



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Valoración del trabajo doméstico en los regímenes económicos matrimoniales

Presentado por:

Laura Esteban Sancho

Tutelado por:

Germán de Castro Vítores

Valladolid, 21 de julio de 2022

RESUMEN.

En el régimen económico matrimonial, una regla básica es que los cónyuges están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 CC). Para el caso concreto del régimen de separación de bienes, que no es supletorio de rime grado en el Derecho Común, aunque sí en el Derecho catalán, el art. 1438 CC establece que el trabajo doméstico será considerado contribución a estas cargas y dará lugar a obtener, al final, una compensación.

Este trabajo examina los diferentes criterios que en la evolución jurisprudencial se han utilizado para la aplicación de este artículo, y alguna de las discusiones doctrinales al respecto.

ABSTRACT.

The rules refered to the economy between a marriage force them to collaborate at the common expenses of marriage, due to the art. 1318 CC. However, when the marriage doesn't have a marital assets, we can find the rule in the art. 1438 CC, which leds us know that the domestic household is done by one of the spouse, a right to obtain a compensation will appear.

PALABRAS CLAVE.

Régimen económico matrimonial, contribución a las cargas del matrimonio, trabajo doméstico, liquidación del régimen económico matrimonial, régimen de separación de bienes.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES.....	3
1.CUESTIONES GENERALES. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO Y DISTINTOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. ...	7
1.1 Régimen de separación de bienes y régimen de gananciales. Diferencias. Ventajas e inconvenientes de los distintos regímenes.	10
EXCURSUS: DIVERSAS PRESTACIONES QUE ENTRAN EN JUEGO EN EL MOMENTO DE CRISIS MATRIMONIAL. REFERENCIA INTRODUCTORIA.	19
2. LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA DEL ART 97 CC. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.	21
2.1. ¿Cuándo estamos ante un desequilibrio?.....	22
2.1.1. Presupuestos para la prestación compensatoria.....	24
2.1.2. Los criterios del art 97 CC en la determinación del desequilibrio...28	
3. DOCTRINA ACERCA DE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO DEL ART 1438 CC.	30
3.1 Fundamento del art 1438 CC. Historia y doctrina.....	30
3.1.1. Nacimiento de la figura.....	31
3.1.2. Naturaleza problemática. ¿Sobrecontribución y enriquecimiento del otro cónyuge?.....	32
3.1.3. Fundamento. Recapitulación y algunas acotaciones.....	42
3.1.4. Posible pacto.....	43
3.2. Notas sobre algunos de los presupuestos base de la compensación <i>ex</i> art 1438 CC.....	45
3.2.1. El incremento patrimonial.....	46
3.2.2. Exclusividad en la dedicación.....	47
3.2.3. Un nuevo planteamiento. El cónyuge que trabaja para el otro cónyuge.....	49
3.2.4. Casos en los que concurre la ayuda de empleados.....	51
4. COMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA DEL ART 97 Y LA COMPENSACIÓN DEL ART 1438 CC.....	56
5. REGULACIÓN EN EL SISTEMA CATALÁN DE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO.....	62
6. CONCLUSIÓN.	67
7. BIBLIOGRAFÍA.....	70

INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES.

Con la finalidad de alcanzar los fines propios del matrimonio es necesario contar con una organización económica del mismo. Basándonos en los principios que sustentan la figura del matrimonio (principio de socorro mutuo, actuar en interés de la familia y el respeto debido entre cónyuges) se constituirá un sistema de administración de la economía de ambos cónyuges, lo que se conoce como régimen económico matrimonial.

El objetivo principal de dicho régimen económico del matrimonio es, en primer lugar, organizar una obligación, que corresponde a ambos cónyuges, de contribución al levantamiento de cargas del matrimonio; en segundo lugar, estructurar y proteger la titularidad y disfrute de los bienes que corresponden a cada cónyuge de distinta forma según ante qué régimen nos encontremos; y, por último, asegurar un equilibrio entre ambos en caso de disolución del vínculo matrimonial, respetando así el principio de igualdad entre los cónyuges, en virtud del art 14 CE.

En relación con lo anterior, este trabajo presenta la situación actual y evolución jurisprudencial del posible desequilibrio producido tras la liquidación del régimen matrimonial en el supuesto en el que uno de los cónyuges se haya dedicado al trabajo doméstico, según presenta el art 1438 CC, alrededor del que este escrito se desarrolla.

Primeramente, debemos partir para desarrollar este tema de los artículos 1318 y siguientes del Código Civil. Este conjunto de artículos desempeña una función: servir de reglas básicas de organización de la economía matrimonial. Esta serie de pautas es lo que se conoce como el régimen matrimonial primario, que encaja en todas las tipologías de régimen económico matrimonial y que, proyectándose sobre los bienes de distinta forma según la organización económica matrimonial ante la que nos encontremos, hace que las obligaciones de carácter personal intrínsecas en la figura del matrimonio se conviertan en obligaciones de carácter patrimonial.

Siguiendo con esta idea, en nuestro sistema contamos, básicamente, con tres modelos de régimen económico matrimonial: el régimen de comunidad, régimen de

sociedad de gananciales, el que ostenta el título de régimen legal supletorio de primer grado en nuestro Código Civil; el régimen de separación de bienes, catalogado en el Código como legal supletorio de segundo grado; y, por último, el menos habitual, el régimen de participación en las ganancias.

Como veremos posteriormente, la primera de estas reglas básicas del régimen primario al que nos hemos referido anteriormente es contenida en el art 1318 CC:

«Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes, a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras»

De manera resumida, la forma en la que los cónyuges deben contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio no queda indicada por ésta regla. Sin embargo, en caso de haber acuerdo entre ambos, habrá que estar al acuerdo y, a falta de éste, será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil. En caso de estar ante un sistema ganancial, se deberá contribuir con el patrimonio ganancial común o, en su defecto, con los bienes privativos de cada cónyuge. Por el contrario, si estamos ante un régimen de separación o, incluso, de participación, la manera de contribuir deberá llevarse a cabo de forma proporcional a los recursos de cada cónyuge, pues estos sistemas carecen de masa común. Como he comentado antes, nos detendremos en esta idea más adelante.

Es ahora donde podemos traer a colación el art 1438 CC:

«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».

Éste aparece en el Libro IV, Título III, Capítulo VI, redactado para el régimen de separación de bienes. En él se desarrolla la idea principal del presente escrito: la existencia

de una posible compensación para el cónyuge que se haya dedicado al trabajo doméstico en casos de disolución del matrimonio y consecuente liquidación del régimen. Éste artículo, que siguiendo las directrices del art 1318, impone la obligación a los cónyuges de su contribución a las cargas del matrimonio en régimen de separación de bienes, interpreta este trabajo para el hogar como otra contribución al levantamiento de cargas familiares y, por tanto, se le puede calificar como título posibilitador de una compensación económica.

Bajo la aparente sencillez del precepto, surgen varios interrogantes, incertidumbres, sobre todo a partir de 2005, ya que es en este momento cuando comienzan las reclamaciones siguiendo este artículo, lo que obliga tanto a la jurisprudencia como la doctrina a discutir acerca de argumentos y decisiones que envuelven a esta compensación.

Como podemos observar, la presente cuestión de cómo se puede valorar el trabajo doméstico de cara a obtener una posible compensación por la realización del mismo es compleja. Precisamente esta dificultad de valoración es la que ha impedido a nuestra jurisprudencia, tanto del propio Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor, mantener un criterio homogéneo sobre esta temática. Misma línea de desacuerdo sigue nuestra doctrina. Los diversos autores que han tratado este tema discuten acerca de estas pautas o sobre qué debe ser considerado el trabajo doméstico, su valoración, cuándo estamos ante un desequilibrio...

A lo largo del tiempo, desde 2005 aproximadamente, la interpretación de las circunstancias que deben concurrir para que éste trabajo doméstico, en régimen de separación de bienes, sea compensado, ha ido fluctuado desde una necesidad de existencia de incremento patrimonial del otro cónyuge, pasando por el requisito de exclusividad en el trabajo doméstico e, incluso, matizándose doctrina y jurisprudencia cuando nos encontramos con casos más concretos en los que concurren otras características, como, por ejemplo, que se cuente con ayuda de empleados del hogar para la realización de tales tareas.

Sin embargo, la verdadera problemática la encontramos en el hecho de que, al ser considerado el trabajo doméstico, en virtud del art 1438 CC, como una contribución a la carga del matrimonio, el cálculo que debemos realizar para poder cuantificar la compensación es una ardua labor, pues se trata de equiparar esta especie de contribución a

las cargas en especie a la contribución por obtención de ingresos en dinero que realiza el cónyuge que no lleva a cabo esta tarea. El método que ha sido aplicado por el Tribunal Supremo para afrontar esta dificultad ha sido, con cierta frecuencia, realizar el siguiente cómputo: la dedicación al trabajo doméstico traducido al sueldo que obtendría una tercera persona por ejercer éste trabajo multiplicado por los años de permanencia matrimonial.

En relación con este cálculo, otra de las particularidades y dificultades que acarrea este artículo es su posible concurrencia con el art 97 CC. Esta concurrencia produce cierta confusión, pues el art 97 CC también prevé una compensación en caso de desequilibrio, siendo uno de los presupuestos para obtenerla la dedicación a la familia. Doctrina y jurisprudencia han discutido acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de ambas compensaciones, aunque sí que podemos encontrar una serie de diferencias entre ambas, pese a que tanto la compensación del art 97 y la del art 1438 CC puedan tener, al menos en parte, el mismo fundamento (dedicación a la familia). Algunos aspectos referidos a éstadivergencia los encontraremos en el origen del nacimiento de una con respecto a la otra, en la importancia de la situación económica del cónyuge deudor e, incluso, en la función específica de cada una.

Una vez dicho todo lo anterior, este estudio trata de exponer un estado de la cuestión actual, al igual que mostrar la evolución de los diversos criterios aplicados por la jurisprudencia para alcanzar una solución que afronte y trata de corregir el posible desequilibrio que pueda surgir tras la liquidación del régimen, centrándose, sobretodo, en el régimen de separación de bienes con el art 1438 CC.

1. CUESTIONES GENERALES. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO Y DISTINTOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES.

Para poder ubicar el problema de la compensación por trabajo doméstico, es conveniente reflexionar sobre el régimen económico matrimonial e identificar las características que informan cada modelo de régimen económico pues, pese a que la dedicación a la familia (aquí podemos entender incluido el trabajo doméstico), como veremos, es una obligación necesaria para cualquiera de los tipos, la forma en la que se contribuirá a las cargas familiares es distinta. Comenzaremos dando, en primeramente, una visión general.

El régimen económico matrimonial, artículos 1315 y siguientes del Código Civil, se define como el conjunto de reglas que organizan desde el punto de vista jurídico la economía familiar dentro del matrimonio, entre los cónyuges y con terceros. Según definiciones dadas por la doctrina, podemos definirlo como «la respuesta del Derecho a una serie de intereses y cuestiones pecuniarios a los que ha dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular» (LACRUZ BERDEJO, 2005)¹ o como aquel «conjunto de reglas que prolongan, en el orden de los bienes y de las actividades patrimoniales de los cónyuges, los lazos específicos que la institución del matrimonio establece entre los mismos» (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 1981)².

Podemos encontrar distintos tipos de modalidades de régimen económico matrimonial, siendo los más frecuentes la comunidad en sus diversas variantes y la separación de bienes, de los cuales expresaremos las ideas más representativas:

A. Régimen de comunidad de bienes.

Su particularidad reside en la creación de una masa común entre los cónyuges y, dependiendo del alcance de ésta, encontraremos una comunidad universal, donde todos los bienes de ambos cónyuges se incluyen en un patrimonio común; y, por otro lado, una

¹LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t.IV, *Familia*, 2ª ed., revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 4.

²DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. *La reforma del Derecho de Familia, en España, hoy*. (Colección de Estudios Monográficos ed., Vol. 1), Valladolid, Universidad de Valladolid, 1981.

sociedad de gananciales, donde se distingue un patrimonio común de ambos (el patrimonio ganancial) de los patrimonios privativos de cada cónyuge, dando lugar a tres distintos patrimonios.

B. Régimen de separación de bienes.

Al contrario de lo que ocurre en el régimen anterior, en el régimen de separación de bienes cada cónyuge conserva su patrimonio privativo, sin crearse en ningún momento una masa común.

C. Régimen de participación en las ganancias.

Se deben distinguir dos momentos: uno durante la vigencia del matrimonio, donde funciona como un régimen de separación; y una vez disuelto el régimen, el cónyuge que menos ganancias ha obtenido durante la vigencia del matrimonio, tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas por el cónyuge que ha ganado más ³.

Es muy importante tener presente que, más allá de las diferencias entre los distintos tipos de regímenes, nuestro Código Civil en los artículos 1318 al 1324 CC, un conjunto de disposiciones comunes a todos los regímenes económicos matrimoniales: el régimen económico matrimonial primario, denominación aportada por el Profesor LACRUZ.

Siguiendo lo explicado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁴, este régimen primario, al contrario de lo que puede parecer, no es propiamente un régimen económico matrimonial, sino, más bien, de una serie de principios generales que regulan, de forma general, común e imperativa, la organización económica del matrimonio contemplada en nuestra legislación.

Dentro de éste régimen primario, nos interesa, especialmente, lo relativo al levantamiento de las cargas del matrimonio, contenido en el art 1318 CC que dispone que *los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio*. Según LACRUZ, se trata de una obligación derivada de la solidaridad patrimonial de los cónyuges, aunque

³SÁNCHEZ SÁNCHEZCALERO, F. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y sucesiones*. (Novena ed.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales" en Carlos Martínez de Aguirre (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, (5ª edición), Edisofer, Madrid, 2016, pág. 229.

bien es cierto que no solo se incluye en la misma la obligación de aportar bienes, sino, también, su colaboración en la vida y el sostenimiento de la familia. No solamente quedan sujetos a dicho levantamiento los cónyuges, ya que en virtud del art 155.2 CC⁵, podrán también colaborar los hijos, siempre según sus posibilidades y mientras convivan en el hogar familiar.

Ahora bien, ¿qué entendemos por cargas del matrimonio? Pues no se indica en el artículo cuáles son. Según la doctrina suponen una serie de obligaciones inherentes al matrimonio, aunque, sin embargo, el art 1318 CC no indica cuales son dichas obligaciones, si bien podemos entender que hace referencia a los gastos del sostenimiento de la familia, la alimentación y la educación de los hijos comunes y los hijos de uno de los cónyuges si convive en el hogar familiar y todos aquellos gastos relacionados con las circunstancias de la familia⁶, en base al art 1362 CC.

Acerca de la forma en la que los cónyuges deben contribuir a estas cargas, dependerá, primeramente, de lo que hayan pactado. Sin embargo, en caso de no existir acuerdo, la manera de contribuir dependerá del régimen matrimonial que rija en su matrimonio: si el régimen que impera es el de sociedad de gananciales, deberemos atenernos a lo establecido en el art 1362 CC⁷; mientras que si el régimen es el de separación de bienes, habrá que estar al art 1438 CC «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», artículo que ha suscitado

⁵ El artículo 155. 2 CC dice que «Los hijos deben: 2.Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.»

⁶RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, V. F., (13 de junio del 2003). 'Efectos patrimoniales de matrimonio: organización económica de la sociedad conyugal. Sistema adoptado por el código civil. Disposiciones generales sobre régimen económico matrimonial. Examen especial de los artículos 1322 y 1324 del código civil', (T. 91 de oposiciones), *Notarios y Registradores*, 13 de junio de 2003, pág. 6.

⁷ El artículo 1362 CC indica que «Serán de cargo de la sociedad de gananciales 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. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación. 2.ª La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 3.ª La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. 4.ª La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge».

diversas controversias doctrinales y jurisprudenciales de las que hablaremos inmediatamente.

Habiendo expuesto las características propias de cada modelo de régimen, podemos apuntar que, pese a que todos son informados por el principio de solidaridad y el principio de igualdad entre cónyuges, la contribución a las cargas del matrimonio se lleva a cabo de distinta manera. Conviene centrarnos en las particularidades del régimen de separación de bienes, ya que el art 1438 CC, relativo a la compensación por trabajo doméstico, únicamente es referido en éste régimen concreto, con lo que, a continuación, estudiaremos con un poco más de profundidad el mismo.

1.1. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y RÉGIMEN DE GANANCIALES. DIFERENCIAS. VENTAJAS E INCONVENIENTES.

Las reglas básicas que constituyen el denominado régimen económico matrimonial primario, informan a todas las tipologías de regímenes económicos matrimoniales. Estas disposiciones generales tratan de organizar elementos esenciales del matrimonio independientemente del régimen ante el que nos encontremos⁸.

Dichas pautas se desarrollan a partir del art 1315 CC. Éste precepto indica que los cónyuges podrán pactar el régimen económico matrimonial deseado en capitulaciones matrimoniales. Por el contrario, si nada es convenido por los cónyuges, el régimen de sociedad de gananciales será el sistema que rija su economía, puesto que es éste el que tiene carácter de régimen legal supletorio de primer grado; mientras que para que se pueda regir el régimen de separación, es necesario que así sea acordado entre los cónyuges, al igual que ocurre con el de participación.

Siguiendo con las reglas básicas, es el art 1318 CC el que establece la obligación a los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio, como ya hemos apuntado, dependiendo de ante qué régimen estemos, la manera en la que se llevará a cabo el levantamiento de cargas será distinto.

⁸DE CASTRO VÍTORES, G., (2005), *Efectos patrimoniales del matrimonio: organización económica de la sociedad conyugal*, Uvadoc.es., pág. 14.

Siguiendo a SÁNCHEZ CALERO⁹, el régimen de separación de bienes es aquel régimen que se diferencia en el hecho de que los cónyuges conservan sus patrimonios privativos obtenidos antes y durante la vigencia del matrimonio, lo que supone que también mantienen la titularidad, administración y goce de los mismos. Consecuentemente, la distinción de éste régimen con respecto al régimen de sociedad de gananciales tiene su fundamento en la no creación de un patrimonio común una vez comience la vigencia del matrimonio.

El art 1435 CC¹⁰ indica cuando surge el régimen de separación de bienes:

a) En primer lugar, si así se decide y pacta por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, independientemente de que se lleve a cabo antes o después de celebrado el matrimonio. De esta forma, habrá que estar siempre a lo pactado por los cónyuges y, en su defecto, a las normas relativas a la separación de bienes contenidas en el CC.

b) En segundo lugar, cuando los cónyuges hayan pactado que entre ellos no rija el régimen de sociedad de gananciales, pero no se indican las reglas a regir entre ellos. Esta forma de nacimiento de la separación de bienes tiene su razón de ser en una de las particularidades más importante del régimen y es que se trata de un régimen legal supletorio de segundo grado. Por tanto, eliminando la posibilidad de que entre los cónyuges exista un régimen de gananciales, que es el régimen legal supletorio de primer grado, y no haciendo referencia a ninguna otra norma por la que éstos vayan a regirse, el régimen de separación de bienes surgirá. Más adelante, haremos una referencia más profunda acerca de ésta característica.

a) En tercer lugar, existirá un régimen de separación de bienes cuando, durante la vigencia del matrimonio, se extinga el régimen de sociedad de gananciales. Una vez extinguido éste, nacerá entre los cónyuges un régimen de separación, excepto si los

⁹ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., pág. 241.

¹⁰ El art 1435 CC establece que «Existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1.º Cuando así lo hubiesen convenido. 2.º Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes. 3.º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto».

mismos han pactado que vuelva a regir entre ellos el régimen de gananciales u otro distinto.

Siguiendo con la descripción de los principales rasgos del régimen de separación de bienes en contraposición con el régimen de gananciales, debemos hacer referencia a una distinción muy significativa: el levantamiento de las cargas matrimoniales. Como hemos adelantado anteriormente, el levantamiento de cargas forma parte de un conjunto de reglas generales y de común aplicación a todos los tipos de régimen económico matrimonial primario, desarrollándose las mismas a partir del art 1318 CC.

Pues bien, la forma en la que los cónyuges van a contribuir a estas cargas familiares dependerá del régimen que rijan su economía, debiendo acudir a un artículo distinto en función del mismo. De esta forma, si entre los cónyuges existe un régimen de sociedad de gananciales, la manera en la que deban contribuir queda advertida en el art 1362 CC, es decir, la contribución a las cargas familiares se apoya en el patrimonio ganancial.

Si por el contrario, el régimen que rige es el de separación de bienes, su contribución se hace en virtud del art 1438 CC que establece lo siguiente: «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».

Por consiguiente, la forma en la que los cónyuges contribuirán al levantamiento de las cargas matrimoniales cuando entre ellos existe un régimen de separación de bienes deberá hacerse, en primer lugar, en virtud de lo expuesto en un pacto. Este pacto puede tener un carácter tácito o explícito, pudiendo reflejarse o no en capitulaciones. Ahora bien, la mayoría de la doctrina entiende que no debe entenderse como válido aquel acuerdo que excluye la contribución de un cónyuge al levantamiento, puesto que se estaría vulnerando el art 1328 CC, que declara como nulo aquel pacto que pueda ser limitativo a la igualdad de los cónyuges, principio reflejado en el art 68 CC¹¹.

¹¹Cfr., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., pág. 300.

En segundo lugar, en defecto de convenio, el artículo marca la necesidad de que los cónyuges contribuyan *de forma proporcional a sus recursos*. Como recurso podemos entender el capital, las rentas y rendimientos del trabajo.

Por último, el artículo incluye que el trabajo doméstico computará como una contribución a las cargas, además de ser título para poder obtener una compensación. Esto refleja que la contribución a las cargas no sólo es posible a través de dinero, sino que puede llevarse a cabo en especie, en este caso, a través del trabajo doméstico. A lo largo del presente trabajo, se analizarán los problemas que rodean a este artículo, precepto que ha hecho surgir controversias entre la doctrina y la jurisprudencia debido a la no existencia de un criterio homogéneo.

El régimen de separación de bienes sigue siendo un régimen económico matrimonial y, por consiguiente, le debe ser aplicado de igual forma el régimen económico matrimonial primario. La disyuntiva surge debido a que, con el régimen de sociedad de gananciales se crea una masa común entre ambos cónyuges, patrimonio que, por otro lado, no surge en el caso de la separación de bienes.

Es por ello que los preceptos relativos a tales reglas básicas son de más fácil aplicación en tal sistema que en el de separación, puesto que la vida común y sus consecuencias económicas se conecta con el patrimonio común de los cónyuges. En otras palabras, la contribución proporcional a los recursos se efectúa a través del patrimonio común y, en su defecto, por los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges, cumpliéndose con la expectativa, al menos de forma teórica, de la solidaridad patrimonial.

Sin embargo, en la separación de bienes, este art 1318 CC queda reflejado en el art 1438 CC, que incide, de nuevo, en la necesidad de que ambos cónyuges deben contribuir a estas cargas matrimoniales de forma proporcional a sus recursos, ya que no surge en ningún momento una masa común de ambos cónyuges.

A consecuencia de esto, la doctrina ha puesto de manifiesto las ventajas e inconvenientes de los distintos regímenes¹². En primer lugar, el régimen de sociedad

¹² Cfr. DE CASTRO VÍTORES., pág. 3-6.

de gananciales es aquel en el que, durante el matrimonio, surge una masa común de ambos cónyuges, un patrimonio ganancial, si bien es cierto que los dos conservan un patrimonio privativo.

Siendo el régimen legal supletorio de primer grado, supone que la economía matrimonial de los cónyuges que no pacten capitulaciones escogiendo un régimen en particular se regirá por esta sociedad de gananciales. La ventaja con la que cuenta dicho régimen, según pone de manifiesto la doctrina, es el aseguramiento de un equilibrio en caso de crisis matrimonial y posterior liquidación, puesto que tras el inventario del activo y el pasivo del patrimonio ganancial y el consecuente pago de deudas utilizando dicho patrimonio, la división y adjudicación del restante del mismo se hará a partes iguales entre los cónyuges. En otras palabras, la masa común restante se dividirá en dos, correspondiéndole a cada cónyuge una porción.

No obstante, pese a que el reparto post-liquidatorio es muy sencillo, es dificultosa la realización del inventario, pues al existir tres tipos de patrimonio (el privativo de un cónyuge, el privativo del otro cónyuge y el patrimonio ganancial), la atribución de titularidades de los distintos bienes puede hacerse complicada.

Por su parte, el régimen de separación de bienes niega la existencia de una masa común entre los cónyuges, conservando cada uno su propio patrimonio privativo. Por tanto, la libertad de administración, disfrute y goce de sus propios bienes es patente y, a consecuencia de ello, en caso de liquidación del régimen, la atribución de bienes es muy sencilla. Es, seguramente, la libertad patrimonial y la facilidad de reparto la que hace de éste régimen un régimen atractivo.

Ahora bien, frente a la dicha ventaja, la separación de bienes ha sido un régimen que no ha contado con la preferencia de nuestro Código Civil, por tanto, le ha sido otorgado el título de régimen legal supletorio de segundo grado. Solamente en aquellos casos en los que los cónyuges expresamente pacten este régimen, regirá en la economía patrimonial. La razón de ser de esta caracterización es sencilla: la posibilidad de desequilibrio entre cónyuges tras la liquidación del régimen es mayor.

Frente a la calificación que lleva a cabo nuestro sistema del Código Civil en territorio de Derecho Común, el sistema catalán sí que califica al régimen de separación de bienes como el régimen legal supletorio de primer grado, lo que supone que en caso de que los cónyuges no pacten un régimen concreto, será la separación de bienes la que rijan la economía del matrimonio. Por tanto, al ser regulado como tal dicho régimen, es de mi intención incluir el sistema catalán, pues, al calificarse la separación de bienes como régimen legal, la regulación es mucho más detallada.

¿Qué supone el hecho de que el régimen posea tal reconocimiento? El art 231-10 del Código Civil Catalán establece que «Si no existe pacto o si los capítulos matrimoniales son ineficaces, el régimen económico es el de separación de bienes». Así pues, en contraposición a lo establecido en el Código Civil, que señala en su artículo 1316 que «A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales», en caso de no convenirse nada respecto al régimen que regirá la economía del matrimonio el régimen de separación de bienes.

El régimen de separación de bienes en el territorio catalán ostenta las mismas particularidades que el régimen de separación en el territorio de Derecho Común, salvo que, al tener la condición de legal supletorio de primer grado, su regulación presenta mayor detalle que el primero.

A consecuencia de esto último, el régimen catalán puede ser aplicado como una especie de Derecho dispositivo para hacer frente a las posibles dificultades que pueden surgir del régimen de separación de bienes siguiendo el Código Civil. Además, debemos tener en cuenta el hecho de que, en el sistema catalán, el régimen de separación tiene un origen legal y que, en caso del sistema del Código Civil, el origen se encuentra en un pacto. Desde mi punto de vista, esta especie de comparativa entre ambos sistemas común y catalán es interesante, por lo que nos detendremos en ella más detalladamente en momentos posteriores.

En un interesante trabajo de SANTOS MORÓN lleva a cabo una comparativa de nuestro régimen frente a otros Derechos del panorama europeo, lo cual nos permite reflexionar acerca de las características seguidas por nuestro

sistema¹³. Uno de los sistemas legislativos que no comparten la idea de la comunidad de bienes entre los cónyuges es el sistema británico. Aunque, si bien es cierto que no se da la situación de ganancialidad como régimen económico matrimonial, se tiene cierto rechazo a la situación de separación absoluta de bienes, al igual que en el régimen catalán.

Pese a la no existencia de un régimen de comunidad, en caso de que la crisis matrimonial produzca un desequilibrio, siempre se trata de volver a una situación de equilibrio y, aunque parezca contradictorio, tiende a asegurarse la regla de la división igualitaria, como ocurre en nuestro sistema de comunidad, en el que el patrimonio ganancial, tras la liquidación del régimen, es repartido a partes iguales entre los cónyuges.

El sistema británico no cuenta con una solución respecto a lo que ocurre con el trabajo doméstico y el posible desequilibrio derivado de su dedicación como ocurre en el Código Civil. Sin embargo, sí que es entendido como una contribución a las cargas en especie, siendo equiparable a la percepción de ingresos.

Por tanto, en caso de desequilibrio producido por la dedicación de uno de los cónyuges a las tareas domésticas y siguiendo el principio fundamental de conseguir una igualdad o equilibrio entre los cónyuges tras la crisis matrimonial, la solución seguirá siendo la división igualitaria de los bienes matrimoniales, pese a que cada cónyuge ha conservado durante el matrimonio la titularidad de cada uno de sus bienes.

Por otro lado, esta solución ha sido bastante criticada por la doctrina debido a dos razones: una primera razón tiene su fundamento en la clara contradicción que se produce, ya que, aun no existiendo un régimen de comunidad entre los cónyuges, la solución utilizada tiene este carácter; y, en segundo lugar, el reparto igualitario de los bienes debiere ser constituido no por los jueces, sino por el Parlamento.

En contraposición con el sistema catalán y el sistema británico, podemos encontrar otros sistemas que se desarrollan de la mano con nuestro sistema del Código Civil, como es el sistema alemán, francés o italiano. Todos ellos cuentan con una característica en común:

¹³ SANTOS MORÓN, M. J. 'Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?' *InDret*, núm. 1, 2015, pág 38.

la separación de bienes como régimen matrimonial es un régimen que surge en caso de que así sea pactado por los propios cónyuges.

Ahora bien, en estos sistemas no existe una solución expresa para el caso del posible desequilibrio que puede tener lugar si rige una separación de bienes y uno de los cónyuges se dedica al trabajo doméstico, como ocurre en nuestro artículo 1438 CC¹⁴.

Como conclusión que podemos extraer de lo expuesto, aunque los sistemas en los que el régimen de separación es un régimen pactado no exista una regla tal como la reflejada en el art 1438 CC, se consigue, en ocasiones, llegar al mismo punto, el equilibrio entre cónyuges, a través de una especie de participación. Sin embargo, esta misma idea es la que autores como NASARRE AZNAR critican¹⁵. En este caso, NASARRE entiende que estando ante un régimen de separación de bienes, se trata de alcanzar un equilibrio a través de la vía de la participación de las ganancias, lo que se consigue es la desnaturalización del régimen de separación de bienes, ya que, realmente, el régimen de separación de bienes no trata de igualar patrimonios ni de participar en las ganancias del otro cónyuge.

¹⁴ Cfr. SANTOS MORÓN., pág. 41.

¹⁵ NASARRE AZNAR, S., " La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro segundo del C.c. de Cataluña, en R. BARRADA/M. GARRIDO/S. NASARRE (coord.) *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Bosch, Barcelona, 2011.

EXCURSUS: DIVERSAS PRESTACIONES QUE ENTRAN EN JUEGO EN EL MOMENTO DE CRISIS MATRIMONIAL. REFERENCIA INTRODUCTORIA.

El tema del art 1438 CC encierra diversas inquietudes bajo su imagen de aparente sencillez.

Cuando hablamos de la problemática del art 1438 CC, hacemos referencia a que el precepto, de cara a alcanzar un equilibrio entre el cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico y el otro cónyuge, conduce a una operación matemática que trata de equiparar, por un lado, los recursos económicos que los cónyuges podrían obtener y aportar a las cargas matrimoniales y, por otro lado, el trabajo que aporta el cónyuge que se dedica al trabajo doméstico.

Sin embargo, la práctica ha demostrado que, pese a que resultaría una cuenta sencilla, la realidad demuestra lo contrario, pues en las crisis matrimoniales entra en juego diversos factores y conceptos que ponen de manifiesto la dificultad de la valoración de este trabajo doméstico.

Esta dificultad aproxima esta del art 1438 CC problemática a la de otras prestaciones existentes para el caso de crisis matrimoniales como, por ejemplo, las prestaciones alimenticias o la prestación ex art 97 CC. No olvidemos que, en caso de crisis matrimonial aparece más o menos entrelazadas o combinadas diversas exigencias de prestación que uno de los cónyuges puede reclamar a otro: pensión de alimentos, compensación del art 97 CC, compensación por trabajo doméstico. No es fácil aclarar y distinguir el espacio propio de cada una, y los argumentos propios del razonamiento de cada prestación tienden a mezclarse y confundirse.

Particularmente, la jurisprudencia ha incidido en la existencia de esta última, por considerar que puede haber relación con la concedida en virtud del art 1438. Es por ello por lo que, en ocasiones, la jurisprudencia, ha valorado los requisitos necesarios para obtener una compensación *ex art 1438* a través de las vías del art 97 CC.

Por ello conviene detenernos, a continuación, con la prestación compensatoria contenida en el art 97 CC, para más adelante centrarnos en la otorgada por el art 1438 CC.

2. PRESTACIÓN COMPENSATORIA DEL ART 97 CC. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

A propósito del presente tema, debemos detenernos en el art 97 CC. Esta necesidad responde al hecho de que el art 97 CC contiene una prestación compensatoria en caso de desequilibrio de uno de los cónyuges y, más concretamente, su apartado cuarto, recoge como fundamento para la misma la dedicación a la familia. Por tanto, es importante detenernos en esta figura para que no surja confusión entre similares figuras: por un lado, esta prestación compensatoria del art 97 CC; y, por otro lado, una compensación por la dedicación al trabajo doméstico, propia del art 1438 CC.

Conviene, además, analizar esta figura del art 97 CC, aparte de para desligarla y diferenciarla del art 1438 CC y evitar el desorden entre ambas, debido a que el art 1438 CC sólo se desarrolla en caso de que entre los cónyuges rija un régimen de separación de bienes y, sin embargo, la prestación compensatoria surge siempre que se dé una crisis matrimonial, sin atender al tipo de régimen que ordena la economía del matrimonio.

Al igual que ocurre con el asunto del que trata el presente trabajo, estamos ante una cuestión que también ha suscitado diversas críticas debido a la falta de homogeneidad de criterios que son aplicados. Así pues, nos ceñiremos a seguir las pautas de la profesora SANTOS MORÓN, quien realiza una recopilación de los criterios seguidos hasta el momento actual.

El art. 97 CC permite reconocer el derecho a una compensación, ya sea temporal o indefinida, para casos en los que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico de uno de los cónyuges con respecto al otro, siempre que suponga un agravamiento de su situación en comparación a su posición anterior al matrimonio.

La doctrina y la jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones que este derecho a compensación no tiene una naturaleza alimenticia¹⁶, sino compensatoria. Por ello solamente es necesario demostrar la existencia de un desequilibrio en el sentido de empeoramiento para reclamarla y obtenerla. La regulación pretende dos cuestiones: por un

¹⁶ Hay, además, posibles pensiones de alimentos en casos de ruptura matrimonial.

lado, cumplir el objetivo de reequilibrio tras la crisis matrimonial; y, por otro, marcar las pautas para acceder a la indemnización.

2.1. ¿CUÁNDO ESTAMOS ANTE UN DESEQUILIBRIO?

Desde un principio, se ha sido puesto de relieve por la doctrina que una noción clave en esta figura es la de desequilibrio. A primera vista, estaremos ante una situación de desequilibrio cuando los ingresos de uno de los cónyuges son inferiores a los de otro. En esta línea, ha existido una controversia acerca del sentido en el que debemos entender tal desequilibrio: puede entenderse necesario un desequilibrio desde el punto de vista objetivo, o desde el punto de vista subjetivista ateniendo a las distintos presupuestos contenidos en el art 97 CC.

El Tribunal Supremo, hasta los años '90, se decantó por el carácter objetivo del desequilibrio y cambio más tarde al criterio subjetivo, que rige habitualmente en la actualidad. Un ejemplo significativo de este cambio de pauta es la STS 19.1.2010¹⁷, unificando doctrina.

El caso es el siguiente: se dictó resolución dictando la separación de un matrimonio por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 66 de Madrid el 16 de noviembre del 2004, donde se reconoció, entre otras cosas, una prestación compensatoria de 472 euros mensuales por parte del marido a la mujer «por desequilibrio o indemnización por el tiempo dedicado al cuidado y atención de la familia». El marido, en este caso, percibía todos los meses una prestación de 944, 20 euros mensuales, mientras que la mujer *carecía de ingresos por no ejercer un trabajo remunerado*.

Dicha resolución fue apelada por parte del marido, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, el 28 de septiembre de 2005. En ella se excluyó este derecho de prestación compensatoria, argumentándose que «el artículo 97 del CC configura el derecho a la prestación compensatoria no con carácter automático e indiscriminado sino sobre la base de la confluencia, imprescindible, de una doble condición comparativa, afectante, la primera, a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentre a consecuencia de la separación o el divorcio en relación con su anterior

¹⁷(RJ 2010/417).

situación en el matrimonio; mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad económica de dicho litigante en relación con su consorte, pero sin que el referido derecho pueda convertirse, como criterio de actuación judicial, en un nuevo mecanismo igualatorio de economías dispares». Añade que, en efecto, la esposa había trabajado fuera del domicilio familiar durante parte del matrimonio, bien de forma autónoma o contratada por empresas de limpieza. Se concluye por parte de la Audiencia que « de existir en el caso desequilibrio la causa directa, eficiente y determinante *per se*, como exige el artículo 97 del CC, no es el cese de la convivencia por causa de la separación o el divorcio; sino por las vicisitudes laborales a las que no ampara dicho precepto».

Por otro lado, señala que la prestación que recibía el marido es fruto de una incapacidad permanente, suficiente para atender sus necesidades propias, sin embargo la esposa no padecía enfermedad o *secuela invalidante* alguna. El Tribunal insiste en que la prestación compensatoria del art 97 CC no puede aplicarse como un instrumento para igualar patrimonios o economías dispares.

A continuación, la esposa presentó un recurso de casación y un recurso de infracción procesal contra la sentencia de apelación. En la sentencia que resuelve el recurso de casación, el Tribunal se apoya en la tesis subjetivista del desequilibrio, señalando que han de tenerse en cuenta las circunstancias descritas en el art 97 CC, señalando que «la capacitación laboral de la recurrente, que no son solo relevantes para la cuantificación de la prestación, sino también para el reconocimiento del derecho. Esta interpretación aparece confrontada con la que la recurrente denomina "objetivista", de acuerdo con la que es solo necesario el desequilibrio entre patrimonios para conceder la prestación cuando uno es inferior al otro. El objetivo de la prestación compensatoria es evitar que se produzca un desequilibrio para el cónyuge más débil en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior y pretende mantener una situación de equilibrio, de modo que una vez sentada la existencia del mismo, habrá que tener en cuenta las circunstancias del artículo 97 CC para determinar la cuantía».

En este sentido, la Sala recuerda que el derecho a la prestación compensatoria no puede ser utilizado como instrumento equilibrador patrimonial de los cónyuges y que, además, no es un mecanismo indemnizatorio. Afirmó que, en su caso, para poder determinar la existencia de un derecho a prestación compensatoria es necesario tener en

consideración «lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio».

Así pues, podemos extraer distintas conclusiones de lo expuesto en esta sentencia:

- En primer lugar, que los presupuestos que comporta el art 97 CC marcan las situaciones en las que se produce un desequilibrio.
- Y, en caso de existir éste, serán también instrumento para fijar la cuantía de la prestación y el carácter definitivo o temporal de la misma.

Pese al asentamiento de doctrina, esta sentencia tan significativa no ahonda mucho más en los presupuestos necesarios para que este derecho a la prestación compensatoria surja.

2.1.1. Presupuesto para la prestación compensatoria.

A partir de 2005, nos encontramos en una nueva época en la que el Tribunal Supremo ha rechazado en numerosas ocasiones este derecho a la prestación compensatoria del art 97 CC en los supuestos en los que ambos cónyuges trabajan y son económicamente independientes, es decir, ambos obtienen ingresos, sobre la base de que el matrimonio no ha originado una pérdida de capacidad o expectativa laboral.

Por ejemplo, la STS 22.06.2011 (RJ 2011/5666)¹⁸. En este caso de divorcio, el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza falló el 15 de enero de 2008 a favor de la mujer, reconociéndola un derecho a prestación compensatoria en el momento en el que dejase de percibir ingresos, fijando su cuantía en 300 euros. Pese a que ella no había contado nunca con un trabajo fijo (al contrario que su marido), en realidad había trabajado sin interrupción desde finales de los años setenta. La razón por la que se da este reconocimiento es, por tanto, «la existencia de un desequilibrio económico originado por la ruptura, fundado en la diferencia de ingresos existente entre los cónyuges, en la mayor estabilidad laboral del

¹⁸Han seguido esta línea doctrinal otras sentencias tales como la citada STS 19.01.2010 (RJ 2010/417); STS 4.12.2012 (RJ 2013/194); STS 17.5.2013 (RJ 2013/3703); o STS 26.7.2012 (RJ 2012/8013).

marido (profesor de universidad, mientras la mujer desempeñaba un puesto de auxiliar interina en una biblioteca municipal)».

Dicha resolución fue apelada por parte del marido, lo que resultó en una revocación parcial del fallo anterior, únicamente ajustándose la anterior cuantía a 200 euros pero con carácter indefinido. La Audiencia Provincial estimó la concurrencia de desequilibrio señalando que, efectivamente, el derecho a la prestación compensatoria debe servir para *salvar el desequilibrio económico entre cónyuges tras una crisis matrimonial, de forma que se pueda disfrutar de un nivel económico similar al que tuvo durante la etapa de normalidad conyugal*¹⁹. El desequilibrio económico en esta situación se basaba en el hecho de que los ingresos que obtenía la esposa eran, como hemos indicado anteriormente, bastante inferiores a los de su marido a causa del trabajo que desempeñaba uno y otro.

Contra esta sentencia, el marido recurre en casación, asentando el Tribunal Supremo lo siguiente: pese a la certeza de que esta prestación compensatoria surge fruto de un empeoramiento de la situación económica de uno de los cónyuges con respecto al nivel vivido durante la vigencia del matrimonio y que, además, solo ha de probarse la existencia de necesidad, «la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la prestación cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una prestación a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante»²⁰.

A pesar de esta afirmación, el Tribunal, en ocasiones, sí ha reconocido el derecho a prestación compensatoria, aunque exista independencia económica o medios para subsistir por parte del cónyuge desfavorecido. Por tanto, en este sentido, también estamos ante

¹⁹Esta parece ser la concepción más antigua, la cual se basa en las expectativas de status económico derivado del matrimonio.

²⁰ El Tribunal Supremo utiliza una interpretación *sensu contrario* de la STS de 17 de julio de 2009 (RC n.º 1369/2004), la cual dispuso que *la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una prestación, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares»*.

situaciones en los que ambos cónyuges obtienen ingresos, al igual que el caso anterior. Una muestra significativa es la STS 17.7.2009 (RJ 2009/6474).

Para comenzar, en abril de 2003, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Orense reconoció la separación de los cónyuges, estableciéndose una prestación compensatoria a favor de la esposa de 600 euros, la cual había estado ayudando al marido en su despacho profesional, contando, además, con unas acciones que le otorgaban ciertos ingresos.

El otro cónyuge decide apelar la decisión y el 19 de febrero de 2004, la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Orense confirmó la correcta argumentación de la resolución que estaba siendo apelada, estableciéndose que, verdaderamente, el desequilibrio económico entre ambos era manifiesto, siendo la demandada la desfavorecida al haber sufrido *un empeoramiento en la situación que mantenía en el matrimonio, razón por la cual los 600€ mensuales fijados en la sentencia apelada han de considerarse adecuadamente compensatorio.*

Tiempo más tarde, el actor recurrió en casación, alegando que no puede reconocerse este derecho a compensación en supuestos como éste, en el que ambos cónyuges pueden ser independientes económicamente, reafirmandose, una vez más, el carácter no igualatorio de patrimonios conyugales.

El motivo fue desestimado debido a que, si bien es cierto que la prestación compensatoria del art 97 no tiene un carácter igualatorio, se debe partir de un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio. De esta forma, pese a que exista una independencia, el desequilibrio puede producirse a causa de la disparidad de ingresos que perciben los cónyuges.

Estamos, por tanto, ante una jurisprudencia matizada porque no son ya decisivas las expectativas a mantener un status matrimonial que comporta un cierto nivel de vida, pero tampoco la independencia económica y las posibilidades de poder seguir desempeñando un trabajo remunerado impiden reclamar y obtener la prestación, cuando hay un desequilibrio muy relevante y evidente.

Podemos concluir, por lo tanto, que la noción de desequilibrio del. Art 97 CC no trata de equiparar el patrimonio de ambos cónyuges. Por otra parte, sí puede reconocerse este derecho en caso de que los ingresos de ambos sean muy dispares entre ellos. Un ejemplo de esta última idea es la STS 20.11.2013 (RJ 2013/7823).

En este supuesto cabe resaltar que la esposa, hasta finales de los noventa, solamente se dedicó al cuidado de la familia y, ese mismo año, se incorpora al mercado laboral. Ella, durante la vigencia del matrimonio, había cursado estudios de Derecho y era Secretaria Judicial interina o sustituta, mientras que su esposo poseía un importante patrimonio inmobiliario y se dedicaba a la gestión compartida de una empresa inmobiliaria familiar. El matrimonio se separó en el año 2008.

La referida sentencia casa una resolución de Audiencia Provincial que había sido recurrida por parte de la esposa, debido a que el derecho de prestación compensatoria había sido rechazado. El Alto Tribunal hace referencia a doctrina anterior indicando que uno de los factores a tener en cuenta para poder determinar el desequilibrio es el régimen en el que se encuentran los cónyuges, pero no es determinante de ello, por ello, puede darse el derecho de compensación, aunque estemos ante un régimen de separación de bienes, como es el caso. Concretamente se hace referencia a lo siguiente: «De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación»²¹.

Se pone de manifiesto que « A la vista de esta doctrina, es evidente que en la sentencia recurrida se han seguido las pautas jurisprudenciales y legales para fijar cuantitativamente la prestación compensatoria en unos límites económicos razonables, dado que la esposa ha atendido en exclusiva a la familia, durante muchos años, durante los que también estudió la carrera de derecho, pero las atenciones a la numerosa prole también le han impedido aspirar a un trabajo estable, pues el puesto de Secretaria Judicial es en régimen de interinidad, por naturaleza inestable y sujeto a los programas de restricción de gastos en la Administración. Todo ello unido a que ha de seguir atendiendo a una hija menor de edad». Añade que « Como hemos reflejado la prestación compensatoria no

²¹ Fragmento de la STS 08.05.2012, recurso: 1435/2009, sentencia señalada en la STS 20.11.2013.

pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente, que en este caso es manifiesto, dado que los ingresos son abrumadoramente dispares (STS del 22 de Junio del 2011, RC. 1940/2008) ».

2.1.2. Los criterios del art 97 en la determinación del desequilibrio.

En primer lugar, ya sabemos que este desequilibrio compensable puede mostrarse en dos maneras:

- Como aquella incapacidad para que el cónyuge se pueda mantener por sí mismo tras la ruptura del vínculo matrimonial.
- Como una pérdida de expectativas laborales causadas²².

Y ahora nos centraremos en cómo se cuantifica la compensación y los criterios a tener en cuenta. El artículo 97 contiene las siguientes pautas para determinar el importe de la prestación:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.

²² SANTOS MORÓN entiende que esta pérdida de expectativas laborales debe traducirse en aquellos ingresos perdidos que se podía haber continuado percibiendo de no ser por la suspensión de la actividad laboral durante la vigencia del matrimonio. Siguen esa línea de pensamiento autoras como Clara I. ASUA GONZÁLEZ, quien razona que, mientras uno de los cónyuges no queda alejado del mercado de trabajo, el que se dedica al trabajo del hogar sí, con lo que la compensación debe cubrir todo aquello que no se haya podido obtener como consecuencia de estas tareas, es decir, calcular el lucro cesante o la pérdida de expectativas provocadas por el trabajo doméstico. Curiosamente, este tipo de razonamientos se utilizan también, y probablemente ello tenga sentido, para realizar las valoraciones necesarias para aplicar el art 1438 CC.

Fijémonos en algún detalle. Primeramente, la *cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo* del apartado 3 es una circunstancia significativa que hace referencia a la primera modalidad de desequilibrio indicada, pues si ambos cónyuges tienen capacidad laboral y/o posibilidad de poder acceder a un trabajo, supone que pueden mantenerse por sí mismos, dificultará el surgimiento del derecho a una prestación compensatoria. Muy relacionado con este apartado está el anterior apartado, el segundo, relativo a *la edad y el estado de salud* del cónyuge y, del mismo modo, queda ligado el sexto apartado, que versa sobre la *duración del matrimonio y la convivencia*.

Otra circunstancia relevante es el apartado 8: *caudal y los medios económicos*. Concretamente, puede suceder que el caudal del cónyuge que realizó el trabajo doméstico sea escaso, en comparación con el de su consorte, y al mismo tiempo, que tenga dificultad para mantenerse e ingresar al mercado de trabajo. Pero, si puede trabajar y mantenerse por sí mismo, "razonablemente", menos posibilidades va a tener de obtener la prestación compensatoria. Es por ello por lo que cobra tanta importancia el régimen económico por el que optaron los cónyuges y que ha estado vigente durante el matrimonio.

En este sentido, el haber optado por un régimen de sociedad de gananciales o un régimen de participación de las ganancias no supone ningún problema. No obstante, si nos encontramos ante un supuesto de separación de bienes, es posible que pueda surgir cierto perjuicio para el cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar que no tiene lugar en los dos anteriores regímenes.

Una vez expuesta y estudiada la figura de la prestación compensatoria del art 97 CC, pasaremos a estudiar más a fondo, a continuación, el tema que da origen a este trabajo: la compensación por trabajo doméstico del art 1438 CC. De esta manera, obtenemos una visión general de ambas figuras para facilitar al lector la distinción de ambas compensaciones. Más adelante, nos detendremos a resolver ciertas dudas que ha suscitado la no diferenciación de las mismas, concretamente, si pese a que se trata de dos figuras distintas, cabe su compatibilidad o, por el contrario, si son incompatibles.

3. DOCTRINA ACERCA DE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO.

Como acabamos de ver, el art 97 CC recoge una prestación compensatoria por razón de desequilibrio, que surge en caso de ruptura o crisis matrimonial, con independencia del régimen que rige entre ellos. Pasamos a profundizar en la prestación compensatoria del art 1438 CC, que surge en el contexto de la terminación de un régimen económico el régimen de separación de bienes.

3.1. FUNDAMENTO DEL ART 1438 CC. HISTORIA Y DOCTRINA.

El régimen económico matrimonial primario se compone de un conjunto de reglas básicas, generales y comunes que informan todas las tipologías de regímenes económicos matrimoniales que regula nuestra legislación. La primera de estas reglas se desarrolla en el art 1318 CC, precepto que señala el deber de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio. Éste art 1318 CC, que como ya hemos mencionado, es común a todos los regímenes económicos matrimoniales, queda reflejado de nuevo en el régimen de separación de bienes en el art 1438 CC de forma explícita.

Al contrario de lo que ocurre con el régimen de gananciales, donde éste levantamiento de cargas del matrimonio y el cumplimiento de la solidaridad conyugal desde el punto de vista económico queda más fácilmente resuelto a través del patrimonio ganancial, el legislador ha preferido recalcar de nuevo esta necesidad en el régimen de separación de bienes, pues la independencia patrimonial durante la vigencia del matrimonio puede suponer más obstáculos para alcanzar este deber común de contribuir a las cargas familiares cumpliendo con el deber de solidaridad conyugal.

Contemplado en el Libro IV, Título III del Régimen económico matrimonial, Capítulo VI del régimen de separación de bienes, el art 1438 del Código Civil establece que *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.*

3.1.1. Nacimiento de la figura de la compensación.

Esta figura de la compensación por trabajo doméstico no aparecía en el Código Civil de 1889. No es hasta el año 1981, con la introducción de la misma en el Código Civil a través de la Ley 11/1981 del 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, cuando la figura aparece en nuestra legislación. La razón que motiva esta nueva legislación, que supone una reforma bastante profunda de nuestro sistema, era tratar de adaptar el Código Civil a la nueva realidad social implementada con la publicación de la Constitución Española de 1978 y la fuerza que adquiere el principio de igualdad entre hombres y mujeres²³. Y, curiosamente, únicamente en el régimen de separación se introduce la figura del art 1438 CC, pues el legislador entendió necesario recalcar el deber de contribución a las cargas familiares que sigue las directrices del art 1318 CC que, sin embargo, no vio necesario en el resto de regímenes.

El supuesto que da lugar a esta compensación del art 1438 CC era el exceso de contribución de la esposa que contribuía a los gastos del hogar mediante la dedicación exclusiva al trabajo doméstico, mientras que el marido colaboraba a través de los ingresos percibidos por su trabajo remunerado, por lo que se trataba de hacer que *la esposa participase en los aborros conseguidos por el marido*²⁴. Ahora bien, la redacción actual del art 1438 CC no contempla explícitamente la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que no realizaba tales tareas frente al que sí.

Por el contrario, en el Proyecto que antecedió a la Ley de 13 de mayo de 1981 sí recogía esta exigencia, estableciendo en su redacción que el «trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación equitativa *si el otro cónyuge se hubiere enriquecido durante el matrimonio*». Sin embargo, tras distintas discusiones, se decidió eliminar dicha particularidad, siendo una de las razones el posible auge de litigios en caso de que no se elimine o no se regule de forma correcta²⁵. En otro

²³ MUÑOZ DE DIEGO, C. (2020), *La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, [Trabajo de Fin de Máster], Universidad de Valladolid, pág. 6.

²⁴ BOSCH CAPDEVILA, E. "Apuntes críticos sobre la compensación económica por razón de trabajo del hogar en el Código Civil Español" en Judith Solé Resina (Coord.), *Persona, familia y género*, Atelier, Barcelona, 2022, pág. 183-196.

²⁵ Informe de la Ponencia (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. (22 de mayo de 1980).

tipo de legislaciones autonómicas, como era el art 41 del Código de Familia Catalán, sí que se hacía referencia a dicho enriquecimiento (aunque en este caso después fue eliminado). Otros, como por ejemplo, la Ley 101 del Fuero de Navarra hablan de la necesaria sobrecompensación. Sobre este concreto aspecto hablaremos más profundamente en el siguiente apartado.

3.1.2. Naturaleza problemática. ¿Sobrecontribución y enriquecimiento del otro cónyuge?

A causa de la falta de criterio estable acerca de la naturaleza de la compensación reconocida en el art 1438 CC, han surgido **diversas teorías** que tratan de dar respuesta a la misma. Como ya se ha adelantado, el art 1438 CC consiste en un mecanismo a través del cual se permite la corrección del desequilibrio producido por la extinción de un régimen de separación de bienes para el cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico, quien por dedicarse al hogar, no ha podido generar un patrimonio al igual que el otro cónyuge, siendo la solución el reconocimiento de una *especie* de indemnización o compensación²⁶.

Una buena explicación de este argumento es la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 12 de enero de 2001, estableciendo 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 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»

Otra de las interpretaciones y razones por las que se ha tratado de justificar esta compensación ha sido la pérdida de expectativas laborales, así como asentó la STS 14 de julio de 2011: «es suficiente la dedicación pasada a la familia por parte del solicitante, que ha

²⁶ AÑOVEROS TERRADAS, B. "Compensación económica por razón de trabajo...", *InDret*, 2009, pág. 8; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. "De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual", *Revistade Derecho de Familia*, núm. 68, 2015, versión on-line, pág.9.

impedido la propia proyección personal y ha servido de base y ayuda, liberándose al otro cónyuge, que puede ejercer su carrera profesional»²⁷.

Ahora bien, esta última interpretación (como sucede con casi todo lo relativo a esta figura) ha suscitado controversia por parte de la doctrina. La autora ORDÁS ALONSO, quien se ha dedicado al estudio profundo de la materia y que, por ello, seguimos sus explicaciones, razona que «el fundamento de la norma no es otro que la proscripción del enriquecimiento injusto en la medida en que uno de los cónyuges se ha enriquecido por el trabajo realizado por el otro, que se ha empobrecido, siendo la actividad el nexo causal». La autora entiende que, realmente, el hecho de que el trabajo doméstico sea un título para otorgar una compensación, sólo es posible cuando concurren todos los elementos necesarios para ello, es decir, sólo cabe en hipótesis en las que se da tanto la sobreaportación del cónyuge que se dedica al trabajo doméstico, como el enriquecimiento por parte del otro como consecuencia de la misma.

Dicho lo cual, el art 1438 CC apuntaría a «aquellos supuestos en que la valoración de dicho trabajo supere la contribución realizada por el cónyuge atendiendo al criterio de proporcionalidad o aquel otro que hayan establecido las partes de manera que, si ambos han contribuido de forma a lo pactado o, en defecto de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, considerando como tal el trabajo para la casa, no habrá derecho a percibir tal compensación. De lo contrario, tal actividad será computada como contribución a las cargas del matrimonio y, a la extinción del régimen, será compensada luego se ha computado por partida doble o, dicho de otro modo, no se ha contribuido en nada al levantamiento de las cargas del matrimonio»²⁸.

Así pues, si el cónyuge que se ha dedicado al trabajo del hogar lo ha realizado de forma proporcional o según lo pactado, podría darse una doble compensación, lo que se traduciría en un enriquecimiento injusto por parte del acreedor de dicha indemnización, puesto que nos encontraríamos con una situación en la que el cónyuge que se dedica al trabajo fuera del hogar ha invertido sus ingresos en los gastos de las cargas y no ha nacido un enriquecimiento por su parte. Si observamos el problema desde otro punto de vista: si el

²⁷Doctrina reiterada por sentencias como la STS de 31 de enero de 2014.

²⁸Este argumento de ORDÁS ALONSO es interesante, la reflexión se comparte por otros autores, como veremos inmediatamente, y nos permite intuir las dificultades de esta materia.

cónyuge que trabaja fuera el hogar se responsabiliza también de las tareas domésticas, se estaría produciendo una doble contribución al sostenimiento de las cargas familiares: por un lado, a través de la inversión de sus ingresos a los gastos y, por otro, a través de una contribución en especie, es decir, a través del trabajo doméstico²⁹.

En definitiva, en palabras de la profesora CUENA CASAS, «No niego que deba compensarse el trabajo doméstico, pero no de la forma en que se está haciendo por el TS. Sólo 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, a mi juicio, el derecho a la compensación. De lo contrario, se produce un solapamiento de remedios, en tanto que una actividad sería “remunerada” dos veces»³⁰.

En esta misma línea, ASUA GONZÁLEZ³¹ concluye que «podría haber incremento patrimonial por parte de un cónyuge y, ello no obstante, no tener derecho el otro a una compensación por su dedicación a tareas familiares al no haber exceso de contribución».

Igualmente, en opinión de ÁLVAREZ OLALLA, el art 1438 CC «no proclama un derecho autónomo a obtener dicha compensación, desvinculado de la regla de la proporcionalidad, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que tiene por objeto disipar dudas en torno al hecho de que, aunque sólo se haya contribuido con trabajo en el hogar, ello puede dar derecho a la compensación oportuna, cuando el consorte no haya aportado lo que le correspondía, según la regla de la proporcionalidad. Por ello, no puedo sino sintonizar con la posición mayoritaria en la

²⁹ CUENA CASAS, M. (5 de enero de 2016), “Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes”, *Hay Derecho*, <https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/>. Aquí parece estar de acuerdo CUENA CASAS y ORDÁS ALONSO.

³⁰Cfr., CUENA CASAS, M.

³¹ ASUA GONZÁLEZ, C. I en “El régimen de separación de bienes” en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (directores). *Tratado de Derecho de Familia*, Vol IV, 2ª edición, Aranzadi, 2017., pág 91.

doctrina, que considera que no sólo por el hecho de haber trabajado en el hogar de manera exclusiva se obtiene, de forma automática, el derecho a compensación»³²

Fijémonos en esta línea, no sólo pueden surgir casos de doble compensación, sino que puede darse, incluso, casos de triple compensación cuando se concede también, además de todo lo antedicho, una compensación en virtud del art 97 CC, cuestión que analizaremos más adelante.

La tesis de la sobreaportación vino siendo bien acogida por parte de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Podemos citar, entre otras, la SAP de Madrid (Secc 22ª) núm. 368/2009 de 3 de junio, que sostiene lo siguiente: «en una interpretación armónica y lógica del precepto estudiado, que el trabajo en el hogar familiar se computará, a los fines pretendidos, cuando uno de los cónyuges ha contribuido de modo que se revela desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge, al momento de la extinción del régimen de separación; en suma, si dicho trabajo doméstico y asistencia no ha constituido una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares, no se justifica, entonces, el derecho de reembolso económico previsto en el precepto antes mencionado».

La misma Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, indicó en la SAP núm. 834/2011 del 13 de diciembre que «dentro del impreciso contorno de la figura examinada, de la que, en su elaboración parlamentaria, desaparece la referencia contenida en el Proyecto enviado al Congreso sobre el enriquecimiento del cónyuge a costa del trabajo del otro para la casa, late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrina y judicial, ello ha supuesto una sustancial sobreaportación a tal fin, permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de atención a la familia y tareas del hogar en general».

Otra muestra de ello es la SAP de Zaragoza (Secc. 4ª) núm. 284/2005 de 20 de mayo, que declaró que «a falta de convenio entre los cónyuges, que su contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio lo será proporcionalmente a sus respectivos

³² ÁLVAREZ OLALLA, P., «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», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016.

recursos económicos y que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, sólo en el caso de que se hubiere acreditado que la contribución de la Sra. Pilar por su trabajo para el hogar familiar resultó mayor a la que venía obligada con arreglo a dicha norma de proporcionalidad, dará lugar al derecho a obtener una compensación. Siendo así que no ha probado, en modo alguno, tal sobreaportación por su parte al sostenimiento de las cargas familiares, no es debate reconocerle la compensación alguna en base a la previsión contenida en el art 1438 CC».

Como podemos observar, esta tesis de la sobreaportación no parece equivalente al criterio usado más tarde por el Tribunal Supremo, que no ha considerado imprescindible que haya concurrido sobrecontribución del cónyuge que se dedica al trabajo doméstico ni tampoco la exigencia de un enriquecimiento por parte del cónyuge que no realiza el mismo, tal como se muestra en la STS 14 de julio de 2011, en la que se requiere estar ante un régimen de separación de bienes y, por otro lado, «que se haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa».

Con respecto al enriquecimiento del otro cónyuge, ya hemos mencionado en un apartado de este trabajo, relativo al nacimiento de la figura de la compensación, que no aparece recogido expresamente en la redacción del art. 1438 CC. En el momento en el que se introduce esta indemnización o compensación en nuestra legislación civil, en un periodo de reformas en materia de familia tras la publicación de la Constitución de 1978, pese a que pueda verse injusta la situación matrimonial en la que se daba un exceso de contribución a las cargas del hogar a través del trabajo doméstico por parte de la esposa, siendo el marido el encargado de proveer al sostenimiento de la familia a través de los ingresos percibidos por su trabajo remunerado, se decide no incluir expresamente esta particularidad, pese a que el Proyecto de la Ley de 13 de mayo sí que lo recogía.

Acerca de la necesidad o no necesidad de que apareciera reflejado este concepto en el art. 1438 CC, el Tribunal Supremo, partiendo del examen de algunas normas forales, entiende que no sería necesario por no aparecer en aquéllas reflejado. Pese a que sí que aparece en el Proyecto de la Ley de 13 de mayo, no sería necesaria su mención por entenderlo como redundante³³. GUILARTE-MARTÍN CALERO señala que dicha

³³ CABEZUELO ARENAS, A. L. "Comentario a la Sentencia de 14 de julio de 2011", *CCJC*, 2012, pág. 6.

supresión referente al enriquecimiento debe interpretarse en sentido literal: basta con que exista un incremento del patrimonio del deudor de la compensación para poder concederse la compensación³⁴.

A partir del año 2011, podemos analizar dos líneas de razonamiento por parte del Tribunal Supremo. Un primer criterio era la necesidad de un incremento patrimonial o enriquecimiento por parte del cónyuge que no se dedicaba al trabajo doméstico, lo cual se analiza en las siguientes páginas. Por el contrario, una segunda línea de pensamiento suponía, en palabras del propio Tribunal Supremo, la aplicación de una tesis objetiva, que solamente tiene en cuenta la suficiencia de la dedicación a la familia por parte del cónyuge que solicita la compensación³⁵.

Esta última doctrina queda fijada en la STS de 14 de julio 2011, resolución de importancia muy valiosa en este presente trabajo: establece que simplemente es necesario haber pactado por parte de los cónyuges un régimen de separación de bienes y que uno de ellos haya contribuido a las cargas del matrimonio únicamente («solo») con el trabajo doméstico para poder solicitar y obtener esta compensación.

Dicho en otras palabras, el Tribunal Supremo ha interpretado este derecho a la compensación como un derecho independiente que surge, en principio, a causa de «sólo» el trabajo para el hogar, sin que resulte decisivo, ningún tipo de altibajo o vicisitud que puedan sufrir los patrimonios de los cónyuges.

Este planteamiento, y los problemas que acarrea, resultan bien sintetizados en la SAP de Asturias (Secc. 4ª) núm. 86/2014 de 31 de marzo, que sigue el razonamiento de la STS de 14 de julio de 2011 y dice así: «Entendido como un derecho autónomo, derivado del solo "trabajo para la casa" con abstracción de la suerte que haya seguido el patrimonio de uno u otro consorte, encuentra serias dificultades. En primer lugar, porque parece entonces que lo que se retribuye es en exclusiva una especie de trabajo de un empleado o empleada doméstica, un salario, contrario a la sistemática del régimen matrimonial, a la comunidad de vida y a los deberes inherentes al matrimonio. Por otro lado, de entenderse

así, surgiría una desigualdad, sin razón objetiva que la justifique, entre este régimen de separación y el de gananciales en el caso de que al extinguirse el matrimonio no exista patrimonio alguno; mientras que en el régimen de separación, el cónyuge que trabajó para la casa tendría derecho a pensión compensatoria y al crédito del art. 1438, en la sociedad de gananciales únicamente tendría el primero de esos derechos, pese a que en éste la idea de comunidad sea notablemente más acentuada en el aspecto patrimonial; desigualdad que también cabría apreciar en la posición de uno y otro cónyuge, pues tras agotar el fruto de sus respectivos trabajos, en casa y fuera de ella, en el sostenimiento del matrimonio y de la familia, uno de ellos gozaría de un crédito frente al otro en razón a ese trabajo. Y en fin, resulta difícil de diferenciar y compatibilizar, en tales casos, el crédito del 1438 con el reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria: si en ésta, por mandato legal, ya se tiene en cuenta el trabajo para el hogar y la familia, las probabilidades de acceso al empleo y otras circunstancias similares (art. 97 CC), atender a esos mismos parámetros para fijar el crédito del 1438 puede comportar incurrir en indeseables duplicidades».

La STS 14 de julio de 2011, tantas veces citada y que ha dado lugar a tanta controversia doctrinal, declara que: «para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico». Por tanto, no hace falta que haya un enriquecimiento por parte del cónyuge que no se dedica al trabajo doméstico y se basa el argumento en la pérdida de expectativa laboral que sufre el cónyuge que realiza dichas tareas³⁶.

Ahora bien, pese a que la anterior sentencia asienta doctrina, éste argumento referido a la no necesidad de incremento patrimonial no se sigue ni se seguía siempre por parte de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, como hemos mencionado anteriormente. Estas resoluciones, de hecho, hacen hincapié en la importancia de ciertas

³⁶ ¿Quiere decir la sentencia que, como uno de ellos "ha cumplido" su obligación legal, el derecho de compensación derivaría de la comparación entre el "incumplimiento" de uno y el cumplimiento de otro? O bien: si lo que se ha hecho es resultado de una obligación legal: ¿por qué había derecho a ser compensado por ello? Como vemos, el art 1438 CC y la interpretación que hace del precepto la sentencia del 2011, sigue provocando muchos problemas e incertidumbres.

circunstancias a tener en cuenta por parte del Juez para el reconocimiento y valoración de dicha compensación, siendo una de ellas el determinar si, efectivamente, ha surgido, enriquecimiento por parte del cónyuge que no trabaja en tareas del hogar; y, por otro lado, determinar si es posible la exoneración del mismo de cara a la compensación cuando haya sufragado las cargas familiares, aspecto que analizaremos en breves momentos.

Del mismo modo que este criterio no es unánime en la jurisprudencia menor, tampoco lo es para la doctrina. SANTOS MORÓN es contraria a la tesis que se apoya en la relevancia de un enriquecimiento patrimonial injusto entendido desde el punto de vista estricto. Razona, por un lado, que la desigualdad que surge entre el cónyuge que desarrolla un trabajo remunerado fuera del hogar y el cónyuge que se dedica a las tareas domésticas no siempre nace de un enriquecimiento del primero a costa del segundo, ya que puede deberse a, entre otras circunstancias, a su capacidad de trabajo. La única forma que hace que podamos hablar de un enriquecimiento por parte de éste es si existe un nexo causal entre las tareas domésticas que realiza el cónyuge que se dedica a ello y el incremento patrimonial del otro. Este nexo causal ha sido presupuesto por parte de numerosa jurisprudencia, pero la autora discrepa, pues no es más que una presunción que debe ser probada, ¿cómo? Comprobando si, en caso de contar con servicio doméstico, ese cónyuge hubiera incrementado su patrimonio.

En palabras de SANTOS MORÓN³⁷: «Algunas sentencias parecen presuponer tal relación de causa–efecto, derivándola del hecho de que la dedicación a las tareas domésticas, en la medida que libera al otro cónyuge de ocuparse de ellas, proporcionan a éste tiempo para una mayor proyección profesional. Pero esto no deja de ser más que una mera presuposición no contrastada, porque para afirmar que efectivamente ello es así sería necesario comprobar si la misma persona, teniendo servicio doméstico –que sería lo que ocurriría si ambos cónyuges trabajaran fuera de casa– podría o no haber obtenido similares ingresos. Y lo más probable es que la respuesta sea que efectivamente pudo obtenerlos». Además, es importante recalcar el hecho de que el enriquecimiento debe ser injustificado.

Por otro lado, entiende que el enriquecimiento por parte del cónyuge que no se dedica al trabajo doméstico es remoto. Esto es así debido a que, la realización de tareas

³⁷ Cfr. SANTOS MORÓN, pág. 36.

domésticas tiene un doble carácter: como ahorro para el cónyuge que no se dedica a ellas y como pérdida de ingresos para el cónyuge que sí, quien podría invertirlos ingresos en el sostenimiento de las cargas familiares. Al darse esta pérdida de ingresos por quien asume dichas tareas, el cónyuge que trabaja fuera del hogar será quien cubra las cargas en mayor cuantía, no pudiéndose dar tal enriquecimiento³⁸.

Haciendo un recordatorio, anteriormente hemos hecho referencia al supuesto en el que el cónyuge, hipotéticamente, puede exonerarse del pago de la compensación cuando ha sufragado las cargas familiares. En este sentido, ORDÁS ALONSO³⁹ plantea una cuestión muy interesante a analizar: ¿Qué ocurre cuando el sueldo del cónyuge que no se dedica a las tareas domésticas se invierte plenamente, es decir, el 100% de los ingresos, al levantamiento de las cargas familiares? ¿Cabría en este caso compensación para el cónyuge que se encarga de tales tareas del hogar?

La opinión del Tribunal Supremo para esta problemática se plasmó en su día en la STS 31 de enero de 2014 que, además de negar la necesidad de que exista un enriquecimiento por parte del otro cónyuge, siguiendo la directriz de la STS 14 de julio de 2011, añade: «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».

El Tribunal Supremo acoge la idea de que, efectivamente, puede reconocerse un derecho de compensación en virtud del art 1438 CC para el cónyuge que se dedica al

³⁸Cfr., SANTOS MORÓN, M^a. J. pág 36-37.

³⁹Cfr., ORDÁS ALONSO, M. pág 520.

trabajo doméstico cuando ha sido el otro cónyuge quien, con sus ingresos fruto de un trabajo remunerado fuera del hogar, ha atendido a la totalidad de la contribución del levantamiento de las cargas familiares. Al igual que el Alto Tribunal, las jurisprudencias menores, como por ejemplo, la SAP de Murcia (Secc. 4ª) núm. 399/2014 de 26 de junio, apoyándose en la anterior sentencia, establecen que « la conclusión de la sentencia (STS 31 de enero de 2014) es que la dedicación del sueldo del esposo al levantamiento de las cargas familiares no excluye la compensación económica en favor de la esposa que contribuyó a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico⁴⁰. En el presente caso la esposa no sólo ha dedicado su esfuerzo personal al cuidado de la familia, sino incluso los ingresos procedentes de su trabajo a tiempo parcial».

En efecto, si entendiéramos que la inversión total de sus ingresos por parte de uno de los cónyuges al sostenimiento de las cargas familiares le exonerase de tal compensación, estaríamos admitiendo como requisito el incremento patrimonial del cónyuge, lo que, como hemos antedicho, ha quedado descartado por parte de la jurisprudencia⁴¹.

Ahora bien, frente a todo que acabamos de expresar, MARTA ORDÁS, entre otros autores, no comparte esta doctrina sostenida por el Tribunal Supremo. Su argumento se apoya en dos pilares: primeramente, si el cónyuge que trabaja fuera del hogar ha invertido la totalidad de sus ingresos al sostenimiento de las cargas, puede resultar dificultoso que pueda hacer frente al pago de la pensión solicitada por parte del cónyuge que se ha dedicado al trabajo de la casa y, aún más, teniendo en cuenta dos circunstancias: en primer lugar, que normalmente el Tribunal Supremo utiliza como método para fijar la cuantía de la compensación la multiplicación del salario que recibiría una tercera persona para realizar tales tareas por los años de vigencia del matrimonio; y, en segundo lugar, que en numerosas ocasiones, el cónyuge deudor de la compensación debe hacer frente también a una pensión alimenticia.

El segundo bloque en el que sostiene su argumento se basa en que, debido a todo lo anterior, probablemente se va a provocar en empobrecimiento (no plenamente

⁴⁰ En definitiva, el hecho de que uno de los cónyuges aporte todo el rendimiento de trabajo al levantamiento de las cargas, no implica de por sí que haya de quedar luego exento del deber de compensar la dedicación a las tareas del hogar.

⁴¹ SAP de Murcia (Secc. 4ª) núm. 399/2014 de 26 de junio.

justificado) del cónyuge deudor, con lo que la autora tiene claro que la tesis sostenida por el Tribunal Supremo puede ir en contra del principio de igualdad⁴².

No obstante, la situación es distinta si el cónyuge que se dedica al trabajo doméstico, también trabaja fuera del hogar, es decir, ambos cónyuges contribuyen a las cargas mediante sus ingresos, sin embargo, uno de ellos también se dedica al trabajo doméstico. Surge de esta forma un derecho a compensación *ex* art 1438 CC en virtud de la sobreaportación que asume el cónyuge que compatibiliza ambos trabajos. Pese a todo ello, el Tribunal ha rechazado esta tesis en la que el cónyuge no realiza de forma exclusiva el trabajo doméstico, como ocurre en la STS 26 de marzo 2015 (RJ 2015/1170).

3.1.3. Fundamento del art 1438 CC. Recapitulación y algunas acotaciones.

Recapitulando, este artículo tiene como fin señalar y concretar el deber de contribución de ambos cónyuges a las cargas del matrimonio en un régimen de separación de bienes, así como indica el art 1318.1. CC⁴³, común para todo tipo de régimen económico, que surge a partir del principio de solidaridad y ayuda entre cónyuges que se refleja en el art 67 CC.

En este contexto, aparece la regla acerca de la valoración del trabajo doméstico. Con respecto al fundamento del art 1438 CC, como hemos dicho más arriba, este precepto trata de valorar el trabajo doméstico como una verdadera forma de contribuir a las cargas del matrimonio, además de servir de título generador de un derecho de compensación al momento de extinguirse el régimen de separación de bienes.

Si bien es cierto que no existe una exposición legal o explícita, debemos estar a lo establecido por el Tribunal Supremo para poder confirmar el fundamento de la compensación: por un lado, no se requiere que la dedicación al trabajo doméstico haya

⁴² Vemos que no es posible dar unas pautas generales. Es necesario adaptar los principios atendiendo a cada caso específico, pues las reglas aplicadas para un supuesto pueden no poder aplicarse en otros.

⁴³ Art 1318 CC: *los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.*

supuesto un exceso de contribución; y, por otro lado, no es necesario que se dé el enriquecimiento por parte del otro cónyuge. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sí ha rechazado, por ejemplo, la compensación del art 1438 CC para casos en los que, uno de los cónyuges, dedicado al trabajo del hogar, ha tenido que reducir sus horas de trabajo remunerado, pese a que se pueda calificar este hecho como una pérdida de expectativas⁴⁴.

Por otra parte, ¿qué podemos entender como trabajo doméstico? Al igual que ocurre acerca de ésta cuestión tan controversial, tampoco existe una definición explícita de lo que supone el trabajo doméstico. Podemos acudir, como referente, al art 1.4 del Real Decreto 1620/2011 de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar familiar, que establece: «El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos». Así pues, podrán computar como tareas del hogar la limpieza del mismo, el cuidado de niños o personas dependientes a su cargo, la ropa, aseo, estar encargado de contratos como la luz, gas, etc.⁴⁵.

3.1.4. Posible pacto.

El art 1438 CC nos muestra que, en primer lugar, los cónyuges podrán llevar a cabo pactos acerca de la contribución; que, de no existir tal, habrán de contribuir de forma proporcional a sus recursos económicos; que no sólo se contempla una contribución de tipo dinerario, sino también en especie (*el trabajo para la casa será computado como contribución a*

⁴⁴Cfr., BOSCH CAPDEVILA, E.

⁴⁵ PASTOR ÁLVAREZ, M.C. *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*. Murcia, Universidad de Murcia, 1998, pág. 254.

las cargas); y que tal contribución a través del trabajo doméstico es título para obtener un derecho de compensación tras la extinción del régimen⁴⁶.

Debemos hacer un inciso con respecto al posible pacto. Como bien establece el artículo, a falta de acuerdo, estas contribuciones a las cargas se harán de forma proporcional, con lo cual, se prevé el caso de que los cónyuges puedan llegar a un convenio con respecto a esta contribución.

En este sentido y siguiendo lo argumentado por ASUA GONZÁLEZ⁴⁷, el pacto entre los cónyuges acerca de la contribución a las cargas prevalecerá, y ya en defecto de éste, la contribución a las cargas se hará de forma proporcional.

Este pacto referido a la contribución de los cónyuges al levantamiento de cargas puede reflejarse en capitulaciones matrimoniales, aunque, sin embargo, no es requisito *ab solemnitatem* de su validez, pues rige el principio de libertad de forma. Y, al igual que ocurre con el resto de acuerdos, cabrá su posterior modificación.

Este principio de libertad de forma que afecta al pacto sobre la contribución a las cargas, da lugar a la posibilidad de que, entre los cónyuges, se llegue a un acuerdo tácito. Ahora bien, este carácter tácito del convenio puede hacer surgir diversas incertidumbres. ASUA GONZÁLEZ entiende que uno de los problemas que pueden surgir debido a un acuerdo tácito sobre la contribución es el siguiente: «a propósito de la compensación por el trabajo para la casa: si el fundamento de la misma se ve en un exceso de la contribución a las cargas, podría negarse sistemáticamente su procedencia con el argumento de que se trataba de lo pactado y de que sólo lo realizado por encima de lo pactado constituiría tal exceso»⁴⁸.

Uno de los aspectos susceptibles de ser pactados es la forma en la que se contribuirá al levantamiento de las cargas del matrimonio, pudiendo ser aportaciones

⁴⁶ Cfr., ASUA GONZÁLEZ, C. pág. 86 y siguientes.

⁴⁷ Cfr., ASUA GONZÁLEZ, C. pág. 86.

⁴⁸ Cfr., ASUA GONZÁLEZ, C. pág. 87.

dinerarias, aportaciones de bienes, a través de atenciones o cuidados de familiares, etc. especial importancia tiene la aportación de dinero, pues un cambio en la proporción en la que se contribuye puede afectar, lógicamente, a la regla de la proporcionalidad. Es por ello que, cualquier acuerdo acerca de esta concreta cuestión que pueda afectar a la proporcionalidad, hace necesario un posterior control judicial acerca de su validez. Este control de validez rechazará, por ejemplo, cualquier tipo de pacto en el que se haya estipulado que la contribución recaiga únicamente sobre uno de los cónyuges.

3.2 NOTAS SOBRE ALGUNOS DE LOS PRESUPUESTOS BASE DE LA COMPENSACIÓN EX ART 1438 CC.

Frente al régimen de sociedad de gananciales, en el que se crea una masa común comportada por las ganancias de cada cónyuge, o el régimen de participación, en el que el cónyuge que ha obtenido menos durante la vigencia del matrimonio participa en las ganancias del cónyuge que ha obtenido más; el régimen de separación de bienes, en el que no se crea en ningún momento un patrimonio común, sí puede suponer cierto perjuicio para aquel cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico, debido a que no ha realizado actividad alguna que haya podido incrementar su patrimonio⁴⁹.

Este perjuicio ha dado lugar a una discusión doctrinal acerca de la determinación de la prestación compensatoria, fruto, de nuevo, de la no existencia de un criterio homogéneo. En el momento en el que uno de los cónyuges se dedica al trabajo doméstico surge una presunción de que éste ha realizado más trabajo para el hogar que el otro.

Expuesto todo ello, vamos a proceder a un estudio y evolución jurisprudencial acerca de los presupuestos necesarios para poder reconocer el derecho de compensación *ex art 1438 CC*. Volviendo a lo que llevamos desarrollando durante el presente trabajo, son diversos los presupuestos claros que tienen que concurrir para poder determinar esta compensación: en primer lugar, que se haya pactado por los cónyuges un régimen de separación de bienes y que este, lógicamente, se haya extinguido; y, en segundo lugar, es necesario que uno de los cónyuges se haya dedicado al trabajo del hogar. Ahora bien, ¿este

⁴⁹ Cfr., BOSCH CAPDEVILA, E., pág 183.

trabajo doméstico debe ser exclusivo o, al contrario, puede compatibilizarse con un trabajo remunerado fuera del hogar? Estos parámetros son más controversiales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sufrido una evolución con respecto a estos requisitos necesarios para reconocer esta compensación. Expondremos, a continuación, los cambios más significantes en esta doctrina jurisprudencial.

3.2.1. El incremento patrimonial del cónyuge que no se dedica al trabajo doméstico.

Una primera línea jurisprudencial que se desarrolla a partir del 2005, se inclina hacia el hecho de que, para poder determinar la existencia de un derecho a compensación *ex art* 1438 CC, era necesario que concurriera, junto con la existencia de un pacto de régimen económico de separación de bienes, que éste se hay extinguido y que un cónyuge se haya dedicado al trabajo doméstico, un enriquecimiento o un incremento patrimonial del cónyuge que no realiza éste trabajo del hogar. Debemos presumir que el indispensable enriquecimiento del otro cónyuge viene de la mano de un lógico exceso de contribución por parte del cónyuge que se dedica al hogar.

Esta idea acerca de la compensación la podemos encontrar en la STS 11.2.2005 (RJ 2005/1407). La esposa interpuso el recurso de casación frente a una resolución de la Audiencia Provincial de Valencia en el año 2002. La actora expone que, pese a que ella es de vecindad civil de régimen común, el marido era de vecindad civil balear y que, al casarse en Baleares, estaban casados en régimen de separación de bienes, lo que daba lugar a la posibilidad de acceder a la compensación del art 1438 CC. El marido, por el contrario, se oponía a esta argumentación, entendiendo que, por un lado, llevaban viviendo en Valencia (régimen civil común); y, por otro, en diversas declaraciones de la renta se había señalado por ambos que estaban casados en régimen de gananciales.

El marido añadió que, incluso aunque se entendiese que se regían por un régimen de separación, la mujer no podría acceder a la compensación, ya que «dicha compensación solo puede fundarse en la existencia de una desigualdad patrimonial en el momento de la

separación, en perjuicio del cónyuge que careciere de retribución o la tuviere insuficiente y que además se haya dedicado a la casa».

El Tribunal Supremo matizó lo entendido en la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, la cual razonaba que « si el levantamiento de cargas familiares ha requerido no solo la aplicación de la totalidad de los emolumentos que por su trabajo hubieran cobrado los esposos sino también el trabajo personal para la casa de alguno de ellos y de estas circunstancias derivase la imposibilidad de los mismos de incrementar su patrimonio, no podría hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude el artículo 1438 del Código Civil, por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservarían posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenían durante la vigencia del mismo».

El Tribunal Supremo concluyó diciendo (acerca de la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Valencia): «Parece evidente que la parte dispositiva de la sentencia de apelación ha de ser entendida en el sentido de que se refiere única y exclusivamente a la cuestión de la procedencia o no de la indemnización solicitada en la demanda al amparo del artículo 1438 del Código Civil».

Toda esta idea del incremento patrimonial de cara a determinar la compensación perdura hasta el año 2011, donde se rompe con este criterio para inclinarse a favor de otra línea doctrinal, que incluye exclusividad en la dedicación del trabajo doméstico como presupuesto de compensación.

3.2.2. Exclusividad de la dedicación al trabajo doméstico.

Tras el uso del criterio del incremento patrimonial o enriquecimiento del cónyuge deudor de la compensación, en el 2011 cambia el principio a favor de criterios objetivos⁵⁰, entre los que se encuentra el criterio de la exclusividad y sobre el que haremos hincapié. La

⁵⁰ Así los denomina el propio Tribunal Supremo.

doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo ha sido determinante en diversas sentencias, reclamando que, para poder acceder al derecho de prestación compensatoria, es necesario que la dedicación al trabajo doméstico se ejercite de forma exclusiva.

En su momento, la significativa STS 14.7.2011⁵¹ estableció que, para poder obtener la compensación del art 1438 CC era necesario, por un lado, estar ante un régimen de separación de bienes y, por otro «que se haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa».

Esta sentencia versa sobre un matrimonio en el que la esposa se había dedicado al trabajo doméstico durante la convivencia, aunque sí estaba licenciada en Derecho, pese a lo cual no había ejercido nunca la profesión, es decir, nunca había llevado a cabo un trabajo remunerado. Tras presentar ella una demanda de divorcio, reclamó una indemnización en base al art 1438 CC. El Juzgado de Primera Instancia nº66 de Móstoles, el 20 de abril de 2007, reconoció la pensión compensatoria en base a que la esposa «nunca había trabajado fuera del hogar, a pesar de ser licenciada en Derecho; por tanto, se había dedicado en exclusiva al cuidado de la hija y de la casa, sin haber tenido ayuda de servicio doméstico». Además, la determinación de la cuantía de la indemnización se llevó a cabo a partir de un «incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el Art. 1438 es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado a la casa».

Dicha resolución fue apelada por el marido, argumentando que «estamos ante un régimen de separación de bienes libremente pactado y no se ha acreditado que la dedicación de la esposa a la familia, de la que forma parte una sola hija, haya permitido un incremento de beneficios a favor del esposo, toda vez que la mayor parte del patrimonio inmobiliario fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio y por lo tanto no entra en los parámetros del Art. 1438 CC . Es decir, no cabe apreciar un incremento patrimonial injustamente adquirido por razón de la dedicación por parte de la esposa a las cargas de atención y cuidado de la familia». Entonces, la compensación fue revocada.

⁵¹(RJ 2011/5122).

Todo ello supuso que la esposa decidiera interponer un recurso de casación. El Tribunal Supremo, sobre la base del art 1438 CC, el cual establece que se podrá contribuir a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico, entendiéndose este 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 art. 32 CE». Además de que, como establece el propio artículo, constituye un título para poder reclamar una compensación. De esta forma, el incremento patrimonial del otro cónyuge de cara a la determinación de esta compensación debe ser excluido.

El Alto Tribunal concluye asentando doctrina jurisprudencial: «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 sólo con el trabajo realizado para la casa».

Años más tarde, en 2015, la STS 26.3.2015 (RJ 2015/1170)⁵², fundándose en la anterior sentencia, matizó su argumento final, concretando que «exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional⁵³ del otro cónyuge».

3.2.3. Un nuevo planteamiento. El cónyuge que trabaja para el otro.

De nuevo, con el paso del tiempo, la doctrina acerca de la exclusividad ha vuelto a ser matizada. En este caso, a partir del 2017, concretamente, con la STS 26.4.2017, el

⁵² Por su parte, la STS 14.4.2015 (RJ 2015/1520) recoge la anterior del 26 de marzo, al igual que la posterior STS 15.11.2015 (ROJ STS 4897/2015), entre otras.

⁵³ Se da la necesidad, por tanto, de determinar, caso por caso, cuándo la colaboración tiene carácter ocasional y cuándo no.

Tribunal Supremo comienza a reconocer la compensación *ex art 1438 CC* también para supuestos en los que uno de los cónyuges ha trabajado para el otro.

En esta ocasión, la esposa reclamó la compensación derivada del art 1438 CC por entender que, en primer lugar, había contribuido a la generación de nuevo patrimonio del esposo durante la vigencia del matrimonio; que se había dedicado durante el mismo al mantenimiento del hogar y de los hijos; que el marido había doblado su patrimonio, además de crear una empresa y regentar diversos negocios; y, por último, que ella había dejado de trabajar cuando nació la hija menor, acaecida de una severa minusvalía y comenzó a trabajar en uno de los negocios que regentaba el marido.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la compensación, ya que la mujer había trabajado por cuenta ajena durante 14 años y, tras nacer la hija menor, había trabajado en uno de los negocios del marido por un sueldo de 600 euros mensuales. Añadió el Juez que, en base a la STS del 14 de julio de 2011, tantas veces mencionada, «la esposa no ha contribuido sólo y exclusivamente con el trabajo realizado para la casa pues reconoce que desde joven trabajó por cuenta ajena hasta el nacimiento del segundo hijo y también lo ha hecho en el negocio de titularidad del esposo tras el nacimiento del tercer hijo, por lo que el trabajo para la casa no le impidió trabajar durante el matrimonio».

La resolución fue apelada por la esposa, alegando que, pese a haber trabajado para el marido, lo había hecho como «falso autónomo» y, volvió a reiterar que su marido había doblado el patrimonio. La Audiencia Provincial estimó dichos motivos y declaró: «es evidente por tanto que el cuidado del hogar con tres hijos ha impedido a la esposa desarrollar su vida profesional y por el contrario al liberar al esposo de esa carga éste ha doblado su patrimonio. Consideramos en consecuencia que la escasa actividad laboral desarrollada por la esposa no es de suficiente entidad o importancia para excluir la aplicación del art. 1438 CC, cuya literal aplicación del término "sólo" conllevaría un perjuicio injusto, siendo más acorde con el art. 3.1 CC atender las circunstancias sociales y habida cuenta la escasa actividad e importancia del trabajo desarrollada por la esposa fuera del hogar sea procedente la compensación solicitada». Así pues, la Audiencia Provincial, en base al insuficiente sueldo de la mujer, entendió que sí era compatible dichos ingresos con la compensación propia del art 1438 CC, pese a que no se había dedicado en exclusiva al

trabajado doméstico, compatibilizándolo con otro trabajo. De tal forma, procedió a fijar la indemnización.

El marido recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, alegando, por un lado, infracción del art 1438 CC; y, por otro, infracción de diversas doctrinas jurisprudenciales, entre las que se encuentran la STS de 14 de julio de 2011 y la STS del 26 de marzo de 2015. El marido entendía que no era posible el reconocimiento de la compensación, debido a que no había contribuido «sólo» con el trabajo doméstico, pues, además, trabajaba para él fuera de casa.

La doctrina del Tribunal Supremo había venido reiterando que se debe exigir la exclusividad en la dedicación al trabajo doméstico (STS de 14 de julio de 2011), lo que supondría rechazar la compensación del art 1438 CC para casos en los que el cónyuge hubiera compatibilizado el trabajo en el hogar y el trabajo fuera de éste, así como estableció la STS 26 de marzo de 2015. Siguiendo esta línea, esta doctrina comenzó a ser matizada en la STS de 28 de febrero de 2017.

Y definitivamente, el 26 de abril de 2017, la Sala matiza esta doctrina. Se entendió que, debido al bajo ingreso que obtenía la esposa fruto de su trabajo colaborando con el negocio familiar, trabajo que, además, lo realizaba como autónomo sin derecho a una indemnización por despido, podía equipararse éste con el trabajo doméstico, asentando lo siguiente: « 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 art. 1438 CC , dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar».

3.2.4. Casos en los que concurre la ayuda de empleados.

Al igual que ocurre con los supuestos en los que un cónyuge trabaja para el otro, en los que se puede equiparar éste trabajo al doméstico, en casos de situaciones precarias, la

doctrina relativa a la exclusividad queda también matizada en aquellas circunstancias en las que el cónyuge que se dedica al trabajo doméstico cuenta con ayuda de terceros remunerados por la realización de dicho trabajo.

Una muestra de esta doctrina la encontramos en la STS 11.12.2019 que, además de ser la más reciente que examinamos, manifiesta, siguiendo los sucesivos fallos que se produjeron a lo largo del proceso, la necesidad de que se alcance un criterio más homogéneo⁵⁴.

Tras la interposición de una demanda de divorcio, la esposa, quien contaba con estudios universitarios y había ejercido su profesión en una empresa, solicitó una compensación al amparo del art 1438 CC frente al marido, quien tenía una importante participación en una de las mayores empresas del IBEX 35. El importe solicitado era de 50 millones de euros.

Dicho importe y compensación fue negado por parte del Juzgado de Primera Instancia con el argumento de que no constaba prueba de que la mujer se hubiera dedicado *de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa*, pues contaba con once empleados para la realización de dichas tareas, pagados por del marido. Por otro lado, fue también rechazada debido a que no había prueba de haber nacido un enriquecimiento por parte del marido en su patrimonio como fruto de la colaboración de la actora, además de que ésta percibió de forma anticipada una compensación cuyo importe era de 3 millones de euros.

La esposa recurrió en apelación. Al contrario de lo que ocurrió en primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la anterior resolución, entendió que la mujer había contribuido a las cargas del matrimonio « de forma cotidiana y exclusiva, realizando funciones de ordenación, dirección, organización y control de la vida familiar, que le hacen acreedora a la compensación económica del art. 1438 del CC », fijando un importe compensatorio de 6 millones de euros en atención «a la suma de ingresos dejados de percibir, perspectivas profesionales después de una exitosa vida profesional, como así es reconocido de adverso, con interrupción definitiva de su actividad por matrimonio y la

⁵⁴Cfr., BOSCH CAPDEVILA, E., pág. 185

capitalización por los diez años de vigencia del matrimonio y por ende del régimen de separación de bienes».

Sin embargo, cabe mencionar que tuvo lugar un voto particular que entiende que los requisitos necesarios para conceder tal compensación no se daban, pues la esposa había trabajado como mediadora de seguros, con lo que no se daba la particularidad de la exclusividad en la dedicación al trabajo del hogar. En cualquier caso, dicha participación sólo sería en carácter de organizadora de tales tareas, puesto que las mismas eran efectivamente realizadas por empleados, con lo que la cantidad a abonar por 10 años de matrimonio deberían ser de 180.000 euros.

Dictada la resolución, se presentó por parte de ambos cónyuges recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Los motivos interpuestos por el marido hacen referencia a una infracción de los arts. 1438 y 97 del CC, además de jurisprudencia dictada por el Tribunal; mientras que los motivos de la esposa atienden a una infracción, al igual que el marido, del art 1438 CC y jurisprudencia, concretamente, la STS 614/2015, de 25 de noviembre.

Comenzando por lo que respecta a la STS de 25 de noviembre de 2015, su doctrina fue reiterada por la STS 5 de mayo de 2016, y versan ambas acerca de la forma en la que estas compensaciones deben ser cuantificadas.

A este aspecto la primera sentencia señalaba, resumidamente, que, pese a que la STS 14 de julio de 2011 «se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículos 1411 y siguientes del Código Civil».

Siguiendo ahora con la STS 5 de mayo de 2016⁵⁵, ésta ofrece el siguiente criterio de cuantificación: «Una de las opciones posibles es 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». Esta regla fue entendida por el Tribunal como un principio objetivo y razonable, si bien también entendía que podía dar problemas en la práctica «en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado». Aun así, el Juez tiene libertad para utilizar otros métodos de valoración para fijar la cuantía de dicha compensación teniendo en cuenta que «uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro».

En la presente controversia, la esposa solamente realizó actividades de organización y dirección de las tareas domésticas, de quienes se encargaban los 11 empleados a su disposición, no desarrollando un trabajo de forma autónoma o por cuenta ajena. Ahora bien, el marido también concurría en dichas tareas, además de compatibilizarlas con la gestión de su negocio, en el que se tiene prueba que la esposa no contribuyó ni colaboró.

El Tribunal asienta doctrina declarando que « el trabajo para la casa no es excluyente, en el sentido de que impida beneficiarse de la compensación económica del art. 1438 del CC, por la circunstancia de que se cuente con ayuda externa (SSTS 614/2015, de 25 de noviembre; 678/2015, de 11 de diciembre y 136/2017, de 28 de febrero). Dicho de otra manera, no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico. Cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación».

Con respecto a la sentencia de la Audiencia Provincial que se revoca, ésta fundamenta el cálculo de la cuantía basándose en los ingresos dejados de percibir y la pérdida de perspectiva laboral, fijando la misma en 6 millones de euros, siendo una cantidad totalmente desproporcionada. El tribunal declara que no podemos olvidar el hecho de que la esposa dejó voluntariamente su actividad laboral para casarse y pudo vivir

⁵⁵ Podemos observar que los argumentos de esta sentencia, aparte de ilustrativos, son interesantes.

un extraordinario nivel de vida, con todas sus necesidades cubiertas. Tampoco podemos ignorar que, durante la vigencia del matrimonio, le fue donado casi 3 millones de euros por parte del marido y, con respecto a esta donación, la STS 31.1.2014 declara que « una "anticipada compensación pecuniaria" a favor de la esposa, puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación».

Para concluir, el Tribunal hace uso del siguiente criterio para la fijación de dicha indemnización: «en atención a una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante, durante los diez años del matrimonio, a razón de unos 7000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840.000 euros, que consideramos procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes, que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas de unos tres millones de euros, nivel de vida que disfrutó, pensión compensatoria de 75000 euros al mes durante cinco años, para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales».

4. COMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA DEL ART. 97 Y COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO DEL ART. 1438 CC.

En apartados anteriores, ya hemos expuesto las características que informan la figura de la prestación compensatoria del art. 97 CC y, de igual manera, nos hemos detenido en estudiar más a fondo la figura de la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC, motivo de este estudio.

Como ya hemos comentado, la falta de un criterio homogéneo respecto a ambas figuras ha supuesto una controversia entre la doctrina y la jurisprudencia que, en ocasiones, no han sabido distinguir ambas figuras, confundiénolas y, por tanto, no pudiendo responder a la cuestión que da lugar a éste punto: ¿son la compensación por trabajo doméstico y la prestación compensatoria figuras compatibles? O, por el contrario, ¿en el hipotético supuesto de concederse una de ellas, no cabe el derecho a la otra?

Respondiendo directamente a la anterior pregunta, tanto la compensación otorgada en virtud del art. 1438 CC, como la prestación compensatoria del art. 97 CC son perfectamente compatibles y así lo demuestra la jurisprudencia.

La STS 11 de diciembre de 2015 núm. 678/2015 declara : «Por lo tanto la extinción del régimen de separación, por cualquier causa, de un lado, y la dedicación exclusiva, de otro, de alguno de los cónyuges al trabajo de la casa, determina la compensación del artículo 1438 CC . Se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente». Otra muestra es, un año más tarde, la STS de 5 de mayo de 2016: hace uso de la anterior doctrina. Igualmente, la STS de 26 de abril de 2017.

No solamente es apoyada esta compatibilidad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha seguido también esta línea de compatibilidad en sentencias como, por ejemplo, la SAP de Toledo (Secc. 1ª) de 9 de

noviembre de 1999, que años anteriores ya había admitido la misma: «se acepta como primera premisa lógica del razonamiento la compatibilidad de la pensión compensatoria que contempla el art. 97 con la indemnización que prevé el art.1438, ambos del Código Civil, por lo que el centro del debate debe circunscribirse, a analizar si, a la luz de la prueba practicada, se constata la existencia de dicha dedicación de la esposa a la familia y si aquella ha sido o no valorada ponderadamente por el Juez de instancia en defecto de acuerdo entre ambos cónyuges».

Siguiendo esta misma línea la SAP de Asturias de 2 de marzo de 2010 (núm. 87/2010): «pueden citarse resoluciones judiciales que entienden perfectamente compatibles ambas pensiones, así la s. de la AP de Valladolid, Sección 3ª, de 20-7-2006 ; o la muy anterior de la de Barcelona, Sección 16ª, de 15-4-1993, en la que se dice, en relación con la compensación del art. 1438 que «constituye una motivación cualificada que determina el señalamiento de la pensión compensatoria prevista para ocasiones de separación o divorcio en el art. 97 CC , o que debe conjugarse con los demás criterios establecidos en este mismo artículo. Y en la misma dirección la de la AP de Toledo, Sección 1ª, de 9-11-1999 que señalaba la compensatoria fundada en la existencia de un desequilibrio en uno de los cónyuges con la ruptura matrimonial en relación con la posición que permitía a ambos durante la convivencia, mientras que la del art. 1438 CC se apoya en una situación plenamente objetiva, centrada en la dedicación pasada a la familia, vigente el régimen de separación de bienes, y hasta su extinción». Sentencias más recientes que cabe citar, en el mismo sentido, son la SAP de Madrid (Secc. 22ª) núm. 388/2014 de 3 de junio, o la SAP de Albacete (Secc. 1ª) núm. 95/2016 de 29 de febrero.

Cierta normativa foral reconoce esta compatibilidad de manera expresa. Prueba de ello es que, si acudimos a la normativa catalana, el art. 232-20 de la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil Catalán dispone que «El derecho a la compensación económica por razón de trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar estos derechos y, si procede, para modificarlos».

Por último, gran parte de la doctrina insiste en esta idea de la compatibilidad. Autoras como LILIANA MIJANCOS han dictaminado que «la pensión compensatoria y la compensación del art. 1438 CC son dos conceptos jurídicos propios e independientes, y

por tanto, compatibles, tal como viene afirmando la jurisprudencia, que viene entendiendo que cabe deslindar la compensación prevista en el art. 97 CC para cualquier régimen económico matrimonial, de la del 1438 CC prevista para el régimen de separación de bienes, así como las diferentes razones de una y otra»⁵⁶. De igual forma, SANTOS MORÓN también manifiesta una aceptación de tal compatibilidad, pero manifiesta que el desequilibrio por el que surge la compensación del art. 97 viene causado por la incapacidad del cónyuge que se dedica a las tareas domésticas para poder desarrollar su capacidad laboral. Si el Tribunal Supremo hiciera uso del criterio de la sobreaportación, y no como viene haciendo de la exclusividad de la dedicación al trabajo del hogar, este desequilibrio no quedaría doblemente compensado⁵⁷.

Habiendo comentado la compatibilidad que puede haber según la doctrina y jurisprudencia, debemos profundizar en las diferencias entre ambos "tipos" de compensación.

Con anterioridad, hemos explicado las características de cada compensación por separado, concluyendo que, efectivamente, no se trata de la misma figura. A continuación, pasamos a estudiar de forma explícita las diferencias entre ambas, convirtiéndose en una lectura más comprensible para el lector.

Esta distinción queda reflejada en la STS 26 de abril de 2017, que indica que «es preciso distinguir la compensación del art. 1438 del C. Civil, de la pensión compensatoria establecida en el art. 97 del C. Civil. Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la «dedicación pasada y futura a la familia». Por otro lado, la compensación del art. 1438 del C. Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro.

⁵⁶ MIJANCOS GURRUCHAGA, L. "Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en los procesos de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC", *InDret*, 2015, pág. 24.

⁵⁷Cfr., SANTOS MORÓN, pág. 6 y siguientes.

La compensación con base al art. 1438 C. Civil , solo puede acordarse en régimen de separación de bienes, y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción de dicho régimen, para determinar el valor que corresponde asignar a ese trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del art. 97 del C. Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico en relación con la participación del otro, y en relación al nivel de vida anterior en el matrimonio. Sin embargo, la compensación del art. 1438 C. Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo».

Podemos concluir, por tanto, acerca de las diferencias entre ambas figuras⁵⁸:

- Con respecto al nacimiento de la pretensión compensatoria, la del art 97 CC viene de la mano de una crisis matrimonial, es decir, separación y divorcio, de la extinción del vínculo matrimonial; mientras que el art 1438 CC, tiene como causa la liquidación del régimen de separación de bienes, con lo que, además de incluirse las circunstancias anteriores, también puede incluirse cualquier causa o circunstancia que acarree la extinción del régimen de separación.
- Acerca de la función, el art 97 CC trata de corregir un desequilibrio patrimonial provocado por la extinción del matrimonio, de cara a que el cónyuge pueda mantener el nivel del vida anterior; por su parte, el art 1438 CC compensa al cónyuge que se dedica al trabajo doméstico, salvaguardando la posible desigualdad entre ambos, a la hora de liquidar el régimen económico matrimonial.
- Por último, el art 97 CC tendrá en cuenta la situación económica del cónyuge deudor de la indemnización; el art 1438 CC, no tiene por qué.

Es importante la no confusión de ambas compensaciones, pues las dos puede parecer que tienen, al menos en parte, el mismo fundamento: la dedicación a la familia. La SAP Albacete (Secc. 1ª) núm. 95/2016 de 29 de febrero indicó que «Así, pese a que ambos

⁵⁸ VERDERA IZQUIERDO, B. "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *InDret*, 2013, pág. 246.

preceptos (arts.1.438 y 97 del Código Civil) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia básica en cuanto a su naturaleza (la expresión "dedicación a la familia" es equivalente en términos esenciales a la de "trabaja para el hogar") el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no sólo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimonial, cualquiera que fuera aquél) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda principalmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica.

En este sentido la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo.

En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el art. 1.438 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 el régimen económico de separación hasta la extinción del mismo».

Dicho lo cual, ambas coinciden en la dedicación a la familia, pero como hemos antedicho, el fundamento es distinto. Por otro lado, la pensión compensatoria del art 97 CC (art 97.4 CC: *La dedicación pasada y futura a la familia*) hace referencia tanto a la dedicación pasada como futura a la familia; mientras que el art 1438 CC, no hace referencia a la dedicación futura, sino sólo pasada, es decir, solamente atiende a la dedicación pasada al hogar durante la vigencia del régimen económico de separación.

La confusión, por tanto, puede tener lugar fácilmente, lo que podría suponer que si se concede la compensación en virtud del art 97.4 CC, pueda haber una triple compensación: participación a las cargas; como base para obtener la compensación del art 1438 CC; y, por último, para valorar el desequilibrio del art 97 CC⁵⁹.

Por último, es necesario tener en cuenta que la determinación de una de ellas, debe influir en la determinación de la otra, pues como indica la SAP Asturias (Secc. 4) núm 86/2014 de 31 de marzo, «debe comenzarse con el estudio de la indemnización prevista en el art. 1438 del Código Civil pues al incardinarse ésta en la liquidación del régimen económico de separación, de reconocerse su procedencia había de tenerse en cuenta para determinar si existe o no desequilibrio y, en su caso, en qué cuantía a los efectos de fijar la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC».

Por otro lado, la ya citada MARTA ORDÁS, matizó dicha afirmación. En este caso, es cierto que la cuantía de una va a influir en la cuantía de la otra, pero debe ser el reconocimiento de la compensación del art 1438 CC la que determine la cuantía de la pensión compensatoria en virtud del art 97 CC. Esto es debido a que si con la compensación del art 1438 CC, Se elimina o reduce el desequilibrio al que atiende el art 97 CC, se solventa el problema que sirve de base para conceder la segunda.

⁵⁹Cfr., SANTOS MORÓN. Pág. 526.

5. REGULACIÓN EN EL SISTEMA CATALÁN DE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO.

Como hemos venido adelantando, los criterios acerca de la compensación por trabajo doméstico del art 1438 CC no son homogéneos y han fluctuado a lo largo de los años, pasando por la necesidad de incremento patrimonial del otro cónyuge o la exclusividad de la dedicación al hogar.

La separación de bienes en el sistema catalán es catalogado como el régimen legal supletorio de primer grado, con lo que podemos presumir que se haya podido plantear más frecuentemente este supuesto y, a consecuencia de esto, presente una regulación detallada.

Es por tanto por lo que sería interesante analizar el Código Civil Catalán como un posible Derecho dispositivo con el que pudiéramos solventar las lagunas en esta cuestión de las que acaece nuestra regulación del Código Civil. Sin embargo, no debemos perder de vista que el origen de la separación de bienes en ambos códigos es distinta: mientras que en el Código Civil es un régimen que surge necesariamente con un pacto entre los cónyuges por ser régimen legal supletorio de segundo grado, en Cataluña es el régimen por defecto. Por tanto, la aplicación del sistema catalán a nuestro sistema pudiera dar lugar a ciertas incongruencias.

Pese al posible problema de aplicación, sería interesante analizar las disposiciones relativas a la compensación por trabajo doméstico como posibles remedios causados por la falta de regulación específica del Código Civil. Veamos, a continuación, las soluciones del sistema catalán.

El Código Civil Catalán hace referencia a una compensación por trabajo doméstico en su art 232-5 y se desarrolla de la siguiente manera:

«En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la

convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección».

Frente a la regulación que presenta el art 1438 CC, podemos observar que, efectivamente, está superiormente especificada.

Esta compensación ha sido definida por algunos autores como " un derecho que se concede al cónyuge que ha trabajado sustancialmente más para la casa o lo ha hecho para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, de participar en las ganancias obtenidas durante la convivencia por un consorte, cuando éste haya obtenido un incremento patrimonial superior " (DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILLA)⁶⁰.

Una de las primeras cuestiones planteadas por la doctrina ha sido acerca de si la compensación por trabajo doméstico se puede conceder en todos los casos. Atendiendo a lo establecido por el art 232-5 CCCat, sólo se obtendrá en aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges se ha dedicado al trabajo doméstico sustancialmente más que el otro», siempre y cuando entre los cónyuges rija un régimen de separación de bienes. En otras palabras, entre los cónyuges deberá regir un régimen de separación de bienes, específicamente, el catalán. No podrá obtenerse, por consiguiente, si entre ellos rige otro régimen legal, ya sea del Código Civil catalán, nacional o extranjero. De igual forma, no podrá concederse la compensación del art 232-5 CCCat si entre los cónyuges rige un régimen capitular, pues prevalecerá lo pactado⁶¹.

La doctrina, además, ha discutido si para que se pueda conceder la compensación por trabajo doméstico es necesario que se haya producido un enriquecimiento por parte del cónyuge que no se dedica al hogar. El art 1438 CC no hace mención de este requisito en la redacción actual, si bien la jurisprudencia ha utilizado esta regla para conceder este tipo de indemnización durante un periodo de tiempo.

⁶⁰BOSCH CAPDEVILA, E., "La compensación económica por razón del trabajo ". En DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2013, pág. 245.

⁶¹ CALLEJA GÓMEZ, F., (2005), *La compensación económica por razón de trabajo en el Derecho Civil de Cataluña* [Tesis Doctoral], Universidad de Barcelona, pág. 420.

Por el contrario, el art 232-5 CCCat sí que recoge como criterio éste incremento patrimonial por parte del cónyuge que no se dedica al trabajo doméstico, disponiendo que se obtendrá la misma «siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen (...) el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección».

A este aspecto, hay algunos autores, tales como NASARRE AZNAR, que entienden y matizan que no por el mero hecho de que el cónyuge se dedique al trabajo doméstico se produce un enriquecimiento del otro. El autor entiende que, en esta ocasión, el Código trata de penalizar al conyugal cuyo patrimonio ha sufrido un incremento y que no puede demostrar que este enriquecimiento no se ha producido por la dedicación al trabajo doméstico del otro⁶².

Para calcular el incremento patrimonial del cónyuge, deberemos acudir al art 232-6 CCCat, que nos indica lo siguiente:

«1. Los incrementos de los patrimonios de los cónyuges se calculan de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El patrimonio de cada uno de los cónyuges está integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones.

b) Debe añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes de que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuados con la intención de perjudicar al otro cónyuge.

c) Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de convivencia.

⁶² Cfr., NASARRE AZNAR., pág. 189.

2. Las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen se imputan a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen».

Continuando con lo dispuesto en el art 232-5 CCCat, otra de las controversias que puede llegar a resolver es qué ocurre cuando uno de los cónyuges trabaja para el otro. Para la jurisprudencia, resolver este tema aplicando el Código Civil ha suscitado dudas. Sin embargo, aparece expresamente indicado en el referido artículo catalán, que en su segundo párrafo señala que «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».

Una de las cuestiones que ha dado lugar a más discusiones doctrinales es si la dedicación al trabajo doméstico debe, necesariamente, ser exclusiva. El art 232-5 CCCat no hace referencia explícita a esta exclusividad, sino que, sólo señala que es necesario que uno de los cónyuges haya «trabajado para la casa sustancialmente más que el otro». Por tanto, podemos entender que la compensación por trabajo doméstico podrá otorgarse tanto al cónyuge que se dedica en exclusiva al hogar, como al que, aparte realizar tareas domésticas, trabaja fuera de casa, lo que también encaja con el apartado siguiente que señala que esta compensación *ex* art 232-5 CCCat podrá también obtenerse por el cónyuge que trabaje para el hogar y también para el otro cónyuge.

Por último, detengámonos en otro tema discutido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en el campo de la compensación por trabajo doméstico y que forma parte de los conceptos claves para valorar la compensación por trabajo doméstico: el desequilibrio.

El Preámbulo del libro segundo de del Código Civil de Cataluña señala que la compensación por trabajo doméstico contenida en el art 232-5 de la misma ley se fundamenta, precisamente, en el desequilibrio económico, entiendo éste como aquel «desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables⁶³ y el otro realice otra que sí que los

⁶³Cfr., SANTOS MORÓN. Estos *excedentes acumulables* son en los que SANTOS MORÓN se apoya para entender que la finalidad del precepto catalán de eliminar el desequilibrio solamente tiene sentido en un

genera». Por consiguiente, esto justifica que sólo sea necesario poder acreditar un desequilibrio para poder solicitar esta compensación.

sistema en el que el régimen de separación de bienes es un régimen legal, como es, efectivamente, el caso del sistema catalán. Expone la autora que, por el contrario, no tendría justificación alguna en un régimen electivo, pues «donde los cónyuges sustituyen voluntariamente un régimen que permite hacer comunes las ganancias por otro en el que existe plena separación patrimonial, y no escogen, pudiendo hacerlo, el régimen de participación (arts. 1315, 1316, 1435 Cc.)», pág. 34.

6. CONCLUSIÓN.

A modo de cierre de este trabajo, podemos indicar que, como hemos señalado a lo largo del estudio, la complejidad que rodea al tema de la compensación por trabajo doméstico es manifiesta. Y, precisamente, es esta dificultad la que ha dado lugar al resultado más relevante del trabajo: una carencia de criterios homogéneos, tanto por parte de la doctrina, como de la jurisprudencia a la hora de determinar y valorar la compensación por trabajo doméstico. Por consiguiente, este trabajo ha pretendido reflejar la evolución que han sufrido tales pautas a través de un estudio jurisprudencial y doctrinal, para tratar de acercarnos al tratamiento que tiene en la actualidad.

Para poder realizar este estudio, ha sido necesario comenzar por las cuestiones más básicas y generales (como el régimen económico matrimonial primario o los distintos tipos de regímenes económicos que pueden regir la economía matrimonial), para así poder llegar a cuestiones más complejas que encierra el estudio del art 1438 CC, como su compatibilidad con otras prestaciones (concretamente, con la prestación compensatoria del art 97 CC) o, incluso, su regulación en otros sistemas de cara a poder resolver aquello que nuestro sistema no menciona.

La compensación por trabajo doméstico del art 1438 CC desarrolla su función dentro del régimen de separación de bienes, donde el legislador ha visto conveniente recalcar de nuevo (y con una mención explícita) las directrices que establece el art 1318 CC, relativo a la obligación de los cónyuges a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, perteneciente a un conjunto de reglas básicas que encajan en todos los regímenes: el régimen económico matrimonial primario.

Otro de los resultados más interesantes que he obtenido, además de observar una carencia de criterio igualitario del estudio del art 1438 CC para su aplicación, es curiosamente, como se ha entendido por parte del legislador que las pautas del régimen económico matrimonial primario, concretamente, la colaboración en las cargas, se entiende más fácilmente alcanzadas en el régimen de gananciales gracias a su particularidad principal: la creación de un patrimonio común (o ganancial) entre los cónyuges, con el que se

entiende que los fines de la convivencia conyugal y el principio de solidaridad se cumplen en mejor proporción.

De esta forma, se justifica el porqué de que el art 1438 CC no aparezca en ningún otro régimen, salvo en el de separación de bienes.

La dificultad que acarrea las distintas interpretaciones que se tienen de la compensación por trabajo doméstico, explican la confusión o mezcla que la jurisprudencia comete de los criterios del art 1438 CC con los presupuestos de otra prestación: la del art 97 CC. Ambas son distintas, tanto en nacimiento como en función, si bien es cierto que pueden llegar a tener el mismo fundamento: la dedicación a la familia. No obstante, pese a sus diferencias, es opinión mayoritaria de la doctrina como de la jurisprudencia que la compensación ex art 1438 CC y la prestación en virtud del art 97 CC son totalmente compatibles. Además, la determinación de una de ellas, afectará a la cuantificación de la otra, incluso, pudiéndose denegar por haberse concedido una de ellas.

Con respecto a los criterios seguidos por parte de la doctrina y la jurisprudencia para determinar y valorar la compensación por trabajo doméstico, las teorías han sido diversas: desde una exigencia de enriquecimiento patrimonial del otro cónyuge que no se dedica al trabajo para el hogar a causa del que sí lo hace; pasando por criterio más objetivo de necesidad de exclusividad en la dedicación al trabajo doméstico; hasta una matización de esta exclusividad en casos concretos en los que el cónyuge que realizar el trabajo en el hogar, trabaja también para el otro cónyuge o, para casos en los que se cuenta con ayuda de empleados del hogar.

Por otro lado, otros de los datos relevantes donde se manifiesta esta dificultad es a la hora de cuantificarse la compensación. Los Jueces, para tratar de facilitar el cálculo de la compensación de forma que puede servir como cómputo para el resto de casos, hace uso de una sencilla cuenta: multiplicar los años de vigencia del matrimonio por el sueldo que recibiría una persona que se dedicase profesionalmente a las tareas del hogar. Sin embargo, aunque el planteamiento resulte atractivo por su simplicidad, puede no resultar siempre justo y adecuado para todos los casos.

Como se ha podido intuir ya por el lector, se trata de una temática difícil y, como tal, es, a mi entender, una materia que requiere de un mayor estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Monografías.

ASUA GONZÁLEZ, C. I en " El régimen de separación de bienes " en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (directores). *Tratado de Derecho de Familia*, Vol IV, 2ª edición, Aranzadi, 2017.

BOSCH CAPDEVILA, E. " Apuntes críticos sobre la compensación económica por razón de trabajo del hogar en el Código Civil Español " en Judith Solé Resina (Coord.), *Persona, familia y género*, Atelier, Barcelona, 2022.

- La compensación económica por razón del trabajo ". En DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2013.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. *La reforma del Derecho de Familia, en España, hoy*. (Colección de Estudios Monográficos ed., Vol. 1), Valladolid, Universidad de Valladolid, 1981.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, *Familia*, 2ª ed., revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. " La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales " en Carlos Martínez de Aguirre (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, (5ª edición), Edisofer, Madrid, 2016.

NASARRE AZNAR, S., " La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro segundo del C.c. de Cataluña", en R. BARRADA/M. GARRIDO/S. NASARRE (coord.) *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Bosch, Barcelona, 2011.

ORDÁS ALONSO, M. *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, 1ªed., Bosch, Madrid, 2017.

PASTOR ÁLVAREZ, M.C. *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*. Murcia, Universidad de Murcia, 1998,

SÁNCHEZ CALERO, F. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y sucesiones*. (Novena ed.). Valencia, Tirant lo blanch, 2019.

2. Artículos de revistas y otras publicaciones.

ÁLVAREZ OLALLA, P., " 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", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016.

AÑOVEROS TERRADAS, B. "Compensación económica por razón de trabajo...", *InDret*, 2009.

CABEZUELO ARENAS, A. L. "Comentario a la Sentencia de 14 de julio de 2011", *CCJC*, 2012.

CALLEJA GÓMEZ, F., (2005), *La compensación económica por razón de trabajo en el Derecho Civil de Cataluña* [Tesis Doctoral], Universidad de Barcelona.

CUENA CASAS, M. (5 de enero de 2016), "Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes ", *HayDerecho*, <https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/>.

DE CASTRO VÍTORES, G., (2005), *Efectos patrimoniales del matrimonio: organización económica de la sociedad conyugal*, Uvadoc.es.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. " De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual ", *Revistade Derecho de Familia*, núm. 68, 2015, versión on-line.

MIJANCOS GURRUCHAGA, L. "Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en los procesos de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC", *InDret*, 2015.

MUÑOZ DE DIEGO, C. (2020) *La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*. [Trabajo de Fin de Máster], Universidad de Valladolid.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, V.F.,(13 de junio del 2003). "Efectos patrimoniales de matrimonio: organización económica de la sociedad conyugal. Sistema adoptado por el código civil. Disposiciones generales sobre régimen económico matrimonial. Examen especial de los artículos 1322 y 1324 del código civil" (T. 91 de oposiciones), *Notarios y Registradores*, 13 de junio de 2003.

SANTOS MORÓN, M. J. "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?" *InDret*, núm. 1, 2015.

VERDERA IZQUIERDO, B. "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *InDret*, 2013.

3. Listado de jurisprudencia.

SENTENCIAS	NÚM. RESOLUCIÓN
STS 11.2.2005	44/2005
STS 17.7.2009	562/2009
STS 19.1.2010	864/2010
STS 22.6.2011	434/2011
STS 14.7.2011	534/2011
STS 20.11.2013	741/2013
STS 26.3.2015	135/2015
STS 11.12.2015	678/2015
STS 5.5.2016	300/2016
STS 26.4.2017	252/2017
STS 11.12.2019	658/2019

4. Listado de legislación.

Informe de la Ponencia (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. (22 de mayo de 1980).

Código Civil español publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.