC)—. Ambos deben responder en tales casos, como también por los daños causados por las cosas propiedad de ambos; y los gastos necesarios para defender intereses relacionados con el grupo familiar, pues, son también cargas del matrimonio<sup>106</sup>.

Ahora bien, esta obligación de contribuir a las cargas del matrimonio subsiste en tanto exista régimen económico matrimonial (art. 95 del CC). Producida la crisis matrimonial, el concepto de cargas del matrimonio se disocia en el de alimentos a favor del cónyuge e hijos comunes —en caso de separación—; y pensión compensatoria (art. 97 del CC) cuya finalidad es corregir el desequilibrio económico entre los cónyuges y no cubrir una necesidad alimenticia<sup>107</sup>. Tras la disolución del matrimonio no cabe hablar técnicamente de «carga matrimonial» ni de criterio de proporcionalidad.

En este contexto, el artículo 1438 del Código civil se refiere de manera expresa a la forma de contribuir a las cargas del matrimonio que tiene los cónyuges en su ámbito interno. Como tal norma de distribución el citado precepto establece dos criterios fundamentales a la hora de dar cumplimiento a ese deber: uno, dando entrada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges; y otro, en defecto de pacto, al establecer como criterio de contribución el de la proporcionalidad a sus respectivos recursos económicos.

Tal como hemos precisado, en el esquema económico de contribución a las cargas familiares con carácter preferencial se opta por el acuerdo de los cónyuges, pues, ellos son los que mejor conocen las circunstancias concretas y específicas de su matrimonio. En la doctrina actual se admiten estos convenios o pactos considerando la regulación del Código civil como de derecho dispositivo y no de *ius cogens*<sup>108</sup>. En todo caso, los acuerdos llevados a cabo por los cónyuges en este ámbito deben respetar los límites generales del artículo 1328 del Código civil. De forma que, en aquellos casos en que esta libertad de pactos encubre o contribuye a una desigualdad entre cónyuges; tal cláusula debe ser considerada nula por ilícita<sup>109</sup>.

Así tales acuerdos respetando los límites legales, resultan válidos en las relaciones *inter partes*; siendo inoponibles frente a terceros en lo referente a las cargas del matrimonio que tengan la consideración de deuda doméstica al tener el artículo 1319 del Código civil naturaleza imperativa<sup>110</sup>. Para la mayoría de la doctrina los cónyuges van a poder determinar básicamente cómo se van a repartir las cargas, qué cantidad tienen que aportar cada uno y de qué manera se va a ejecutar la obligación de contribuir; de forma que, los pactos a los que pueden llegar las partes serán muy variados: establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos (mitad, un tercio, un cuarto); determinación de una cantidad periódica fija susceptible de actualización, o variable en función de las cargas asumidas en los distintos periodos (constante matrimonio o tras la separación)<sup>111</sup>.

En este contexto, admitida la posibilidad de pactos y por tanto, la concreción de los cónyuges de cómo han de subvenir a las cargas del matrimonio, hemos de plantearnos si se exige una determinada forma para estos pactos o acuerdos. Frente a un sector minoritario de la doctrina que, se inclina por exigir la forma pública y más, en concreto, en capitulaciones matrimoniales al suponer una manifestación del régimen económico y como tal debe constar en capitulaciones<sup>112</sup>; la opinión mayoritaria defiende la tesis contraria y entiende que, no es necesario que dichos pactos o convenios reguladores conste en capitulaciones matrimoniales<sup>113</sup>. Aunque nuestra opinión se identifica con este criterio dominante, hemos de precisar que, si el pacto consta en capitulaciones matrimoniales no estamos ante exactamente una estipulación capitular, sino más bien ante un pacto capitular. Como el principio de libertad de forma debe imperar en este campo, tampoco resulta necesario que tales pactos consten en documento público distinto de las capitulaciones matrimoniales, ni siquiera en documento privado, incluso puede no constar de forma expresa, sino deducirse del comportamiento cotidiano de los cónyuges —acuerdos tácitos<sup>114</sup>—.

Ahora bien, admitida de forma mayoritaria por la doctrina la validez del pacto o cláusula de exoneración total de uno de los cónyuges, cabe plantearse la validez de los pactos o cláusulas por los que la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas sea realizada por los esposos de forma distinta al criterio de proporcionalidad. Como señala MONTÉS PENADES el convenio de los cónyuges al respecto puede tener un contenido muy variado: por ejemplo, limitar la contribución de uno de los esposos a una cantidad periódica fija e invariable (mensual o anual); o a una porción o porcentaje preestablecido de los ingresos de cada uno de los esposos, o, en fin, limitarla a una porción de los ingresos personales de cada uno de los cónyuges supliendo el otro el resto, etc.<sup>115</sup>. Todas estas posibles combinaciones tienen de común modalizar el *quantum* de la obligación exigible a cada uno de los esposos. De forma que, como se entiende de forma mayoritaria por la doctrina, no ofrece dudas la admisibilidad de cláusulas de este tipo en que la contribución no sea proporcional<sup>116</sup>. Más discutible es considerar como admisibles y válidos los acuerdos sobre contribución no proporcional a las cargas del matrimonio de forma tácita, es decir, deducirse del comportamiento de las partes, pues, como indica la mayoría de la doctrina, ello implicaría legalizar un incumplimiento de tal obligación y supondría un importante obstáculo a la reclamación futura de reintegros por parte del cónyuge que generosamente contribuye en mayor proporción y vetaría el fundamento mismo de la compensación por el trabajo doméstico<sup>117</sup>. No obstante, no faltan quienes admiten este tipo de pactos en cuanto pueden establecerse incluso a través del comportamiento cotidiano de los cónyuges; si bien, se destaca las dificultades que puede entrañar de cara a futuras pretensiones de reembolso entre cónyuges<sup>118</sup>.

Ahora bien, aunque, a nuestro entender, no se considera admisible romper la regla de la proporcionalidad mediante un acuerdo tácito; si consideramos acertado, como señala CUENA CASAS la validez de un acuerdo en que se considerase que determinado gasto sea carga del matrimonio, cuando se respete el contenido mínimo de las cargas del matrimonio<sup>119</sup>.

Además del criterio de lo acordado por los cónyuges, el artículo 1438 habla de proporcionalidad de los recursos económicos —a diferencia de la redacción originaria del citado artículo que se refería a la proporcionalidad de los bienes— englobando rentas del trabajo y de capital, sin establecer un criterio de prioridad o de ordenación entre ambos tipos de recursos, por lo que deben entenderse incluidos los bienes improductivos. De manera que si un cónyuge tiene este tipo de bienes, y el otro solo sus ingresos por trabajo personal, ambos tipos de bienes deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la obligación de contribución de cada uno<sup>120</sup>; llegándose incluso a afirmar que su titular puede ser obligado a venderlos para cumplir su obligación<sup>121</sup>. En todo caso, para JIMÉNEZ GALLEGO se refiere esta regla tanto a recursos como al patrimonio, sin diferenciar, ni establecer prioridades entre ambos<sup>122</sup>. Por su parte, señala ÁLVAREZ OLALLA que, se trata de equiparar al cónyuge más débil económicamente respecto a su consorte; de manera que, ambos cónyuges disfrutan del nivel de vida que les permitan los recursos económicos del cónyuge con mejor posición económica; en otras palabras el cónyuge con menores ingresos va a disfrutar de un nivel de vida superior al que corresponde a su propia situación económica<sup>123</sup>.

Todo ello a diferencia de lo que acontece en el artículo 231-6 del Código civil catalán donde se debe contribuir a los gastos familiares con los recursos procedentes de su actividad, o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y si estos son insuficientes en proporción a sus patrimonios. Según este criterio, rentas e ingresos estarían en idéntico nivel de afección o de operatividad que los bienes que forman el patrimonio de los cónyuges. De forma que, el cónyuge que no tiene ingresos suficientes se vería abocado a vender parte de sus bienes para hacer frente a su obligación de contribuir que, le es exigida, aunque realmente no resulte necesario en términos económicos, como se precisa, si su consorte se basta por sí solo para sufragar todas esas cargas<sup>124</sup>. Ahora bien, puede no ser económicamente rentable la venta del patrimonio improductivo solo para que el cónyuge titular pueda abonar su parte. Por lo tanto, en las relaciones entre ingresos o rentas y bienes o capital debe resolverse estableciendo una preferencia de los ingresos o rentas como medio idóneo para hacer frente al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si bien, frente a quienes consideran que lo razonable es que las rentas de capital se tengan también en cuenta para calcular la parte que corresponde abonar a cada cónyuge<sup>125</sup>; otros, en cambio, entienden que debería ser en proporción a los ingresos o rentas de cada cónyuge como habría de calcularse la proporción, sin tomar en consideración el patrimonio improductivo que solo responde subsidiariamente<sup>126</sup>. En todo caso, si el abono efectivo de los gastos que se deriven de las cargas del matrimonio no puede producirse por falta de liquidez de uno de los cónyuges, el otro deberá satisfacer los gastos, pagando la parte que le corresponde al otro; lo que genera un derecho de reembolso (art. 1319.2 del CC) que, puede hacerse efectivo en la liquidación del régimen, salvo que hubiese sido exonerado del deber de contribución. Solo en caso de falta de liquidez de ambos cónyuges se podría obligar al cónyuge propietario del patrimonio improductivo a proceder a su enajenación.



### 3.3. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DE CASA. EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

Como hemos indicado, los acreedores pueden hacer efectivas tales deudas contraídas por uno solo de los cónyuges sobre su patrimonio y subsidiariamente sobre el del otro cónyuge (art. 1319 del CC), sin perjuicio del derecho a exigir al otro tanto la aportación que le corresponde realizar respecto de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1438 del citado cuerpo legal), como el exceso de aportación realizada por uno de los cónyuges. Si se trata de obligaciones exclusivas de los cónyuges responden de ellas con sus propios bienes. En fin, si uno de los cónyuges ha administrado el patrimonio del otro deberá rendir cuentas, pero no respecto de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que, no los invirtió en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

Ahora bien, en el ámbito de la contribución a las cargas del matrimonio, corresponde analizar la compensación por el trabajo doméstico a la que se refiere el citado artículo 1438 del Código civil cuando señala que «el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que, el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación»<sup>127</sup>.

GUILARTE MARTÍN-CALERO la define como «aquella compensación económica que tienen derecho a percibir el cónyuge que, habiéndose dedicado al cuidado del hogar y de la prole, en exclusiva o en mejor proporción que el otro, de su cónyuge o de los herederos de este, si durante la vigencia del régimen de separación, su patrimonio privativo experimentó un incremento debido a la actividad económica o patrimonial desarrollada por aquel»<sup>128</sup>. Desde tal concepto dos elementos integran el concepto de compensación por el trabajo doméstico: el trabajo para la casa de uno; y el incremento patrimonial procedente de la actividad económica y profesional del otro.

Para MONTÉS PENADES esta disposición legal introduce una regla anómala en el régimen de separación de bienes, pues se traduce en una concreción comunitaria impropia de tal régimen. Y añade «en cuanto a la supresión de la referencia al enriquecimiento del otro cónyuge como presupuesto del crédito a la compensación, hay que hacer notar que, la equidad seguirá pesando (art. 3.2 del CC) entre las circunstancias, que habrá de tener en cuenta el juez para la determinación de la compensación, entre las cuales se habrá de ponderar la de haberse producido o no enriquecimiento, el cual puede deberse a la especial dedicación de quien asume tareas y cargas que, en principio, pesan sobre los dos cónyuges, como, por otra parte, determinará la exoneración del cónyuge que, se empobreció sufragando cargas familiares»<sup>129</sup>. Por su parte, ÁLVAREZ OLALLA considera que, el establecimiento legal de la compensación no es sino una mera concreción o reiteración del derecho de reintegro del artículo 1319.3 del Código civil, la cual se regirá por las mismas reglas que los reembolsos procedentes en los demás casos de aportaciones desproporcionadas. Habrá de compensar ese trabajo cuando su valor excede de la cuantía en que al cónyuge que la realiza le corresponderá contribuir. Y afirma también esta autora que «admitir esa “compensación” al finalizar el régimen al margen de la disciplina de contribución a las cargas supondría la introducción de un verdadero enclave comunitario en el régimen de separación, poco adecuado teniendo en cuenta los principios en los que el mismo se inspira: equiparación del nivel de vida de ambos cónyuges, en tanto existe comunidad de vida, con ausencia de consecuencias patrimoniales ulteriores, derivadas del propio régimen económico»<sup>130</sup>.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica, hay que señalar que, se trata de una norma de liquidación de bienes cuya finalidad es compensar el desequili-

brio patrimonial que provoca el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges<sup>131</sup>; no resultando compatible con una situación en que el régimen de separación no existe<sup>132</sup>. Se trata de «un mecanismo corrector de la independencia patrimonial del régimen de separación de bienes de carácter legal y subsidiario de la previsión de la voluntad de los cónyuges que podrán neutralizar la falta de solidaridad conyugal del régimen con la adquisición conjunta de bienes durante la vigencia del mismo o con la fijación *ex ante* de una compensación por el trabajo para la casa»<sup>133</sup>.

Ahora bien, no existe en la doctrina un acuerdo unánime acerca del fundamento de esta compensación. Así en el restablecimiento de la regla de la proporcionalidad, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO considera que la compensación pactada cuando el valor del trabajo realizado en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos<sup>134</sup>.

Para otros, como DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ «el espíritu que debe presidir la inteligencia de la norma es evitar las situaciones de sobrecontribución, cuando además de contribuir mediante la realización de un trabajo, se realizan trabajos para la casa, o para otro esposo, sin retribución o con retribución insuficiente. Es decir, una vez rota la regla de la proporcionalidad, lo que persigue la compensación es restablecer el equilibrio, pero no puede pretenderse pese al deseo de muchos y en particular, de numerosos pronunciamientos judiciales convertir la regla en una sobreaportación de la labor de la casa por encima y, en detrimento, de cualesquiera otras formas de contribución»<sup>135</sup>.

También se ha defendido que el derecho a obtener una compensación por el trabajo se funda en la existencia de un enriquecimiento injusto. Así MORENO-TORRES señala que, la finalidad del artículo 1438 del Código civil es evitar que el cónyuge que ha ejercido durante el régimen de separación una profesión u oficio se enriquezca a costa del que, entretanto, se ha ocupado de atender las necesidades domésticas<sup>136</sup>.

Por su parte, ALBALADEJO entiende que, la compensación sería una especie de indemnización por paro que, englobaría también sueldos dejados por percibir<sup>137</sup>. REBOLLEDO VARELA defiende que, se trata de paliar el principal defecto que se ha señalado en el régimen de separación de bienes que, no hace participar a ambos cónyuges de las ganancias del matrimonio, pensándose así en la situación del cónyuge que se dedica al hogar y no realiza actividad remunerada; lo que no justifica que se le reconozca legalmente el derecho a una compensación económica; por lo que se busca solventar, por una vía equivocada, el problema de la desprotección del cónyuge que no tiene ingresos propios, que no participa en las ganancias de su cónyuge y con un sistema sucesorio ideado para la sociedad de gananciales, les confiere una legítima muy reducida; y añade, «los propios cónyuges que han pactado el régimen tienen en sus manos los medios jurídicos suficientes para evitar el principal inconveniente del régimen: la posible situación de precariedad a su extinción del cónyuge que ha permanecido dedicado a las actividades de la casa, y ello sin necesidad de compensación legal»<sup>138</sup>.

Asimismo, se alude a la pérdida de expectativas laborales o profesionales, promoción profesional o laboral y, en definitiva, la pérdida de oportunidades de incrementar con el trabajo o actuación, realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio<sup>139</sup>. Así LASARTE ÁLVAREZ señala que, quizá pudiera encontrar explicación la norma «en la generalizada minusvaloración del quehacer doméstico y en la pretensión del legislador de beneficiar a aquel de los cónyuges que sacrifica su capacidad laboral o profesional en favor del otro cónyuge sobre todo cuando existe

separación de bienes y por tanto, quien no genera ingresos, no puede participar de las propias de su consorte»<sup>140</sup>.

En todo caso, esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio que por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma. Este artículo 1438 tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, durante la reunión 298, en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, número 8 i) establece que «las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribuciones a las cargas familiares». En este sentido se ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujo el artículo 68 del Código civil, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes; por lo que si son satisfechas exclusivamente por uno de los cónyuges, se establezca un derecho a la compensación.

Sobre tales bases, en el ámbito de la jurisprudencia menor se fundamenta la compensación por el trabajo doméstico por algunas resoluciones en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas del matrimonio<sup>141</sup>; asimismo, en la existencia de una desigualdad peyorativa para quien desempeña tareas domésticas con una significativa labor asistencial a favor de la familia, pues su inexistencia supondría denegar la pensión cuando el 100% del salario del otro cónyuge se destina al levantamiento de las cargas del matrimonio<sup>142</sup>; en la necesidad de reequilibrar de forma equitativa la situación del cónyuge más perjudicado y tratar de resarcir de algún modo el tiempo invertido<sup>143</sup>; también en la propia desigualdad que se observa al final del matrimonio, pues, el que ha podido disponer de tiempo para desarrollarse profesionalmente se encuentra en una situación mucho más ventajosa que el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas<sup>144</sup>; y, en fin, se dispone que, la exigencia de la dedicación al trabajo debería hacerse de forma exclusiva y excluyente —solo con el trabajo realizado para la casa—, aunque esto implique un incumplimiento del deber del matrimonio de compartir las tareas domésticas (art. 68 del CC); excluyéndose, por tanto que, sea necesario para obtener la compensación, que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge<sup>145</sup>.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 —en unificación de doctrina<sup>146</sup>— fija como doctrina jurisprudencial lo siguiente. «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que, se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge»<sup>147</sup>. Asimismo, en Sentencia de este Alto Tribunal del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de marzo<sup>148</sup> y, de 14 de abril de 2015<sup>149</sup> se inclinan por el trabajo doméstico con

el carácter de exclusivo no excluyente. Lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que le reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial o en jornada completa y no exclusiva; y, asimismo, cuando esta dedicación siendo exclusiva la realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa.

La Sentencia de este mismo Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015<sup>150</sup> precisa en su *Fundamento de Derecho tercero* que «(...) Lo cierto es que la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges, y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chófer pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la “dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor de la prole, que difícilmente forma parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico”. Esta Sala ha recordado que, la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, “pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”, como ocurre en este caso».

Por lo que ambas resoluciones fijan como doctrina jurisprudencial que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente; lo que no impide reconocer el derecho a la compensación: 1. En aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial o completo; y 2. No excluir la compensación cuando esta dedicación siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa que, en todo caso, pueden influir en su cuantificación.

Asimismo, en esta línea, señala a su vez la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015<sup>151</sup> que «se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación y que pueda hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente».

Lo cierto es que, frente a esta posición del Tribunal Supremo, hay que señalar que, ni el trabajo realizado por el cónyuge fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica puede ser motivo para la denegación, pues, lo determinante es la alteración en la regla de la proporcionalidad que determina que, la aportación del cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas o compaginándolas con el trabajo fuera de la casa, supere lo realizado por el otro<sup>152</sup>. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar el régimen de separación de bienes es libre. Asimismo, no es incompatible la realización de una actividad profesional con la dedicación a la casa.

Ahora bien, este desequilibrio en las aportaciones puede tener lugar tanto si el cónyuge se dedica en exclusiva a las tareas del hogar; como si lo hace compaginándolo con una actividad profesional o empresarial a tiempo parcial o completo poco o nada remuneradas<sup>153</sup>; o simplemente, recibe ayuda de una tercera persona<sup>154</sup>. Reducirlo exclusivamente a cuando el cónyuge acreedor se dedica al trabajo doméstico, como parece operar el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias supone reducir el campo de aplicación de esta compensación en exceso,

perjudicando a quienes —que en la actualidad son la mayoría— compagina el trabajo en el hogar con una actividad profesional o empresarial.

Sobre tales bases, hay que manifestar que, la Sala Primera ha mantenido una reiterada doctrina jurisprudencial en la que se ha venido exigiendo para el reconocimiento de dicha compensación económica que, la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico fuera «exclusiva», esto es, solo con el trabajo realizado para la casa; lo que ha impedido el reconocimiento del citado derecho en aquellos supuestos en el que el cónyuge que lo reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa. Doctrina esta que ha sido matizada en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2017<sup>155</sup> en la que se atendió para denegar esta compensación económica a que el trabajo realizado lo fuera «por cuenta ajena». De todas formas, la Sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 14 de marzo de 2017<sup>156</sup> después de señalar que, la esposa ha tenido plena y exclusiva dedicación al cuidado del marido y de los hijos habidos en el matrimonio, aprecia que «en ningún caso el artículo 1438 del Código civil exige que para ser merecedora de la compensación haya existido una imposibilidad probada y manifiesta para poder trabajar fuera de la casa por parte del cónyuge que solicita la compensación».

De nuevo, el Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de abril de 2017<sup>157</sup> se pronuncia para interpretar la expresión «trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil». Al efecto señala en su *Fundamento de Derecho séptimo* que, la regla sobre compensación contenida en el citado precepto, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. No obstante, en la realidad social actual (art. 3.1 del CC), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización doméstica y familiar. Y, así en el concreto caso examinado, se destaca por la sentencia que, la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por todo ello, la Sala declara que, la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa a los efectos de la compensación económica del artículo 1438 del Código civil, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el citado precepto, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Así «con este pronunciamiento se adapta la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en Sentencias 534/2011, 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar, sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de la indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en la Sentencia 136/2016, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a

la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado por “cuenta ajena”».

De la doctrina jurisprudencial expuesta, destaca la Sala que, si un cónyuge asume la dirección de la vida familiar, realizando por sí las tareas domésticas o llevándolas a cabo bajo su dirección, tiene derecho a una compensación. Se exige para ello que, la dedicación a las tareas domésticas sea en «exclusiva». Si bien, se mantiene la compensación cuando el otro cónyuge colabora ocasionalmente en las tareas del hogar sobre la base de lo dispuesto en el artículo 68 del Código civil, o se ayuda el cónyuge acreedor de un tercero para la realización de las tareas domésticas; lo que puede tenerse en cuenta para la cuantificación de la compensación, pero no en el derecho a percibir tal compensación<sup>158</sup>. Por el contrario, si el cónyuge además de realizar las tareas de la casa, desempeña un trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a la compensación. Sin embargo, para la jurisprudencia menor, la *ratio* del artículo 1438 del Código civil no exige una contribución «exclusiva, excluyente y directa», sino que la desigualdad que, se trata de corregir no solo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida; de ahí que, tendrían derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral.

En fin, como indica el Alto Tribunal, en la realidad social actual parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para el caso, pero al mismo tiempo ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro; por tanto, trabajar para el otro cónyuge en condiciones laborales precarias, es también trabajar para la casa. Por lo que, atendiendo al contenido de esta resolución, representa doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal (desde la Sentencia de 14 de julio de 2011 hasta la Sentencia de 26 de abril de 2017) que la compensación por trabajo para la casa prevista en el artículo 1438 del Código civil solo opera cuando se ha desarrollado en forma exclusiva —SOLO en trabajos en el hogar—, o si se ha compatibilizado con alguna actividad remunerada en el negocio familiar (del consorte o suegra) y en precario<sup>159</sup>.

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial establecida en la citada resolución de 26 de abril de 2017, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2020<sup>160</sup> declara que “el caso enjuiciado difiere esencialmente de la doctrina jurisprudencial esgrimida, dado que el recurrido Sr. Benjamín no consta que trabajase con mayor intensidad en el trabajo para la casa, por lo que mantuvo intacto su desarrollo profesional. Y tanto la demandante como el demandado atendieron a sus obligaciones familiares, pero sin que conste preponderancia de alguno de ello, a lo que debe añadirse que el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia (de su esposa) fue bajo un salario adecuado y similar al que luego obtuvo en las otras farmacias que lo contrataron después de la ruptura conyugal. Por tanto, el recurrido no trabajó prioritariamente en las tareas del hogar, ni fue retribuido precariamente, por lo que procede excluir la aplicación del artículo 1438 del Código civil».

Estamos ante el supuesto que ambos cónyuges realizan el trabajo doméstico y una actividad remunerada. Como ambos cónyuges ha contribuido proporcionalmente a sus recursos económicos al sostenimiento de las cargas familiares; y, siendo uno de los criterios para fijar la compensación, precisamente la contribución de cada uno en el trabajo para la casa; en este supuesto no procede la compensación para el Sr. Benjamín. En todo caso, de probarse que uno ha aportado más de lo que le corresponde, podrían ejercer una acción de reintegro sobre la



base de lo previsto en el artículo 1319 *in fine* del Código civil y en los términos señalados en líneas precedentes —aportado más caudales propios a satisfacer las necesidades familiares—. Ahora bien, de haber probado el Sr. Benjamín que ha trabajado con más intensidad para la casa, con el consiguiente detrimento en su actividad profesional, podría solicitar una compensación, según parece deducirse de los propios términos de la citada resolución.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014<sup>161</sup> han excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que, debe pagar la compensación del trabajo doméstico; lo que contrasta con lo dispuesto en el artículo 232-5.1 del Código civil catalán que, establece al respecto que, si un cónyuge ha trabajado para la casa más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación, siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen de separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, o en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido, precisamente, un incremento patrimonial superior<sup>162</sup>, y con alguna resolución judicial que lo fundamenta en tal enriquecimiento<sup>163</sup>. De todas formas, dispone la citada resolución de nuestro Alto Tribunal, «la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa; por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta de la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí lo que en todos los emolumentos se haya dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de “desigualdad peyorativa”; y, supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo implica reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación».

Lo cierto es que, frente a esta posición del Tribunal Supremo, hay que señalar que, ni el trabajo realizado por el cónyuge fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica puede ser motivo para la denegación, pues, lo determinante es la alteración en la regla de la proporcionalidad que determina que, la aportación del cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas o compaginándolas con el trabajo fuera de la casa, supere lo realizado por el otro (hay un exceso o sobreaportación; o se ha trabajado con más intensidad para la casa)<sup>164</sup>. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar el régimen de separación de bienes, como hemos indicado, es libre. Asimismo, no es incompatible la realización de una actividad profesional con la dedicación a la casa. La compensación debería tener lugar cuando uno de los cónyuges, además de dedicarse al trabajo doméstico, desempeña una actividad profesional, empresarial o laboral remunerada fuera del hogar por cuenta propia o ajena. Ciertamente, se debería tener en cuenta que la dedicación a tareas del hogar por parte de un cónyuge le puede suponer un empobrecimiento patrimonial y una pérdida o falta de expectativas laborales, profesionales o empresariales.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que, a la extinción del régimen de separación se puede generar un desequilibrio que tiene lugar tanto en el cónyuge que se ocupa de las tareas de la casa únicamente, como el que, además, realiza un trabajo fuera del hogar. De forma que, tal trabajo en el hogar puede suponer una sobreaportación por parte del cónyuge que se dedica a las tareas domésticas; por lo que, habrá de ser compensado cuando la realización del trabajo para la casa supere, precisamente, a la contribución realizada por el otro; todo ello de

acuerdo con el criterio de proporcionalidad y los recursos económicos de los que disponen los cónyuges. Ciertamente, este desequilibrio en las aportaciones puede tener lugar tanto si el cónyuge se dedica en exclusiva a las tareas del hogar, como si lo hace compaginándolo con una actividad profesional o empresarial; o simplemente, recibe ayuda de una tercera persona<sup>165</sup>. Reducirlo exclusivamente a cuando el cónyuge acreedor se dedica al trabajo doméstico, como parece operar el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias supone reducir el campo de aplicación de esta compensación en exceso, como hemos señalado, perjudicando con ello a quienes —que en la actualidad son la mayoría— compagina el trabajo en el hogar con una actividad profesional o empresarial, esto es, además de aportar ingresos, contribuyen al trabajo doméstico. También con esta forma de proceder se perjudica al cónyuge que, destina la totalidad de los ingresos o la mayor parte de los mismos a atender a los gastos familiares, y sin haber tenido un incremento patrimonial a costa de quien atiende en exclusiva las tareas del hogar, tiene que pagar a este una compensación. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015, aun teniendo la esposa un importante patrimonio, y viviendo en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chofer y servicio doméstico, le corresponde la compensación por el trabajo doméstico, ya que se ha dedicado a la casa en exclusiva, y, además, se alude como un segundo criterio proporcional, el hecho del beneficio económico obtenido por el marido por la realización de su trabajo o actividades empresariales o profesionales; de ahí que, la esposa reclamase en la vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio, o lo que es igual una compensación de 733.056 euros por los 3.984 días de convivencia a razón de 184 euros por día —si bien, el Tribunal Supremo la reduce a doscientos cincuenta mil euros—.

En este contexto, resulta, asimismo, criticable, aunque con ello seamos reiterativos en nuestros planteamientos, la matización a esta doctrina jurisprudencial que, el Tribunal Supremo hace en su Sentencia de 28 de febrero de 2017<sup>166</sup> en la que se deniega esta compensación económica, pues, el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena» antes y después de que ambos cónyuges pasaran de un régimen de gananciales a otro de separación de bienes; y, porque «la relación conyugal no le ha impedido el desempeño de ningún puesto de trabajo y tampoco la pérdida o merma de expectativas de tal naturaleza»; además de exigir que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente. Sin embargo, en la línea del Código civil catalán que, en su artículo 232-5.2 reconoce que, hay derecho a la compensación, cuando el cónyuge ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, el Tribunal Supremo ha asimilado la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, con el «trabajo para la casa» a los efectos de reconocimiento del derecho a la compensación económica. Si bien, algo hemos avanzado en la definición de lo que supone la compensación del trabajo para la casa, aunque de una manera un tanto criticable<sup>167</sup>.

De todas formas, el trabajo para la casa o trabajo doméstico no se reduce exclusivamente a las tareas domésticas típicas, sino que es un concepto más amplio que abarca tareas para cuya realización no sería sustituible el cónyuge por un tercero, tales como la atención a los componentes de la familia, adquisición de bienes para los miembros de la familia, en suma, la tarea de dirección de las gestiones domésticas<sup>168</sup>.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019<sup>169</sup> indica que «para beneficiarse de la compensación económica del artícu-

lo 1438 del Código civil, no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico», dado que también hay funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar. También, señala que «para la atención de las tareas domésticas contó la actora con 11 empleados, dadas las dimensiones de la vivienda familiar y la capacidad económica de su esposo. Es evidente que, la posición social que le brindó el matrimonio, le dispensaba de la ejecución material de tan dignos trabajos. Ahora bien, si abordó las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar; durante la vigencia del matrimonio, así como la atención personalizada a las hijas comunes susceptible de generar una compensación económica a la extinción del régimen de separación». Por tanto, no es posible equiparar el trabajo para la casa con el trabajo doméstico, dado que, según el Alto Tribunal, aquel conlleva muchas más funciones que, puede ejercitarse o no con ayudas de terceras personas. Asimismo, el Alto Tribunal razonó que «en el caso litigioso, la demandada durante la convivencia familiar no desempeñó trabajo retribuido por cuenta ajena o de forma autónoma, sino que se dedicó principalmente a la dirección de las tareas domésticas y al cuidado personalizado de las hijas comunes, sin perjuicio de las atenciones que, igualmente, les dispensaba el padre, que tenía que compatibilizar con las exigencias derivadas de la gestión de sus negocios. Tampoco se ha declarado que la esposa colaborara con la actividad profesional o empresarial del que fue su marido. Los trabajos a los que se refiere el voto particular de la sentencia de la Audiencia los considera secundarios y sin constancia de la generación de ingresos. En consecuencia, también podría reconocerse el derecho a la compensación cuando el cónyuge además de trabajar para la casa, ha realizado algún tipo de trabajo «empresarial o laboral» sin remunerar<sup>170</sup>.

Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 14 de marzo de 2017<sup>171</sup> manifiesta que «en ningún caso el artículo 1438 exige que para ser merecedor de la compensación haya existido una imposibilidad probada y manifiesta para poder trabajar fuera de casa por parte del cónyuge que solicita la compensación».

En todo caso, en la jurisprudencia menor realizar algún trabajo remunerado en la vivienda familiar se equipara a los trabajos fuera del hogar para denegar la compensación<sup>172</sup>; o también se valora negativamente para la concesión de la compensación el hecho de realizar estudios superiores o preparar oposiciones<sup>173</sup>; o el solicitar una excedencia voluntaria durante un tiempo en el trabajo<sup>174</sup>; o en fin, cuando el matrimonio ha tenido escasa duración se opta unas veces por su concesión y en otras no —siendo esta última posición el criterio mayoritario<sup>175</sup>—; o los hijos son menores, aunque con una edad cercana a la mayoría; o, son mayores de edad<sup>176</sup>. Sin embargo, al cónyuge que se dedica a la casa, aunque formalmente aparezca como trabajador o administrador se le concede la compensación<sup>177</sup>, al igual que, al que figura como propietario de una empresa<sup>178</sup>. No así si resulta acreditado que, el cónyuge sigue realizando su actividad laboral, sin que se haya constatado que el matrimonio le impidiera o limitara dicha actividad, ni le supusiera la interrupción de su vida laboral para dedicarse al trabajo del hogar<sup>179</sup>.

Si bien cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación, partiendo de la circunstancia que, no opera la exigencia de enriquecimiento del deudor.

En este contexto, se ha de indicar que, precisamente, el artículo 1438 del Código civil no concreta los criterios para fijar el *quantum* indemnizatorio ni tiene carácter imperativo sino dispositivo, por lo que los cónyuges tienen liber-

tad y autonomía para estipular cómo ha de computarse ese trabajo doméstico, los criterios para su fijación, el *quantum*, las modalidades de pago, para luego concretar el modo o manera de afectar la compensación, la forma y el tiempo.

Al respecto, como todo lo relativo al alcance del artículo 1438, también la forma de determinar la cuantía de la compensación ofrece algunos problemas. En la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 se señala que, el artículo 1438 del Código civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, pueden establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Representa el pacto de los cónyuges cuantificando la compensación la primera opción para su fijación. No obstante, esta opción no se utiliza como sería deseable, por lo que corresponderá al juez la fijación de la misma<sup>180</sup>.

El artículo 1438 del Código civil no contiene ningún criterio de orientación que, no sea el que resulte de tratarse de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Lo que contrasta con lo previsto en legislaciones forales. Así en el artículo 232-5.3 del Código civil catalán establece diversos criterios o pautas para determinar la cuantía de la compensación por razón del trabajo como son: la duración y, la intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia, y concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho de que hay incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges<sup>181</sup>.

Por lo que tal labor de concretar los criterios o pautas corresponde a la jurisprudencia, unas veces se opta por el equivalente al salario mínimo interprofesional<sup>182</sup>; otras por el sueldo que cobraría una tercera persona por realizar ese trabajo<sup>183</sup>, de forma que, se contribuye con lo que se ha dejado de desembolsar o se ha ahorrado por la no necesidad de tener que contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar<sup>184</sup>; o por los salarios dejados de percibir por el cónyuge que solicita la compensación durante el tiempo de dedicación a la casa<sup>185</sup>. Si bien, el legislador catalán establece un límite legal máximo, en concreto, de la cuarta parte de la diferencia existente entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 232-6. No obstante, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial podrá incrementar esta cuantía (art. 232-5.4 del Código civil catalán)<sup>186</sup>. En todo caso, para MORENO-TORRES la cuantía de la compensación no ha de ser la mitad del valor atribuido a los bienes adquiridos por el cónyuge deudor durante la vigencia del régimen, pues, ello conduciría a la misma situación que, si el régimen económico fuese el de participación<sup>187</sup>. De todas formas, nada obsta para que, el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación<sup>188</sup>, que, conforme establece el citado artículo 1438 del Código civil, lo hará equitativamente. Precisamente, en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019<sup>189</sup> la Sala tiene en cuenta una serie de criterios que son objeto de una adecuada ponderación. Por una parte, se indica que, la demandante voluntariamente dejó su actividad laboral para casarse, lo que le permitió disfrutar de un extraordinario nivel de vida del que no gozaba, ni tenía posibilidades de hacerlo a través de los ingresos provenientes de su trabajo, quedando todas sus necesidades cubiertas con las aportaciones de su marido se fijó a su favor una pensión compensatoria de 75000 euros líquidos al mes, durante cinco años, lo que supone como mínimo una cantidad de 4500000 euros, sin perjuicio de las actualizaciones del IPC. Asimismo, consta que, el marido donó a su mujer durante el matrimonio unos

tres millones de euros, con 2 275 000 euros adquirió una vivienda suntuaria de la que es ahora propietaria, que fue objeto de una importante remodelación, igualmente, abonada por el marido. Todo ello no significa que la demandante no tenga derecho a una compensación del artículo 1438, que ello no cuestiona el demandado.

Ciertamente, la diferencia entre la capacidad económica entre ambos litigantes es tan abismal, que la aportación proporcional de la esposa a las cargas del matrimonio sería muy escasa, con lo que su dedicación exclusiva al hogar requiere una compensación pecuniaria, pero no de la forma que pretende la recurrente o la que fue fijada en la sentencia de la Audiencia. En consecuencia, esta Sala asumiendo la instancia «considera que, en atención a una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante durante los diez años del matrimonio en razón de unos 70 000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840 000 euros, que se consideran procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas de unos tres millones de euros, nivel de vida que disfrutó, pensión compensatoria de 75 000 euros al mes durante cinco años para cuya fijación se valoran también sus expectativas profesionales». Con anterioridad este mismo Alto Tribunal y Sala, en Sentencia de 25 de noviembre de 2015 señalaba que ante la ausencia de previsión legal en la norma para fijar la compensación debían tenerse en cuenta dos cosas: primera que, no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que puede ser participe el otro y, segunda, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma».

Ahora bien, no se duda que, la finalidad del artículo 1438 del Código civil es compensar el exceso que ha aportado quién se ha ocupado del trabajo en el hogar, y que ha de calcularse con respecto a la proporción de recursos económicos que, le corresponde aportar. Por lo que, la compensación para el hogar solo opera cuando el cónyuge que se ha dedicado a tales tareas de forma exclusiva o no y, ha contribuido en más proporción de lo que le corresponde; si bien, la cuantía no debe superar tal proporción que, efectivamente, no podrá exceder de la mitad del incremento patrimonial originado a lo largo de la vigencia del régimen de separación de bienes. En la cuantificación de la compensación de ese trabajo para la casa, se puede utilizar como referencia el salario que pudiera pagarse a una empleada doméstica; o el correspondiente al salario mínimo interprofesional<sup>190</sup>; o se deja al arbitrio del juez a través de diversos criterios ponderativos.

Por tanto, la compensación ha de cubrir el exceso en la aportación y no más. En concreto, el ahorro en costes que supone el trabajo para el hogar realizado por uno de los cónyuges ha de compararse con el que correspondería al otro cónyuge aportar en la cobertura de las cargas del matrimonio, y si resulta excesivo o desproporcionado tal ahorro de costes, ha de compensarse. En esencia, habrá de comprobarse lo que aportó uno y otro, en base a sus recursos económicos y compensar la desproporción que no deja de ser un empobrecimiento injusto, esto es, carente de causa<sup>191</sup>. En todo caso, no procede la compensación si quien se ha dedicado al trabajo para la casa, la práctica totalidad de su patrimonio privativo se ha adquirido con recursos privativos del otro cónyuge<sup>192</sup>.

De todas formas, la fijación se puede dejar al arbitrio judicial mediante diversos criterios ponderativos; o en caso, moderar la cuantía ante la existencia de determinadas circunstancias<sup>193</sup>. Precisamente, el artículo 232-5.3 del Código civil

catalán tienen en cuenta para determinar la cuantía de la compensación económica por razón del trabajo *«la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges»*<sup>194</sup>.

Ahora bien, la misma libertad que tienen los cónyuges para fijar el *quantum* de la compensación, la tienen para determinar la forma de pago de la compensación. Preferiblemente, habrá de hacerse mediante el pago de una cantidad de dinero en un pago único o a plazo<sup>195</sup>, una pensión periódica, en una cantidad a tanto alzado<sup>196</sup>, o también mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los interesados<sup>197</sup> o donación<sup>198</sup>, o porque lo concede el juez a petición fundada del acreedor<sup>199</sup>. El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de enero de 2014<sup>200</sup> consideró que no procedía la fijación de la compensación porque *«había recibido una anticipada compensación pecuniaria»* a favor de la esposa, compensación que puede tenerse en cuenta, aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación<sup>201</sup>. O tampoco procede cuando se constata que no realizando trabajo retribuido alguno durante la vigencia del régimen; sin embargo, dispone de un patrimonio que no puede provenir más que de los ingresos de su marido.

En todo caso, puede operar el pago por compensación del artículo 1438 del Código civil, asumiendo el cónyuge deudor con su dinero privativo las deudas del cónyuge que solicita<sup>202</sup>; o mediante la entrega de una cantidad de dinero<sup>203</sup>; o compensarse con la atribución de un derecho de uso de la vivienda<sup>204</sup>.

Respecto a la forma de ese posible acuerdo o convenio de las partes con relación a la compensación puede revestir cualquiera, no es preciso que conste en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al tiempo para hacer efectiva la compensación, tal como establece el Código civil tendrá lugar a la extinción del régimen de separación de bienes. No obstante, los cónyuges pueden acordar tal liquidación en un momento previo a la extinción, como, asimismo, en un momento posterior a la misma.

Por otra parte, es posible como contenido del acuerdo o pacto de los cónyuges, la renuncia a tal compensación. Parece existir un criterio mayoritario en su admisibilidad; renuncia que puede producirse durante la vigencia del régimen como y una vez producida la extinción y llegado el momento de práctica la liquidación del régimen<sup>205</sup>. Aunque no faltan quienes consideran la renuncia a tal compensación en capitulaciones como la configuración de un régimen de separación atípico<sup>206</sup>; o simplemente, niegan su viabilidad<sup>207</sup>. En todo caso, sería prudente admitir la ineficacia de tal renuncia, si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron y que no podrían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron, tal como establece el artículo 231-20 del Código civil catalán en relación con el artículo 232-5 y se admite en derecho común respecto a la renuncia a la pensión compensatoria<sup>208</sup>.

Ahora bien, se trata el artículo 1438 del Código civil, como hemos señalado, de una norma de liquidación del régimen, esto es, que opera cuando se extingue el mismo<sup>209</sup>. Por lo que, cabe señalar que, su ámbito de aplicación se extiende a todos los supuestos posibles en los que se extingue el régimen, y no solo en los casos de nulidad, separación o divorcio, siendo tal compensación por trabajo doméstico compatible con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil<sup>210</sup>. No obstante, el juez a la hora de fijar esta deberá prescindir en su cálculo como circunstancia relevante la dedicación pasada a la familia y solo fijarse en la dedicación futura. Si bien, sería conveniente que se solicitasen conjuntamente



ambas; y que se determinase primero la cuantía de la compensación, pues, el abono de esta ha de tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria<sup>211</sup>.

La compatibilidad entre la pensión compensatoria y la compensación del artículo 1438 del Código civil ha sido reconocida de forma reiterada por el Tribunal Supremo, haciendo un resumen de la doctrina, la Sentencia del citado Alto Tribunal, Sala de lo Civil de 11 de diciembre de 2019<sup>212</sup> que en su *Fundamento de Derecho cuarto* indica que «por otra parte igualmente consideramos que, en la sentencia de divorcio se ha fijado una importante pensión compensatoria, la Sentencia del Tribunal Supremo 678/2015, de 11 de diciembre de enseña que, el artículo 1438 del Código civil (...) se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque puede tener en cuenta a la hora de fijar la compensación y puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente». Esta doctrina se reproduce en la STS 94/2018, de 20 de febrero<sup>213</sup>.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017<sup>214</sup> a la hora de concretar la naturaleza jurídica de la compensación establecida en el artículo 1438 del Código civil señala en su *Fundamento de Derecho quinto* que, es preciso distinguir la compensación del artículo 1438 del Código civil, de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código civil. Así «mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la “dedicación pasada y futura a la familia”. Por otro lado, la compensación del artículo 1438 del Código civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al artículo 1438 del Código civil solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del artículo 1438 del Código civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo»<sup>215</sup>.

De la doctrina expuesta resulta que la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil no es incompatible con la compensación liquidatoria del régimen de separación de bienes del artículo 1438 del citado cuerpo legal; de manera que, cabe fijar la cuantía de ambas y ser conjuntamente percibidas por el cónyuge acreedor. Mientras que en la pensión compensatoria se cuantifica la pérdida de oportunidades profesionales, se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia y la dedicación futura a los hijos y se basa en el desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge que implica un empeoramiento en su posición anterior en el matrimonio<sup>216</sup>; la compensación del artículo 1438 del Código civil, por su parte, no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia y,

solo puede acordarse en el régimen de separación de bienes, y para determinar el valor del trabajo en el hogar, se refiere a la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes.

En todo caso, podría resultar conveniente que, se solicitasen conjuntamente la pensión compensatoria y la compensación por el trabajo doméstico; y que se determinase primero la cuantía de la compensación, pues, el abono de esta ha de tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria<sup>217</sup>. De todas formas, a diferencia de la pensión compensatoria, donde se considera causa de extinción la convivencia del cónyuge que la solicita con un tercero (art. 101 del CC). Sin embargo, tal hecho convivencia no es obstáculo para la concesión de la compensación del artículo 1438 del Código civil, no siendo por ello de aplicación analógicamente lo dispuesto en el citado artículo 101<sup>218</sup>.

Pues bien, en este contexto, la compensación del artículo 1438 del Código civil solo puede acordarse cuando se solicita por el cónyuge, siendo necesario cuantificar económicamente la compensación en el momento de solicitud (art. 219 LEC)<sup>219</sup>; o por vía reconventional en caso de plantearlo la parte demandada<sup>220</sup>. En todo caso, sobre el cónyuge que, solicita la compensación recae la carga de la prueba que, concurren las circunstancias y requisitos para su concesión<sup>221</sup>.

De todas formas, al ser una acción de carácter personalísimo el cónyuge puede solicitarla o no cuando se tramita la separación, nulidad o divorcio<sup>222</sup>; cuando en capitulaciones se pacte otro régimen distinto del de gananciales; o al fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 1436 del CC). Con respecto a la disolución del régimen como consecuencia de un proceso matrimonial no existe un criterio unánime, pues, mientras se considera que se puede conceder en un proceso de separación o divorcio —incluso en medidas definitivas<sup>223</sup>—; en otros se impide su presentación en estos procesos y se exhorta a su petición en un procedimiento declarativo posterior (ordinario o verbal) al exceder del ámbito propio de un procedimiento de separación o divorcio<sup>224</sup>. Si bien, este estado de la cuestión controvertido ha sido resuelto por la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo que, en la citada Sentencia de 20 de febrero de 2018 entiende que la compensación puede solicitarse en un procedimiento de divorcio o posteriormente en un declarativo (ordinario o verbal), siempre que la acción no haya prescrito (5 años). Al respecto manifiesta la citada sentencia que «(...) la acción relativa al artículo 1438 del Código civil puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial o, en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los artículos 748 y 770 de la LEC, no excluye la indemnización del artículo 1438, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio en los que la acción del artículo 1438 no es contenido necesario pero sí posible. La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del artículo 1438 del Código civil no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del artículo 1438 del Código civil».

En cuanto, al fallecimiento del cónyuge sin haberse declarado su derecho a la compensación, este no es transmisible a sus herederos; por lo que carecen de la legitimación para su solicitud. En esta línea, se expresa el artículo 232.5.5 del Código civil catalán. En todo caso, es posible por vía de excepción oponer la compensación en una acción de división de la cosa común<sup>225</sup>.

Ahora bien, partiendo que, tal compensación está condicionada a la extinción del régimen de separación, el cónyuge sobreviviente puede solicitarla —siempre que la acción no esté prescrita (cinco años del art. 1964 del CC)—; y, una vez concedida, hacerla efectiva sobre el patrimonio relicto, reclamándola a los herederos, ante el fallecimiento del cónyuge deudor, sin perjuicio que su *quantum* venga modalizado por lo recibido en su condición de cónyuge viudo. Ciertamente, esta es la solución por la que opta el artículo 232-5.5 del Código civil catalán al disponer que «*en caso de extinción del régimen por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón del trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los herederos que el causante le haya atribuido en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o lo que le corresponda en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería*»<sup>226</sup>.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 28 de abril de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de febrero de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de febrero de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2014.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2017.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 26 de abril de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de septiembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2021.
- RDGRN 30 de noviembre de 2016.
- STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 10 de febrero de 2004.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 19 de mayo de 2014
- SAP Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, 22 de julio de 2000.

- SAP León, secc. 3ª, 19 de abril de 2001.
- SAP Alicante, secc. 7ª, 28 de junio de 2001.
- SAP Girona, secc. 2ª, 11 de abril de 2005.
- SAP Islas Baleares, secc. 5ª, 10 de diciembre de 2007.
- SAP Vizcaya, secc. 3ª, 4 de diciembre de 2008.
- SAP Murcia, secc. 5ª, 5 de mayo de 2009.
- SAP Alicante, secc. 6ª, de 7 de septiembre de 2010.
- SAP La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012.
- SAP Alicante, secc. 5ª, de 13 de diciembre de 2012.
- SAP Madrid, secc. 19ª, de 10 de enero de 2013.
- SAP Madrid, secc. 22ª, 17 de septiembre de 2013.
- SAP Córdoba, secc. 2ª, 24 de septiembre de 2013.
- SAP Madrid, secc. 14ª, de 30 de junio de 2014.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, 18 de marzo de 2014.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, 24 de octubre de 2014.
- SAP Valencia, secc. 6ª, 14 de septiembre de 2015.
- SAP Albacete, secc. 1ª, de 21 de marzo de 2016.
- SAP Albacete, secc. 1ª, 27 de junio de 2017.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, 7 de febrero de 2018.
- SAP Asturias, secc. 4ª, 26 de abril de 2018.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 10 de enero de 2019.
- SAP Madrid, secc. 13ª, 25 de enero de 2019.
- SAP Toledo, secc. 2ª, 20 de febrero de 2019.
- SAP León, secc. 2ª, 31 de mayo de 2019.
- SAP Alicante, secc. 4ª, 13 de noviembre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 10 de enero de 2020.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 16 de enero de 2020.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 13 de febrero de 2020.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10ª ed., Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ OLALLA P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi.
- (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Navarra. Thomson Reuters Aranzadi.
- ARRÉBOLA BLANCO, A. (2021). La liquidación del régimen de separación de bienes. En: J. R. DE VERDA y BEAMONTE, *Las crisis familiares*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia, vol. IV*, Navarra: Thomson-Reuters.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremos de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/abril, núm. 70*, 139-154.
- COSTAS RODAL, L. (2009) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

- CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). Las “sorpresas” del régimen de separación de bienes: la compensación por el trabajo doméstico, *Blog Hay Derecho*, 5 enero, 1-3.
- (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: Juana Pulgar Ezquerro (dir.), *Comentario a la Ley Concursal, T. I*, 2ª ed., Madrid: La Ley.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, Madrid.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. XVIII*, vol. 3.º, Madrid: Edersa.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, 5ª ed., Madrid: Edisofer.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, Madrid: Tecnos.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T. III, Madrid: Thomson- Reuters.
- GARRIDO DE PALMA, V.M. (1982). El matrimonio y su régimen económico, *El nuevo Derecho de Familia español*, Madrid: Reus.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 55-78.
- HERRERO GARCÍA, Mª.J. (1991) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código civil, T. II*, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes. En: Víctor M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T.IV Familia*, vol. 2, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas, Thomson Reuters.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil, T. VI Derecho de Familia*, 7ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2016). *Principios de Derecho Civil. T. VI Derecho de Familia*, 15ª ed., Madrid: Marcial Pons
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, 4ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1965). Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, *Centenario de la Ley del Notariado, sección 3ª, vol. II*, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 2.º, Madrid: Civitas.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capituciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 5ª ed., Madrid: Edisofer.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters.
- MONFORT FERRERO, M<sup>a</sup>.J. (2011) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil Comentado, vol. III*, Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO FLÓREZ, R.M<sup>a</sup>. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre, 233-279.
- MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares.
- MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup>.L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, septiembre, 107-130.
- MONTÉS PENADÉS, V. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid. Tecnos.
- (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- PASTOR ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>. del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Universidad de Murcia.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *Liquidación del régimen de separación de bienes*. Córdoba: LexFamily (Los libros azules de Derecho de Familia).
- PÉREZ SANZ A. (1985). Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI, 7-34.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, Madrid: Montecorvo.
- REYES GALLUR, J.J (2015). *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- RIBERA BLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- (2005). Del régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid: Dykinson.
- ROCA i TRÍAS, E. (2006). Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis. En: J.M. de abril de Campoy y M<sup>a</sup>.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución*, número 27, enero-diciembre, 209-250.



NOTAS

<sup>1</sup> DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, Madrid: Tecnos, 133.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5ª ed., Madrid: Edisofer, 229.

<sup>3</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 7ª edición, Madrid: Marcial Pons, 140.

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, IV Familia, 4ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 115-116; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). El matrimonio como estado, *op. cit.*, 196.

<sup>5</sup> DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, *op. cit.*, 134.

<sup>6</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, IV Familia, *op. cit.*, 123; MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.º, Madrid: Civitas, 201 considera que «se trata de un conjunto de disposiciones generales, relativamente heterogéneas, aplicables cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado, al que está sujeto un matrimonio».

<sup>7</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, *op. cit.*, 145.

<sup>8</sup> DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, *op. cit.*, 215.

<sup>9</sup> En este sentido, también se expresa el artículo 232-2 del Código civil catalán al disponer que «en el régimen de separación de bienes son propios de cada uno de los cónyuges todos los que tenía como tales cuando se celebró el matrimonio y los que adquiera después por cualquier título»; que se completa con lo dispuesto en el inciso final del párrafo primero del artículo 232-3 «los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular». Asimismo, el artículo 205 del Código de Derecho Foral aragonés establece que «en el régimen de separación de bienes pertenecerán a cada cónyuge os que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título»; y, la Ley 103 de la Compilación Foral de Navarra «Salvo pacto en contrario, este régimen reconoce a cada cónyuge la propiedad de los bienes que tuviese en el momento inicial y los que por cualquier título adquiriera posteriormente».

<sup>10</sup> La Resolución de la DGRN de 21 de enero de 2006 (RJ 2006, 3902) precisa en el *Fundamento de Derecho cuarto* que «ciertamente el régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana, pero ello no autoriza a identificas ambas regulaciones. Nuestro ordenamiento acepta esta diferenciación como resulta del hecho que el régimen económico matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro o de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge o en las limitaciones que para disponer resultan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Nada de esto sucede en un comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares pues ni los bienes así ostentados se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición».

<sup>11</sup> Atendiendo a estos límites, JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes. En: V. M. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T.IV Familia, vol. 2, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas, Thomson Reuters, 674 señala que «puede plantearse la admisibilidad de pactos que tengan por objeto, por ejemplo: modalizar la contribución a las cargas del matrimonio, incluso la posible exclusión de un cónyuge; presumir y/o atribuir la propiedad de bienes y objetos determinados; y constituir comunidades limitadas sobre determinadas categorías de bienes o de adquisiciones».

<sup>12</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, 25 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 26440) a falta de capitulaciones matrimoniales, con vecindad civil común, se aplica el régimen de gananciales.

<sup>13</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8117) ausencia de capitulaciones matrimoniales y vecindad civil catalana; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11ª, 21 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 182784) se aplica el régimen de separación de bienes al acreditarse la vecindad civil catalana por residencia en territorio foral catalán de forma continuada durante diez años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 5 de abril de 2011 (*AC* 2011, 1079) vecindad civil catalana al contraer matrimonio con la apelada.

<sup>14</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, 5ª ed., Madrid: Edisofer, 296 señala que los casos a los que se refiere el precepto son: «1. Los de conclusión por decisión judicial de la sociedad de gananciales o el régimen de participación (art. 1415) por las causas previstas en el artículo 1393 del Código civil; 2. El de disolución legal de la sociedad de gananciales en caso de que, solicitado por el acreedor el embargo de bienes comunes por deudas propias de uno de los cónyuges, el otro exija que en la traba se sustituyan tales bienes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal (art. 1373 del CC); si bien en este supuesto el cónyuge deudor puede evitar la aplicación del régimen de separación de bienes optando en documento público, en un plazo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1374 del CC)».

<sup>15</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6799) afirma la propiedad exclusiva de la esposa sobre una finca adquirida en virtud de compraventa, inscrita a su nombre en el Registro, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial que consideró que, a pesar de dicha inscripción, la finca correspondía en *pro indiviso* a ambos cónyuges. Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002/9098) declaró la propiedad exclusiva de la esposa de bienes comprados con préstamo personal por la esposa e inscritos a su nombre; no admitiendo como título traslativo el reconocimiento del 50% que, pertenecía al marido. No rige el mecanismo de subrogación real debido a la inexistencia de preceptos legales que, en se de separación de bienes, así lo determinen. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6ª, 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 130007); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 21 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 720); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, 10 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 67176).

<sup>16</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación, *op. cit.*, 297; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 217.

<sup>17</sup> La Ley 103 de la Compilación Foral navarra que, establece una presunción que el bien pertenece a los dos cónyuges por mitad y *pro indiviso* los bienes y derechos cuya pertenencia privativa no conste.

Por su parte, el artículo 232-4 del Código civil catalán establece como regla con carácter general para todo tipo de bienes una atribución de titularidad por mitad y no una presunción. Esta regla tiene dos excepciones: los muebles de uso personal de uno solo de los cónyuges que no sean de extraordinario valor y los bienes destinados directamente al ejercicio de su actividad, pues, en estos casos se presume que los bienes pertenecen solo a tal cónyuge. En cuanto a los bienes muebles de uso ordinario destinados al uso familiar, se presume propiedad de ambos cónyuges por mitades indivisas.

El artículo 206 del Código de Derecho Foral aragonés también establece una regla sobre esta materia y señala al respecto que «*la titularidad de bienes corresponderá a quien determine el título de adquisición. Cuando no sea posible acreditar a quien corresponde la titularidad o en qué proporción, se entenderá que pertenece a ambos por mitad. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior lo bienes muebles de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad o profesión de uno de los cónyuges y que no sea de extraordinario valor, que se presumirá que pertenecen a este*».

<sup>18</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3407); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7ª, de 28

de junio de 2001 (*JUR* 2001, 239613); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2ª, 11 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 123615); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, 4 de diciembre de 2008 (*JUR* 2009, 201493); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8ª, 22 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 255507) precisa que, la vida en común de los cónyuges puede desdibujar esta regla general de titularidad separada, dando lugar a situaciones de confusión de titularidades, en las que hay dudas razonables o imposibilidad de atribuir la titularidad privativa de un bien o derecho a alguno de los cónyuges.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ GALLEGU, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 703.

<sup>20</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 10118).

<sup>21</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9ª, 19 de enero de 2000 (*AC* 2000, 2909); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, 22 de julio de 2000 (*JUR* 2001, 15518); de la Audiencia Provincial de León, secc. 3ª, 19 de abril de 2001 (*AC* 2002, 154); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3ª, 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2002, 283402); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4ª, 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 12675); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5ª, 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 294526); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3ª, 5 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 274214); de la Audiencia Provincial de León, secc. 3ª, 12 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 511180); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 6ª, 7 de septiembre de 2010 (*JUR* 2011, 25944); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 236119); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 21 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 720); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 10 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 54065).

<sup>22</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 9098); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 17 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 208206); de 2 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 806) en la que, asimismo, se señala que, la atribución judicial del uso no impide la solicitud de la división de la cosa común; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 29 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 79132) división de la vivienda común y adjudicación a un tercero en subasta pública; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 236119).

<sup>23</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *Liquidación del régimen de separación de bienes*. Córdoba: LexFamily (Los libros azules de Derecho de Familia), 384 y 392. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 28 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 94418).

Para ARRÉBOLA BLANCO, A. (2021). La liquidación del régimen de separación de bienes. En: J. R. De Verda y Beamonte (dir.), *Las crisis familiares*, Valencia: Tirant lo Blanch, 430 se inclina por el proceso declarativo.

<sup>24</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 24 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 10714); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 13 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 80053). En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, 24 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 220865).

<sup>25</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383); y, de 5 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1992).

<sup>26</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 172413).

<sup>27</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1ª, 28 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 272308).

<sup>28</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3ª, 11 de marzo de 2005 (*JUR* 2006, 6517); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11ª, 30 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 201067).

<sup>29</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5ª, 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 139222); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1ª, 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 97634) cada cónyuge respon de sus deudas. En cuanto a los préstamos hipotecarios deben abonarse conforme a la titularidad plasmada en el correspondiente título al no hallarse ante una carga del matrimonio, sino de deuda.

<sup>30</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, 14 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5122); y, de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813). Asimismo, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid: Dykinson, 875.

<sup>31</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 59.

<sup>32</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 10109.

<sup>33</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 865; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 3º*, Madrid: Edersa, 367.

<sup>34</sup> DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 367-368.

<sup>35</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10109; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil. T. VI Derecho de Familia*, 15ª ed., Madrid: Marcial Pons, 242. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596).

<sup>36</sup> DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 368.

<sup>37</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 363.

<sup>39</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Navarra. Thomson Reuters Aranzadi, 1672.

<sup>40</sup> MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 362.

<sup>41</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5ª, 21 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 119314) responsabilidad solidaria por préstamos en beneficio de la familia y con destino común; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5ª, 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 139222).

<sup>42</sup> *RJ* 2021, 365.

<sup>43</sup> En esta línea, JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 687-688.

<sup>44</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18ª, 23 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 15860).

<sup>45</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 820) analiza la aplicación de esta norma.

<sup>46</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *La liquidación del régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 694-699. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2362) indica con carácter general que «el retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 del CC). De forma que, para su aplicación se requiere parte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un trascurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito»; de 2 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 846); y de 14 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5164).

Se ha estimado la aplicación de tal doctrina en esta materia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5ª, 13 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 55342) al haber transcurrido un plazo superior de 10 años sin hacer reclamación alguna al cónyuge debiendo entenderse que el pago del 50% del préstamo hipotecario implicaba un acto de liberalidad; y, asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, 20 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 162974). Por el contrario, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19ª, 10 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 110380) no consideró que existiese abuso por de derecho por una reclamación tardía.

<sup>47</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1ª, 24 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 233133); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, 4 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 50797); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 5 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 245147); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, 30 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 222055).

<sup>48</sup> *RJ* 2020, 2 300.

<sup>49</sup> *JUR* 2013, 312347.

<sup>50</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 19 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3743) consideró que, las aportaciones dinerarias que realizó de más el esposo para la compra de la vivienda y posteriormente para su rehabilitación, deben considerarse como donación y no como préstamo. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 18 de marzo de 2014 (Roj. SAP B 2541/2014; ECLI:ES:APB: 2014:2541) precisa que, no debe aplicarse presunción alguna cuando la titularidad formal resulta clara. En este caso, ambos adquirieron *pro indiviso* un inmueble, siendo de aplicación el artículo 232-3 del Código civil catalán. De probarse que el precio se pagó con bienes o dinero de uno de los cónyuges, no supone una titularidad indistinta, sino que se presume donación.

<sup>51</sup> En esta línea, JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 692.

<sup>52</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4466) donde se estimó la demanda interpuesta por el cónyuge no propietario del inmueble reclamando la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario que abonó mientras convivían. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4ª, 24 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 376364) condenó a la esposa a reintegrar al esposo las cantidades, que este abonó para el pago de la hipoteca de la vivienda privativa de aquella, siendo indiferentes que los pagos se realizaran desde una cuenta común; dado que el esposo era el único que percibía ingresos, figurando además aquel únicamente como fiador solidario en la ampliación de la hipoteca. Sin embargo, no se reconoce derecho de reintegro en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, 31 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 20541) pues se acreditó que en la cuenta común se cargaron los recibos mensuales del préstamo hipotecario de la vivienda propiedad exclusiva de la esposa, y también se acreditó que aquella hizo el doble de ingresos a la cuenta que el esposo.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, 25 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 145318) estableció que, el posible derecho de reintegro por el abono de las cuotas del préstamo hipotecario del inmueble propiedad de uno solo de los cónyuges queda compensado por la utilidad del piso que le ha reportado al esposo, al haber residido en ella con sus hijos de un anterior matrimonio.

<sup>53</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 27 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 202227); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 7 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 178213).

<sup>54</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 446) procede la acción de reembolso por la mitad de las cantidades empleadas para la amortización de las cuotas de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de los materiales precisos para levantar las construcciones privativas de la esposa durante la vigencia del matrimonio. Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 1ª, 5 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 241455) no se acredita la realidad de la ejecución de las obras y su pago; y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3ª, 30 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 222055) no consta quien fue el cónyuge que las abonó.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3ª, 18 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 94256) consideró que, las obras de rehabilitación deben considerarse incluidas en el sostenimiento de las cargas del matrimonio; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, 11 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 110482) entiende que, no puede obligarse a un copropietario a realizar obras de mejora, sino solo obras de conservación. Y, respecto de obras realizadas tras la ruptura de la pareja la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5ª, 1 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 175444) considera procedente el derecho de reintegro por las edificaciones llevadas a cabo tras el cese de la convivencia y abonadas por uno de los cónyuges «con el fin de evitar un enriquecimiento injusto y se beneficiara del notable incremento del valor del condominio, cuando la construcción conforme a lo declarado probado, se llevó a cabo sin su oposición y de buena fe por el demandado». Lo que exige que se compense al otro cotitular al proceder a la liquidación del inmueble común.

<sup>55</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2020 (*RJ* 2020, 2300).

<sup>56</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, 31 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 205541).

<sup>57</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, 12 de mayo de 2017 (*JUR* 2018, 67633).

<sup>58</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5ª, 10 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008, 91708).

<sup>59</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2ª, 24 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 331585) a la liquidación del régimen de separación de bienes se declaró que el saldo de la cuenta era propiedad de ambos cónyuges en un 50% al no haberse acreditado la procedencia exclusiva de las cantidades ingresadas por el INEM a favor de la esposa; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, 19 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 119070); y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª, 15 de julio de 2019 (*AC* 2019, 1764) se presume que las disposiciones en la cuenta común fueron consentidas por ambos cónyuges, por lo que no procede la reclamación de cantidad.

<sup>60</sup> *Vid.*, CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I, 2ª ed., Madrid: La Ley, 1012; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal. En: A. B. Veiga Copo (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 1136.

<sup>61</sup> CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1013; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1137-1138.

<sup>62</sup> CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1013-1015; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1137-1139.

<sup>63</sup> CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1015.

<sup>64</sup> CUENA CASAS, M. (2020). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1016 alude al préstamo o al pago de una deuda preexistente.

<sup>65</sup> Esta representa la doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así, entre otras, las Sentencias 29 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6825); de 5 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 5966); de 14 de junio de 2000 (LA LEY 244446, 2000) a lo que añaden es que se tiene frente a la entidad financiera plenas facultades de disposición del saldo que, vendrá determinado por las relaciones internas de los titulares bancarios conjuntos y más en concreto, por la originaria pertenencia de los fondos; de manera que, el hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir en partes igualitarias los depósitos; y, de 15 de febrero de 2012 (*RJ* 2013, 2014). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 28 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 7462) precisó que la titularidad indistinta de una cuenta corriente, solo se compadece con una titularidad formal, lo que no prejuzga ni las relaciones internas de los cuentacorrentistas, la propiedad del dinero, ni las cuotas de participación en la cuenta.



<sup>66</sup> Para MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2021). Comentario al artículo 195 de la Ley Concursal, *op. cit.*, 1144 «se otorga un privilegio sobredimensionado al concurso y perjudica claramente los intereses de los demás cotitulares, quienes “perderán” sus derechos económicos y habrán de impugnar el inventario y demostrar el origen de los fondos para salvar todo o parte».

<sup>67</sup> DE LOS MOZOS, J.L., Comentario al artículo 1318 del Código civil, *op. cit.*, 103, quien observa al respecto que «situación distinta es la que se plantea en la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la sociedad legal de gananciales, en vista de lo dispuesto por el artículo 1368 del Código civil, pero no es aplicable por analogía la solución que ofrece el artículo citado fuera de los regímenes de comunidad por faltar un acervo común. Criterios distintos se establecen también por el Código, para regular la contribución a las cargas en los casos de separación, nulidad y divorcio y que cuenta también con normas de efectividad especiales por medio de la intervención judicial».

<sup>68</sup> PASTOR ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>. del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 95-96.

<sup>69</sup> PASTOR ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>. del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Universidad de Murcia, 103-104; PÉREZ SANZ, A. (1985). Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI, 24.

Aunque para cierto sector doctrinal es posible un convenio de exoneración del deber de contribución a las cargas por alguno de los cónyuges, siempre y cuando exista una causa que lo justifique, esto es, responda a una distribución de responsabilidades respecto del grupo familiar y conforme a las circunstancias concretas del mismo. En cambio, no se considera válido un pacto mediante el cual se pretenda eludir cargas de cumplimiento imperativo dentro de la familia, o, implique una derogación del principio de contribución a las cargas por ambos cónyuges. Así, DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, Madrid, 267; REBOLLEDO VARELA, A.L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, Madrid: Montecorvo, 416-417.

<sup>70</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1965). Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, *Centenario de la Ley del Notariado, sección 3<sup>a</sup>, vol. II*, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 119-120; GARRIDO DE PALMA, V.M. (1982). El matrimonio y su régimen económico, *El nuevo Derecho de Familia español*, Madrid: Reus, 426.

<sup>71</sup> ÁLVAREZ OLALLA, M<sup>a</sup>.P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi, 88

<sup>72</sup> GARCÍA GARCÍA, M.A. (1984). El deber de actuar en interés de la familia, *Revista de Derecho Privado*, 243-244; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1989). Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia, *Libro Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 693; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Notas sobre el régimen matrimonial primario, *Documentación Jurídica 1982-1, números 33-36*, 304.

<sup>73</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10110; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson, 244.

<sup>74</sup> MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares, 39-40. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1<sup>a</sup>, 23 de octubre de 1998 (AC 1998, 8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del CC), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1<sup>a</sup>, de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 9151), señala que, pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del CC), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código civil afecta a los bienes de las

mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

<sup>75</sup> HERRERO GARCÍA, M<sup>a</sup>.J. (1991) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código civil, T. II*, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 581.

<sup>76</sup> COSTAS RODAL, L. (2009) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3<sup>a</sup> ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1563.

<sup>77</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10110; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 9309.

<sup>78</sup> MONFORT FERRERO, M<sup>a</sup>.J. (2011) Comentario al artículo 1318 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil Comentado*, vol. III, Madrid: Civitas Thomson Reuters, 829.

<sup>79</sup> RJ 2006/3502. Y añade que «no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes de matrimonio, pues, precisamente, el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común» (*Fundamento de Derecho tercero*). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1<sup>a</sup>, 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 97634) señala que, las cargas familiares debe entenderse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, lo que incluye el sustento y la educación de los hijos, la manutención del otro cónyuge y las deudas familiares; lo que comprende los gastos que exige la conservación de los bienes del matrimonio. No se consideran, por tanto, cargas del matrimonio los gastos generados por bienes que aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, al tratarse de un régimen de separación en el que no hay patrimonio común familiar.

<sup>80</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864.

<sup>81</sup> MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 364.

<sup>82</sup> REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 373.

<sup>83</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1654; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 250 señala que, al no existir en el Código civil disposición similar a lo que se regula en se de gananciales en el artículo 1362 del Código civil, resulta aconsejable la existencia de un acuerdo entre los esposos o la posible previsión capitular al respecto. En contra, REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 374 y; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 373 que, estiman que debe seguirse el mismo criterio que establece el artículo 1362 del Código civil para el régimen de gananciales.

<sup>84</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Navarra: Thomson-Reuters, 68 y 71; ÁLVAREZ OLALLA P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 58.

<sup>85</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 58 precisa, al respecto, que «en el régimen de separación de bienes, o bien se excluirán las cantidades que deba satisfacer el progenitor a su hijo, del cómputo de sus recursos; o bien, si de hecho se va a producir el consumo en común de todos los miembros de la familia, el progenitor deberá aportar al fondo común, destinado a satisfacer

los gastos familiares, una cantidad mayor que la que le corresponde teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad».

<sup>86</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 4936); de 17 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 918); de 25 de abril de y de 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 1612; *RJ* 2016, 4451); de 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1599); y, de 5 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4466). Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, 25 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 1 83425).

<sup>87</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3ª, 14 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 43099) precisamente, se indica que la obligación de pago de las cuotas hipotecarias a cargo de D. Jorge se configuró como claramente temporal y se estableció para afrontar las necesidades inmediatas de la familia en un momento dado en que había falta de liquidez porque todavía no se había vendido el piso de Ribadesella. Por lo que, esa liquidación final debe hacerse de modo que la cantidad definitivamente pagada por cada uno de los cónyuges sea la misma, pues, de otro modo resultaría que D. Jorge habría abonado una cantidad superior al porcentaje de titularidad que le corresponde sobre la vivienda.

<sup>88</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14ª, 5 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 181051) hubo un pacto en que el demandado solo abonaría una parte de la cuota del préstamo hipotecario, por lo que se desestima la reclamación de un reintegro.

<sup>89</sup> *RJ* 2006/3502. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3502) indica que los impuestos sobre bienes inmuebles no forman parte de las cargas del matrimonio y corresponde al titular del inmueble; y, de 24 de abril de 2018 (Roj. STS 1479/2018; ECLI:ES:TS:2018:1479) que, asimismo, no se consideran cargas del matrimonio la satisfacción de los préstamos hipotecarios que, gravan la vivienda, o los gastos o impuestos vinculados a la propiedad. En esta línea, la Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 21 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 90471) considera que el IBI es un impuesto a cargo de manos copropietarios; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 20 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 361238) se condenó al pago del IBI y a los intereses y recargos a uno de los cónyuges; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 5 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 241455) al tratarse el IBI de un impuesto directa que grava la propiedad de bienes inmuebles, debe ser objeto de reembolso o reintegro en el 50% correspondiente al cotitular dominical.

<sup>90</sup> Roj. STS 2474/2018; ECLI:ES:TS:2018:2474.

<sup>91</sup> Como acertadamente, precisa MORENO FLÓREZ, R.Mª. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre, 239-240 el mandato del artículo 1318 del Código civil tiene carácter imperativo y esa imperatividad alcanza también al artículo 1438 del citado cuerpo legal con el enunciado de su primer inciso “los cónyuges contribuirán”.

<sup>92</sup> RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 51 señala que, al legislador español debemos aplaudirle el haber sabido concentrar en un precepto lo que el legislador francés ha dispuesto en dos normas distintas; si bien, al primero le recriminamos la ubicación de esta norma.

<sup>93</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil», *op. cit.*, 1672 quien, asimismo, dentro del concepto de cargas del matrimonio, incluye «los gastos destinados a satisfacer las necesidades primarias (art. 142) de la familia, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, salvo que los cónyuges acuerden la elevación o disminución del nivel de vida, acuerdo que podrá ser denunciado por cualquier de ellos, en todo momento». Asimismo, añade, «son cargas del matrimonio los gastos destinados a satisfacer necesidades secundarias —hobbies, vacaciones, concertación de seguros— en tanto exista acuerdo de los cónyuges al respecto». En esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 63.

<sup>94</sup> MORENO FLÓREZ, R.Mª. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 243.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2657) considera válidos un pacto en previsión de crisis conyugal acordando

una renta mensual vitalicia para la esposa. Pacto atípico con perfecto encuadre en el artículo 1323 del Código civil. Si bien, no cabe aplicar la regla *rebus sic stantibus* si los cónyuges mantienen la misma situación financiera que la existente en el momento del pacto.

De todas formas, como analizaremos, en estos pactos en previsión de crisis o de ruptura matrimonial se puede fijar por los cónyuges la compensación por el trabajo para la casa y su cuantía; como, asimismo, o en capitulaciones matrimoniales. Aunque no existe regulación de los mismos en nuestro Código civil a diferencia del Código civil catalán que, contiene una previsión normativa relativa a los mismos en su artículo 231-20.

<sup>95</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 395.

<sup>96</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, 261.

<sup>97</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10114.

<sup>98</sup> JUR 2016/97634. Para MORENO FLÓREZ, R.M.<sup>a</sup>. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 242 cargas de la familia pueden considerarse «el sostenimiento de la familia, la alimentación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos comunes y de los hijos de in solo de os cónyuges cuando convivan en el hogar familiar y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia; sus circunstancias han de acomodarse al nivel de vida de la familia».

<sup>99</sup> REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 376 y 388-389; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 156; de la misma autora, (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1672; CUENA CASAS, M. (2013) Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10112; RIBERA BLANES, B. (2005) Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 872.

<sup>100</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 248. *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11<sup>a</sup>, 30 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 201067) contrato de suministro de gas: obligación contraída por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

<sup>101</sup> RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 873.

<sup>102</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 154-155; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 873.

<sup>103</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 248.

<sup>104</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10114.

<sup>105</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 247-248

<sup>106</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1672; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 380.

<sup>107</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1672.

<sup>108</sup> DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865.

<sup>109</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, 261.

<sup>110</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 866; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 300.

<sup>111</sup> DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 369; RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 53-54; REBOLLEDO VARELA, A.L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 414; MONTÉS PENADÉS V.L. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *Comentario a las reformas de Derecho de Familia, vol. II*, Madrid: Tecnos, 1937; JIMÉNEZ GALLEGU, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 733.

<sup>112</sup> REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 413 alega que, el pacto supone una modificación del régimen económico matrimonial y, por tanto, debe constar en capitulaciones; no obstante, este mismo autor; reconoce también que los pactos no capitulares pueden funcionar por vía de hecho y los cónyuges modificar su contribución legal o convencional; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 101 en relación con el pacto de exoneración —o de contribución no proporcional— si no consta en capitulaciones matrimoniales, considera, por su parte, excesivo el otorgamiento del carácter vinculante y derogatorio para el futuro de la regla de la proporcionalidad. Además, entiende que, más que ante un acuerdo, nos hallamos ante una declaración de voluntad unilateral, revocable en el momento en que el cónyuge que la realizó considere oportuno.

<sup>113</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 864; del mismo autor (1984). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*, Madrid. Tecnos, 1937; DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 370; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 272; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 249; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/abril, 153; JIMÉNEZ GALLEGU, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 734.

<sup>114</sup> DE LOS MOZOS, J.L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 274; ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 75; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 880. *Id.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3ª, 20 de junio de 2006 (*JUR* 2006/248627).

<sup>115</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 865-866.

<sup>116</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 254; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes», *op. cit.*, 879, entiende que, el pacto conyugal no tiene que estar únicamente referido a la forma en que cada uno de los cónyuges va a ejecutar su deber de contribución, sino que también puede estar dirigida a determinar el criterio por el que se va a proceder al reparto de cargas entre ellos con la posibilidad de establecer una regla de reparto distinta a la de la proporcionalidad de los recursos económicos de cada cónyuge.

<sup>117</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10117; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 153.

<sup>118</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 866; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 68-69; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 301; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 250; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 880-881 admite los acuerdos tácitos, de modo que, bastaría con el mero acuerdo verbal al que hubieran llegado los cónyuges sin que constase manifiestamente en ningún documento, o incluso implícito que pueda deducirse tácitamente de su comportamiento habitual, esto es, en función del modo en que cada cónyuge ha asumido su deber de contribuir a las cargas del matrimonio.

<sup>119</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10117.

<sup>120</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 10ª ed., Madrid: Edisofer, 193; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 148; MONTÉS



PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 866; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 256 señala, al respecto, que los recursos no es solo sinónimo de ingresos o rentas, debiéndose identificar con la capacidad económica de los esposos, incluyendo, por tanto, los bienes que se encuentren improductivos e incluso, la posible capacidad teórica para realizar un trabajo remunerado. Por su parte, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 888 precisa, al respecto que, «con el término recursos el legislador ha dado cabida no solamente al capital con que cuenta la persona, sino también cualquier tipo de ingresos o valor que puede ser atribuido a los cónyuges»; y, asimismo para MORENO FLÓREZ, R. (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 244 en el término recursos económicos se comprende «todos los bienes, ingresos, rentas, plusvalías, etc., de los bienes de uno y otro cónyuge».

<sup>121</sup> REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 429-430.

<sup>122</sup> JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 737.

<sup>123</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 89.

<sup>124</sup> MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 376.

<sup>125</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10115.

<sup>126</sup> MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 376.

<sup>127</sup> Para la Sentencia de la Audiencia Provincia de Murcia, secc. 5ª, 5 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 339456) indica que el artículo 1438 «es un precepto lacónico en su redacción, pese a la trascendencia de la institución que regula e incongruente y anómalo con la separación de bienes, pues parece contradictorio que se otorgue una compensación a quien precisamente quiso acogerse a un régimen jurídico en el que cada uno de los partícipes aceptó que, todo aquello que adquiriese durante la vigencia, fuese exclusivo suyo. De ahí que, para una adecuada hermenéutica de la norma, insoslayable para concretar su requisito de viabilidad, su alcance y la forma de determinar y articular la compensación, devenga imprescindible examinar la razón de ser del precepto, que no es más que una nueva plasmación de dos principios esenciales en materia de familia, de una parte, el de corregir siempre los perjuicios que para cada uno de los convivientes ha supuesto la dedicación a la familia y otro el de igualdad de artículo 14 de la CE».

<sup>128</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 62.

<sup>129</sup> MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 868. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, 11 de noviembre de 2002 (*AC* 2002, 1767) que representa una corrección comunitaria.

<sup>130</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 105-106.

<sup>131</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10121.

<sup>132</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, 30 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 265207); y, de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1ª, 6 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 24235).

<sup>133</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 63.

<sup>134</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 152.

<sup>135</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 261-262; en esta línea, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10121. Como fundamento de la compensación



por el trabajo en el hogar en la sobreaportación, *vid.*, las sentencias del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 10 de febrero de 2004 (*RJ* 2004/2476); y, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4ª, 20 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/155745); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1ª, 20 de abril de 2006 (*JUR* 2006/159223); y de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, 9 de diciembre de 2015 (*AC* 2015/1078).

<sup>136</sup> MORENO-TORRES HERRERA, Mª.L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal*, diciembre, 114. *Vid.*, en esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2007 (LA LEY 2417, 2007); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3ª, 23 de septiembre de 1999 (LA LEY 127291, 1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 61643), de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3ª, 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 133591); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1ª, 21 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 221997); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3ª, 8 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 304663); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 5 de junio de 2009 (LA LEY 143321, 2009); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 7 de mayo de 2010 (LA LEY 119400, 2010).

<sup>137</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, 194.

<sup>138</sup> REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 435-438.

<sup>139</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 9 de febrero de 2010 (LA LEY 29351, 2010).

<sup>140</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 244.

<sup>141</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, 1 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 21 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 238845); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22438); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 14 de octubre de 2014 (*AC* 2015, 1298) manifiesta, al respecto, que la finalidad no es otra que paliar en lo posible el principal inconveniente que, presenta el régimen de separación de bienes con respecto al cónyuge que, después de dedicarse plenamente a la atención de la casa, no participa de las ganancias que el otro obtiene con su actividad fuera del hogar. La prestación económica a que se refiere el artículo 1438 del Código civil tiene su fundamento en una previa contribución en especie a las cargas familiares específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destinada a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que, puede determinar este régimen económico especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que, ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica que, ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación de bienes.

<sup>142</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 22438); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 11 de junio de 2009 (LA LEY 179446, 2006); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, 26 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 279971).

En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 5 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 107492) señala que «el presupuesto necesario para el reconocimiento de la compensación se centra en la prueba al respecto de la desigualdad peyorativa antes indicado, en lo que se refiere a un especial desempeño en los trabajos domésticos y a una significativa labor asistencial en favor de toda la familia, con exención de funciones, en este ámbito para el otro cónyuge, con lo que ello supone desde el punto de vista del sacrificio personal y material del primero. Desde la celebración del matrimonio y hasta de febrero de 2006 la demandante Doña Clara ha tenido una dedicación exclusiva al cuidado y atención de los hijos comunes y a la realización del trabajo doméstico en el hogar familiar; lo cual tiene un valor económico en sí mismo y ha permitido al demandado D. Javier tener la dedicación plena a la actividad laboral y obtener elevados ingresos. De ahí que, concurren los

requisitos de la compensación prevista en el artículo 1428 del Código civil y la pretensión supresora de la parte apelante no puede prosperar. A asistencia de empleada del hogar y la no duración prolongada del matrimonio son circunstancias que no determinan la exclusión de los requisitos de la indemnización reconocida en el artículo citado.

<sup>143</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2000 (LA LEY 63974, 2000); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2<sup>a</sup>, 31 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 33912); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1<sup>a</sup>, 23 de marzo de 2010 (LA LEY 41281, 2010).

<sup>144</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5<sup>a</sup>, 24 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 44414); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 303532) establece, al respecto que, lo que se debe compensar no solo el indudable valor económico del trabajo doméstico sin contraprestación alguna, sino la pérdida de oportunidades y expectativas de formación profesional, promoción profesional o laboral y en definitiva, la pérdida de oportunidades de incrementar, con el trabajo o actividad realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio, al tiempo que se facilita la plena dedicación del otro cónyuge, liberándolo de tareas domésticas, a sus actividades profesionales o empresariales, permitiendo a este incrementar su patrimonio en el decurso de la convivencia matrimonial.

<sup>145</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5<sup>a</sup>, 17 de marzo de 2004 (AC 2004, 382); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1<sup>a</sup>, 5 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 140188); de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24<sup>a</sup>, 1 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 263637) no puede afirmarse que se dedicara de forma exclusiva al cuidado de los hijos, ni que se le impidiera desarrollar una faceta laboral o profesional, favoreciendo el éxito profesional; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2<sup>a</sup>, 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14<sup>a</sup>, 19 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 167678); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 14469); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6<sup>a</sup>, 27 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1<sup>a</sup>, 12 de febrero de y 25 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 80720; *JUR* 2015, 175680). Por su parte, se indica como presupuestos para la compensación que, además que, el régimen económico que rija el matrimonio sea el de separación de bienes, que el trabajo para el hogar se realice de forma exclusiva o mayoritariamente por uno de ellos, así, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9<sup>a</sup>, 7 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 274492); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2<sup>a</sup>, 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 15542); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 4<sup>a</sup>, 12 de abril de 2006 (*JUR* 2007, 20510); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2<sup>a</sup>, 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2<sup>a</sup>, 17 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 134800); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22<sup>a</sup>, 13 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 72584).

<sup>146</sup> *RJ* 2011, 5122.

<sup>147</sup> En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813) que, en su *Fundamento de Derecho segundo* manifiesta que, esta conclusión de la citada Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011, es consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas que, hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir: 1<sup>a</sup>. Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 2<sup>a</sup>. Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE; 3<sup>a</sup>. Regla: el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Por lo demás y en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 del Código civil, señala la resolución que «deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que, no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación

legal de contribuir con trabajo doméstico». Es decir concluye que «la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se haya dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la Sentencia denomina la inexistencia de «desigualdad peyorativa» y, supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo implica reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir que, el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe». A las tres reglas se refiere también, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 207569). Asimismo, ratifica esta interpretación del artículo 1438 del Código civil, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 880).

<sup>148</sup> *RJ* 2015, 1170. En el caso, son hechos probados de la Sentencia que, doña Amparo la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños denominada tacatá) y que trabajara antes para la empresa del esposo Rioja Selección hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo que lo desempeñó o solo durante parte de ese tiempo (*Fundamento de Derecho segundo número 3*).

<sup>149</sup> *RJ* 2015, 1528. En el caso, son hechos probados de la Sentencia que, la esposa desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones, vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución, que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica, que establece el artículo 1438 del Código civil (*Fundamento de Derecho tercero*).

Al respecto, en su *Fundamento de Derecho segundo*: «Ya ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina ha podido suscitar en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, ha señalado lo siguiente: “Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente (solo con el trabajo realizado para la casa’), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa; y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”».

<sup>150</sup> *RJ* 2015, 5322. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 673). Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 7 de abril de 2011 (*JUR* 2011/302530) indica que «la dedicación a la casa no le impidió a la esposa desarrollar su actividad profesional de graduado social, habiendo generado recursos que le han permitido ser cotitular del domicilio familiar, de otras dos viviendas y de cuatro plazas de garaje, por lo que no se dan los requisitos para fijar la indemnización del artículo 1438 del Código civil; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 30 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 150040) “la esposa compaginó su trabajo persona para la casa y tareas del hogar con actividades laborales remuneradas, no siendo aquel trabajo ni exclusivo ni relevante a los efectos de la compensación del artículo 1438 del Código civil”; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 11 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 133599) indica que “no se dan los requisitos para fijar la compensación del artículo 1438 del Código civil, ya que la esposa trabajo durante el matrimonio aunque tuviese más disponibilidad horaria que su esposo, contó con los servicios de una empleada

interna y las hijas acudían al comedor escolar y la esposa en la medida de sus posibilidades también ha contribuido a la atención diaria de las hijas; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, 11 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 271171) precisa que, no se dan las condiciones para fijar la compensación por la extinción del régimen de separación de bienes, pues “la esposa ha trabajado durante todo el matrimonio y además tampoco consta que el esposo haya incrementado su patrimonio como consecuencia de la dedicación de la esposa a la familiar; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 14 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 256546) “no se dan los requisitos para la concesión de la compensación, pues no ha existido una dedicación exclusiva de la esposa a las tareas del hogar para las que ha contado con ayuda doméstica, ya que durante la convivencia matrimonial ha venido desarrollando una amplia actividad laboral remunerada en los negocios de su esposo o de su familia”; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 9 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 64237) señala que “no se trata de indemnizar a uno de los cónyuges por haber desempeñado sin más tareas del hogar, sino más bien de compensar a que por razón de tan loables actividades en interés de la familia, compromete sus expectativas de futuro profesional, de tal modo que a la extinción del régimen de separación de bienes se encuentra que al no participar en las ganancias obtenidas de su consorte, nada obtiene por este concepto. En el presente caso, la esposa ha estado dada de alta como autónoma percibiendo sus ingresos, no pudiendo por tanto aducir que esa dedicación o trabajo para la osas, le haya ocasionado perjuicio alguno».

<sup>151</sup> *RJ* 2015, 5414. *Fundamento de Derecho tercero*.

<sup>152</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1ª, 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407) no puede hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude al artículo 1438 del Código civil por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservan posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenía durante la vigencia del régimen. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 17 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314504) no concurre situación de desigualdad patrimonial por la consecuencia que las actividades de la esposa para la casa y en el desarrollo de los negocios del esposo, se entiende suficientemente compensado con las adjudicaciones del patrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010/22438) dispuso de dos empleadas y trabajó durante el matrimonio como pintora; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 396982) tiene de ayuda de servicio doméstico interno para la realización de las labores del hogar y cuidado de los hijos, que no priva a la actora de tiempo necesario para completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familia; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 16 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 189143) ambos cónyuges tiene trabajos remunerados, y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonial en total detrimento del otro.

<sup>153</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 17 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 215019).

<sup>154</sup> En esta línea de no exigir la dedicación en exclusiva a las tareas del hogar por el cónyuge acreedor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 31 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 2243); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 15 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 188408); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 404433); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596).

<sup>155</sup> *RJ* 2017, 673.

<sup>156</sup> *RJ* 2017, 880.

<sup>157</sup> *RJ* 2017, 1720. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, 21 de diciembre de 2019 (*JUR* 2019, 44609).

<sup>158</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 404433). Asimismo, CUENA CASAS, M. (2016). Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes: la compensación por el trabajo doméstico, *Blog Hay Derecho*, 5 enero, 1-3.

<sup>159</sup> En esta línea, MORENO FLÓREZ, R. (2018) El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, *op. cit.*, 271 señala acertadamente que «la distinción y el diferente criterio que maneja el Tribunal Supremo entre trabajo fuera del hogar por cuenta ajena y trabajo fuera del hogar en empresas o actividades del consorte es difícil de sostener».

<sup>160</sup> *RJ* 2020, 3770.

<sup>161</sup> *RJ* 2014, 813. Añade en su *Fundamento de Derecho* 2º que resulta «contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la Sentencia denomina la inexistencia de “desigualdad peyorativa”, lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares».

<sup>162</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 5 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 70753) el 15% de la diferencia patrimonial entre los patrimonios de las partes; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, 1 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 134302); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 29 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 213174); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 8 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 213986); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 27 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 237227) dedicación de la esposa al cuidado de los hijos y a la atención del hogar sustancialmente más que el esposo e incremento patrimonial de este superior en el momento del cese de la convivencia: 61 250 euros; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 3 de noviembre de 2016 (*AC* 2017, 248).

En el artículo 232-6 del citado Código civil catalán dispone las reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.

<sup>163</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, 2 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 258769); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1ª, 22 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 231377).

<sup>164</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407) no puede hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude al artículo 1438 del Código civil por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservan posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenía durante la vigencia del régimen. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 17 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314504) no concurre situación de desigualdad patrimonial por la consecuencia que las actividades de la esposa para la casa y en el desarrollo de los negocios del esposo, se entiende suficientemente compensada con las adjudicaciones del patrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22438) dispuso de dos empleadas y trabajó durante el matrimonio como pintora; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4ª, 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 396982) también dispone de ayuda de servicio doméstico interno para la realización de las labores del hogar y cuidado de los hijos, que no priva a la actora de tiempo necesario para completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familia; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 16 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 189143) ambos cónyuges tiene trabajos remunerados, y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonial en total detrimento del otro.

<sup>165</sup> En esta línea de no exigir la dedicación en exclusiva a las tareas del hogar por el cónyuge acreedor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 31 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 2243); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 15 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 188408); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, 3 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 404433); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596).

<sup>166</sup> *RJ* 2017, 673.

<sup>167</sup> *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 18 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 284431).

<sup>168</sup> CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 10119; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 868; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, 194 dispone al respecto que «el trabajo para la casa no debe ser entendida solo pura actividad material encaminada a satisfacer necesidades de mantenimiento alimenticio (como ir a la compra, cocinar), de arreglo del hogar (como limpiar, hacer las camas, ordenar enseres), de atención a los componentes del grupo (como cuidar de los hijos, asearlos, etc.) y, así otras ocupaciones posibles, si son desempeñadas por un esposo. Diferentemente debe estimarse que también es trabajo para la casa la labor de dirección de la misma cuando de verdad ocupa (lo que ciertamente no consiste solo en dar órdenes)». *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, 5 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 64637).

<sup>169</sup> *RJ* 2019/5090.

<sup>170</sup> En esta línea, PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *Liquidación del régimen de separación de bienes, op. cit.*, 60.

<sup>171</sup> *RJ* 2017/880.

<sup>172</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2ª, 3 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012, 75455) la esposa además de dedicarse voluntariamente a la casa, realizaba en ella productos artesanales que, posteriormente vendía; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 21 de septiembre de 2018 (*JUR* 2019, 3810) con independencia de los breves periodos de tiempo en que se encontraba dada de alta es un hecho acreditado que, realiza en el hogar trabajos de confección de abalorios o regalos de comuniones, bodas etc.

<sup>173</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 28 de septiembre de 2018 (*JUR* 2019, 13440).

<sup>174</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1ª, 25 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 49766); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 18 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 49766). En contra, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 2 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 382267); y de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, 16 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 54462) en ambas se concretó el *quantum* compensatorio, teniendo tan solo en cuenta los periodos en los que se dedicó exclusivamente para la casa.

<sup>175</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, 28 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 498338); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2ª, 30 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 265207); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 27 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 325449); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 10ª, 4 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 301250).

Por el contrario, se estima su procedencia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 1ª, 12 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 8791) a pesar de la escasa duración del matrimonio (2 años y diez meses).

<sup>176</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, 25 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 232081); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 19 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 61815).

<sup>177</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4ª, 26 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 167817) se concluye que resulta procedente la compensación, aunque el esposo figure como titular del negocio de maderas regentado por su esposo.

<sup>178</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 15 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 225640) el esposo decidió dejar de trabajar para acompañar a su esposa de profesión diplomática, dedicándose exclusivamente para la casa, aunque el esposo aparecía como propietario de una empresa.

<sup>179</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, 13 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 133475).

<sup>180</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1ª, 25 de abril de 2002 (*JUR* 2003, 231109) se suscribió en un acuerdo prematrimonial una cláusula en la que se comprometía y asumía el esposo abonar a la esposa la cantidad de treinta millones de pesetas, si el matrimonio se extinguía por causa de fallecimiento y, de quince millones de pesetas, en caso de extinción por causa distinta al fallecimiento; y, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 23 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 192439) los cónyuges en su día convinieron «que las cantidades y derechos que recogía el apartado c)



referentes al derecho de habitación —el derecho de habitación vitalicio— lo era por las compensaciones que pudieran corresponder a la esposa al amparo del artículo 1438 del Código civil.

<sup>181</sup> En esta línea, la Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona secc. 12<sup>a</sup>, 17 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 239752); y de la misma Audiencia, secc. 18<sup>a</sup>, 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 165235). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3<sup>a</sup>, 3 de noviembre de 1997 (*AC* 1997, 2235) se refiere como bases para cuantificar las que establece el artículo 97 del Código civil; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7<sup>a</sup>, 11 de septiembre de 2009 (*LA LEY* 22891, 2009) fija como criterios la duración del matrimonio, la falta de cualificación profesional y vida laboral anterior por parte de la esposa.

<sup>182</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5322) señala que, una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el suelo que cobraría por llevar o a cabo una tercera persona. Al salario mínimo interprofesional como referente para cuantificar la compensación se refieren las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3<sup>a</sup>, 20 de julio de 2006 (*JUR* 2006, 239825); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4<sup>a</sup>, 15 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 225640); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2<sup>a</sup>, 29 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 245011); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10<sup>a</sup>, 12 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 264678).

<sup>183</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5122) confirmó el criterio cuantificador utilizado por la Audiencia Provincial que aplicó el importe del coste de realización de trabajos para la casa por una tercera persona así manifestó al respecto que: «La sentencia recaída en primera instancia en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de aplicar los criterios que se reproducen ahora: “en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar”». Se opta también por este criterio en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2<sup>a</sup>, 11 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 369666) atendiendo a lo dispuesto en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 y calcula el coste de una empleada de hogar a razones de 600 euros mensuales; y en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2<sup>a</sup>, 20 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 286726); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2<sup>a</sup>, 6 de octubre de 2017 (*JUR* 2018, 68459); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5<sup>a</sup>, 20 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 307045); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1<sup>a</sup>, 6 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 24235); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1<sup>a</sup>, 3 de diciembre de 2019 (*AC* 2020, 718).

<sup>184</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 152 en este sentido, señala la posibilidad de acudir al precio del mercado de dicho trabajo, es decir, acudiendo al precio de mercado de los empleados del hogar. Por su parte, VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución*, número 27, enero-diciembre, 244 atiende al salario mínimo interprofesional. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2<sup>a</sup>, 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3<sup>a</sup>, 20 de julio de 2006 (*JUR* 2006, 239825); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1<sup>a</sup>, 6 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006, 284978); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6<sup>a</sup>, 16 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 295893); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2<sup>a</sup>, 16 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 283207); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1<sup>a</sup>, 30 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 241997).

<sup>185</sup> Lo considerado pertinente las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2<sup>a</sup>, 19 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 345059); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24<sup>a</sup>, 24 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 227448). Sin embargo, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación en Sentencia de 11 de diciembre de 2019 entendió que este criterio no podía aceptarse. Con posterioridad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2020 (Roj. SAP BA 100/2020; ECLI:ES:APBA: 2020:100)

ante un supuesto en que la esposa había solicitado también excedencia voluntaria estableció la cuantía de la compensación atendiendo a este criterio, estableciendo al respecto que «la cuantía puede obtenerse a tenor del sueldo que recibiría si en lugar de dicho trabajo doméstico hubiera trabajado fuera del hogar familiar; siendo que los criterios de la demandante son aceptables, equivaliendo a la mitad el sueldo que percibía en su último trabajo aplicados a los seis años y cuatro meses que se dedicó en exclusiva a trabajar en el hogar; en total 53 200 euros /1/2 de 1400 euros x 76 meses), siendo también equivalente aproximadamente al sueldo que recibiría una tercera persona que hubiera tenido que prestar dicho trabajo doméstico».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2219) se ofrece varias opciones: el equivalente al salario mínimo interprofesional, la equiparación con el sueldo que cobraría por llevarla a cabo una tercera persona —de modo que, se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar—, u otras opciones que tengan en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro.

<sup>186</sup> El artículo 232-6 del Código civil catalán fija como reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios entre cónyuges las siguientes: a) El patrimonio de cada uno de los cónyuges integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones; b) Deben añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuado con la intención de perjudicar al otro cónyuge; y c) Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen, y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante la vigencia del régimen se imputarán a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

<sup>187</sup> MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup>.L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español, *op. cit.*, 129.

<sup>188</sup> *Id.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5322); y, de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2219) respecto a este último supuesto, precisa que, el juez habrá de tener en cuenta que, uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1<sup>a</sup>, 29 de enero de 2016 (JUR 2016, 207569) la compensación no puede extenderse a la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar ese trabajo del hogar (y cuya cuantía no tiene por qué coincidir con el salario mínimo interprofesional, pues el trabajo del hogar no tienen horario fijo) ya que en este caso no se había contribuido en nada, sino que debe limitarse al exceso que correspondería a cada cónyuge.

Por su parte, hay Sentencias que tienen en cuenta la intensidad del trabajo para la casa, pues, no es lo mismo el trabajo en una familia sin hijos que, con hijos menores o mayores de edad, así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2<sup>a</sup>, 27 de octubre de 2009 (JUR 2009, 9655) se tuvo en cuenta que los hijos ya estaban próximos a cumplir la mayoría de edad y al poco tiempo se independizaron; por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1<sup>a</sup>, 6 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 24235) tuvo en cuenta el Juez dos periodos en relación al trabajo para la casa, uno antes de haber nacido el hijo y después de su nacimiento. Asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5<sup>a</sup>, 11 de julio de 2019 (JUR 2019, 262791) tuvo en cuenta que al pactar el régimen de separación de bienes ella tenía 54 años y el 60 años, además la esposa por incapacidad permanente total cobraba una pensión contributiva de 563,80 euros; y, en la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1<sup>a</sup>, 18 de noviembre de 2019 (JUR 2020, 62211) que aunque el régimen de separación ha durado 16 años, no puede obviarse que durante este tiempo sus hijos ya eran mayores,

la hija tenía 21 años y el hijo 14 años y la propia apelante reconoció que tras el cierre de la empresa de bolsos de piel en que trabajaba, se incorporara al servicio de limpieza de casas particulares y edificios.

<sup>189</sup> *RJ* 2019/5090. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, 15 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 225640); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, 6 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 60209); y, de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, 12 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 25438). Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, 8 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 372045) 1250 euros mensuales se calcula la cuantía de la compensación por coherencia con la cantidad que, percibía mensualmente en nómina por su ficticio trabajo en la empresa de su esposo.

<sup>190</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, 11 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 479216); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4ª, 27 de septiembre de 2019 (*JUR* 2019, 305624).

<sup>191</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 151.

<sup>192</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2010, 31827).

<sup>193</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 10 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 205502) al constar su alta como autónoma en la Seguridad Social en el año 2004 y durante un importante tiempo de vigencia del matrimonio, este dato determina una moderación en la cuantía de la compensación por el trabajo en casa.

<sup>194</sup> Efectivamente, se pueden tener en cuenta el número de hijos, edad, haber tenido servicio doméstico, pérdida de las expectativas laborales por el cónyuge que se queda en casa, o que se dediquen todos los ingresos del cónyuge a atender las cargas del matrimonio. Así, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 5 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 107492) la duración del matrimonio ha sido escasa (2 años y 2 meses); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, 3 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 238596).

<sup>195</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, 6 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006, 284978) cuantía que ha de fijarse mediante una suma específica y no como un porcentaje; de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2ª, 9 de febrero de 2009 (LA LEY 158069, 2009); y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 11 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 43129) se entendió que como el esposo dispuesto de la mitad del saldo existente en una cuenta común por importe de 16120 euros, además de disponer de su dinero privativo, con ello se obtuvo la compensación.

<sup>196</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 21 de diciembre de 2009 (LA LEY 302033, 2009).

<sup>197</sup> *Vid.*, la Resolución de la DGRN, 30 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5 933) en relación con la permuta de varias fincas entre los esposos de carácter privativo todas ellas, en compensación al trabajo doméstico de uno de ellos.

<sup>198</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, 18 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 75487).

<sup>199</sup> RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 903; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 107, salvo consentimiento del cónyuge deudor; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, 9 de noviembre de 1999 (AC 1999/2379); y del Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5ª, 17 de enero de 2014 (*JUR* 2014/47686) se estima la indemnización ya percibida en forma de copropiedad de tres viviendas adquiridas en Portugal, con dinero procedentes del salario como médico del esposo y tiene a su disposición la cantidad de 22 000 euros que ha retirado de una cuenta común. Asimismo, el artículo 232-8 del Código civil catalán establece, por un lado, en su apartado 1 que «la compensación debe pagarse en dinero, salvo que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de los herederos del cónyuge deudor, a autoridad judicial puede ordenar su pago total o parcial con bienes», y añade en su apartado segundo la posibilidad de pagarlo a plazos o aplazar dicho pago, así dispone que «a petición de los cónyuges o de sus herederos, la autoridad judicial puede aplazar el pago de la compensación u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y el devengo de interés legal a

contar del reconocimiento. La autoridad judicial puede, en este caso, ordenar la constitución, si procede, de una hipoteca, de acuerdo con lo establecido por el artículo 569-36, o de otras garantías en favor del cónyuge acreedor». En contra, ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 96; y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 836).

<sup>200</sup> Roj. STS 433/2014; ECLI:ES:TS:2014:433.

<sup>201</sup> *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, de 1 de abril de 2011 (*JUR* 2011, 18734); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 11 de mayo de 2012 (Roj. SAP M 7309/2012; ECLI:ES:APM:2012:7309); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5ª, de 17 de enero de 2014 (Roj. SAP C 93/2014; ECLI:ES:APC:2014:93); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 28 de noviembre de 2019 (Roj. SAP MU 2470/2019; ECLI:ES:APMU:2019:2470).

<sup>202</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, 26 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 331706); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, 14 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 35383) de la cantidad en que se fijó la compensación se descontó la mitad de los pagos de la hipoteca de la vivienda familiar cotitularidad de ambos que, asumió en exclusiva el esposo

<sup>203</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 11 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 43129).

<sup>204</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5ª, 29 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 71891); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, 25 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 112738).

<sup>205</sup> REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el CC)*, *op. cit.*, 439; MONTÉS PENADÉS V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 869; ASÚA GONZÁLEZ C.I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 97. *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1ª, 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/71008). Asimismo, el artículo 232-7 del Código civil catalán que posibilita pactar el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 231-30.

<sup>206</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T. III, Madrid: Thomson- Reuters, 4571.

<sup>207</sup> ROCA i TRÍAS, E. (2006). Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis. En: J.M. Abril Campoy y Mª.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2132-2133.

<sup>208</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 76.

<sup>209</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, 31 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 275635), y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, 3 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 188495).

<sup>210</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 26 de septiembre de 2006 (*RJ* 2007, 6177); las Sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24ª, 1 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 18 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 235256); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12ª, 5 de junio de 2009 (LA LEY 173960, 2009). Esta compatibilidad se contiene en el artículo 232-10 del Código civil catalán cuando señala que «el derecho a la compensación económica por razón del trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar esos derechos y, si procede, para modificarlos». Y añade en cuanto a su reclamación el artículo 232-11 que: «1. En caso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio, la compensación económica por razón del trabajo debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen y en caso de resoluciones o decisiones eclesíásticas, en el proceso dirigido a obtener su eficacia civil. Como cuestión previa, la Sentencia matrimonial puede pronunciarse sobre el régimen vigente si las partes hacen cuestión de él. 232. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, la pretensión para reclamar la compensación económica por razón del trabajo prescribe a los tres años desde el fallecimiento del

cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento». De todas formas, también se añade como novedad, que si haya bienes en proindiviso propiedad de ambos cónyuges, pueden solicitar su división. Así el artículo 232-12 señala que «en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. 2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos».

<sup>211</sup> En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673.  *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12<sup>a</sup>, 16 y 17 de marzo de 2009 (LA LEY 148577, 2009; y LA LEY 148576, 2009) su fijación ha de ser previa a la pensión compensatoria.

<sup>212</sup> *RJ* 2019, 5090. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1<sup>a</sup>, 5 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2219); y asimismo, en el seno de las Audiencias Provinciales, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10<sup>a</sup>, 14 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 202778); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22<sup>a</sup>, 10 de enero de 2006 (*JUR* 2006, 55109); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2<sup>a</sup>, 11 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 369666); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5<sup>a</sup>, 5 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 33093); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2<sup>a</sup>, 19 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 304943); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10<sup>a</sup>, 9 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 64237).

<sup>213</sup> *Roj.* STS 501/2018; *ECLI:* ES:TS:2018:501.

<sup>214</sup> *RJ* 2017/1720. A tales diferencias también se refiere la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 5090).

<sup>215</sup> Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1<sup>a</sup>, 27 de abril de 2000 (*RJ* 2000, 4125) tras señalar que «la fijación de la compensación es precia a la fijación de la pensión compensatoria, porque se trata, como se ha dicho, de una regla de liquidación de bienes por extinción del régimen económico matrimonial. Es decir, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal debe observarse si se produce una injusta desigualdad en favor de uno de los cónyuges y en este caso —y en esos momentos— debe procederse a fijar la indemnización que restaure el equilibrio. Una vez formadas las masas patrimoniales es el momento de determinar, si procede, la pensión compensatoria, que procederá solo en el caso que el cónyuge menos favorecido persista en situación de desigualdad respecto a la que tenía en el matrimonio». Precisa que «aquí no se trata que el trabajo de la esposa haya representado un enriquecimiento para el marido y un empobrecimiento para ella, ni se trata de comparar la situación actual de los cónyuges; aquí se trata de ver si, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal, se produjo una injustificada desigualdad patrimonial entre ellos, porque habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio, nada motiva que, en palabras llanas, un quede rico y la otro reste pobre. Por lo que en el restablecimiento del equilibrio patrimonial se debe tener en cuenta: el patrimonio del marido que se cifra, en el momento de la crisis conyugal, en sesenta millones de pesetas y los cuarenta años de la esposa dedicada en exclusiva al cuidado del hogar, del esposo y de su único hijo, atendiendo a tales circunstancias, la indemnización compensatoria a que tienen derecho doña Trinidad N. ha de fijarse en quince millones de pesetas».

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1<sup>a</sup>, 9 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 2379) después de poner de manifiesto la compatibilidad entre la pensión compensatoria y la compensación económica del artículo 1438 del Código civil, señala que, parten ambas de una premisa fáctica que, presenta una coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión «dedicación a la familia» es equivalente en términos esenciales a la de «trabajo para el hogar») el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no solo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimonial, cualquiera que fuera aquel) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico, sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición

económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica. En este sentido, la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo. En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

<sup>216</sup> Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de septiembre de 2019 (*RJ* 2019, 3769) con respecto a la pensión compensatoria «(...) el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2013; y de 18 de noviembre de 2014)».

<sup>217</sup> En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código civil, *op. cit.*, 1673. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12<sup>a</sup>, de 16 y 17 de marzo de 2009 (LA LEY 148577, 2009; y LA LEY 148576, 2009) su fijación ha de ser previa a la pensión compensatoria.

<sup>218</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10<sup>a</sup>, 23 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 101606).

<sup>219</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4<sup>a</sup>, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 280710) indica que la pretensión del artículo 1438 del Código civil fue correctamente desestimada en la Sentencia de instancia, en primer lugar, por motivos procesales, ya que, infringiendo el claro mandato establecido en el artículo 29 de la LEC, que obliga a cuantificar el importe de lo reclamado, la actora se limitó a pedir en la demanda que se declarase su derecho a obtener tal compensación e la cuantía que «el juez señalara» sin ni siquiera indicar cuales fueran las bases de las que debiera partirse para cuantificar esa supuesta deuda. Y en segundo término, porque aunque se prescindiera de lo anterior y se entendiera que lo solicitado se encuentra amparo en el inciso final del apartado tercero del citado artículo 219, tal petición tampoco podrá prosperar; pues, para su viabilidad sería preciso que la demandante que, es a quien corresponde como hecho constitutivo de su pretensión de acuerdo con el sistema de la carga de la prueba establecida en el artículo 217 de la LEC, acreditase cumplidamente haber llevado a cabo ese trabajo para atender las necesidades de la familia y del hogar de forma exclusiva o claramente mayoritaria respecto del otro cónyuge, pues al no haber aportado similar esfuerzo en la realización de tales atenciones es claro que no procede compensación alguna

<sup>220</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22<sup>a</sup>, 28 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 215543).

<sup>221</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4<sup>a</sup>, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 280710); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22<sup>a</sup>, 30 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22331); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10<sup>a</sup>, 11 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 39697); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1<sup>a</sup>, 7 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 189226).

<sup>222</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5414); y de 20 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 568); y, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4<sup>a</sup>, 17 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1207). En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6<sup>a</sup>, 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 291581) considera que excede del ámbito del procedimiento de divorcio y debe solicitarse en procedimiento declarativo posterior.

<sup>223</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22<sup>a</sup>, 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2010, 268857); y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4<sup>a</sup>, 17 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1207).



<sup>224</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, 10 de mayo de 2003 (LA LEY 84179, 2003) tras la separación matrimonial, ya no existe régimen económico matrimonial entre los cónyuges de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, 10 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 212975); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4ª, 20 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 128526) por su parte, entiende que no procede la compensación en el procedimiento de separación al no considerar que se hubiese extinguido el régimen de separación de bienes, pues solo puede tener lugar o por la disolución del matrimonio por divorcio; y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 291581).

<sup>225</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, 28 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 303532).

<sup>226</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, 11 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 479216) tiene presente en el cálculo de la compensación, el usufructo universal sobre todo el patrimonial relicto, además de la percepción de una pensión no contributiva por parte de la apelada.