

Aspectos civiles del trabajo doméstico:
matizaciones al artículo 1438 del Código civil

*Civil aspects of domestic work: qualifications
to Art. 1438 CC*

por

MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO
Profesora de Universidad. Universidad de Valladolid
ORCID: 0000-0002-5812-5629

RESUMEN: Se cuestiona el derecho de compensación por trabajo doméstico expresamente contemplado en un régimen económico matrimonial de separación de bienes generalmente pactado por los dos cónyuges. ¿deben los cónyuges contribuir obligatoriamente con trabajo doméstico como carga matrimonial? ¿puede un cónyuge contribuir con dicho trabajo contratando a una empleada doméstica? ¿puede un cónyuge reclamar este derecho si ha reducido su trabajo remunerado por conciliación familiar? Estas y otras cuestiones se tratan de dar respuesta en este trabajo.

ABSTRAC: *The right to compensation for domestic work, generally agreed by both spouses, and expressly contemplated in matrimonial property regime of separation, is put up for debate. Should the spouses compulsorily contribute with domestic work as a matrimonial burden? Can a spouse contribute to such work by hiring a domestic worker? Can a spouse claim this right if he has reduced his paid work for family conciliation? These and other questions are tried to be answered in this paper.*

PALABRAS CLAVE: Cargas matrimoniales. Convivencia. Indemnización. Obligaciones. Retribución económica. Ruptura conyugal. Trabajo doméstico.

KEY WORDS: *Matrimonial burdens. Coexistence. Compensation. Obligations. Economic retribution. Marital breakdown. Domestic work.*

SUMARIO: NOTAS INTRODUCTORIAS.—II. NORMAS APLICABLES A TODO MATRIMONIO.—III. RAZÓN DE SER DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. CONTRIBUCIÓN DE LOS CÓNYUGES A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO.—V. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO.—VI. TRABAJO PARA LA CASA: 1. TRABAJO PARA LA CASA DE FORMA EXCLUSIVA POR UNO DE LOS CÓNYUGES, SIN QUE EL OTRO COLABORE EN ESTAS TAREAS. 2. TRABAJO PARA LA CASA POR PARTE DE AMBOS CÓNYUGES: EL QUE TIENE UN TRABAJO RETRIBUIDO Y EL QUE CARECE

DE RETRIBUCIÓN. 3. TRABAJO CONJUNTO PARA LA CASA POR PARTE DE LOS DOS CÓNYUGES. 4. TRABAJO PARA LA CASA SOLO POR UNO DE LOS CÓNYUGES COMPATIBILIZÁNDOLO CON OTRO TRABAJO FUERA DEL HOGAR: A) Trabajo en la empresa del marido o colaboración en la actividad profesional del otro cónyuge. B) Trabajo en otra empresa a media jornada o en uso de la conciliación.—VII. ¿EL DERECHO DE COMPENSACIÓN ES COMPATIBLE CON LA AYUDA DOMÉSTICA RETRIBUIDA?—VIII. FORMA DE PAGARSE EL DERECHO DE COMPENSACIÓN.—IX. VALORACIÓN Y CUANTÍA: 1. MOMENTO. 2. VALORACIÓN. 3. CUANTÍA. 4. PAGO. 5. COMPATIBILIDAD CON LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL.—X. POSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS PAREJAS DE HECHO.—XI. CONCLUSIONES.—XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Es bastante frecuente leer en los medios de prensa noticias que captan la atención del público general en materia de separaciones y divorcios quizá porque antes no se reclamaban o no se producían, en concreto se trata de equiparar las cargas familiares, se ven más reclamaciones por compensación del trabajo doméstico, se sigue hablando de indemnizaciones pagadas por el marido a favor de la mujer. Así encontramos titulares como «Portugal y China compensan a mujeres divorciadas por el trabajo doméstico realizado durante su matrimonio»¹, es más, en esta noticia se dice que en la plataforma china Weibo más de 570 millones de personas ya han hablado sobre este asunto, o titulares como «la justicia condena a un hombre a pagar a su expareja 60 000 euros por su trabajo doméstico durante 30 años»² indicando que el Tribunal Superior de Justicia de Portugal le otorgó la razón a la mujer tras negársela en primera instancia por el Tribunal de Barcelos al entender que se trataba de una obligación natural por parte de la mujer, entendiendo en apelación que el trabajo doméstico tiene un valor económico que se traduce en enriquecimiento y ahorro de gastos; para determinar el valor del trabajo en casa se adopta el criterio del salario mínimo nacional que multiplica por doce meses y los años de convivencia, del total calculado se retiró un tercio en concepto de los gastos de la mujer durante la convivencia.

A pesar de las reivindicaciones que se han hecho en aras de una igualdad entre los cónyuges se siguen contemplando hoy en día muchas peticiones de reclamaciones económicas por parte de la mujer al marido. Aunque las mujeres han logrado mucha visibilidad en la sociedad y grandes puestos, sin embargo la mujer sigue siendo débil en determinados entornos como es en la familia³. La mujer accede a la Universidad, a la política, a puestos directivos, a logros deportivos, ya no hay restricciones a la hora de cursar todo tipo de carreras universitarias, o participar en rallies deportivos o cualquier actividad, pero siguen existiendo diferencias múltiples sobre todo en el ámbito familiar.

La mujer es la que da a luz al hijo/a, la que dedica más tiempo a la familia⁴, la mujer es distinta al hombre, generalmente es la que solicita una reducción de jornada laboral para cuidar al hijo/a. La sociedad ha avanzado en la asunción de roles y funciones de los cónyuges. La lucha por reivindicar mejores puestos laborales hace que en cierta medida la familia vaya cayendo en crisis en el sentido de que se celebran menos matrimonios, hay más uniones de parejas y nacen menos hijos, o estos se tienen en una edad más avanzada de la mujer, a partir de los 30 años o incluso tardíamente sobre los 40. Todo ello hace que la sociedad vaya cambiando y que el derecho deba adaptarse a la realidad que la

sociedad reclama, las normas dice el artículo 3 del Código civil *«se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»*⁵.

Las parejas quieren tener una autonomía de gestión y libertad de contratación, es por ello que si son libres para decidir contraer matrimonio también lo serán para estipular el régimen económico matrimonial o aquellos pactos que tengan a bien.

Si no hay vínculo matrimonial las reglas que el Código civil dedica al mismo no le serán de aplicación, por lo que habrá que distinguir cómo se ha producido esta unión y el lugar o territorio en que se realiza para saber la normativa aplicable.

En este trabajo quiero hacer un análisis del artículo 1438 del Código civil, por eso la estructura del mismo respetará el orden contemplado en este precepto, indicando que esta disposición se refiere a matrimonio de personas que expresamente hayan convenido en capitulaciones matrimoniales el mismo, ya que se trata de una norma de derecho común, (así como a los territorios que se apliquen también el CC) solo aplicable a los contrayentes que hayan querido someterse a su normas⁶. Tiene su razón de ser en paliar las consecuencias del régimen de separación de bienes al tiempo de la ruptura, ya que no existe comunicación alguna entre las masas patrimoniales de uno y otro cónyuge, a diferencia de los otros regímenes. Aunque en mi opinión no se podría obligar a un régimen de participación si lo que los cónyuges querían era precisamente evitar el mismo. En el régimen de separación los bienes que se tengan antes o durante el matrimonio seguirán perteneciendo a cada uno, esta es la idea que tienen los cónyuges, la que quieren que rija durante el mismo y a su disolución, aplicar el artículo 1438 del Código civil supone, a mi entender, obligar a una norma no querida. Ello hace que algunos autores como VARA⁷ acertadamente indiquen que el artículo 1438 del Código civil es muy parco, está descoordinado de las normas de liquidación del régimen matrimonial en general y es terminológicamente impreciso, «El desmesurado margen de discrecionalidad judicial que concede la norma, y el discutible fundamento constitucional (las prestaciones personales extraobligacionales son por principio contrarias al principio de libertad civil y al de dignidad de la persona —art. 10 CE—), ético y sociológico de esta figura están generando una creciente conflictividad, incluso en casación, que pone la figura en el punto de mira de la inaplazable reforma integral del derecho común de familia».

En su inicio, el régimen de separación de bienes no contemplaba la posibilidad de que, tras su extinción, un cónyuge tuviese que pagar al otro una cantidad por el trabajo para la casa, cada uno era dueño de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Se va abriendo una corriente permisiva a dicho derecho tras la reforma del Código civil en el año 1981, en Cataluña en el año 1993, en Aragón en 2003, en Navarra por ley 2019 o bien por aplicación supletoria del Código civil en otros territorios no obstante cada una de estas compensaciones es diferente exigiendo unos requisitos específicos para su existencia⁸ y no exentas de críticas al respecto.

Considero que se trata de una norma bastante incierta, insegura, pues si examinamos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo podemos ver las distintas apreciaciones judiciales en las distintas instancias. Normalmente nos encontramos que en primera instancia se concede, en segunda instancia se deniega o se rebaja la cuantía y el Tribunal Supremo lo concede, lo niega o rebaja, o a la inversa, en cualquier caso lo que quiero resaltar es que va a depender de la autoridad judicial

su concesión y su cuantía. Es verdad que se ha tratado de unificar el criterio, como así se efectuó por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011⁹ que sienta la siguiente doctrina: «*El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con 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*» (fundamento de derecho 7). Datos, los que exige esta sentencia, precisos para obtener el derecho a compensación, pero vemos como es una muestra de la libertad judicial, pues en primera instancia se acordó la compensación, se apeló por el marido a la AP de Madrid revocando la sentencia de primera instancia, la esposa recurre y la dan la razón. Aun cuando se va fijando una línea jurisprudencial y dado que cada vez más las rupturas matrimoniales son más frecuentes, la vida práctica refleja la suma relevante de solicitudes por compensación de trabajo doméstico, aunque es verdad que desde la incorporación de la mujer a la vida laboral este derecho no se puede invocar según la doctrina del Tribunal Supremo, al exigir una dedicación total, absoluta a las tareas domésticas, sin embargo las crisis económicas resucitan este precepto, pues en el caso de que uno de los cónyuges pierda el empleo y realice funciones domésticas, puede fácilmente reclamar este derecho, olvidándose tal vez del enorme esfuerzo que realiza el cónyuge que tiene un trabajo y que se puede ver forzado a conseguir horas extras para aportar más sueldo a la casa y contribuir íntegramente al levantamiento de las cargas matrimoniales a consecuencia de esa convivencia común y la asunción de las normas de régimen matrimonial primario, en ocasiones da la sensación que la autoridad judicial se olvida de este dato. El trabajo doméstico se computa en una doble dimensión. Cuenta tanto para el cumplimiento del deber de contribución a las cargas familiares como para recibir una compensación del cónyuge trabajador a la extinción del régimen.

Este artículo 1438 del Código civil tras la doctrina sentada en la conocida sentencia antes mencionada realmente no se ha adaptado a las reivindicaciones de las mujeres en aras de una conciliación familiar; la mujer que desea trabajar fuera y dentro de casa se ve gravemente perjudicada con esta interpretación, pues si decide tener hijos y reducir su jornada laboral, esta esposa luego no podrá tener derecho a reclamar la indemnización del artículo 1438 del Código civil pues el Tribunal Supremo ha ampliado este derecho en sus Sentencias de 14 de marzo y 26 de abril de 2017¹⁰ pero sin recoger esta modalidad laboral. Es decir, realmente nuestro derecho debe seguir adaptándose a las nuevas reivindicaciones y forma de vida de la sociedad moderna, pues los derechos de las mujeres que concilian siguen siendo discriminatorios y perjudiciales frente a una mujer que se dedique de manera exclusiva al trabajo doméstico o trabaje en la empresa familiar. El derecho debe evolucionar y buscar cuales son las necesidades existentes en la familia, esa protección constitucional realmente debe ampararse y protegerse. La doctrina sentada en la conocida Sentencia de 14 de julio de 2011 y ampliada por las antes citadas del 2017 siguen sin recoger la realidad de la mujer ama de casa y asalariada fuera de su hogar.

II. NORMAS APLICABLES A TODO MATRIMONIO

La libertad de contraer matrimonio o no hacerlo es plena, si bien una vez que deciden dar el sí, se aplicarán las normas civiles. Normas que distinguen en

función de los efectos personales o patrimoniales, se encuentran ubicadas en el Código civil pero de forma diferenciada. Así el Libro I «de las personas» dedica su título IV al matrimonio artículos 42 a 107, en concreto su capítulo V lleva la rúbrica de los derechos y deberes de los cónyuges, partiendo de la igualdad de derechos y deberes y enumerando varios de ellos, el artículo 67 habla de actuación en interés de la familia, el artículo 68 impone la obligación de socorrerse mutuamente, pero además se ha añadido el deber de compartir las responsabilidades domésticas y la necesidad de atención y cuidado de las personas que estén a su cargo, sean ascendientes, descendientes u otras personas dependientes, como podría ser el caso de una empleada de hogar desde toda la vida¹¹. El capítulo VII trata de la separación del matrimonio y el VIII de la disolución del mismo, es el capítulo IX «de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» (arts. 90 a 101 CC) el que más juego da y más problemas ocasiona entre los excónyuges¹². Hay que acudir al libro IV «De las obligaciones y contratos» para ver la normativa a aplicar sobre el régimen económico matrimonial, su título III «Del régimen económico matrimonial» contiene unas normas de régimen primario aplicable a todo el matrimonio artículos 1315 a 1324, permitiendo el artículo 1325 estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial en capitulaciones matrimoniales debiendo constar en escritura pública (art. 1327 CC), se permite igualmente la existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones (art. 1332 CC), mereciendo hacer hincapié en el artículo 1328 del Código civil expresando «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge», esta referencia a la limitación de la igualdad de derechos de los cónyuges hace pensar en la libertad de pactos que se firman entre ellos. Si conforme al artículo 1323 «Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» se induce a que todo vale entre ellos pudiendo pactar el régimen que deseen, siempre dentro de las normas legales, pues no cabe la creación de modelos nuevos o pertenecientes a otros territorios.

Teniendo en cuenta estas disposiciones se podría afirmar sin lugar a dudas la amplitud de libertad entre los cónyuges: han sido libres para contraer matrimonios, libres serán para pactar entre ellos todos los contratos o pactos que estimen convenientes siempre dentro de la igualdad y proporcionalidad que el Código civil marca¹³.

En este sentido, conjugando el artículo 1328 y el 68 del Código civil el trabajo doméstico debe ser proporcional, con libertad de esa fijación. El artículo 68 solo habla de compartir, por lo tanto es la voluntad de los contrayentes la que prima según se permite en el artículo 1438, pues dispone que «a falta de convenio los cónyuges contribuirán proporcionalmente» pero esa proporción no es por mitad dado que se atiende a los respectivos recursos económicos. Es aquí donde entran en juego los posibles pactos matrimoniales, ROZALÉN¹⁴ entiende la nulidad del pacto que exonere completamente a uno de los cónyuges de la obligación de contribuir a las cargas, sin embargo permite la validez del pacto con una contribución no proporcional, dado que la proporcionalidad se fija como regla subsidiaria a falta de estipulación¹⁵. MORENO en cambio entiende que el artículo 1318 del Código civil denota una imperatividad «los cónyuges contribuirán» que debe hacerse conjuntamente, pues dispensar a uno de estas cargas encubre una desigualdad que debe considerarse como cláusula nula por ilícita.

A mi entender los cónyuges pueden pactar lo que estimen conveniente entre sí, se supone que las partes son mayores de edad, con plena capacidad, han

acudido de forma libre ya que de lo contrario el matrimonio estaría viciado, el consentimiento no se habría formado libremente. Si los contrayentes estipulan, es porque quieren fijar una serie de reglas que ordenen sus bienes. De procederse a estos pactos seguramente es porque hay desigualdad de patrimonios, uno tiene más que otro, o espera obtenerlo; si se quiere imponer y obligar un levantamiento de cargas superior al permitido por la ley o perjudicial para uno de ellos, es porque no se quiere participar en un régimen de igualdad y colaboración conjunta. Se puede valorar de forma diferente por los cónyuges las contribuciones o funciones que realice uno de ellos. Esa valoración es clave, uno puede apreciar mucho que el otro cocine o que estudie con los niños, o que trabaje fuera de casa y el otro tenga otras consideraciones, por eso creo que la libertad de pacto debe ser plenamente consentida siempre que exista un equilibrio entre las aportaciones de ambos cónyuges, uno de los cónyuges puede ser que no tenga trabajo asalariado, pero sus horas de madre sean dedicación exclusiva, las 24 horas del día, como es cuando un hijo está enfermo y el cónyuge le cuida y protege, o a la inversa, trabaje fuera y a mayores continúa cuidando en casa a su familia. Se puede valorar de forma infinita esa labor en el hogar, pero también el otro cónyuge puede alabar el dinero que mes a mes trae a la casa y con el que se puede pagar el colegio, los viajes o empleada de hogar. Estos pactos son lícitos en una misma línea de equilibrio.

CUENA CASAS¹⁶ precisa que el Tribunal Supremo al fijar la compensación por trabajo doméstico (en el artículo 1438 CC) introduce rasgos propios del régimen de comunidad en un régimen de separación de bienes que, en el caso de los territorios donde rige el Código civil, es escogido voluntariamente por los cónyuges, entiende que solo debería haber derecho a la compensación cuando la valoración del trabajo para la casa por parte de un cónyuge supere la contribución realizada por el otro, de acuerdo con el criterio de la proporcionalidad y de los recursos económicos. «Si ambos han contribuido proporcionalmente a sus recursos económicos, teniendo en cuenta que el trabajo para la casa es uno de ellos, entonces no se genera el derecho a la compensación. De lo contrario, se produce un solapamiento de remedios, en tanto que una actividad sería «remunerada» dos veces. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar un régimen de separación de bienes es libre y hay otros regímenes que pueden suplir los inconvenientes de la separación absoluta, como es el caso del régimen de participación en las ganancias. Lo que no cabe es asumir libremente esa decisión y luego obtener una doble ventaja, ya que se computa como contribución a las cargas del matrimonio además se compensa, sobre todo, al margen de que haya habido “ganancia” por parte del cónyuge deudor».

III. RAZÓN DE SER DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

La modificación del artículo 1438 del Código civil en 1981 contempla por primera vez el valor del trabajo doméstico del cónyuge, y lo hace curiosamente con referencia al régimen de separación de bienes, dado que en el régimen de gananciales y de participación ya existe una participación comunitaria. No parece muy acertado que si los cónyuges expresamente quieren establecer un patrimonio separado y autónomo a su disolución se pueda reclamar esta compensación.

Debe tenerse en cuenta que la introducción de la figura tuvo lugar en el derecho español, a través de este artículo 1438, en la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar

un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, por tanto, tal sistema familiar de igualdad ha de referirse no solamente tanto a los derechos, sino también a los deberes, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código civil. Este último artículo se ha puesto en consonancia con estas obligaciones tras la reforma del Código civil por Ley 13/2005, el artículo 68 del Código civil incluye el deber de «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo». Realmente llama la atención que se haya tenido que introducir un apartado nuevo en el artículo 68 del Código civil, una obligación natural implícita al existir una convivencia que se ha considerado preciso contemplarla legalmente exigiendo que los cónyuges deban compartir las responsabilidades domésticas, esta necesidad es porque verdaderamente se sigue considerando una actividad innata de la mujer, parece que si la mujer es la persona que da a luz a los hijos, debe ser la persona que gestione la casa y asuma todas las obligaciones domésticas, obligaciones que en la sociedad moderna se tachan de machismo-feminismo, pero que se encuentra en menos casos, es decir, desde finales del siglo XX los cónyuges eran conscientes que cuando se casaban, ambos contribuían por igual al levantamiento de estas cargas y los dos debían colaborar en las tareas domésticas.

Según un estudio, realizado en EE UU¹⁷, utilizando datos nacionales de 6300 parejas heterosexuales de edades comprendidas entre los 18 y los 55 años, se analizó el efecto que causa en la estabilidad matrimonial la división de las tareas del hogar, los recursos económicos de la pareja, y la capacidad de las mujeres para mantenerse económicamente en caso de separación. Se nutre de una comparación entre parejas casadas hasta 1974 frente a los matrimonios de años posteriores. Según los resultados del estudio, los factores financieros no desempeñaron un papel crucial en el divorcio en ninguno de los dos grupos de parejas. El reparto de tareas del hogar sí afectó al éxito de las relaciones, pero se encontraron diferencias acerca de qué división de tareas era mejor para la estabilidad matrimonial.

La Resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 1978, sobre la igualdad de los cónyuges en el ámbito del derecho civil, por la que se pretendía paliar ciertas discriminaciones establecía en su punto núm. 8: «i) 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 deberán considerarse como contribución a las cargas familiares». Así, el tenor del Código civil de acuerdo con dichos postulados es el artículo 1438 del Código civil: «*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*».

Como dice LASARTE¹⁸ «la unión matrimonial es, sin duda alguna, una de las relaciones interpersonales más intensas en la experiencia del ser humano, y en consecuencia, genera toda suerte de efectos, deberes y derechos entre los cónyuges». El conjunto de reglas dedicadas a la regulación de las relaciones entre los cónyuges atiende tanto a los aspectos puramente personales de la convivencia matrimonial cuanto a aquellas cuestiones de índole patrimonial que se plantean en cualquier matrimonio.

En la actualidad se trata de solucionar muchos problemas heredados del pasado donde predominaban aquellas discriminaciones hacia la mujer, quien

contribuía en especie al sostenimiento de la familia y, consecuentemente, al levantamiento de las cargas familiares. Por ejemplo, hasta la reforma operada en 1975 la mujer debía obedecer al marido (art. 57 CC). Ante esta situación se producían una serie de situaciones paradójicas, como el hecho de que la mujer no podía salir del hogar familiar antes de los 25 años y adquirirla la nacionalidad y la vecindad civil del marido, de acuerdo con el principio de unidad familiar; la licencia marital o la representación marital, que conllevaban que la mujer no podía realizar ningún tipo de acto con trascendencia patrimonial sin contar con el consentimiento del marido hasta 1975, excepto en Cataluña y Baleares; no podía ser albacea o aceptar o repudiar una herencia sin la licencia marital; la administración de la sociedad de gananciales estaba en manos del marido hasta 1981¹⁹.

La CE supuso un avance en el reconocimiento de la igualdad conyugal (art. 32). Este principio constitucional se ha incorporado en nuestro Código civil con la gran reforma llevada a cabo por Ley 30/1981 reconociendo en el artículo 66 del Código civil que «*el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes*», precepto adaptado a la reforma del 2005 tras permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo necesario adaptar el Código civil a este reconocimiento, por lo que el actual artículo 66²⁰ habla de cónyuges para no distinguir.

Esa igualdad en el ámbito familiar hay que acercarla a una contribución conjunta de las cargas del matrimonio así como a una distribución por igual de lo que implica una convivencia conjunta, por ello RODRÍGUEZ RUIZ²¹ en la búsqueda del panorama legislativo, expone que el Tribunal Constitucional viene estableciendo que las medidas orientadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral tienen una dimensión constitucional que, afirma, se desprende de la lectura conjunta de los artículos 14 y 39 CE: de la obligación de los poderes públicos de proteger la familia, la maternidad y la filiación, así como de fomentar el cumplimiento de responsabilidades parentales y de hacer todo ello en términos coherentes con el principio de igualdad por razón de sexo que recoge el artículo 14 CE²².

La igualdad se pone de relieve en el artículo 1438 del Código civil en cuanto se analiza el trabajo doméstico, pues la autoridad judicial indaga en los actos familiares, en la aportación realizada al matrimonio, pero no de cara a investigar si todas las cargas familiares o todas las deudas se han pagado, sino de si se ha colaborado en las tareas de casa en sentido amplio, no importa que uno de los cónyuges colabore de forma económica, se busca más bien la presencia en el hogar, esto indica que hay ciertos trabajos que tienen difícil esta participación en aras de igualdad. Si los dos cónyuges trabajan fuera del hogar ninguno de ellos podría reclamar al otro, si los dos trabajan en el hogar tampoco podrían reclamarse nada entre ellos, pero en este caso ¿cómo se contribuye al pago económico de las deudas del hogar familiar? ¿puede existir en un régimen de separación un reintegro de gastos? ¿los dos deben pagar por partes iguales estas deudas? El sentido común señala que las normas de régimen primario imponen unos derechos y obligaciones aplicables con independencia del régimen económico matrimonial, de tal forma que sí cabría como dice el artículo 1319 del Código civil en su apartado 3 dicho reintegro («El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades —se refiere al pago de las necesidades ordinarias de la familia— tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial»). Si aplicásemos de forma literal este artículo pudiera ser que un cónyuge tenga que abonar al otro la compensación por trabajo doméstico en el supuesto que uno de ellos trabajase en casa y el otro no, pero dado que hay que pagar los gastos ordinarios de la casa: alquiler, comida, luz,

agua, colegios, ropas... y todos estos gastos se pagan por el cónyuge que trabaja ¿podría reclamar el pago por mitad? ¿no es posible que acuerden que uno trabaje fuera de casa para hacer frente a todos los gastos y el otro gestione la atención de la casa? Dado que mientras viven juntos no se reclaman nada es curioso que cuando se extingue el matrimonio ya se reclamen todo lo que puedan.

Se trata de una norma de liquidación del régimen de separación cuya finalidad es compensar el desequilibrio patrimonial que provoca el normal funcionamiento del régimen económico patrimonial pactado por los cónyuges²³. Constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen, lo que implica introducir una regla anómala en el régimen de separación pues se traduce en una corrección comunitaria impropia de tal régimen.

Aunque el artículo 1438 del Código civil lleva más de 20 años aplicándose, se siguen produciendo discriminaciones a la hora del reconocimiento del derecho a compensar. Por un lado si analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴ se aprecia que son muchos los casos en que este tribunal marca una cuantía diferente al alza o a la baja o incluso que la deniega o acepta. Por otro lado antes se atendía la petición solo si el cónyuge acreedor se había dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar, pero posteriormente se va reconociendo este derecho también al cónyuge que ha colaborado de manera precaria o parcial en la empresa familiar del otro cónyuge. ¿si la mujer trabaja en la empresa de su padre o de su madre con un salario básico, podría incluirse en ese caso? ¿Qué diferencia hay en estos casos? ¿puede reclamarse la compensación por un trabajo parcial con baja retribución? ¿Se va analizar porqué se ha pagado el sueldo mínimo? ¿si se reduce la jornada laboral por conciliación ya no se tiene derecho a reclamar esta indemnización²⁵.

Estos interrogantes y afirmaciones reciben apoyo en la SAP de Madrid de 11 de abril de 2014²⁶ que indican que la filosofía inspiradora de este artículo 1438 del Código civil fue la de instaurar un régimen de igualdad entre los cónyuges en todos los órdenes, esto es, derechos y deberes. Este régimen no parece que tenga sentido en nuestro Código civil pues los cónyuges contribuyen de forma proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio mientras no se pruebe lo contrario so pena de generar un enriquecimiento injusto o sin causa.

Recientemente el Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021²⁷ en su fundamento de derecho 3.º da un paso más al permitir compatibilizar el trabajo profesional con el familiar, estableciendo: «Cuando se introduce el último apartado del artículo 1438 en el Código civil, se hace bajo la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que plasma el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) y ello para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. La regla sobre compensación contenida en el artículo 1438 del Código civil, 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. En la realidad social actual (art. 3.1 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 de la casa y la familia».

Lo que está claro es que dicho artículo sigue estando de actualidad, pues sigue apareciendo en titulares de prensa, y es objeto de debate y comentarios en la sociedad, como se ha dicho al inicio de este trabajo. Por este motivo voy a realizar un análisis del artículo 1438 del Código civil, por un lado en cuanto al estudio de la contribución al sostenimiento del matrimonio por parte de ambos cónyuges y por otro en cuanto a la contribución a las cargas del matrimonio. Hay que señalar qué entendemos por tales cargas y como los cónyuges tienen que hacer frente a las mismas.

Un trabajo para la casa que según diversos factores podría dar derecho a una compensación ¿Quién tiene derecho a una compensación por trabajo para la casa? ¿cómo se valora? ¿cuál es la cuantía a pagar y en qué momento se puede pedir?

IV. CONTRIBUCIÓN DE LOS CÓNYUGES A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

No hay duda en entender que los dos cónyuges al ser iguales en derechos y deberes deben contribuir a las cargas del matrimonio por igual. Se trata de distribuir estos gastos ¿pero cuáles son? y ¿cómo se deben satisfacer?²⁸.

Soy partidaria de que los cónyuges hagan frente a las deudas domésticas según lo consideren conveniente, solo será una contribución proporcional si no se hubieran puesto de acuerdo, pero dado que las deudas domésticas existen desde el comienzo del matrimonio (aunque luego si hay hijos seguramente los gastos serán mayores) en estos inicios se habrá pactado de forma al menos verbal cómo se efectúan las mismas.

LÓPEZ PELÁEZ²⁹ concreta que las cargas del matrimonio se distinguen de las obligaciones, si bien el concepto de carga no suele tener relevancia hasta el momento de la liquidación del haber ganancial. Define a las cargas como los gastos o pagos que deben repercutir de modo definitivo sobre el patrimonio ganancial, con independencia de quien ha realizado el gasto, dado que su finalidad es el mantenimiento de la familia. Añade que no es fácil establecer el concepto de cargas del matrimonio, pues no se definen ni enumeran los gastos a incluir, por ello dependerá de la realidad social de cada momento y de la situación de cada familia, lo que se traduce en la dificultad de encontrar un concepto general de las mismas, recurre al concepto de carga familiar ampliando esta obligación a progenitores o hijos que vivan en el hogar familiar. Señala que el concepto de carga del matrimonio del artículo 1318 es más amplio que el de necesidad ordinaria de la familia del artículo 1319, pues comprende las deudas domésticas así como las referentes a las necesidades más amplias de quienes integran la familia de acuerdo con sus circunstancias.

A mi entender la carga familiar debe cubrirse por los cónyuges en sentido amplio, no hay que esforzarse en establecer diferencias si la familia está integrada por uno, tres hijos o ninguno, o si hay padres que viven con los cónyuges, el sostenimiento de la familia existe en cualquier tipo de régimen económico matrimonial, se permite el pacto, los problemas surgirán al disolverse dicho régimen, pero existe una responsabilidad solidaria. Las necesidades ordinarias de la familia se fijan de forma individual en atención a los usos y circunstancias particulares, por eso será muy importante los acuerdos o tratos convenidos entre los cónyuges. Antes de emplear a una persona, comprar un coche, realizar un viaje, etc, los cónyuges hablan y deciden cómo se va a hacer frente al pago y de qué importe pueden disponer.

Las cargas matrimoniales existen únicamente en función del matrimonio, ya que son las que resultan del conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar. Por lo tanto el concepto cargas matrimoniales comprende las cargas familiares en el doble círculo conyugal y paterno-filial, así como las necesidades ordinarias de la familia que integran la deuda doméstica³⁰.

GARCÍA CANTERO³¹ precisa que la potestad doméstica debe adaptarse a la evolución de los tiempos sin que exista una limitación taxativa de actos y negocios jurídicos en que tal potestad se concreta, presupone una comunidad familiar creada en torno a la unión conyugal adaptada a una sociedad regida por el régimen de igualdad de sexos y de participación conjunta de ambos cónyuges en las tareas laborales y domésticas. Estas tareas se pueden atribuir a uno solo de los esposos por el acuerdo expreso o tácito de los cónyuges.

Es muy acertada la doctrina contemplada en la STS de 31 de mayo de 2006³² afirmando que no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio. La cuestión cardinal planteada —que es sobre la que en realidad versa el recurso y en concreto sus dos primeros motivos— radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio, a que se refiere el artículo 1438 del Código civil para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. Su fundamento de derecho 3.º expone que «La respuesta ha de ser negativa ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto 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, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3.ª CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del 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 familiar. En consecuencia la solución adoptada por la Audiencia al considerar que la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso que, por ello, han de ser rechazados».

La STS de 26 de noviembre de 2012³³ precisa que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto 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, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes.

No serán consideradas cargas familiares según SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015³⁴ cirugías estéticas, vacaciones y viajes de placer, diversiones individuales. Sí se incluyen tareas y gestiones administrativas o burocráticas realizadas

fuera del hogar como contratar el suministro de agua o luz, pagar impuestos, gestiones bancarias. etc., como declara la SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014³⁵, o la labor de dirección y organización familiar, como las atenciones a las relaciones sociales de la familia, en los casos de grandes fortunas, o el mero control del servicio doméstico. No lo son las tareas catalogadas como aficiones, pasatiempos o formas de ocio del cónyuge que las realiza, como pasear mascotas, hacer bordados o manualidades.

En base a lo expuesto entendemos por cargas del matrimonio los gastos necesarios para el sostenimiento de la familia. Existe más o menos unanimidad en entender las cargas matrimoniales como aquellas que atienden en sentido amplio a las necesidades de la familia,

En función del nivel de renta de cada familia, pues la empleada de hogar no se puede contratar en todos los hogares. Estas cargas necesarias familiares según el artículo 1362.1 del Código civil serán a cargo de la sociedad de gananciales enumerando como tal los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.^a El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia»³⁶.

A estos gastos debe hacerse frente con los bienes de ambos cónyuges (art. 1318 CC) con independencia del régimen económico, pues en todos los regímenes se establece esta obligación, en el Código civil en sus artículos 1362, 1365 para gananciales o el 1440 para el de separación.

Es muy claro el Código civil catalán (art. 231-6) que señala los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia como carga del matrimonio y permite que uno de los cónyuges contribuya a estos gastos con su trabajo doméstico, pero si existiesen bienes especialmente afectos a los gastos familiares, sus frutos y rentas deben aplicarse preferentemente a pagarlos, por eso lo primordial es saber si los cónyuges han previsto (libertad de pactos) como se van a pagar estos gastos familiares, pues se habla de una responsabilidad solidaria de los cónyuges para hacer frente a dichos gastos.

V. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO

Dos elementos integran el concepto de compensación por trabajo doméstico: el trabajo para la casa de uno de los cónyuges y el incremento patrimonial procedente de la actividad económica y profesional del otro, si bien esto debe matizarse.

Esta compensación tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes. El concepto de cargas del matrimonio debe ser referido como ya he dicho al sustento, habitación, vestido y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo y atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

Esta figura 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 pensada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación.

La compensación solamente tiene sentido cuando el cónyuge que ha realizado el trabajo doméstico haya cumplido en exceso su obligación de contribuir a las cargas de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y en función a sus recursos económicos. El trabajo doméstico es la contribución de unos de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio. Este trabajo debe realizarse en el ámbito del hogar, de forma exclusiva según la doctrina dictada por el Tribunal Supremo de manera indudable, posteriormente ampliada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 al incluir también el trabajo de forma precaria en la empresa del marido ¿Por qué no puede hacerse una sobreaportación si el cónyuge realiza una actividad remunerada fuera del hogar? Lo que se debe tener en cuenta es la determinación de las aportaciones efectuadas por cada uno. Es más hay una corriente bastante extendida de considerar que es posible compaginar el trabajo en el hogar con un trabajo retribuido que permita seguir compaginando ambas funciones. ¿Por qué o para que se solicita la conciliación? Precisamente es para seguir compaginando ambas labores, cuando uno concilia el sueldo disminuye y el trabajo aumenta. Me detendré más adelante en las formas de trabajo remuneradas.

Por lo que respecta a la regulación del deber de contribución, se establecen dos criterios fundamentales. La posibilidad de una regulación convencional y la regla de la proporcionalidad a sus respectivos recursos económicos.

El trabajo en el seno de las relaciones familiares no se retribuye, contrariamente a lo que ocurre con el otro consorte, que hace suyos exclusivamente todos los ingresos que obtiene una vez atendida su contribución a las cargas familiares, como determina el artículo 1437 del Código civil, al indicar que en el régimen de separación de bienes cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiere durante el matrimonio por cualquier título.

La compensación se funda en la existencia de una desigualdad patrimonial en el momento de la separación a favor del cónyuge que careciere de retribución o la tuviere insuficiente y que además se haya dedicado a la casa como recoge la STS de 11 de febrero de 2005³⁷.

La reforma del Código civil que tuvo efecto por Ley 11/1981, de 13 mayo, introdujo el artículo 1438 del Código civil en la regulación del régimen de separación de bienes. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

1.^a 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.^a 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.^a 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.

Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 17 de febrero de 2003³⁸ la dedicación a la familia es equivalente en términos esenciales a la de trabajo para el hogar. Añadiendo que «nos situamos ante una prestación

económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de 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. Hace una distinción muy acertada del fundamento del derecho establecido en el artículo 1438 del Código civil en contraposición al artículo 97. 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 pueda 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 en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo. Merece plasmar su fundamento de derecho 3.º *in fine*: «No se trata aquí de indemnizar a uno de los cónyuges por haber desempeñado sin más las tareas del hogar, sino más bien de compensar a quien 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 se encuentra que al no participar de las ganancias obtenidas de su consorte, nada obtiene por ese concepto; al no cobrar por sus tareas en el hogar en beneficio de la familia tampoco recibe nada por ese concepto; y al haber dedicado su tiempo precisamente a tan necesaria y digna como injustamente minusvalorada actividad en detrimento de la promoción profesional fuera del hogar, tampoco tiene posibilidad real de acceso al mercado laboral. Como ya dijimos no es esta la situación que se observa en el presente caso en el que la esposa ha participado de las ganancias y ha obtenido bienes a pesar del régimen de separación pactado». En el presente caso estima improcedente la compensación del artículo 1438 del Código civil, reconociendo el escaso valor que se reconoce al trabajo doméstico en contraposición al gran beneficio que se atribuye a la familia.

Muy interesante es la afirmación contemplada en la SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 antes citada que nos ayuda a fijar los requisitos para solicitar esta compensación. El requisito para tener derecho a la compensación característica del régimen de separación de bienes es que el cónyuge que la pide haya efectivamente aportado su trabajo en el hogar familiar, y que ese trabajo haya sido significativamente más relevante que el aportado por el otro cónyuge, que de esta forma ha dispuesto de todo su tiempo para dedicarse a su actividad profesional o negocial al tener cubiertas todas sus necesidades en el hogar por el trabajo exclusivo de su consorte. Pero si la dedicación de ambos cónyuges a las cargas del matrimonio ha sido similar o pareja, como se trata de una indemnización compensatoria del desequilibrio basado en el trabajo dedicado al hogar familiar, al no haber tal desequilibrio en la actividad desarrollada por cada uno en el hogar desaparecería el fundamento de la compensación porque no habría nada que compensar. En definitiva, la compensación que establece el artículo 1438 requiere que el régimen económico que rige el matrimonio sea el de separación de bienes y que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de los cónyuges sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye, contrariamente a lo que le ocurre al otro consorte, que hace suyos exclusivamente todos los ingresos que obtiene una vez atendida su contribución

a las cargas familiares, como determina el artículo 1437 del Código civil, al indicar que en el régimen de separación cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiere durante el matrimonio por cualquier título». En consecuencia no puede estimarse que ha trabajado sustancialmente más o de manera más relevante el cónyuge que contribuye con su trabajo en el hogar cuando los ingresos del que ha trabajado fuera del hogar, se han dedicado en su totalidad o en su mayor parte al levantamiento de las cargas familiares. Este dato es de especial relevancia si un cónyuge trabaja y contribuye con prácticamente la totalidad del sueldo a las cargas matrimoniales, sería ir en contra de la buena fe y la moral el reclamar una compensación a la ruptura del matrimonio.

Merece la pena citar la STS de 31 de enero de 2014³⁹ en la misma línea señalada, en el presente caso se concede el derecho de compensación por el juez de primera instancia de Valladolid, se deniega en cambio en la AP de Valladolid al igual que por el Tribunal Supremo. En su fundamento de derecho 2.º se dice 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 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. Admitirlo supone 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». Añadiendo que aunque la sentencia no contenga, una clara declaración de hechos probados, lo que sí niega, y esto no ha quedado contradicho, es que «en ningún caso consta en este procedimiento debidamente acreditado que la esposa ahora apelante se hubiera encargado de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa, y de los trabajos domésticos habituales. Falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas». Agrega que ha habido 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.

VI. TRABAJO PARA LA CASA

El trabajo doméstico se contempla en este artículo 1438 del Código civil para valorarse como forma de contribución a las cargas del matrimonio, aunque como dice MORENO⁴⁰ también debe ser tenido en cuenta en otros dos momentos:

- a) cuando se determinen los recursos económicos de cada uno de los cónyuges para hacer frente a su deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio,
- b) cuando se concrete si ha lugar a obtener una compensación a la extinción del régimen de separación de bienes.

Hay que partir de la idea central de que el trabajo doméstico de los cónyuges nunca es remunerado, por eso se ha entendido como una obligación natural,

sin plantearse hago esto, o colaboro de esta forma si obtengo un sueldo, ya que al vivir en común se entiende que la pareja contribuye por igual no de forma medible, sino que cada uno colabora como mejor pueda⁴¹.

Se califica como un mecanismo reparador o compensatorio del régimen de separación de bienes, por lo que se desvirtúa la separación absoluta de patrimonios. Entendiendo algún autor como VERDERA⁴² que esta separación de patrimonios es insostenible desde el momento en que todo matrimonio supone una vida en común con una serie de gastos frente a terceros que reconducen a la responsabilidad por deudas en el ejercicio de la potestad doméstica en el marco del régimen matrimonial primario. No obstante en mi opinión es posible hacer frente a las cargas comunes por ambos cónyuges manteniendo la distinción de patrimonios. Me parece perfectamente posible que los cónyuges se repartan los gastos familiares en proporción a sus ingresos o a sus patrimonios. En vez de tener una cuenta común es preferible repartirse las cargas para que cada cónyuge asuma las mismas, en un régimen de separación los cónyuges deben fijar esa distribución de cargas para abonarlas individualmente y ver cumplida su voluntad concreta de separación de bienes.

El trabajo realizado o que deba realizarse puede ser diverso en función de cada persona, confluyen muchos factores que hacen que un trabajo varíe bastante respecto al otro, las personas se marcan metas o valores determinantes del trabajo que deciden efectuar, al respecto vamos a fijar distintas hipótesis según el trabajo efectuado, en función del mismo⁴³, determinaremos si es posible reclamar esta compensación económica reconocida por ley en el Código civil.

1. TRABAJO PARA LA CASA DE FORMA EXCLUSIVA POR UNO DE LOS CÓNYUGES, SIN QUE EL OTRO COLABORE EN ESTAS TAREAS

Se trataría de aquel supuesto en el que el cónyuge permanece en casa ocupándose de las tareas domésticas. En verdad creo que este supuesto se aplicaría solo para situaciones sobrevenidas o decididas con posterioridad a la celebración del matrimonio, pues este régimen de separación se suele establecer cuando los dos cónyuges trabajan y se reparten las tareas domésticas, o bien los dos, o alguno de ellos realiza una actividad empresarial que pueda poner en peligro su patrimonio, si uno de ellos no trabaja parece un tanto absurdo pactar este régimen. Si un cónyuge no tiene trabajo ni desea trabajar fuera del hogar lo más probable es que hubiera estipulado un régimen participativo, de comunidad, no de diferenciación absoluta de bienes y disposición.

Si pudiendo antes del matrimonio convenir una reglas de actuación beneficiosas para ambos no se hace, parece un contrasentido tratar de aplicar una norma de comunidad en un régimen de separación, por lo que no se entienden muy bien la inclusión de una norma de inspiración comunitaria en un régimen de separación y permitir posteriormente que se abone un derecho de compensación económica.

El Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 14 de julio de 2011 fija de manera tajante la necesidad de que el cónyuge que solicita esta compensación haya trabajado de forma exclusiva para la casa, interpretando literalmente su contenido, puede entenderse que únicamente se tiene derecho a la compensación prevista en el artículo 1.438 del Código civil cuando el cónyuge acreedor haya realizado solo, es decir exclusivamente, el trabajo para la casa; por ello, y según dicha doctrina, no habría lugar a dicha compensación cuando ese cónyuge haya

desarrollado cualquier otra actividad remunerada, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena.

Esta postura jurisprudencial no la comparto, pues como se ha expresado, la situación actual de los casados en régimen de separación haría inaplicable y discriminatorio este derecho. En primer lugar, entiendo que este artículo no debería tener cabida en el régimen de separación ya que los cónyuges expresamente han excluido una participación común de sus ingresos o bienes, seguramente muchos matrimonios que firman este régimen ignoran la existencia de este artículo por lo que debiera ser conveniente que expresamente el notario advierta a los cónyuges del posible derecho de compensación económica que se produciría si un cónyuge trabaja de forma notable en el hogar familiar. Por otro lado la exigencia de trabajo exclusivo en el hogar familiar debe ser ampliada a otros muchos supuestos, la realidad social es otra, hay parejas que valoran una convivencia conjunta renunciando a ascensos o mejores sueldos o solicitando una excedencia o jornada reducida para atender a los hijos o persona a cargo. Estas circunstancias sobrevenidas en el matrimonio pueden replantear la organización interna de la casa por la que tal vez uno de los cónyuges decida cambiar su trabajo para dedicarse más al cuidado de los suyos. Habría que ver cada caso, por eso se atribuye al juez, la valoración y apreciación real de este trabajo.

Un caso especial se contempla en la SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2016⁴⁴, se expresa que el marido, por imponerlo así las condiciones de empleo, debía residir de lunes a jueves en una localidad distinta a aquélla en que radicaba el domicilio familiar, con lo que solo pernoctaba en este los fines de semana, y todo se lo encontraba dispuesto ya al regresar, ya que la limpieza y funcionamiento de aquel quedó confiada por completo a la mujer, pero esta lo armonizaba con un empleo como vigilante de seguridad, a pesar de este sacrificio de la mujer no se le concedió el derecho de compensación.

La SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2016⁴⁵ se refiere a la mujer de un guardia civil que esporádicamente fregó escaleras en el cuartel donde prestaba servicio su marido y en otras casas para tener algún dinero extra, motivo por el cual no pudo obtener la indemnización del artículo 1438 del Código civil.

2. TRABAJO PARA LA CASA POR PARTE DE AMBOS CÓNYUGES: EL QUE TIENE UN TRABAJO RETRIBUIDO Y EL QUE CARECE DE RETRIBUCIÓN

Como he dicho, los cónyuges suelen pactar este régimen porque tienen un trabajo o un patrimonio que permite hacer frente a la vida ordinaria. Es decir, desean esa independencia de gestión de sus patrimonios por lo que cuando se inicia el matrimonio se genera una cierta convivencia que implica unos gastos y contribuciones distribuidas entre los mismos, se suele hacer un reparto de gastos, una distribución de las cargas que se han de pagar, ya sea luz, agua, calefacción, es decir, asumen hacer frente a los gastos normales que se generen por la convivencia, luego se extenderá a los gastos de los hijos si los hubiere. Lo lógico es que ambos colaboren de forma conjunta con independencia del trabajo, si bien la dedicación al hogar podrá ser variable en función del trabajo profesional a realizar.

La SAP de Madrid de 11 abril de 2014⁴⁶ es un ejemplo, habla de colaboración por parte del cónyuge acreedor disponiendo su fundamento de derecho 3.º *«Resulta además que el ex esposo, en la medida de sus posibilidades, y en lo que le ha ido permitiendo el desempeño de su actividad retribuida, ha contribuido, igual*

que la recurrida, a la atención diaria de las hijas comunes y de la familia con la realización de diferentes actividades, así se desprende que las gestiones bancarias no podían ser significativas por razón de las domiciliaciones, y lo mismo cabe decir del mantenimiento del hogar y reparaciones en el ámbito doméstico, o la liquidación y gestión de tributos o impuestos, etc. Por todo ello no nos consta en el supuesto de autos un trabajo de D.^a Tamara para la casa en términos que la hagan acreedora de una compensación a su favor por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código civil, y es lo que aquí se evidencia un reparto igualitario de papeles entre uno y otro consorte. *No queda acreditado en este procedimiento por D.^a Tamara, en quien recae el onus probandi o carga de la prueba, que esta, de modo exclusivo y excluyente, se ocupara de los trabajos domésticos habituales, y se dedicara de manera esencial o significativa a dichas tareas, en los términos en los que se pronuncia el Tribunal Supremo en reciente Sentencia de 31 de enero de 2014».*

La SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 antes citada denegó la compensación económica a la esposa por no poder estimarse que la misma contribuyera de manera más relevante que su marido con su trabajo en el hogar, si bien este ha dedicado en su totalidad o en su mayor parte al levantamiento de las cargas familiares, el matrimonio tuvo un alto nivel de vida que procedía de los ingresos del esposo por su actividad laboral, incluso la esposa se sometía a tratamientos de belleza consistentes en servicios de estética, de nutrición y relajación con un coste importante, además la esposa vió aumentado su patrimonio personal.

3. TRABAJO CONJUNTO PARA LA CASA POR PARTE DE LOS DOS CÓNYUGES

En cuyo caso no procedería la compensación, puesto que los dos cónyuges han participado conjuntamente en función del deber conyugal de colaboración y ayuda-socorro mutuo.

Es el supuesto más lógico en la vida práctica si se ha pactado el régimen de separación, seguramente será porque los dos cónyuges trabajen fuera de casa o compaginen su trabajo con la ayuda doméstica, pero también habría que averiguar cuál sería la voluntad de los cónyuges sobre su dedicación al trabajo doméstico.

Supuesto contemplado en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2020⁴⁷, así dice su fundamento de derecho 1.º: *«En el caso de autos, ambos cónyuges son farmacéuticos, y trabajaban en farmacias hasta que la esposa, tres años después del matrimonio, adquirió una farmacia, compuesta de tres locales comerciales, a través de créditos hipotecarios. A partir de este momento, ambos cónyuges comenzaron a trabajar en la farmacia adquirida por la esposa, en la que el esposo trabajaría como autónomo, con unas percepciones de unos 1740 euros mensuales en 2015, que eran ingresados en una cuenta común dedicada a los gastos de familia, en la que también la esposa ingresaba sumas, aunque dedicaba la mayor parte de sus ingresos, que aproximadamente triplicaban a los de su marido, a pagar los créditos hipotecarios y a una cuenta privativa suya. Trascorridos casi diez años en esta situación, tras la separación, el marido dejó de trabajar en la farmacia de su esposa y comenzó a trabajar en otra farmacia en 2016 con un salario de 1780,48 euros al mes, que luego subió a 1956 euros.*

En primera instancia se desestima la compensación pedida por el marido, en apelación se concede por importe de 50000 euros entendiéndose que era un salario insuficiente al marido entendido como trabajo para el otro cónyuge. La mujer recurre indicando su fundamento de derecho 5.º: Tanto la demandante como el demandado

atendieron a sus obligaciones familiares, pero sin que conste preponderancia de alguno de ellos, a lo que debe añadirse que el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia 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.

4. TRABAJO PARA LA CASA SOLO POR UNO DE LOS CÓNYUGES COMPATIBILIZÁNDOLO CON OTRO TRABAJO FUERA DEL HOGAR

Se trata de un problema que puede darse en múltiples ocasiones y del que todavía el Tribunal Supremo no ha marcado doctrina. Sería en todos aquellos casos en que uno de los cónyuges realiza un trabajo remunerado fuera del entorno familiar pero adaptado a su vida familiar, como es que solicite una jornada reducida por conciliación o busque un empleo en jornada partida o por horas, o de tal modo que permita compatibilizar los dos trabajos, pero que en cualquier caso impida generar unos ingresos mayores por dedicar parte de su tiempo a las tareas domésticas en sentido amplio.

El Tribunal Supremo contempla la posibilidad de trabajo remunerado en el entorno familiar o trabajo no remunerado porque ayuda en la cafetería, o en el hotel, o en la boutique, es decir, realmente trabaja pero sin sueldo o bien con sueldo mínimo.

Es más acertada la normativa catalana que en su Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en su artículo 232-5, establece con la rúbrica «compensación económica por razón de trabajo» lo siguiente: 2. «*Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente*». Desde hace ya unos años se aprecia la necesidad de precisar esa diferencia, si queremos una igualdad y una conciliación justa no puede recortarse e infravalorarse este trabajo.

Dentro de este apartado distinguimos:

A) *TRABAJO EN LA EMPRESA DEL MARIDO O COLABORACIÓN EN LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL OTRO CÓNYUGE*

En Sentencia de 14 de abril de 2015 el Tribunal Supremo⁴⁸ entiende que el derecho a obtener la compensación requiere que el trabajo para la casa se realice de forma exclusiva, denegando tal derecho en el presente caso ya que la mujer había desarrollado trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo recibiendo por ello una retribución reiterando la doctrina del Tribunal Supremo de la no necesidad de incremento patrimonial del otro cónyuge.

El Tribunal Supremo amplía el concepto de trabajo en exclusiva en Sentencia de 26 de abril de 2017⁴⁹ afirmando que para que el trabajo por cuenta ajena de uno de los cónyuges sea compatible con la compensación por el trabajo para la casa, aquel debe consistir en la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares del consorte, esa actividad en el negocio o la empresa del consorte debe entenderse como una extensión del concepto «trabajo para la casa». Expone: «la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en

condiciones laborales precarias, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 del Código civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar».

En esta sentencia se recuerda que entre las circunstancias inhabilitantes para el percibo de esta indemnización sigue estando el desarrollo de una actividad retribuida por cuenta ajena, sea a tiempo parcial, sea en jornada completa⁵⁰.

En el presente caso alegaba la esposa haber contribuido durante el matrimonio con su trabajo profesional a la generación del patrimonio del esposo y haberse dedicado al cuidado y mantenimiento del hogar familiar y de los tres hijos en común, dejó de trabajar por cuenta ajena cuando nació la tercera hija, con una severa minusvalía, periodo en el que empezó a trabajar en el negocio regentado por su esposo, que trabajó desde 2007 como «falsa autónoma» en el negocio del marido, mientras que este en ese tiempo dobló su patrimonio con la adquisición de hasta cinco fincas urbanas. La Sala a la vista de los hechos estima probado que desde 2005 a 2007 trabajó exclusivamente en el hogar familiar y que desde 2007 hasta 2014 (en el que se produce la ruptura conyugal), ella trabajó en el negocio propiedad de su suegra y regentado por su esposo, dedicado a Administración de Lotería y estanco. El trabajo en el negocio de la familia del esposo se desarrolló a tiempo parcial, con un salario de 600 euros, estando dada de alta como trabajadora autónoma y, por tanto, sin derecho a indemnización por despido.

En este sentido hay que recoger el fundamento de derecho 6.º: *«En la realidad social actual (art. 3.1 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 de la casa y la familia. En el presente caso, es relevante 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 tanto esta Sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 del Código civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. 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 indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en Sentencia 136/2017, 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”».*

Como he dicho esta sentencia parece que amplía este derecho a los cónyuges que compatibilizan el doble trabajo, pero no es así porque solo lo permite para el caso de prestar esta labor en el negocio familiar, señalando que si la retribución es por cuenta ajena no habrá lugar a esta solicitud. Habla de la adaptación del

derecho a las exigencias actuales negando un derecho que es bastante utilizado cual es la reducción de la jornada laboral, en que se aprecia que hay una evidente disminución del sueldo.

B) Trabajo en otra empresa a media jornada o en uso de la conciliación

Esta sentencia antes vista alude a la denegación de otras peticiones por gozar de un sueldo retribuido. Queda mucho camino por recorrer si se quiere hacer un correcto uso de este derecho. La colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, debe considerarse como trabajo para la casa dando derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» pues con este trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

Entiendo que se trata de un caso similar al anterior y sobre el que no se pueden hacer consideraciones diferentes. Debe darse el mismo tratamiento al trabajo realizado fuera del hogar en empresas o actividades del consorte o para un tercero. Se compatibilizan tareas, se remuneran los trabajos y se contribuye a las cargas del matrimonio.

La STS de 28 de febrero de 2017⁵¹ deniega este derecho a la esposa que compaginaba labor de colaboración de tipo administrativa y contable de sociedad teniendo el domicilio social en la propia vivienda familiar, desempeñando las tareas domésticas. Lo que resulta sorprendente, pues muchas veces se trabaja en casa para poder cumplir mejor las responsabilidades familiares.

Para GUTIERREZ⁵² el trabajo doméstico tiene que ser remunerado aunque el cónyuge acreedor tuviera un empleo retribuido y aunque hubiera tenido alguna ayuda, sea de personal contratado por cuenta del otro cónyuge, sea de este otro cónyuge mismo, siempre que naturalmente resulte mayor el trabajo del cónyuge receptor y por la diferencia correspondiente.

VII. ¿EL DERECHO DE COMPENSACIÓN ES COMPATIBLE CON LA AYUDA DOMÉSTICA RETRIBUIDA?

Si analizamos la jurisprudencia vemos como el trabajo para la casa es compatible con tener una o varias empleadas domésticas.

En la STS de 25 de noviembre 2015⁵³ la esposa solicita la compensación por haberse dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar aunque tuviera el matrimonio apoyo de terceras personas. La norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges, se busca una dedicación exclusiva a las tareas del hogar, no excluyente. La AP deniega el derecho de compensación, dado que han vivido en un chalet de lujo en una zona exclusiva con servicio doméstico y además contaba con un gran patrimonio los dos cónyuges. Esta situación se podrá tener en cuenta para fijar la cuantía pero no para denegarla, así su fundamento de derecho 3.º expresa: *«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 por la prole, que difícilmente forman 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».

La STS de 26 de marzo de 2015, ya citada, declara probado que la mujer se ocupó de la casa y de los hijos ayudada de empleada doméstica, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral. Se permite que en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio ya que, por un lado, «el hecho de que se disponga de servicio doméstico, implica la dirección de la economía doméstica, el control del trabajo realizado por las empleadas de servicio doméstico y el pago de sus retribuciones, así como la labor de supervisar y dar instrucciones a estas sobre la forma de realizar los cometidos que se les encomiendan, y por otro, que la crianza y educación de los hijos así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación».

La STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011⁵⁴ establece que contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa la dedicación al cuidado de la casa y de los hijos durante los diecisiete años de matrimonio.

Las sentencias de las AP moderan o reducen las cuantías en función de cada caso concreto. Así la AP de Sevilla en Sentencia de 16 de julio de 2014⁵⁵ modera la cuantía de la indemnización por contar con la ayuda de una asistenta un día a la semana, en el presente caso, se estima el derecho pero se descuenta la cantidad invertida en la asistenta.

Lo relevante es quien ha realizado este trabajo con independencia de que se haya recibido ayuda, bien de un familiar, de personal de servicio doméstico o empleada de hogar retribuido.

VIII. FORMA DE PAGARSE EL DERECHO DE COMPENSACION

El problema es determinar si cabe este derecho. En la doctrina existen diversas apreciaciones, así COSTAS⁵⁶ considera que el derecho a compensación debería quedar reservado para restablecer el desequilibrio entre los patrimonios de los cónyuges causado por no haberse respetado la regla de la proporcionalidad o la específicamente por ellos elegida para establecer el reparto de las cargas.

GUTIÉRREZ SANTIAGO⁵⁷ al comentar la STS de 26 de marzo de 2015 cita a RAGEL señalando que resulta inaceptable el artículo 1438 *in fine*, pues el cónyuge que se dedicó a las labores domésticas ya tuvo su contrapartida en el momento oportuno, pues se benefició del dinero que aportó su consorte al fondo común y que se invirtió en comida, regalos, vacaciones, mobiliario y comodidades para la casa, servicio doméstico, vestido, gastos médicos, etc. Por ello, concluye, de aceptarse la eventual posibilidad de compensar económicamente el trabajo para la casa, se debe también entrar a valorar, para descontar cuánto le hubiera costado al cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas haber vivido con el mismo tren de vida que ha llevado durante los años en que se dedicó a las mismas.

Es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1438 ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. 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. Se han de valorar las circunstancias concurrentes tanto económicas, familiares como personales.

VERDERA⁵⁸ se fija en la pérdida del coste de oportunidades, se analiza una proyección laboral que se puede haber visto truncada debido al matrimonio así como por la dedicación a las tareas del hogar. Según CHAPARRO⁵⁹ la teoría de la pérdida de oportunidad propone resarcir el coste que asumió el cónyuge que trabajó para la casa como consecuencia de realizar dichas tareas y que no es otro que la frustración de las expectativas propias de desarrollo laboral o profesional.

Debemos citar la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000⁶⁰ precisando: «La realización del fin que la norma pretende, es la restitución de una situación de desigualdad patrimonial en perjuicio de uno de los cónyuges cuando haya supeditado parte de sus expectativas personales y profesionales a la familia y al otro cónyuge y resulte de ello un enriquecimiento injustificado para quien, siquiera sea indirectamente, ha podido prestar mayor dedicación a la profesión o a los negocios que quien ha perdido lo que la doctrina ha denominado coste de oportunidades económicas».

La SAP de Valencia de 14 de julio de 2005⁶¹ matiza que no se trata de indemnizar a uno de los cónyuges, sino de compensar a uno de ellos que al extinguirse el régimen de separación no participará en las ganancias, no habrá cobrado por dichas tareas y, como consecuencia de haber dedicado su tiempo a las mismas, no tendrá oportunidad de acceder al mercado laboral.

La STS de 25 de noviembre de 2015 precisa que nada dice la norma sobre cómo debe hacerse esta compensación económica por lo que deberá el juez valorar todas estas circunstancias y procurar hacerlo de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo 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 pueda ser partícipe 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; circunstancias todas ellas que permiten concretar la compensación en la cifra de doscientos cincuenta mil euros, atendiendo a los años de convivencia y al apoyo que la esposa ha tenido de terceras personas en la realización de tales menesteres, sin que la situación patrimonial que pretende hacer valer el esposo sea óbice para ello. En primera y segunda instancia se dice que no procede la compensación, sin embargo, atendiendo a diversas circunstancias como duración del matrimonio, apoyo de terceras personas, trabajo realizado, se estima la misma fijando la cuantía a abonar por entender este derecho existente al contribuir uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con su trabajo doméstico exclusivo sin necesidad de un incremento patrimonial del cónyuge deudor, con independencia del patrimonio de los cónyuges.

IX. VALORACIÓN Y CUANTÍA

Veamos por separado varias cuestiones.

1. MOMENTO

El momento de realizar la compensación será a la extinción del régimen de separación de bienes, sin necesidad de obtención de un incremento patrimonial superior del cónyuge deudor, como se exige en el derecho catalán.

El régimen de separación de bienes se extingue por la disolución del vínculo matrimonial, la muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio, así como por pacto que sustituya a este régimen, es decir, por cambio al régimen de participación o al de gananciales.

En los procesos de separación o divorcio consensuales la no inclusión de la compensación en el convenio regulador cierra procesalmente cualquier posibilidad de reclamación posterior por omisión, no pudiendo ser subsanada con posterioridad. No obstante, la STS de 20 de febrero de 2018⁶² da la opción y dualidad procesal de ejercitarse en el proceso matrimonial o en uno posterior; al decir «el artículo 1438 del Código civil regula que la indemnización se determina, en su caso, a la extinción del régimen de separación y al realizarse ello en la sentencia de divorcio es al dictarse esta sentencia cuando se puede resolver lo relativo a la indemnización. Tras valorarse su procedencia, los cónyuges podrán establecer los criterios para su fijación, así como las modalidades de pago, a falta de acuerdo será el juez el que valore si se tiene derecho a compensar y el montante de la misma. A este respecto la legislación catalana en el artículo 232-5 ap 3 dispone: *Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta 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*». Teniendo como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.

2. VALORACIÓN

La cuestión más polémica que en la práctica suscita a los jueces son los métodos utilizados para el cálculo de la cuantía que corresponda en concepto de compensación por asunción del trabajo doméstico⁶³.

Se valora la dedicación en las tareas domésticas como una importantísima contribución a las cargas del matrimonio, en este sentido LASARTE⁶⁴ se plantea cómo es que estas tareas al computarse son también compensables, entendiéndose que si es así el trabajo doméstico se paga dos veces considerando que ello es debido a la minusvaloración del quehacer doméstico.

Se dice que es una contribución en especie por parte de uno de los esposos al levantamiento de las cargas familiares, es más constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen.

El cónyuge deudor puede pagar la indemnización correspondiente, en efectivo o bien mediante la adjudicación de bienes concretos, si hubiese bienes adjudicados al mismo durante el matrimonio pudiera entenderse que este derecho ya ha sido satisfecho.

La SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 ya citada indica que el esposo se ha desprendido de algún bien privativo, como la casa, dedicando el importe de la venta a abonar la decoración y adquisición de diverso mobiliario de la vivienda familiar y de la que ahora es beneficiaria por uso la esposa, también se la ha concedido unos pagarés por la venta de la casa realizada por el marido y es cotitular de una cuenta de valores en Bankia.

3. CUANTÍA

La cuantificación económica de la indemnización implica una especial dificultad, como se destaca en la STS de 25 de noviembre de 2015 y en la que se señala como criterio, —sin perjuicio de poder apreciar otros alternativos— la equiparación del trabajo doméstico con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona o bien con el equivalente al salario mínimo interprofesional⁶⁵. En otras ocasiones se ha utilizado lo dejado de percibir durante todo el tiempo que ha durado esta situación.

En cualquier caso como dice la STS de 5 de mayo de 2016⁶⁶ no puede fijarse doctrina jurisprudencial unificadora respecto a la forma de cuantificar la compensación dado el evidente margen de discrecionalidad existente para valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación.

El Tribunal Supremo en diferentes sentencias ha admitido como una de las opciones posibles a los efectos de calcular el importe de la compensación por trabajo doméstico «el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo 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.

El Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021⁶⁷ no admite el recurso de casación solicitado por la mujer contra la Sentencia de la AP de Badajoz de 12 de marzo de 2020. En el presente caso, la Audiencia, confirma que procede el reconocimiento de compensación económica del artículo 1438 del Código civil —conforme a las circunstancias acreditadas, expuestas *ut supra*—, pero reduciendo el importe de 150000 euros al de 90900 euros, por considerar que el régimen económico matrimonial lo fue de separación de bienes desde 1990, habiendo sido inicialmente el de gananciales y que desde abril de 1999 la esposa ha estado trabajando para las empresas familiares y no es controvertido que solo durante unos ocho años y cinco meses, esto es 101 meses, la esposa se dedicó en exclusiva al cuidado del hogar y los hijos, por lo que solo en ese tiempo el matrimonio le impidió realizar su actividad laboral como hasta entonces, por ello se le reconoce el salario mínimo interprofesional como trabajador no especialmente cualificado, por 102 meses, esto es, la cantidad de 90900 euros. Estas son las circunstancias concurrentes tenidas en cuenta por la Audiencia, en la sentencia aquí recurrida, para reducir el importe, pero manteniendo el derecho a la misma.

4. PAGO

No se establece en el Código civil la forma en que procederá compensar al cónyuge que trabajó para la casa, si bien, para respetar el principio de congruencia, la forma de pago estará en función de lo que haya solicitado la parte, bien en la demanda o en la reconvencción. Esta forma de pago puede ser pagando una cantidad, entregando bienes u ofrecimientos realizados por el cónyuge acreedor en cuanto al pago de la compensación.

Interesante resulta la RDGRN de 30 de noviembre de 2016⁶⁸ en relación a un convenio regulador en el que los cónyuges acordaron en pago a la contribución al trabajo doméstico la adjudicación de varias fincas entre los esposos.

La SAP de Córdoba de 20 de junio de 2013⁶⁹ es interesante en cuanto el marido alega que si la mujer carecía de trabajo y de ingresos durante el matrimonio y a su extinción figura una vivienda propiedad al 50% de ambos cónyuges, el trabajo doméstico se habría retribuido mediante la adquisición de este bien en la medida que tuviese mayor valor que la indemnización que le correspondiese. Lo que ocurre es que en este caso se adquirió el bien durante la vigencia del régimen de gananciales.

En la SAP de La Coruña de 12 de enero de 2017⁷⁰ los dos cónyuges se dedicaron a la atención de los hijos comunes, contaron con auxilio doméstico, la mujer se vió compensada por la adquisición proindiviso y a partes iguales de sendas viviendas conyugales, preparó oposiciones hasta obtenerlas, lo que impide obtener esta compensación, al no darse las condiciones habilitantes para su fijación

VERDERA⁷¹ señala al establecer la forma y el cálculo de la compensación que «No es factible satisfacer la compensación mediante la entrega de bienes o concretando un porcentaje», postura que no comparto dado que si bien en un principio este artículo 1438 del Código civil estaba pensado para realizar una prestación económica, una indemnización dineraria, no hay ningún obstáculo para permitirse otra modalidad de pago económico, al igual que se contempla en el artículo 97 del Código civil, todo dependerá de lo que las partes acepten, si no hay acuerdo, entonces el juez señalará una cantidad dineraria. Como indica la SAP de Tarragona de 23 de mayo de 2006.

La STS de 11 de diciembre de 2019⁷² determina: «... 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 de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma».

5. COMPATIBILIDAD CON LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL

Son muchos los autores —entre los que me incluyo— que entienden que desde el momento en que existe pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil no tiene sentido incrementarse una indemnización a mayores solo si ha existido separación de bienes, dado que los otros regímenes gozan de participación en las ganancias obtenidas en el matrimonio.

De ahí que un sector amplio de la doctrina justifica el derecho de compensación en los casos en que las tareas domésticas supongan una contribución desproporcionada o excesiva de las cargas matrimoniales, es decir, exceda de la proporcionalidad a los recursos económicos.

La pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente. Se justifica la compensación por trabajo para la casa en base a las siguientes razones: participación en las ganancias del cónyuge que ha podido dedicarse a actividades que generan rentabilidad, reintegro por exceso de contribución o indemnización por sacrificio de expectativas profesionales⁷³.

La pensión compensatoria trata de compensar un desequilibrio futuro que se producirá consecuencia de la situación de crisis matrimonial, mientras que la compensación por trabajo mira hacia el pasado, es decir, trata de compensar un trabajo ya realizado, tiene como supuesto de hecho la liquidación del régimen de separación de bienes, mientras que la pensión compensatoria se refiere a casos de separación o divorcio.

Asimismo, el fundamento de una y otra institución es diverso; mientras que la pensión compensatoria tiene como finalidad «corregir» un desequilibrio patrimonial que se pueda producir con la extinción del matrimonio, y con ello se pretende que el cónyuge beneficiario mantenga un determinado nivel de vida, la compensación económica pretende «compensar» el trabajo ya realizado por uno de los miembros de la pareja en provecho y beneficio del patrimonio del otro, salvaguardando de esta manera la desigualdad patrimonial entre los cónyuges; la compensación del artículo 1438 del Código civil no tendrá en cuenta la situación económica del cónyuge acreedor, en contraposición al artículo 97 del Código civil.

La STS de 11 de diciembre de 2015 proclama que el artículo 1438 del Código civil es 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.

Se trata de dos figuras radicalmente diferentes, la primera procede en los supuestos de separación y divorcio sea cual sea el régimen económico patrimonial al que el matrimonio se encontraba sometido siempre y cuando se aprecie una situación de desequilibrio, la compensación por trabajo doméstico se aplica en los supuestos de separación cuando uno de los cónyuges ha contribuido a las cargas del matrimonio realizando trabajo para la casa produciéndose una sobreexportación⁷⁴.

Como expone la STS de 26 de abril de 2017, 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.

X. POSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS PAREJAS DE HECHO

Cuando dos personas contraen matrimonio se someten a unas normas en cierta medida elegidas por ellos pero dentro de un sustento legal; existen unos regímenes económicos matrimoniales que se aplican a las personas que han contraído matrimonio no así a las parejas al margen del mismo⁷⁵.

Debe huirse de la aplicación por «analogía *legis*» de normas propias del matrimonio ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Así, con carácter general se afirma que la ruptura de la unión de hecho no implica el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia así como al término de la misma. No se admite en las parejas no casadas la existencia de un régimen económico matrimonial salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema. Lo deseable es la estipulación de pactos, pero parece absurdo que si se rechaza el matrimonio se pacten reglas similares al mismo, por lo que en la práctica habrá que estarse al caso concreto.

Las uniones «*more uxorio*», cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una

modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe transponerle el régimen jurídico de este, salvo en algunos de sus aspectos⁷⁶.

En el ámbito del Derecho civil común no existe norma alguna que regule los efectos patrimoniales de la pareja de hecho en caso de ruptura (con derechos y obligaciones de naturaleza civil), no hay una norma estatal sobre parejas de hecho, si bien se van incluyendo en distintas normas principios de equiparación de las parejas de hecho con el matrimonio. No obstante, existen regulaciones autonómicas que regulan estos efectos, si bien algunas leyes han sido declaradas inconstitucionales bien por carecer de competencias para esta regulación, bien por imponerse al margen de la voluntad de los interesados. Donde no existe norma alguna los tribunales ya de forma pacífica acuden a los principios generales del derecho (prohibición del enriquecimiento injusto) para ofrecer soluciones a situaciones dignas de protección tras la ruptura.

En la jurisprudencia se ha iniciado una evolución de esa doctrina en orden a reconocer algunas consecuencias jurídicas a esa unión de hecho, incluso patrimoniales, admitiéndose incluso la posibilidad de que generen el derecho a una indemnización.

El Tribunal Supremo, lleva años pronunciándose y resolviendo conflictos en relación con el cese de la convivencia de las parejas de hecho⁷⁷, aplicando durante este tiempo criterios distintos para ofrecer una solución ante la falta de norma expresa aplicable. Ha sido una doctrina cambiante en el tiempo, si bien parece ya consolidada desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005⁷⁸, que se decantó por la doctrina del enriquecimiento injusto como fundamento de la pensión o indemnización a favor de uno de los convivientes en caso de ruptura.

Como dice esta STS de 2005 la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Esta sentencia establece que con carácter general no deben producirse efectos económicos a favor de miembros de las parejas de hecho en casos de ruptura, salvo que exista un pacto previo, si bien podría producirse esta compensación para los casos en que pudiera darse un desequilibrio no querido ni buscado. En las parejas de hecho, salvo pacto en contrario, también falta una participación recíproca en las ganancias.

Muy interesante es la STS de 15 de enero de 2018⁷⁹ declarando improcedente la aplicación por analogía del régimen matrimonial al cese de la convivencia de una pareja no casada. En el presente caso la mayor dedicación a los hijos no comportó un empeoramiento de la actora y un enriquecimiento del demandado: La convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado. Estamos ante una ruptura de unión de hecho con 16 años de convivencia, con dos hijos en común, en que se determina la mayor dedicación de la madre al cuidado de los hijos y del hogar familiar, si bien la madre ha compaginado su dedicación a la familia con su trabajo. En primera instancia y en la AP se concede pensión compensatoria, pero en el fundamento de derecho 6.º se dice que «Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada. La pensión que se concede

en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de que quedara sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando, la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado (49% pertenece a la mujer y el 51% a su compañero), lo que podría dar lugar al fin del empleo tras el cese de la convivencia».

DE AMUNÁTEGUI⁸⁰ comenta esta STS de 15 de enero de 2018 alabando la redacción y tratamiento ofrecido en las mismas a las parejas no casadas. Confirma la idea de que si las parejas no casadas quieren solucionar sus problemas y relaciones de forma eficaz deberán acudir a la vía del pacto, camino que se les señala con reiteración por el Constitucional y por el Supremo. La doctrina de los Tribunales avanza hacia el reconocimiento de ser la autonomía de la voluntad la que discipline los efectos de la ruptura y no el recurso a lo disciplinado para el matrimonio.

Hay que tener presente que la compensación económica por razón del trabajo «nació para equilibrar las desigualdades patrimoniales que pudieran resultar al final de la convivencia matrimonial o de la pareja estable, activándose siempre que uno de los convivientes se hubiere dedicado, aunque no fuere de manera exclusiva, al cuidado de la familia y del hogar o, en su caso, a colaborar desinteresadamente, sin remuneración o con una remuneración insuficiente, en el negocio lucrativo del otro, de manera que solo este hubiera podido obtener un patrimonio exclusivamente privativo por el juego del régimen económico matrimonial de la separación de bienes o, en el caso de las uniones de pareja, por el propio de la titularidad privativa de los bienes de que se trate, ya que, habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio o de la pareja según sus posibilidades, nada justificaba que uno se hubiere enriquecido y el otro, empobrecido».

En el mismo sentido se ha pronunciado ORDAS⁸¹, no admitiendo la aplicación de la compensación por trabajo doméstico en el ámbito de las parejas de hecho, pues este precepto está ubicado en sede de régimen económico matrimonial lo que imposibilita su aplicación por analogía a los supuestos de convivencia *more uxorio*.

XI. CONCLUSIONES

I. Al finalizar un matrimonio, tras una separación o divorcio, aunque estén sujetos al régimen de separación de bienes, quedan pendientes de resolver cuestiones patrimoniales derivadas de esa convivencia en común, existiendo vínculos económicos que es preciso liquidar y que justifican un proceso de liquidación. Una muestra de ello es el derecho de compensación que hemos reseñado en este trabajo. Derecho que ofrece peculiaridades en función del territorio foral y de su normativa. El tratamiento recogido en el Código civil es escaso y ambiguo, habla de «dará» como obligación frente a un posible derecho «podrá dar», de «extinción» en lugar de «liquidación», o concede gran margen de discrecionalidad judicial entre otras críticas, un solo precepto puede ser suficientes para alcanzar las expectativas de las partes pero a mi entender es más precisa su regulación en otros territorios forales que se han adaptado con mayor rigor a las realidades actuales como se puede ver en la regulación catalana.

II. El artículo 1438 del Código civil atendiendo al régimen primario aplicable a todo matrimonio obliga a los cónyuges a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en función de sus recursos económicos, permitiéndose la libertad de pactos, al señalar «a falta de convenio», si no hubieren dispuesto nada se hará en proporción a sus respectivos recursos económicos, si uno de ellos careciere de ingresos, su contribución será en especie, con el trabajo para la casa. El problema es determinar cómo debe ser este trabajo, no basta con carecer de retribución o estar en casa, requiere una participación activa, una verdadera actuación, preocupándose de todo lo que implica atender una casa, pues es diferente si hay hijos, que edades tienen estos, si hay personal doméstico o si el cónyuge que trabaja en casa dispone de una retribución, por dedicarse de forma esporádica o realizar parcialmente ciertos trabajos, o trabajar para el otro cónyuge. Se habla de «trabajo para la casa» sin marcar una verdadera definición cuando en realidad se refiere a «tareas domésticas».

III. El artículo 1438 del Código civil para su aplicación requiere que habiéndose pactado el régimen de separación de bienes se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa, sin haberse producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. Doctrina que parece asentarse por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 14 de julio de 2011 si bien creo que debe ser objeto de ciertas matizaciones, pues cada matrimonio es un mundo. En la mayoría de los casos presentados en los juzgados, son las mujeres las que solicitan una indemnización por compensación compatible con la pensión económica del artículo 97 del Código civil, los supuestos son muy variados pero ayudan a entender que la mujer suele emplear más horas a las labores del hogar y que cuando hay hijos se dedica más tiempo a los mismos, reduciéndose la jornada laboral, pidiendo excedencias, compatibilizando su trabajo o reinventándose para sacar adelante la casa con ayuda de terceros o familiares. Este esfuerzo debe valorarse con un reconocimiento legal, pero siempre que realmente los cónyuges tuvieran esa intención, lo contrario es conceder un derecho del que no se tenía constancia, es pagar doblemente el trabajo en casa, máxime cuando los cónyuges han querido deslindar sus bienes y sus gastos.

Dado que este régimen en el derecho común es pactado en escritura pública, el notario debiera asesorar de lo que supone para ambos cónyuges para que no hubiera lugar a una posible ineficacia de estas capitulaciones matrimoniales. La voluntad ha de formarse correctamente, siendo conscientes los contrayentes lo que supone realmente este régimen. La libertad de elección del tipo de régimen es una realidad, no debiendo introducir normas de comunidad en dicho régimen, de lo contrario la opción no existiría.

IV. Se concede gran margen de actuación judicial, valorando el caso concreto y la prueba que se acredite. Salvo su premisa básica, sus requisitos son de estricta elaboración jurisprudencial, con cierta duda constitucional, por contrariar la libertad civil y la dignidad de la persona.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el artículo 1438 del Código civil ha establecido un criterio bastante restrictivo para la concesión de la compensación, dado que exige exclusividad en el trabajo para la casa, sin que proceda la misma cuando ese trabajo se ha compatibilizado con un trabajo externo por cuenta ajena o por cuenta propia. La conciliación familiar sufre seriamente a la hora de reclamar este derecho si se realiza una jornada reducida.

Creo que este artículo conlleva gran conflictividad judicial con muestras de contrariedad constitucional y ausencia de una verdadera libertad contractual recortada al introducir este derecho de indemnización en el régimen de separación.

El contribuir a las cargas del matrimonio no implica que el trabajo para la casa no pueda ser valorado, pero la forma regulada en el Código civil es ambigua y el derecho reconocido judicialmente es discriminatorio para muchos cónyuges. Aconsejaría la revisión de este artículo 1438 del Código civil en un sentido más amplio y más ajustado a la realidad social y familiar del momento.

XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 11 de febrero de 2005
- STS de 12 de septiembre de 2005
- STS de 31 de mayo de 2006
- STS de 14 de julio de 2011
- STS de 26 de noviembre de 2012
- STS de 31 de enero de 2014
- STS de 26 de marzo de 2015
- STS de 14 de abril de 2015
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 11 de diciembre de 2015
- STS de 5 de mayo de 2016
- STS de 5 de octubre de 2016
- STS de 28 de febrero de 2017
- STS de 14 de marzo de 2017
- STS de 26 de abril de 2017
- STS de 6 de noviembre de 2017
- STS de 15 de enero de 2018
- STS de 20 de febrero de 2018
- STS de 7 de marzo de 2018
- STS de 11 de diciembre de 2019
- STS de 29 de septiembre 2020
- SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000
- SAP de Valencia de 7 de julio de 2001
- SAP de Valladolid de 4 de mayo de 2001
- SAP de Almería de 17 de febrero de 2003
- SAP de Valencia de 14 de julio de 2005
- SAP de Sevilla de 27 de abril de 2007
- SAP de Córdoba de 20 de junio de 2013
- SAP de Madrid de 11 de abril de 2014
- SAP de Sevilla de 16 de julio de 2014
- SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014
- SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015
- SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2016
- SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2016
- SAP de La Coruña de 12 de enero de 2017
- SAP de Málaga de 28 de diciembre de 2017
- SAP de Asturias de 26 de febrero de 2018
- STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011
- STSJ de Navarra de 10 de febrero de 2004.
- Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021
- La RDGRN de 30 de noviembre de 2016

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR, L.(2013). Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. *Indret*. Barcelona, 1-20.
- AGUILERA RULL, A. (2012). La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil* núm. 3, BIB 2012/446.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2016). La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a las cargas del matrimonio en separación de bienes (al hilo de la STS de 5 de mayo de 2016 y sus predecesoras), en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 7, julio, 129 a 138.
- ARRÉBOLA BLANCO, A. (2019). *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*. Madrid: Reus.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S. (2011). Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 11. BIB 2010/2217.
- CABEZUELO ARENAS, L. (2004). ¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales? . *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 18. BIB 2004/1843.
- (2009). Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 2009. . *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 81, (1-27). BIB 2009/1043.
- (2011). Sentencia de 14 de julio de 2011. Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 89, 271-290.
- (2017). ¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?: La insuficiencia de la STS de 26 de abril de 2017 para desterrar radicalmente la exclusividad del artículo 1438 del Código civil. . *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 10, (73-97). BIB 2017/13242.
- (2018). Ruptura de pareja de hecho. Ex conviviente que trabaja en empresa familiar conservando categoría y sueldo. Ausencia de enriquecimiento injusto. No existe fundamento para compensar imaginando que en el futuro pudiera ser despedida: Comentario a la STS de 15 enero de 2018 (*RJ* 2018, 76). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 108 (217-239).
- COSTAS RODAL, L. (2015). Compensación al cónyuge dedicado al trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. Requisitos y cuantificación en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 8. BIB 2015/4428.
- CREMADES GARCÍA, P. (2008). El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar. *Diario La Ley*. Núm. 7079. La Ley 41321/2008, 1-18.
- CUENA CASAS, M. (2016). Las sorpresas del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico. *Hayderecho.com*. <https://hayderecho.expansion.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/>
- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 in fine Código civil. *La Ley* 15088/2019, 1-32.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009) La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid. Dykinson.
- (2018) De nuevo se pronuncia el Tribunal Supremo sobre las parejas no casadas, pero esta vez con una sentencia impecable en sus consideraciones. *Hayderecho.com*. <https://hayderecho.com/2018/03/05/nuevo-se-pronuncia-tribunal-supremo-las-parejas-no-casadas-esta-vez-una-sentencia-impecable-consideraciones/>
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2013). El trabajo doméstico en el derecho europeo de daños. *Indret*. Barcelona, 1-54.
- FRANCIS LEFEBVRE (2018). *Regímenes económico-matrimoniales*, colección Derecho de Familia, Madrid.
- GARCÍA CANTERO, G. (2018). En Garrido de Palma, V.M. (coord), *Instituciones de derecho privado*. Navarra: Thomson Reuters, 19-145.
- 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, Aranzadi, BIB 2015/2867, 1-27.
- GUTIERREZ SANTIAGO, P. (2015). Comentarios a la STS de 26 de marzo de 2015, *CCJC*, núm. 99, septiembre-diciembre, 503-560).
- (2015). Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (excesos y defectos en la interpretación del art. 1438 CC). *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 178, 2015, 5-80.
- (2016). Relaciones patrimoniales en el matrimonio e igualdad entre cónyuges (Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico del art. 1438 CC), en GARCÍA AMADO, J.A. *Razonar sobre derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 573-684.
- (2019). Aporías y distorsiones en la pensión compensatoria por separación o divorcio: A propósito de su paradójica concepción laboralista en la reciente jurisprudencia civil. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 226, 5-50.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Derecho de Familia, Principios de derecho civil VI*. Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2006). La aplicación analógica de la pensión compensatoria como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*. Núm. 16. BIB 2006/1685.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2020). *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARTÍN FUSTER, J. (2019). La compensación por Trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil: Una visión desde la realidad social actual. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 84.
- MORENO FLÓREZ, R.M, (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, en *RDC*, vol. V, núm. 4, 233-279.
- ORDÁS ALONSO, M. (2017). *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*. Barcelona: Bosch.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2017). *El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- PÉREZ CONESA, C. (2012). Otra oportunidad para sentar jurisprudencia. ¿Cómo se compensa la dedicación a la familia en régimen de separación de bienes? Doctrina jurisprudencial a partir de la Sentencia de 14 de julio de 2011 en

- relación con el artículo 1438 del Código civil. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, vol. 1, núm. 11 (marzo), BIB 2012/283, 45-49.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *La liquidación del régimen de separación de bienes*. Córdoba, Lexfamily.
- RECHE TELLO, N. (2020). ¿Por qué habría que incorporar el derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral en la Constitución?, *Boletín del Movimiento Carmona*, marzo. https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/por-que-habria-que-incorporar-el-derecho-fundamental-a-conciliar-la-vida-personal-y-laboral-en-la-constitucion-por-nuria-reche-tello-graduada-social-ejerciente-doctora-en-estud/
- RIBERA BLANES, B (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B (2015). La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril, 355-384)=.
- ROZALÉN CREUS, L. (2019). *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*. Pamplona: Aranzadi.
- SANTOS MORÓN, M.J. (2015). Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?, Barcelona, *Indret*, 1-50.
- SERRANO CHAMORRO, M.E. (2014). *Las parejas de hecho y su marco legal*. Madrid: Reus.
- TORRALBO RUIZ, A. (2011). *El rol de la mujer en el Código civil. Especial referencia a los efectos personales del matrimonio*. Salamanca. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_TorralboRuiz_A.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- VARA GONZÁLEZ, M. (2019). Indemnización por el trabajo para la casa: Jurisprudencia de derecho de familia, visto 26 de febrero de 2021. <https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/familia/indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-jurisprudencia-de-derecho-de-familia/>
- (2020). Revisión crítica de la indemnización por el trabajo para la casa (art. 1438 CC), visto 10-3-2021. [https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20\(art.](https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20(art.)
- VERDERA IZQUIERDO, B (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 209-250.

PÁGINAS WEBS UTILIZADAS

- <https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/familia/prestacion-compensatoria/>
- [https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20\(art.](https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20(art.)
- https://cadenaser.com/ser/2021/02/24/internacional/1614190793_867132.html,
- <https://www.20minutos.es/noticia/4599685/0/condenado-pagar-60-000-euros-exmujer-trabajo-domestico/>

- <https://www.compromisorse.com/rse/2019/02/20/la-brecha-de-genero-en-la-conciliacion-representa-un-89-del-pib/>
- <https://hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/>
- https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_TorrallboRuiz_A.pdf?sequence=3&el=1
- <https://www.que.es/2016/07/29/201607291043-reparto-tareas-clave-para-estabilidad/>

NOTAS

¹ https://cadenaser.com/ser/2021/02/24/internacional/1614190793_867132.html, Sentencias que han ordenado compensar a mujeres divorciadas por los trabajos domésticos realizados durante su matrimonio en base a un empobrecimiento real de esa persona y la liberación del otro miembro. Al no participar en este trabajo se le permite beneficiarse del resultado de realizar estas actividades sin costos ni aportes.

² <https://www.20minutos.es/noticia/4599685/0/condenado-pagar-60-000-euros-exmujer-trabajo-domestico/>

³ Continúa la existencia del denominado techo de cristal que dificulta a las mujeres el acceso los puestos de responsabilidad y toma de decisiones en las empresas, en la política y, en general, en todos los ámbitos de la vida social, política y económica.

⁴ <https://www.compromisorse.com/rse/2019/02/20/la-brecha-de-genero-en-la-conciliacion-representa-un-89-del-pib/> Según el informe, que analiza el coste de oportunidad de la brecha de género en el ámbito de la conciliación, las mujeres dedican dos horas más al día que los hombres al hogar y la familia. Teniendo en cuenta el número de hombres y mujeres en edad de trabajar que realizan tareas del hogar y cuidados de familiares, así como el tiempo dedicado a estas tareas, se obtiene que los hombres en España dedican, en conjunto, 37,5 millones de horas al día a los cuidados y tareas del hogar; frente a las 87 millones de horas que dedican las mujeres. La brecha de género en la conciliación representa un 8,9% del PIB.

⁵ TORRALBO RUIZ, 2011.

https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_TorrallboRuiz_A.pdf?sequence=3. El Código civil declara un trato igualitario a hombres y mujeres. Su redacción ya no es el reflejo de aquella sociedad patriarcal dominada por el varón, sino que la realidad social actual llama a atender a ese principio de igualdad incorporado en la Constitución.

En su 11 dispone «el artículo 57 del Código civil sentó las bases de la denominada «autoridad marital» al señalar: «El marido debe proteger a su mujer y esta obedecer al marido, imponiendo un deber de obediencia a la esposa. Se establece, así, una injusta diversidad sexual basada en la supuesta inferioridad de la mujer y en la pretendida superioridad del varón. De esta figura deriva un jefe de familia y una esposa subordinada al mismo».

⁶ *Vid.* SAP de Valencia de 7 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 274492). Se permite el régimen de separación, como supletorio de segundo grado, a través del artículo 1374 del Código civil por aplicación del supuesto de disolución de la sociedad de gananciales del artículo 1373 del Código civil o en los casos de disolución de la sociedad de gananciales, o cuando se disuelve el régimen de participación al amparo del artículo 1416 del Código civil.

⁷ VARA, 2019, reflexiona sobre la indemnización por el trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil.

⁸ PÉREZ MARTÍN, 2020, 11-13. GUTIERREZ SANTIAGO, 2015, 8 y sigs.

⁹ STS de 14 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5122).

¹⁰ Estas sentencias flexibilizan la exigencia de que el trabajo para la casa sea exclusivo, entendiéndose que es posible compatibilizarlo con el trabajo fuera del hogar, en el presente caso un supuesto muy particular: trabajo en el negocio del consorte.

¹¹ Este supuesto hoy en día es difícil de encontrar pero quedan algunos casos. Hace años entraban a trabajar en la casa las llamadas chicas de servicio, o empleadas de hogar internas. Desde los 14 años abandonaban sus casas, su pueblo, acudían a servir a casa de la señora o del señor y allí continuaban hasta que se casaban o hasta que el amo/a fallecía; ese contacto tan directo y tan largo podía determinar que después de tanto tiempo esa persona continuaba en el hogar familiar de algún hijo o bien se atendía en una residencia.

¹² El artículo 90 referente al convenio regulador, el artículo 97 sobre la pensión económica para el caso de desequilibrio económico de un cónyuge en relación con la posición del otro si hay empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, habla de compensación que puede consistir en pensión temporal o indefinida o prestación única, y en la que se tendrá en cuenta la dedicación pasada y futura a la familia así como la colaboración en actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

¹³ CABEZUELO ARENAS, 2009 y 2004 sobre la validez de los pactos en relación a la pensión compensatoria.

¹⁴ ROZALÉN CREUS, 2019, 70.

¹⁵ MORENO FLÓREZ, 2018, 240.

¹⁶ CUENA CASAS, 2016.

¹⁷ La investigación, publicada en *American Sociological Review*, se nutre de una comparación entre parejas casadas hasta 1974 frente a los matrimonios de años posteriores. <https://www.que.es/2016/07/29/201607291043-reparto-tareas-clave-para-estabilidad/> En las parejas casadas antes de 1975, los investigadores observaron que cuanto mayor es el porcentaje de tareas del hogar realizadas por la mujer, menor es la probabilidad de fracaso matrimonial. No ocurre lo mismo en los matrimonios contemporáneos: «Las parejas casadas más recientemente tienen expectativas diferentes en cuanto al reparto de tareas. Las mujeres esperan que los hombres también pongan de su parte». No obstante, el estudio muestra que, incluso en los matrimonios más recientes, las mujeres hacen de media más del 70% de las tareas del hogar.

¹⁸ LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 62 y sigs.

¹⁹ VERDERA IZQUIERDO, 2013, 211 y sigs.

²⁰ Artículo 66 del Código civil: «Los cónyuges son iguales en derechos y deberes».

²¹ RODRÍGUEZ RUIZ, 2015, 360. Añadiendo en su p. 370. Recuerda en este sentido el Tribunal Constitucional que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo». A la configuración legal de medidas de conciliación de vida familiar y laboral como un derecho tanto de madres como de padres trabajadoras/es, en una clara apuesta por promover la corresponsabilidad familiar con fines antidiscriminatorios, premisa para avanzar hacia un modelo integrador de ciudadanía.

²² RECHE TELLO (2020) afirma que nuestra Constitución de 1978, siendo ambiciosa en el reconocimiento de un extenso catálogo de derechos, no deja de ser fruto de su época y por tanto ignora los problemas específicos de la mitad de la ciudadanía y de ese espacio privado o doméstico que tradicionalmente nos han asignado a las mujeres. De ahí que su reconocimiento constitucional —en la idea de una segunda generación de derechos sociales con perspectiva de género— supondría la deconstrucción de la dicotomía público/privado como elemento generador de desigualdades. Añadiendo que pese a que en el ordenamiento jurídico se han ido aprobando normas para la prohibición de discriminación por causas relacionadas con el sexo 'femenino', así como de medidas específicas para conciliar el trabajo con el cuidado de la familia, no será hasta comienzos del nuevo siglo cuando se aborde un cambio de paradigma, planteando la perspectiva del reparto de responsabilidades familiares como una estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, siendo ahora este el objetivo principal que afrontan los derechos de conciliación y superando así el de la mera protección de la familia.

²³ 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, en este sentido (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, 9). Afirma (ORDÁS ALONSO, 2017, 480) que por esta compensación, la coherencia global de este sistema económico matrimonial queda en entredicho y su esencia se enturbia, deforma y desnaturaliza en gran medida, por aproximarse al régimen de participación en las ganancias, o por brindar al cónyuge acreedor un trato más favorable, incluso al que habría resultado de liquidar una hipotética sociedad de gananciales.

²⁴ Concluye (ARRÉBOLA BLANCO, 2019, 274) que la compensación del trabajo doméstico se erige sobre un modelo de indemnización por las oportunidades profesionales y académicas perdidas a causa de su desarrollo durante el régimen de separación de bienes. El reconocer de manera generalizada la procedencia de indemnizaciones por daños familiares alcanzaría resultados incongruentes.

²⁵ Considera que debiera ser reconocida la indemnización del artículo 1438 del Código civil a todos los que concilian la vida laboral con el trabajo doméstico. (CABEZUELO ARENAS, 2017).

²⁶ SAP de Madrid de 11 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 133599) Fundamento de derecho 3.º: «...Debe tenerse presente que el artículo 1438 que ahora se analiza fue introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, y por tanto, tal sistema familiar de igualdad ha de referirse no solamente tanto a los derechos, sino también a los deberes, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código civil, en cierto modo aplicables, por cuanto que los deberes de ayuda mutua se traducen en la colaboración y en la atención por parte de ambos cónyuges a las cargas familiares, afrontando cada cual distintos y diversos cometidos, sin que, reiteramos, haya probado la esposa la exclusividad en el cumplimiento de todos ellos; de tal modo que, a falta de acto concreto o convenio entre los cónyuges, a propósito del cumplimiento de tal deber jurídico, y como quiera que no se ha probado la existencia de acuerdo expreso sobre el modo de hacer frente a esas cargas, ha de entenderse, a falta de prueba en contrario, que el esposo ha contribuido a dichas cargas de igual manera que la recurrente, y por cuanto que la comunidad de vida que entraña el matrimonio tiene lugar en régimen de igualdad jurídica entre los cónyuges, de tal manera que la desigualdad natural o material, según la posición de uno y otro en el ámbito matrimonial y en el círculo de las tareas y los trabajos en el hogar, en la esfera personal, familiar y laboral, y a fin de obtener el crédito o indemnización que establece el artículo 1438, exige una cumplida demostración, so pena, de conculcar el espíritu de dicho precepto, generando un enriquecimiento injusto o sin causa.

A mayor abundamiento, cabría añadir, para concluir, que, en principio, el artículo 1438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada, que sin duda tuvo en cuenta el mandato del artículo 14 de la Constitución Española, en relación al principio de igualdad entre los españoles, y, si bien es cierto que tal precepto puede tener acomodo en legislaciones en las que todavía un cónyuge prevalece sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico...».

²⁷ Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021 (*JUR* 2021, 83352).

²⁸ Argumenta la tesis de la sobrecontribución o sobreaportación como medida para garantizar la proporcionalidad en (ORDÁS ALONSO, 2017, 483).

²⁹ LÓPEZ PELÁEZ, 2020, 26 y 40, acude al concepto de carga familiar.

(*vid.* CREMADES GARCÍA, 2008, 3) distingue las tareas cotidianas de mantenimiento en las condiciones de habitabilidad de la vivienda, de los especiales cuidados requeridos por los hijos, ascendientes y personas dependientes de los cónyuges.

³⁰ Entiende (COSTAS RODAL, 2015) que el nivel económico de la familia es un necesario referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para ser considerados carga del matrimonio. Enumera distintas tareas domésticas como preparar comidas, poner y recoger la mesa, limpiar la cocina, limpiar la casa, hacer la compra, hacer las camas, lavar y planchar la ropa, realizar pequeñas reparaciones, cuidar mascotas y plantas, trabajo de administración del hogar. (DEL OLMO GARCÍA, 2013).

³¹ GARCÍA CANTERO, 2018, 56. Añade en su página 59 que la potestad doméstica es un concepto jurídico indeterminado variable a tenor de la clase social a que pertenece la familia y de otras circunstancias concurrentes.

³² STS de 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3502).

³³ STS de 26 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 7943).

³⁴ SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 125317) precisando: Supone pues la compensación una recompensa para quién ha contribuido más o lo ha hecho a costa de la pérdida de expectativas personales, económicas o profesionales respecto de quien ha contribuido menos y la contribución del otro le ha supuesto una mejora de su formación, proyección y desarrollo profesional.

SAP de Valladolid de 4 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 224140). En el caso de autos, el matrimonio ha convivido más de treinta años, dedicándose la esposa a las tareas domésticas y a la educación de sus dos hijas, sin que conste otra actividad laboral que una esporádica relación de asesoramiento con una de las empresas del esposo, retribuida simbólicamente con un sueldo anual de 1.500.000 pesetas de media y sin reflejo en la vida laboral de la interesada a efectos de subsidios futuros (jubilación, incapacidad, etc.), mientras que el esposo ha estado percibiendo anualmente un sueldo de cerca de siete millones de pesetas.

³⁵ SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 19455) en su ficha 4 declara: «La dedicación de D.^a Leonor a los hijos comunes y al hogar, como antes se dijo, no parece en el supuesto de autos intensa, o significativamente superior a la del exmarido; constante el matrimonio se dedicó tiempo a sí misma, a ocio y formación, las tareas del hogar en algún tiempo se realizaron por empleada de servicio doméstico, el exesposo contribuyó igualmente al cuidado y atención de los hijos, sobre todo en aspectos médicos, y en la realización de actividades de conservación, reparación y mantenimiento del inmueble que constituye domicilio familiar, así como de gestiones económicas relativas a la familia, de donde no resulta aquí un trabajo para la casa en términos que pudieran hacer a la recurrente acreedora de una compensación a su favor por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código civil».

³⁶ Los gastos destinados a satisfacer las necesidades primarias de la familia, en el sentido del artículo 142 del Código civil, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, y las necesidades secundarias, hobbies, vacaciones, concertación de seguros... si existe acuerdo entre los cónyuges.

³⁷ STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407).*Vid.* AGUILERA RULL, 2012, sobre su fundamento.

³⁸ SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 78479).

³⁹ STS de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813).

⁴⁰ MORENO FLÓREZ, 2018, 235.

⁴¹ Se podría decir que el cónyuge que realizó la actividad laboral se benefició del trabajo doméstico del otro, pero no puede perderse de vista que este, a su vez, compartió los ingresos obtenidos por aquél, ambos contribuyen al levantamiento de las cargas del matrimonio, solo que de distinta manera.

⁴² VERDERA, 2013, 228.

⁴³ PÉREZ MARTÍN, 2020, 39 y sigs. ofrece un estudio detallado y claro en función de varios factores.

⁴⁴ SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2016 (*JUR* 2016, 274936).

⁴⁵ SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 41027).

⁴⁶ SAP de Madrid de 11 abril (*JUR* 2014, 133599). De la sentencia extraemos los siguientes datos: «En ningún caso consta acreditado que la esposa se haya encargado de un modo directo, único y exclusivo, de las tareas del hogar y de los trabajos domésticos habituales,... constante la convivencia pacífica, esta familia ha contado con los servicios de empleada interna, quien se ocupaba de las tareas cotidianas del hogar: planchado, cocina, limpieza ordinaria... etc., la que incluso llevaba y traía a las hijas comunes de casa al centro escolar, y, de no poder esta llevarlo a cabo, padre y madre por igual, lo efectuaban. Tampoco se discute que para las hijas comunes se empleaban los servicios de comedor escolar, así como que realizaban diversas actividades extraescolares, de donde la progenitora disponía de tiempo libre considerable para dedicárselo a sí misma, sin que a nada conmuevan las

alegaciones vertidas a lo largo del proceso referidas a órdenes, directrices y supervisiones del personal de servicio, que no implican una ocupación sensible al hogar y a la familia podemos considerar que ambos esposos han contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y que no acreditado lo contrario, lo han hecho proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos y sus correspondientes situaciones personales y posibilidades, no pudiéndose aseverar que haya concurrido una posición distinta tan esencial o significativa entre uno y otro que justifique la pertinencia del derecho señalado en el artículo 1438 antes citado, o que motive, ni tan siquiera, una cuantificación de tal derecho inferior a la que señala la parte actora la dedicación de la ex esposa a las hijas comunes y al hogar, como antes se dijo y ahora se reitera, ni ha sido exclusiva, ni se revela intensa por razón del trabajo desempeñado, aun esporádicamente, al margen del hogar, por la contratación de interna para la realización de las tareas domésticas, y por el tiempo dedicado por D.^a Tamara a sí misma».

⁴⁷ STS de 29 de septiembre 2020 (RJ 2020, 3770).

⁴⁸ STS de 14 de abril de 2015 (RJ 2015, 1528).

⁴⁹ STS 26 abril 2017(RJ 2017, 1720).

⁵⁰ CABEZUELO ARENAS, 2017,14, considera que la STS de abril de 2017 acaba discriminando a quienes compaginan de facto dedicación exclusiva a los quehaceres caseros con actividades retribuidas en función de la procedencia de los fondos.

⁵¹ La STS de 28 de febrero de 2017 (RJ 2017, 673).

⁵² GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2015.

⁵³ STS de 25 de noviembre 2015 (RJ 2015, 5322). Destaca el fundamento de derecho 2º: «Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código civil, como es el caso del artículo 231.5 del Código civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso (“sustancialmente”), así como el incremento patrimonial superior,....».

⁵⁴ STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011 (RJA 6406).

⁵⁵ SAP de Sevilla de 16 de julio de 2014 (JUR 2014, 283207).

⁵⁶ COSTAS RODAL (2015).

⁵⁷ STS de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1170). *Vid.* (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2015).

⁵⁸ La proyección laboral no se debe tratar como una simple expectativa (VERDERA IZQUIERDO, 2013, 222) hay que comprobar si voluntariamente se ha hecho dejación de la incorporación al mundo laboral.

⁵⁹ Esta pérdida de oportunidad es, por tanto, (CHAPARRO MATAMOROS, 2019, 7) un daño en sí misma considerada, sin que sea necesaria la existencia de un correlativo enriquecimiento o aumento patrimonial del otro consorte.

⁶⁰ SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000 (RJA 142570).

⁶¹ SAP de Valencia de 14 de julio de 2005 (JUR 202778).

⁶² STS de 20 de febrero de 2018 (RJ 2018, 568).

⁶³ Estima (ARRÉBOLA BLANCO, 2019, 427) que el derecho a que el trabajo doméstico sea compensado se convierte en un crédito ordinario, disponible, transmisible, compensable, renunciante, transigible, embargable y prescriptible, una vez reconocido.

⁶⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019, 248).

⁶⁵ SAP de Asturias de 26 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 118836) donde se valora únicamente la compensación atendiendo al SMI anual.

⁶⁶ STS de 5 de mayo 2016 (*RJ* 2016, 2219).

⁶⁷ Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021 (*JUR* 2021, 83352).

⁶⁸ RDGRN de 30 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5933): Acuerdan ambos cónyuges permutar las indicadas fincas y respecto de la diferencia de valor se dice que lo es por compensación que le corresponde a doña Delia como contribución a las cargas del matrimonio conforme al artículo 1438 del Código civil que se cuantifica en la cantidad de...».

⁶⁹ SAP de Córdoba de 20 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 286726).

⁷⁰ SAP de La Coruña de 12 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 24502).

⁷¹ VERDERA, 2013, 239.

⁷² STS de 11 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 5090).

⁷³ Establece el fundamento de la compensación por trabajo doméstico valorando el valor de las aportaciones realizadas (SANTOS MORÓN, 2015, 35).

⁷⁴ PARDILLO HERNÁNDEZ, 2017, 370. *Vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2019, 11 y sigs.

ATSJ de Navarra de 10 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 2476) exponiendo que el trabajo para la casa se computará cuando este sea desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge, al momento de la extinción del régimen de separación.

⁷⁵ Ante la realidad de los numerosos casos de parejas de hecho que surgen y se rompen (SERRANO CHAMORRO, 2014, 230) la jurisprudencia ha tenido que resolver muchas peticiones de los convivientes prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o voluntad unilateral solicitando el reconocimiento de una pensión compensatoria.

⁷⁶ Opinión compartida también por (CREMADES GARCÍA, 2008,12).

⁷⁷ STS de 24 de noviembre de 1994 (*RJ* 1994, 8946) declarando que las uniones extra-matrimoniales no son equiparables a las uniones matrimoniales. En los casos de ruptura no procede aplicar el artículo 1438 del Código civil.

⁷⁸ STS de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148). *Vid.* BERMÚDEZ BALLESTEROS, 2011. *Vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, 2006 en relación a la aplicación de las normas del matrimonio a las parejas de hecho.

⁷⁹ STS de 15 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 76).

⁸⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2018.

⁸¹ ORDÁS ALONSO, 2017, 667.