

LA SOLIDARIDAD FORZADA DE LOS REGÍMENES
DISOCIATIVOS EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS CONYUGAL

*THE MANDATORY SOLIDARITY OF SEPARATE MARITAL PROPERTY
REGIME IN THE CONJUGAL CRISIS CASES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 100-133



Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de junio de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El artículo aborda el trabajo para la casa como contribución de carácter personal a las cargas del matrimonio y, particularmente, la discutible fundamentación de dicha compensación económica regulada en el artículo 1438 del Código Civil y la controvertida Jurisprudencia del Tribunal Supremo español -sentada en la Sentencia de 14 julio 2011- que olvida la “sobreportación” de la mujer a la luz de la realidad social española.

PALABRAS CLAVE: Régimen de separación de bienes; cargas familiares; igualdad conyugal; equidad; compensación económica; trabajo para la familia o la casa, dedicación exclusiva al hogar; pérdida de oportunidades profesionales.

ABSTRACT: The article discusses the work for the house as a contribution of personal burdens of marriage and, in particular, debatable foundation of the financial compensation regulated in article 1438 of the Civil Code and the controversial case law of the Spanish Supreme Court -sitting in the leading ruling of July 14th 2011- that forgets the work represented a burden exceeding the share to be bore by that spouse considering the present Spanish social context.

KEY WORDS: Separation of property regime; family responsibilities; marital equality; equity; economic compensation; work for the family or home, full-time dedication to domestic work; missed career opportunities.

SUMARIO.- I. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DE LA SOLIDARIDAD DE LOS RÉGIMENES DISOCIATIVOS.- II. UN CONTROVERTIDO ITER JURISPRUDENCIAL.- I. La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y el concepto de cargas del matrimonio.- 2 Posibilidad de contribuir a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico.- 3. El trabajo para la casa constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.- III. FUNDAMENTOS DE LA COMPENSACIÓN DE UN RÉGIMEN DISOCIATIVO.- 1. El desequilibrio patrimonial.- 2. La pérdida de oportunidades.- 3. La “sobreportación”. IV. PRESUPUESTO Y EXCLUSIONES DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN.- 1. La exigencia de exclusividad; carta blanca al enriquecimiento injustificado del cónyuge “doméstico”?- A) Inclusión del trabajo para la empresa familiar.- B) La irrelevancia del empleo de servicio doméstico.- 2. El exceso de aportación y la realidad socio-familiar española.- V. CONCLUSIONES.

I. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DE LA SOLIDARIDAD DE LOS RÉGIMENES DISOCIATIVOS.

Los sistemas jurídicos económico-matrimoniales vigentes, aun siendo divergentes, convergen hacia un mismo ideal de justicia y dignidad matrimonial que tiende a satisfacer el conjunto de aspiraciones que durante mucho tiempo se consideraron poco compatibles: La igualdad y solidaridad de los esposos tanto en el plano personal como en el patrimonial pese a que en algunos de ellos su consecución es deficiente. Así, estos postulados de equidad y solidaridad conducen a la afirmación de que los sistemas separatistas o sistemas de separación de bienes están en crisis. Por otra parte, la idea de participación asociativa entre cónyuges, que ya comparten vida y destinos, parece empujar hacia la comunidad más o menos plena.

La elección del régimen económico matrimonial tiene unas consecuencias y alcance que deberían invitar a la reflexión de los futuros contrayentes o usuarios. Los factores que intervienen o debieran ponderarse en su elección, son en nuestra opinión: la exigencia del principio de igualdad; la autonomía de los esposos y la agilidad del tráfico; el principio de protección a la familia, el arraigo en las costumbres y de forma determinante, la solidaridad entre cónyuges y su contribución a las cargas del matrimonio. Únicamente los propios interesados pueden apreciar cuál es el régimen que mejor conviene a sus intereses. Mas lo cierto es que a pesar de

• Pilar María Estellés Peralta

Pilar María Estellés Peralta es doctora en Derecho y profesor Agregado Doctor Acreditado de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado en la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Profesora del Grado en Derecho y del módulo de Derecho Civil y Práctica Procesal Civil del Mater de Abogacía y del Master de Bioética impartidos en la misma universidad. Ha centrado su investigación y la dirección de Trabajos Fin de Grado, Fin de Master y Tesis Doctorales en el ámbito del derecho de familia y la protección de la persona. pm.estelles@ucv.es

estar admitido en nuestro Derecho el principio de libertad capitular; gran parte de los matrimonios que se celebran no concluyen ningún capitulo matrimonial y, por el contrario, se sujetan a los regímenes legales supletorios¹, unas veces de forma consciente y otras muchas por inercia.

Si en la actualidad resulta poco operativo prescindir de la igualdad y la autonomía de los cónyuges en la gestión y dirección de la economía matrimonial, es contrario a las tendencias de futuro optar por un régimen económico matrimonial que no armonice bien con los postulados de la solidaridad.

Es un lugar común que el régimen de separación de bienes, proporciona una cierta tranquilidad a nivel patrimonial. Cada cónyuge conserva su propio patrimonio y lo gestiona con total autonomía. Se trata de un régimen ampliamente recomendado para parejas en las que ambos desarrollan su propia actividad profesional o cuando se pretende salvaguardar la integridad del patrimonio del otro de forma que no se vea afectado por las deudas que haya asumido un esposo en su actividad profesional o empresarial -lo mismo cabe decir, aunque en menor medida, del casi desconocido régimen de participación en las ganancias-.

Así pues, al régimen de separación de bienes, se le atribuyen algunas ventajas como la de dotar de total autonomía a los cónyuges y su gran simplicidad (algunos autores opinan que este régimen no es sino la ausencia de régimen económico)²; o la de "alejar el interés y la codicia de los matrimonios"³, sin embargo, no permite a los cónyuges participar en las ganancias o beneficios obtenidos constante matrimonio. Lo cierto es que el régimen de separación de bienes está impregnado de un sentido individualista que se compagina mal con la esencia del matrimonio -comunidad de vida (y amor)- y con las exigencias del orden familiar⁴. A primera vista parece que el régimen de separación ofrece un trato injusto⁵ para el cónyuge

1 Así, VIDAL TAQUINI, C.H.: *Régimen de bienes en el matrimonio*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 9.

2 SAVATIER, R.: *Le droit, l'amour et la liberté*, Librairie General, París, 1963, p. 194.

3 GARCIA CANTERO, G.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, vol. I, Reus, Madrid, 1987, p. 295.

4 En el mismo sentido, GARCIA CANTERO, G.: *Derecho civil*, cit., p. 295. Asimismo RENAULD, J.: *Droit patrimonial de la famille*, Tomo I, *Regimes matrimoniaux*, Lacier, S.A., Bruxelles, 1971, p. 204 ss. afirma que hoy en día la pura concepción separatista está en crisis al mismo tiempo que se evoluciona hacia formas más participativas y se reconoce de forma unánime que dicho régimen puede ser extremadamente desfavorable e injusto para el cónyuge que carece de fortuna personal y no ejerce una actividad lucrativa propia, al mismo tiempo que precisa que ambos esposos lleven al día una contabilidad minuciosa, lo que no suele producirse normalmente. Asimismo, DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), T. XVIII, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1985, p. 6, para quien no cabe duda de que habría chocado no sólo con la tradición jurídica en la que se asienta el Código civil, sino con la propia conciencia social de la mayor parte de los españoles.

5 Comparado con el régimen de separación, el régimen de participación tiene la ventaja de evitar las injusticias ligadas a un régimen de separación. Entre los cónyuges casados en régimen de participación existe una vinculación más fuerte que en el supuesto de una completa separación de bienes. Además, el régimen de participación en las ganancias concretiza tan bien como los de comunidad el espíritu de asociación que es esencial a la solidaridad del matrimonio y la familia que surge de éste, pese a la gestión separada que normalmente favorece una concepción individualista. Es, además, un régimen muy útil para los esposos que desean conservar la independencia patrimonial sin acudir a la separación pura y simple. Por ello, entendemos que el régimen de participación es un régimen asociativo en cuanto que los cónyuges comparten las ganancias habidas en el matrimonio, pero disociativo en cuanto que los poderes de gestión y disposición recaen en

que, careciendo de fortuna inicial, haya colaborado de algún modo en el desarrollo e incremento de los recursos del otro, lo que es inevitable cuando se ha producido una larga vida en común, y además sociológicamente frecuente en países como el nuestro, en que gran parte de las esposas atienden mayoritariamente al hogar ya sea exclusivamente o compatibilizándolo con una profesión —la doble jornada laboral— pese a que se está iniciando una tímida modificación de esta tendencia, en crecimiento exponencial, en las generaciones más jóvenes-. Por ello, para ser justo, el régimen de separación requiere una situación de equilibrio entre los patrimonios iniciales de los cónyuges o unas actividades económicas o profesionales que sean equilibradas y permitan que cada uno tenga sus propios ingresos⁶, ya que cuando se produce la extinción del régimen, el cónyuge económicamente débil no participa de la prosperidad del matrimonio⁷. La mujer dedicada a sus labores, que colabora con su marido en la ordenación de la economía conyugal —que en este país todavía son muy numerosas-, en el ahorro y en la inversión, y que participa en la producción de la ganancia que se obtiene aun cuando la fuente directa del ingreso de ésta sea el marido, sólo ve reconocido parcialmente su derecho si demanda a su esposo la compensación establecida en el artículo 1438 y se dan los presupuestos para que los tribunales le otorguen la razón. La mujer que se dedica al cuidado de la familia y del hogar y que participa en la producción de la ganancia con el salario de su actividad profesional, no.

Los españoles, mayoritariamente solidarios con el prójimo en situación de necesidad, demandan solidaridad en las relaciones conyugales y familiares además de independencia y agilidad en las relaciones comerciales, y esto último no lo proporciona en plenitud, ninguno de los regímenes regulados en el Código Civil cada uno por sus particulares motivos.

Para garantizar a los componentes de la relación matrimonial una cierta equidad en el reparto de los bienes adquiridos durante la vida común que, además, por regla general, constituyen el único patrimonio de la familia, precisamente porque la familia sigue siendo una unidad de trabajo y esfuerzo común de los esposos⁸ se

cada cónyuge dotándolo de gran autonomía respecto a su consorte. Sin embargo, este régimen económico matrimonial apenas es objeto de pacto entre los casados.

- 6 En el mismo sentido, SERRANO-CAMPUZANO-GONZÁLEZ-CARBAJO: *Régimen económico del matrimonio*, Forum, Oviedo, 1996, p. 161.
- 7 MONTES PEÑADES, V.L.: "El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1.920. Asimismo DIEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 2018, p. 217 ss., para quien, además, en el régimen de separación de bienes la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece de ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer. En mi opinión, ello es precisamente lo que pretendía paliar el régimen de participación en las ganancias, donde a la disolución del mismo se produce una nivelación en las ganancias de los esposos e implica un fortalecimiento de la solidaridad entre cónyuges en el régimen de participación dado que el haber partible no está únicamente compuesto por lo ganado con el esfuerzo común, sino también por los resultados de la adversa o próspera fortuna individual y se compagina perfectamente con la independencia de marido y mujer.
- 8 LOPEZ MEDEL, J.: "Familia y régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1880-I, p. 99. A su vez LETE DEL RIO, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal", *RGLJ*, 1976/1, pp. 119-120, destaca que no se trata

justifica la razón de la existencia del artículo 1438 CC en la comunidad de vida y amor que debe ser el matrimonio. ¿Pero cuál es la verdadera finalidad del precepto? ¿Por qué una vez disuelto el régimen de separación de bienes puede instarse una reclamación en concepto de compensación por trabajo doméstico además del pago de la pensión compensatoria en un régimen disociativo libremente pactado? ¿Supone el artículo 1348 CC un remedio para compensar los desvelos del cónyuge que se dedica a la familia frente a un régimen tan insolidario?⁹ ¿Se pretende comunicar por esta vía parte de las ganancias del otro esposo desvirtuando así la esencia de este régimen económico matrimonial? Analicemos estas cuestiones y si su posterior desarrollo jurisprudencial ha alcanzado los objetivos propuestos en el precepto.

II. UN CONTROVERTIDO *ITER* JURISPRUDENCIAL

Una vez más, la deficiente o vaga redacción de los preceptos legales genera incertidumbre y controversia tanto a nivel social, de la ciudadanía, como a nivel doctrinal y jurisprudencial. Posteriores sentencias consolidan a día de hoy la opinión que desde 2011 manifestó por vez primera nuestro Tribunal Supremo, acerca de cómo debía entenderse la compensación por el desempeño del trabajo doméstico en relación al controvertido entendimiento del artículo 1438 del Código Civil, respecto de quienes sometan la economía de su matrimonio a las disposiciones del régimen de separación de bienes.

El esperado pronunciamiento del Alto Tribunal de 14 de julio de 2011¹⁰ sobre este asunto, trajo consigo el establecimiento de unos sólidos requisitos que han venido siendo rigurosamente aplicados hasta la actualidad por parte de nuestros jueces y tribunales entre los cuales se encuentran varios puntos que conviene analizar a la luz de la realidad social actual de nuestro país.

La mencionada sentencia de 2011 determinó en su tercer Fundamento de Derecho, que la norma del artículo 1438 CC contiene en realidad tres reglas coordinadas que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos

únicamente de utilizar a la familia, y en concreto, el régimen económico matrimonial como instrumento de satisfacción y cumplimiento de los intereses individuales de sus miembros, sino de entender la familia como comunidad, sin desconocer por ello el valor de la persona. La familia ha de entenderse como comunidad, esto es, como portadora de un interés propio y superior al de los miembros que la componen, denominado *interés de la familia*. Asimismo, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo V, vol. 1º, Reus, Madrid, 1961, p. 24.

9 DIEZ PICAZO, L.: *Sistema*, cit., p. 217 y ss., para quien, además, en el régimen de separación de bienes la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece de ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer.

10 STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad de los artículos 14 y 32 CE. 3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Analicemos cada una de ellas:

I. La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y el concepto de cargas del matrimonio.

Los esposos, también en los regímenes disociativos -separación de bienes y participación en las ganancias, tienen el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. El artículo 66 proclama que los cónyuges son iguales en derechos y en deberes y han de observar en su comportamiento el deber que señala el artículo 67 CC de actuar en interés de la familia¹¹, precepto aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales y que significa, entre otras cosas, anteponer el interés familiar al particular de cada esposo; asimismo, el deber de contribuir a las cargas familiares debe ser puesto en relación con los artículos 1318, 1362 y 142, 103 y 68 CC. De esta manera es posible obtener un concepto aproximado de las cargas del matrimonio y de ello deriva que podamos considerar como carga del matrimonio no sólo el sustento, vestido, habitación, asistencia médica, gastos de embarazo y parto de los hijos en cuanto no esté cubiertos de otro modo y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia¹²; sino también, todas aquellas tareas domésticas de intendencia, limpieza y cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes de la pareja matrimonial, bien se realicen personalmente por los cónyuges, bien se contrate para ello a terceras personas¹³.

La aplicación de las reglas del llamado régimen económico matrimonial primario, limita la autonomía patrimonial de cada cónyuge, en cuanto le obligan

11 En el mismo sentido, SERRANO, E., et al.: *Régimen económico*, cit., p. 161.

12 Vid. MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Comentario a los artículos 1435 a 1444 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II, p. 864.

13 En cambio, otros gastos son más difícilmente encuadrables dentro de las cargas del matrimonio. Así opina GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, diciembre 2015, núm. 3, p. 63, para quien tratándose como aquí se trata especialmente del régimen de separación de bienes, se le antoja problemático a la autora, entender a priori incluidos determinados gastos puramente particulares de cada cónyuge que, lejos de sufragar sus necesidades personales (atenciones médicas, por ejemplo), sirven a la satisfacción de sus apetencias "superfluas", más o menos suntuarias o extraordinarias, y no responden al "sostenimiento de la familia", vid., STS 31 mayo 2006 (ROJ STS 3331/2006): v. gr., ciertos cuidados corporales y de adorno como los "tratamientos de belleza y relajación" que menciona la atinada SAP Valladolid 6 abril 2015 (ROJ SAP VA 370/2015), cirugías estéticas..., vacaciones y viajes de placer exclusivos de un cónyuge, diversiones individuales (v.gr. cenas en restaurantes caros con amigos suyos, entradas de teatro y ópera), etc.

a contribuir con sus bienes al levantamiento de las cargas del matrimonio y le imponen responder con sus bienes de los actos realizados por su consorte encaminados a la atención de las necesidades ordinarias de la familia (artículo 1319 CC), y con este fin quedan sujetos tales bienes y a su vez, limitan sus poderes de disposición sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. Y tanto da estar sometido al régimen de la sociedad legal de gananciales como al régimen de separación de bienes o de participación en las ganancias, a todos a los casados les son igualmente de aplicación forzosa o imperativa las normas del régimen primario entre las que cabe destacar la contenida en el artículo 1318. En síntesis, los regímenes disociativos no eximen a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, sujetando a esta finalidad los bienes -privativos- de los cónyuges¹⁴, antes al contrario, el primer inciso del artículo 1438 lo enuncia expresamente para el régimen de separación de bienes: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”¹⁵.

Pese a su específica regulación, la extensión y las posibles formas de cumplimiento de esta obligación de contribuir a las cargas del matrimonio del artículo 1438 CC, no queda suficientemente aclarada, pero sí que podrán ser objeto de pacto entre los esposos quienes podrán decidir con libertad el reparto de dichas cargas entre sí, incluso liberando a uno de ellos¹⁶. A falta de pacto, lo cual será más frecuente de lo deseable¹⁷, el Código Civil nos ofrece la solución: contribución de ambos cónyuges. El reparto de las cargas no se realizará, sin embargo, por partes iguales sino proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, expresión que comprende tanto capitales como rentas (del trabajo y capital). Y en esta contribución al sostenimiento de las cargas se introduce no sólo la estrictamente económica sino también su aportación en especie mediante el trabajo para la casa. Si bien, tradicionalmente se ha distinguido entre contribución en metálico y en especie, la forma habitual y lógica de contribuir a las cargas parece ser en metálico mediante la aportación de los fondos necesarios para el sostenimiento de la familia. El costo de la alimentación, vestido, asistencia médica, etc. no puede sufragarse si no es con aportaciones dinerarias de uno o

14 MONTES PENADÉS, V.L.: “El régimen”, cit., p. 1.931. Asimismo, SERRANO, E.: *Régimen económico*, cit., p. 161.

15 Esta norma es igualmente aplicable por reenvío subsidiario del artículo 1413 al llamado “régimen de participación”.

16 Este convenio entre los cónyuges -previo o posterior al matrimonio- será el mecanismo preferente de determinación de tales reglas. El pacto puede darse en capitulaciones o fuera de ellas, lo cual resulta curioso teniendo en cuenta que -salvo en territorios forales donde el régimen de separación de bienes sea de aplicación preferente- los contrayentes sometidos al derecho común deberán pactar este régimen en capitulaciones matrimoniales, incluso en los supuestos del artículo 1435-2º CC. Vid. STS 11 diciembre 2015 (ROJ STS 5216/2015).

17 MONTES PENADÉS, V.L.: *Comentario*, cit., pp. 865 y 866: Téngase en cuenta que el pacto sobre el reparto de las cargas matrimoniales no ha de ser necesariamente capitular y puede establecerse, incluso tácitamente, a través del comportamiento cotidiano.

ambos cónyuges. La contribución a las cargas en especie, por su parte, consiste fundamentalmente en el uso de bienes propios de uno de los cónyuges para satisfacer necesidades familiares tales como la necesidad de vivienda, transporte, etc.¹⁸. Otra forma de contribución a las cargas del matrimonio en especie es el trabajo para el hogar contemplado en el artículo 1438 y que analizamos en este trabajo. Sin embargo, nótese que con el trabajo doméstico no se cubren ni abonan todas las cargas del matrimonio mencionadas y cada uno colabora como puede en el proyecto común. Por ello, ante el infinito catálogo de necesidades familiares cotidianas se hace difícil aplicar la regla de la proporcionalidad de los recursos que establece el precepto estudiado o llevar el inventario de los gastos, dedicación, atenciones y desvelos por la familia. A mi juicio, la finalidad de la norma es evitar, o en su caso, compensar, la “sobreportación” de uno de los esposos en el proyecto familiar común.

2. Posibilidad de contribuir a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico

Se justifica así, la posibilidad de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio puede realizarse en especie, mediante la prestación de un servicio de atención y cuidado al hogar y a los que componen la unidad familiar. Como tal se recoge en el artículo 1438 C. y en la STS 14 de julio 2011 que más tarde abordaremos¹⁹. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes; forma de aportación que se viene realizando desde antiguo por la mujer. Pero ¿podrían ambos contribuir tan sólo con el trabajo doméstico? En este caso, ¿con qué se sufragarán los gastos familiares? Así pues, no es menos cierto que al menos uno de los cónyuges deberá aportar dinero.

Para determinar el concepto y alcance de las tareas domésticas, que desempeña mayoritariamente la mujer española, realice o no otra actividad profesional remunerada, interesa traer a colación lo dispuesto en el artículo 68 del CC, modificado por la reforma operada en nuestro Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en relación a los derechos y obligaciones de los cónyuges, añadiéndose al texto ya existente del referido artículo, el de que los cónyuges “deberán compartir, además, las tareas domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Esta nueva redacción del precepto supone que ambos esposos, en plano de igualdad, tienen el derecho y el deber de atender a las tareas domésticas y el cuidado de

18 MORENO VELASCO, V.: “Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, *La Ley* 3441/2010, para quien se podrá calcular esta aportación en función del precio de mercado de dicho uso, por ejemplo, el alquiler medio en la zona, o el porcentaje de amortización fiscal en el caso de un vehículo, etc.

19 STS 14 julio de 2011 (ROJ STS 4874/2011).

los hijos y mayores dependientes a su cargo²⁰. Supone un desplazamiento en la tradicional asignación social y legal del desempeño de estas tareas desde la mujer en exclusiva a los dos miembros de la pareja por igual. Sin embargo, qué hacer, dada la peculiar incoercibilidad de los deberes matrimoniales que establecen los artículos 67 y 68 del C. y el escaso éxito del precepto ya anunciado. La solución se ha articulado mediante la generosa aplicación e interpretación jurisprudencial del 1438 CC.

El análisis del artículo 68 permite distinguir dos tipos de tareas: las tareas domésticas propiamente dichas y el cuidado a ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges. Por lo tanto, el precepto regula lo que serían las tareas cotidianas de mantenimiento en las condiciones de habitabilidad de la vivienda y de intendencia, por un lado, y de los especiales cuidados requeridos por los hijos, ascendientes y personas dependientes de los cónyuges, por otro. La justificación de la distinción entre tareas domésticas y cuidados al resto de miembros de la familia, podría resultar de una posible intención en concretar con mayor detalle las tareas desempeñadas en el ámbito privado, todas ellas reservadas tradicionalmente a la mujer. Es decir, la esposa, no sólo plancha, lava, friega, tiende o cocina, sino que lleva a los niños al colegio, al pediatra cuando es necesario, les da el jarabe prescrito, les controla la fiebre, les compra la ropa, la alimentación, ayuda a hacer deberes o desarrolla todo tipo de atenciones personales a sus mayores, amén de un largo etcétera. En este sentido, ya destacaban algunos autores la mayoritaria dedicación de la mujer casada dentro del hogar familiar resultado de hábitos arraigados en las sociedades occidentales²¹, y que por el momento no se hallan en trance de desaparecer, en referencia al papel desempeñado por la esposa en la economía doméstica y el cuidado del hogar, de los hijos y del propio marido. Por mucha que sea la colaboración que éstos presten siempre quedará a la mujer el papel de rectora de la economía doméstica. Este papel es asumido actualmente por la mujer profesional, quien pese a trabajar fuera de casa no se libera de la servidumbre del hogar. Le incumbe, entonces, un doble rol desempeñando a la vez el de ama de casa y trabajadora externa. Antes y ahora.

20 Resulta interesante la distinta regulación de los ordenamientos autonómicos: así en la extinta Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano se regulaba con gran detalle esta institución en su artículo 12: 1. El trabajo para la casa será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2. La misma consideración tendrá la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio.

21 MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "El nuevo papel de la mujer en el Derecho", *Diario La Ley*, Editorial La Ley, 1982, p. 877, tomo 1, La Ley 20023/2001, p. 15.

Así las cosas, en un país donde el trabajo doméstico desempeñado por el cónyuge (fundamentalmente la mujer) no está reconocido ni cuantificado, la conciencia judicial obliga a arbitrar mecanismos de compensación²².

Ahora bien, si los miembros de la pareja han decidido que sea uno de ellos quien aporte los ingresos con su trabajo fuera del hogar mientras que el otro se queda en casa asumiendo las tareas domésticas, ello es una contribución a las cargas del matrimonio por parte de quien las asume, en ejercicio de la libertad de pactos entre cónyuges. Dicho reparto de tareas que competen a ambos cónyuges en plano de igualdad, queda al albur de ambos esposos quienes deberán acordar de mutuo acuerdo cómo y qué se distribuyen. La colaboración de la pareja en el ámbito doméstico, en el desempeño de las tareas domésticas y/o de cuidado a los familiares a cargo de la pareja se establece, insistimos, por la ley para ambos por igual, tanto si uno de ellos –normalmente la mujer- no trabaja fuera del hogar, como si tiene un trabajo por cuenta ajena o es autónomo²³.

La realización de tal trabajo para la casa, de acuerdo con el artículo 1438 CC, se computará como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que, a falta de pacto, el juez señalará a la extinción del régimen de separación (que no necesariamente se produce con la extinción del matrimonio, aunque ciertamente sea lo más frecuente).

Este precepto supuso un paso de gigante en la equiparación -en muchos casos programática- de la mujer casada al varón y del reconocimiento a su labor doméstica cuando solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera, y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE²⁴; igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio que se realiza asegurándoles no sólo la gestión de sus respectivos patrimonios, sino una paridad a nivel personal basada en

22 SAP Tarragona 23 mayo 2006 (ROJ SAP TA 563/2006): El trabajo exclusivo para la familia y el hogar no solo es fundamental para la paz y armonía del matrimonio, es imprescindible para que el otro cónyuge dedique su esfuerzo, sin perturbaciones, a la creación de riqueza para el sustento e integración social de la familia. El trabajo doméstico es capital en su esencia, esforzado en su prestación y legalmente infravalorado.

23 Según los datos proporcionados por la encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018 del INE, ya comentada, en el año 2017, la principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial como consecuencia del cuidado de personas dependientes es el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos (53,4%), un (3,3%) alega el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores, un (2,0%) alega ambos motivos. En el año 2017, el porcentaje más alto de mujeres paradas que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde a las que tienen de 35 a 44 años (29,1%), en los hombres el mayor porcentaje de parados que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 45 a 54 años (25,0%). En cuanto a las personas inactivas, en el año 2017 el porcentaje más alto de mujeres y hombres que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 35 a 44 años, 32,5% en las mujeres y 32,8% en los hombres.

24 En opinión de De Los Mozos, J.L.: "La igualdad de los cónyuges y la organización ejercicio de las potestades domésticas", *Documentación Jurídica*, enero-diciembre de 1982, vol. I, p. 105, para quien las leyes de igualdad promulgadas en Europa y en nuestro país representan la aplicación concreta al campo de las relaciones conyugales de la ya no tan nueva pero aún necesitada de impulso, concepción de la situación jurídica de la mujer casada... Esta igualdad, como principio informador de las técnicas matrimoniales, debe ser entendida no como igualdad de los sexos, sino como igualdad estrictamente jurídica, y sobre todo igualdad ante la Ley.

sus contribuciones en favor de la familia aun tratándose de un régimen disociativo e insolidario como el régimen de separación de bienes.²⁵ Se justificaría así que la dedicación a las tareas de cuidado de la familia y del hogar sirva como título para la contribución a las cargas del matrimonio y evite, a la liquidación del régimen, que el cónyuge que contribuye con su salario profesional pueda reclamar al trabajador doméstico por su falta de contribución dineraria a estas mismas. E incluso, se le compense el exceso de contribución que hubiera podido aportar por esta vía el cónyuge doméstico, en aplicación del principio de igualdad y en la exigencia de paridad a nivel personal basada en sus contribuciones equitativas en favor de la familia. Sin embargo, a mi juicio, se ha sobrepasado el reconocimiento de la labor doméstica si se concede, en todo caso, o mayoritariamente, la compensación.

3. El trabajo para la casa constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

El artículo 1438 del Código Civil de forma muy concisa afirma que el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación²⁶. Para la determinación y concreción del derecho se requerirá un análisis pormenorizado de la situación fáctica concurrente en el caso enjuiciable. No obstante, si el derecho reconocido en el artículo 1438 del Código Civil supone una compensación del trabajo realizado en casa para la familia que se materializará a la extinción del régimen económico

25 MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "El nuevo", cit., pp. 1-2, para quien la historia revela, en síntesis, el tránsito de la mujer desde la "imbecilitas sexus" hasta su igualdad jurídica con el hombre y subraya que aunque la instauración del principio de igualdad jurídica entre ambos sexos es una realidad incontestable, no por ello han desaparecido "in radice" los flecos de diversidad entre ambos: hoy, literalmente hablando, 1) no están o aparecen exactamente igual en la familia y en la sociedad; 2) ni protagonizan con el mismo relieve el concierto social; 3) ni dentro de la familia desempeñan exactamente los mismos trabajos domésticos o ejercen idénticas decisiones de gestión; bastaría introducir nuestro examen en la ordinaria organización de una familia media, para detectar cuan distinto es el papel que en ella desempeña el hombre o la mujer, e incluso, valiendo el ejemplo, tanto se esté dentro de una comunidad tecnificada tanto se esté dentro de una familia progresista —"a la europea" se dice, en la lengua coloquial—. Obsérvese que los comentarios de este autor datan de 1982 y lo muy apropiados que son hoy en día, treinta y seis años después; incluso hubo que modificar el artículo 68 CC por mor de inculcarlo en la conciencia social, con discutido éxito. En este sentido, es interesante traer a colación el punto de vista de CREMADES GARCÍA, P.: "El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar", *Diario La Ley*, N° 7079, Sección Doctrina, Editorial *La Ley*, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, *La Ley* 41321/2008, p. 2, que se expresa en los siguientes términos: "decíamos que algo está pasando en nuestra sociedad, porque con la pretensión de compartir las tareas domésticas, se intenta superar el abismo en un campo tradicionalmente reservado, el de la ejecución de las tareas domésticas, a las mujeres... Las cifras avalan lo dicho, y según los datos facilitados por el Instituto de la Mujer, las mujeres dedican 3,6 horas diarias al hogar, los hombres apenas dedican 44 minutos a las mismas tareas. Datos más recientes del INE de 2010, relativos a la Encuesta de Empleo del tiempo 2009-2010, los varones españoles dedican 2,37 horas diarias a las actividades del hogar, mientras que las mujeres casi duplican esta cifra: 4,36 horas diarias. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t25/e447/a2009-2010/p04/i0/&file=4.1.px>, última consulta 28/09/2018.

26 En opinión LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, Bosch, 1990, p. 269, este precepto permite paliar los rigores del régimen de separación de bienes al reconocer el valor del trabajo para la casa, evitando así que el cónyuge que ha dedicado sus esfuerzos al trabajo doméstico no obtenga recompensa alguna una vez liquidado el régimen matrimonial. A juicio de este mismo autor en *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2010, p. 262, sobra la compensación adicional presuntiva y falta un reconocimiento expreso de derecho a una compensación, cuando la función realizada por el cónyuge excede de la dedicación del hogar para su presunción, lo que sirve para exonerarle de la contribución dineraria con independencia de cómo se desarrolle la contribución fáctica.

matrimonial de separación de bienes, dicho precepto contempla una corrección comunitaria impropia de un régimen disociativo libremente elegido²⁷. ¿Supone ello que, finalmente, a su disolución, el régimen de separación se convierte en un régimen solidario? La norma del precepto analizado carece de fundamento actualmente en nuestro país, tendría sentido en ordenamientos en donde el marido todavía se configura como el administrador de la sociedad conyugal pero no en el ordenamiento jurídico español donde marido y mujer gozan de plena igualdad jurídica por lo que es incongruente computar como contribución al levantamiento de las cargas el trabajo para la casa²⁸. Las diversas justificaciones de su fundamento aducidas por la doctrina y jurisprudencia se hallan fuertemente interrelacionadas entre sí aunque pueden sintetizarse como sigue:

III. FUNDAMENTOS DE LA COMPENSACIÓN DE UN RÉGIMEN DISOCIATIVO

I. El desequilibrio patrimonial.

La compensación del artículo 1438 se articularía, en aras de la equidad²⁹, como un mecanismo corrector del *desequilibrio patrimonial* injustificado que tiene lugar

- 27 Así lo entendió la SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ SAP CO 1544/2002). Este precepto ha sido muy criticado por la doctrina, así, TORRES LANA, J. A.: "Artículo 1438", en J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1991, p. 1073, se muestra muy crítico con este precepto al considerar, como indica la cita sentencia de Córdoba, que "introduce un elemento anómalo" en la regulación del régimen de separación de bienes, ya que o bien es "una manifestación comunitaria, lo que contradice la idea motriz del régimen", o bien se trata de un salario devengado y no cobrado, "lo que contradice los principios de cualquier régimen económico matrimonial". Asimismo, REBOLLEDO VALERA, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*, Edersa, Madrid, 1983, p. 435, entiende que, aunque la finalidad de la norma pudiera ser adecuada, no lo es en cuanto al medio empleado porque, por una parte, en el régimen de separación de bienes debe pactarse y por tanto los cónyuges pueden establecer en las capitulaciones los pactos que crean convenientes para corregir los efectos perjudiciales para uno de ellos, de la liquidación del régimen de separación absoluta de bienes.
- 28 Así lo entiende también DE LOS MOZOS, J. L.: "La igualdad", cit., p. 117, considera lo dispuesto en el tercer punto del artículo absurdo. Este mismo autor, del cual disiento, en *Comentarios*, cit., p. 375, remarca que la norma tendría sentido en ordenamientos en donde el marido todavía se configura como el administrador de la sociedad conyugal, pero no en el nuestro, en el cual marido y mujer gozan de plena igualdad jurídica, por lo que es incongruente computar como contribución al levantamiento de las cargas el trabajo para la casa. Por otra parte, continúa este autor, si no es incongruente, sí parece que la norma desciende a niveles inadecuados, porque implica de *similibus a similia* la necesidad de incorporar otros supuestos de naturaleza análoga no contemplados por la norma, como la prestación de servicios en favor del cónyuge y no incluidos en la idea de socorro mutuo
- 29 Destacan en este sentido algunas sentencias de las Audiencias Provinciales: SAP Toledo 21 marzo 2000 (ROJ SAP TO 348/2000); SAP Barcelona 4 abril 2000 (ROJ SAP B 4321/2000); SAP Murcia 5 mayo 2009 (ROJ SAP MU 721/2009): "para una adecuada hermenéutica de la norma, insoslayable para concretar sus requisitos de viabilidad, su alcance y la forma de determinar y articular la compensación, devenga imprescindible examinar la razón de ser del precepto, que no es más que una nueva plasmación de dos principios esenciales en materia de familia, de una parte, el de corregir siempre los perjuicios que para uno de los convivientes ha supuesto la dedicación a la familia, y otro el de igualdad del artículo 14 CE"; La SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ SAP V 4332/2001), entendió que debe compensarse, asimismo, en aras de la equidad, el plus de disponibilidad que obtiene el cónyuge que realiza su labor profesional fuera del hogar, precisamente porque el otro cónyuge le libera de ello con su aportación y trabajo, obteniendo más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su carrera profesional, un mayor incremento de su salario y, por ende, de su patrimonio personal, que no comparte con su consorte; La SAP Alicante 10 junio 2010 (ROJ SAP A 3210/2010) que establece: el fundamento de la indemnización prevista en el citado precepto no es otro que el de resarcir al cónyuge que, en el régimen de separación de bienes, se dedica a los trabajos propios de la casa, y no participa de las ganancias que el otro va generando con su actividad profesional, al quedar éste liberado en gran medida de aquellos, permitiéndole de esta forma proyectar su tiempo y esfuerzo en dicha actividad.

entre los cónyuges tras el cese de la convivencia debido a que uno de los esposos ha retenido para sí todos los incrementos patrimoniales en perjuicio del otro, cuando dichos aumentos de patrimonio han sido conseguidos mayoritariamente gracias a la contribución personal del cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar y al cuidado de la familia obteniendo, así, más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su carrera profesional, con el consiguiente incremento de su salario y, por ende, de su patrimonio personal, que no comparte con su consorte doméstico³⁰. La compensación para el trabajo doméstico sería una especie de salario diferido que ha de ser abonado al cesar dicha actividad³¹ por el cónyuge que obtuvo el enriquecimiento injusto³² en favor de su consorte con el fin de mitigar la desigualdad patrimonial que produce la separación de patrimonios en el régimen de separación de bienes. En su momento, la introducción de dicha compensación económica en el Código Civil obedeció a una especie de solidaridad pos matrimonial, debido a largos años de convivencia fruto de una unión matrimonial que ocasionaba que la mujer (ama de casa “a la fuerza”) se encontrase en una situación discriminatoria, consecuencia de una desigualdad patrimonial, al haberse truncado la regla de la proporcionalidad³³.

2. La pérdida de oportunidades.

La compensación del artículo 1438 tiene como finalidad indemnizar la incidencia negativa que la dedicación exclusiva a las labores domésticas y cuidado familiar

30 ÁLVAREZ MERINO, J.: “La asignación del domicilio familiar en los casos de guarda y custodia compartida. La compensación por desequilibrio patrimonial”, *Jornadas de Derecho de Familia de la AEAFA*, Palma de Mallorca, julio 2010, p. 25. La STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015) es taxativa al excluir el incremento patrimonial como base para la concesión de la compensación del 1438 CC.

31 Así, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., 2010, p. 262. En contra, AMENGUAL BUNYOLA, G. A.: “La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, p. 11, para quien si el verdadero fundamento de la compensación fuera el abono del salario devengado y no cobrado, debería descontarse del mismo, lo que corresponda a su contribución a las cargas, ya que el trabajo para el hogar, como establece el artículo 1438 CC, computa como contribución al sostenimiento de las cargas matrimoniales y precisamente este cónyuge contribuye de esta manera, frente a la contribución en metálico del cónyuge que trabaja fuera del hogar y realiza actividades remuneradas.

32 Interesante a este respecto el entendimiento del enriquecimiento injusto que hace la STSJ Islas Baleares 24 marzo 2010 (ROJ STSJ BAL 266/2010). Sin embargo, la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), FJ 5, excluye la aplicación del enriquecimiento injusto cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con su trabajo doméstico. También el TS diferencia entre desigualdad patrimonial y el empobrecimiento que da lugar a un supuesto de enriquecimiento injusto. Así la STS 12 septiembre 2005 (ROJ STS 5270/2005): Los requisitos del enriquecimiento, difieren substancialmente de los que el Código Civil exige en los arts. 97 y 1438 para que pueda operar la compensación. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, pensamos que no deben confundirse los dos institutos: a) La compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura de la misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad... b) En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia... de manera que sólo si concurren estas exigencias podrá acordarse la indemnización por este título.

33 En este sentido, VERDEIRA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27, p. 229.

ha causado en la esfera patrimonial y laboral del cónyuge que las desempeña y que, por tanto, sufre una limitación o anulación de su capacidad o disponibilidad para trabajar fuera del hogar por lo que razonablemente se produce una pérdida de oportunidades de incorporación, formación, promoción o reincorporación al mercado laboral, de lo que resultan mermadas sus posibilidades laborales por este motivo³⁴. Algún autor critica con acertada ironía este argumento con el siguiente tenor: “parece que se presume una cierta debilidad de carácter del cónyuge que opta por no trabajar más que en el hogar (si es que en verdad tuvo o tiene alguna oportunidad de hacerlo fuera), de manera que en realidad no es responsable de sus propias decisiones y debe “indemnizarlo” quien, aprovechándose de su inferioridad o vulnerabilidad, así lo “persuadió” para entregarse al hogar -y acaso, también, para pactar el régimen de separación de bienes-. Si una persona decide que no trabaja porque le gusta más (o no tiene otro remedio que) estar en casa y atender a sus padres, nadie la indemniza. Pero si en lugar de ser el padre es el cónyuge, lo tiene que compensar éste. ¿Porque se lucró de su trabajo? No, aunque no haya habido beneficio, según entiende nuestro Alto Tribunal (SSTS 534/2011, 135/2015 y 136/2015)³⁵. ¿Aunque este cónyuge que paga haya salido perjudicado, a la hora de la verdad, de diversas maneras, incluida la económica? Incluso en ese caso -según afirma expresamente la STS 16/2014-”³⁶.

3. La “sobreportación”.

La compensación del artículo 1438 CC se justifica para otorgar un derecho de reembolso para equilibrar el exceso *dedicación* de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares cuando resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad³⁷ es la denominada teoría de la

34 Vid. AMENGUAL BUNYOLA, G. A.: “La compensación”, cit., pp. 18-19, quien se suma a las tesis que defienden la autonomía de la voluntad entre los cónyuges que pueden pactar las condiciones y regímenes económicos que crean oportunos, de la misma manera en que deciden, en base a la potestad doméstica, de qué manera organizarán las labores familiares. No parece que hoy por hoy ningún cónyuge obligue al otro a abandonar su actividad laboral para dedicarse a la casa, con lo que, si esta decisión es voluntaria y consciente, no se entiende por qué debe indemnizarse un hipotético lucro cesante. Entiende, asimismo, que el cónyuge que decide suspender o aminorar su carrera profesional voluntariamente para dedicarse a las tareas domésticas actúa, en principio, con conocimiento de causa y por voluntad propia, por lo que poco puede exigir, ya que su formación y capacitación profesional le permiten acceder al mercado de trabajo; Si lo entiende como pérdida del “coste de oportunidades económicas” la SAP Barcelona 4 abril 2000 (ROJ SAP B 4321/2000). Se trataría de compensar la pérdida de costes de oportunidad de ejercer la misma actividad en el mercado, donde se habría obtenido una compensación económica adecuada. Así, la SAP Valencia 14 julio 2005 (ROJ SAP V 3553/2005): se trata de compensar a uno de los cónyuges, no de indemnizar, ya que al extinguirse el régimen de separación no participará en las ganancias del otro, no habrá cobrado por dichas tareas y, como consecuencia de haber dedicado su tiempo a las mismas, no tendrá oportunidad de acceder al mercado laboral. Asimismo, la STS 12 septiembre 2005 (ROJ STS 5270/2005).

35 El autor se refiere a la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), la STS 26 marzo 2015 (ROJ STS 1490/2015) y la STS 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015), respectivamente.

36 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Paradojas”, cit., p. 74.

37 Entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005, CCJ, núm. 70, 2006, p. 147, que para entender si dicha proporcionalidad se respeta habrá que tener en consideración si los dos han contribuido con todo su patrimonio, con todo lo obtenido o ahorrado con su trabajo y con todo lo producido o ahorrado con sus bienes.

“sobreaportación” que frecuentemente invoca la doctrina y jurisprudencia para justificar la compensación. En este sentido, es interesante la SAP Navarra 31 julio 2003³⁸, que ya entendió en tan “temprana fecha”, que existe “sobreaportación” cuando el valor de la contribución de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares mediante el trabajo para el hogar, resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad, por lo que se genera a su favor un derecho de reembolso del exceso cuando se extingue el régimen económico matrimonial para evitar casos de enriquecimiento injusto³⁹.

Todas las justificaciones mencionadas coinciden en compensar al trabajador casero el plus de disponibilidad que obtiene el cónyuge que realiza su labor profesional fuera del hogar y que contribuye poco o nada en las tareas domésticas, precisamente porque el otro cónyuge le libera de ello con su dedicación a la familia, obteniendo más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su desarrollo profesional, lo que le permite, en algunos casos, incrementar su patrimonio personal. La compensación se configura, entonces, como un mecanismo corrector del régimen de separación de bienes que modera el desequilibrio patrimonial⁴⁰ producido a la extinción del régimen de separación de bienes e injusto para el cónyuge dedicado al hogar⁴¹.

IV. PRESUPUESTO Y EXCLUSIONES DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN

La deficiente regulación de la compensación del trabajo doméstico ha dado lugar a muy diversas interpretaciones por parte de los tribunales inferiores, que ha obligado al Tribunal Supremo a marcar una línea interpretativa al respecto. Doctrina y jurisprudencia exigen el cumplimiento de tres requisitos necesarios para que pueda reconocerse la compensación por dedicación al hogar, a saber, la supeditación de los cónyuges al régimen económico de separación de bienes, la

38 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ SAP NA 745/2003).

39 SAP Madrid 1 febrero 2006 (ROJ SAP M 2125/2006) deniega tal compensación porque los dos cónyuges habían contribuido por igual a las tareas del hogar.

40 Otras normas como el Código Civil catalán, en su Libro II, sigue haciendo referencia al enriquecimiento del cónyuge liberado de las tareas domésticas y pone el acento en la duración e intensidad de la dedicación al trabajo doméstico: artículo 232-5 que regula la compensación económica por razón de trabajo doméstico: 1. 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. 2. Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente. 3. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. Por otra parte, ni la ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, ni los arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón, ni el artículo 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares contemplan ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio, lo que pone de manifiesto la desigualdad existente en nuestro territorio nacional, dada la diversidad de normas aplicables.

41 En el mismo sentido, AMENGUAL BUNYOLA, G.A.: “La compensación”, cit., p. 12.

aportación personal de uno de los cónyuges al trabajo para la casa y la liquidación del régimen de separación de bienes, no circunscrito exclusivamente a los supuestos de crisis matrimonial que derivan en una separación o divorcio sino también en los casos en que se pacte otro régimen distinto⁴². Descartada la exigencia del enriquecimiento injusto⁴³, nada extraño en un régimen disociativo e insolidario como el de separación de bienes, el controvertido desarrollo jurisprudencial hace necesario el análisis de otros posibles requisitos y exclusiones del derecho a la compensación:

I. La exigencia de exclusividad: ¿carta blanca al enriquecimiento injustificado del cónyuge “doméstico”?

Para el surgimiento de dicha compensación, la mayor parte de la jurisprudencia menor y el Tribunal Supremo exigen el desempeño activo de los trabajos domésticos en dedicación plena y exclusiva. En la importante STS 14 julio 2011⁴⁴, el Tribunal Supremo sentó doctrina por primera vez estableciendo los presupuestos que habrían de concurrir en el futuro para tener derecho a una compensación por el trabajo desempeñado en el hogar constante el régimen de separación de bienes en cuanto, en su opinión, ello “requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa”; términos que apenas distan de los expresados en el artículo 1438 del Código Civil y que, sucesivamente, han ido plasmándose en sentencias posteriores entre las cabe destacar la STS 26 abril 2017⁴⁵.

42 Para AMENGUAL BUNYOLA, G.A.: “La compensación”, cit., p. 26, el artículo 1438 CC no indica ninguna causa alguna, por lo que procede cualquiera que sea la causa de extinción del este régimen económico: separación, divorcio, nulidad, capitulaciones, muerte o declaración de fallecimiento.

43 STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011) a propósito del recurso de casación núm. 1691/2008, interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid y que, a su vez, trajo causa de un proceso de divorcio iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Móstoles, en el que la recurrente planteó si, para constituirse acreedora de una compensación, debía o no acreditar que su consorte hubiese experimentado un incremento patrimonial mientras ella dedicó sus esfuerzos a atender las necesidades del hogar; o, en caso negativo, bastaba simplemente con que dicha dedicación supusiera una pérdida de oportunidades profesionales. La mencionada STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011) adoptada por el Alto Tribunal manifestó que “se excluye [...] que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”, en la que sería la primera de una cada vez más amplia lista de resoluciones dirigidas a matizar su interpretación. Asimismo, la STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015). Algo que critica GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Paradojas y”, cit., p. 56: Lo que tenemos ahora a día de hoy y en tanto aguardamos ese insoslayable cambio social que tantos indicios ya anuncian. es una norma, el artículo 1438 CC, y una jurisprudencia interpretativa de la misma -en particular, las SSTs 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), 31 enero 2014 (ROJ STS 433/2014), 26 marzo 2015 (ROJ STS 1490/2015) y 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015)- que, en sede de “liquidación” del régimen de separación, prevén una compensación en favor del cónyuge que trabajó para la casa, sin demandar al efecto ningún tipo de “enriquecimiento” o lucro del consorte (por merced de la dedicación casera de la contraparte) -y en ocasiones, según refleja la praxis judicial cotidiana, sin certeza de ese efectivo trabajo en pro de la familia y sus menesteres-. Para la autora sí resulta indispensable, para salvar el sentido razonable y acorde a los tiempos del artículo 1438 CC, exigir el “enriquecimiento” o provecho obtenido por ese cónyuge deudor, aparejado al “empobrecimiento” o perjuicio que supuso para quien realizó el trabajo doméstico haber contribuido por esta vía al proporcional sostenimiento de las cargas familiares en medida “excesiva”, comparativamente con la aportación del otro a dichas cargas.

44 STS 14 de julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

45 STS 26 abril 2017 (ROJ STS 1591/2017).

La STS 14 julio 2011⁴⁶ marca un hito en uno de los aspectos más controvertidos de la línea jurisprudencial a la que ha venido acogándose nuestro Tribunal Supremo durante los últimos años: la exigencia de que el trabajo desempeñado en el hogar sea asumido mediante una dedicación exclusiva y excluyente con respecto a cualquier otra clase de actividad fuera del ámbito doméstico para ser reconocida la compensación reclamada. El Alto Tribunal entendió desde un primer momento, en la STS 14 julio 2011 antes señalada, que “el trabajo para la casa es considerado a estos efectos como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges sólo tiene posibilidades de contribuir de esta manera”, afirmando, en consecuencia, que el reconocimiento del derecho a que el mismo sea posteriormente compensado, a la extinción del régimen de separación de bienes, “requiere que [...] se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa”; esta exigencia la reiteró años después el Alto Tribunal en la STS 31 enero 2014, declarando que “basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación” que establece el artículo 1438 del Código Civil⁴⁷. Así pues, en esta sentencia se reconoce un derecho abstracto a la compensación por el hecho solo de haberse dedicado en exclusiva a las tareas del hogar o cuidado de la familiar, en régimen de separación de bienes sin tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como la obtención de un beneficio económico por el otro esposo o cuando todos los emolumentos del cónyuge demandado de compensación se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de “desigualdad peyorativa”⁴⁸. La exigencia de una dedicación exclusiva y excluyente a las tareas domésticas nunca fue un tema pacífico sino que ha generado discrepancias tanto en la doctrina⁴⁹ como en la jurisprudencia menor

46 STS 14 de julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

47 Véase GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Paradojas y ”, cit., p. 67, para quien siguen siendo muchos los pleitos en que parece bastar el alegato del cónyuge solicitante de la compensación de que no trabajó fuera, sino que se quedó en casa, para inferir sin más de ello, con escasísimo o nulo soporte probatorio, que efectiva y realmente trabajó en la casa -sin que obren en tal sentido datos objetivos, sólidos y relevantes, y al socaire de meras conjeturas, especulaciones o suposiciones sin fundamento cierto. Y en la p. 84, la autora pone de manifiesto lo que ella denomina las “compensaciones descompensadas” y que “acontecerán al aplicar a rajatabla aquella otra parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual la compensación “resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa” -STS 31 enero 2014 (ROJ STS 433/2014), FD 2º-, con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no “enriquecimiento” o aprovechamiento alguno de resultados de tal división de tareas y aportaciones. Habrá en concreto compensación descompensada -compensación opuesta a la idea de proporcionalidad en la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas (artículo 1438.2 CC)- cuando por virtud de la compensación decretada el cónyuge beneficiario reciba más de lo que le correspondería una vez que se pone en valor monetario su trabajo doméstico, por una parte, y, por otra, también lo que del otro percibió durante el matrimonio para gastos “privativos” suyos que, por rebasar sus necesidades personales, no pudieran contar como gastos o cargas del matrimonio, además de lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido. Si de compensación hemos de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida”.

48 En igual sentido, CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (artículo 1438 CC) desde la perspectiva del TS”, *El Derecho.com*, disponible en <https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts>, última consulta 14/09/2108.

49 Vid. ARRÉBOLA BLANCO, A.: “¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 13 de julio de 2017, núm. 9020, p. 2.

anterior a la STS 14 julio 2011⁵⁰, que consideraba suficiente la actividad doméstica en régimen de dedicación mayoritaria compaginada con una actividad fuera del hogar entendiendo que no se exige que aquella actividad en el hogar sea absoluta y exclusiva, bastando que sea predominante frente al otro cónyuge⁵¹.

¿No será esta, en definitiva, una forma de comunicar al reclamante los beneficios obtenidos por el otro esposo? Se puede producir en ciertos casos, incluso, una situación de enriquecimiento del cónyuge solicitante de compensación cuando su consorte ha estado invirtiendo todos los ingresos obtenidos en atender los gastos familiares y no se ha enriquecido a costa de la dedicación del otro al hogar⁵². ¿No sería más adecuado exonerar al cónyuge que se empobreció sufragando las cargas familiares?

Sin embargo, el Tribunal Supremo confirmó su apoyo a la llamada interpretación literal hasta en otras tres ocasiones diferentes a través de las SSTS 26 marzo 2015⁵³, 14 abril 2015⁵⁴ y 28 febrero 2017⁵⁵, entendiéndose conforme a dicha jurisprudencia que la compensación *únicamente se puede obtener cuando* quien pretende constituirse en acreedor, ha realizado con exclusividad trabajo para la casa pero no cuando se han desarrollado además otras actividades, como el ejercicio de trabajo o profesión a tiempo parcial o en jornada completa⁵⁶ salvo que se trate de la realización de trabajo no retribuido o en precario para la empresa familiar.

50 STS 14 de julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

51 Y sin necesidad de probar la imposibilidad para trabajar: STS 14 marzo 2017 (ROJ STS 977/2017). Por su parte la SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ SAPV 4332/2001): la compensación regulada en el artículo 1438 del Código Civil exige... que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de ellos sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye. Lo determinante para conceder la compensación, en algunos casos, ha sido la mayor aportación de un cónyuge al trabajo para la casa, en proporción muy superior al otro, por lo que es indiferente que el acreedor realice algún trabajo fuera de casa, sea a tiempo total o parcial: en este sentido, SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ SAP CO 1544/2002), SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ SAP CA 1404/1999), entre otras todas ellas previas a la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011); Vid. SAP Asturias 2 marzo 2010 (ROJ SAP O 314/2010) y SAP Madrid 25 febrero 2005 (ROJ SAP M 1981/2005).

52 Mejor entendimiento de la cuestión ha realizado la jurisprudencia menor en algunos casos: En este sentido se pronuncia la SAP Zaragoza 3 marzo 2009 (ROJ SAP Z 672/2009), que señala que "... si como en el caso ha sucedido según lo que resulta de lo actuado, la esposa se dedicó al cuidado de la familia y los únicos ingresos que entraron en la casa fueron los obtenidos por el esposo, quien se los entregaba a aquélla para atender las cargas familiares, no constando, por otro lado, que el esposo se haya hecho durante el matrimonio con más bienes que los existentes con anterioridad al mismo, debe concluirse que la contribución de ambos cónyuges, uno con el trabajo fuera de la casa y la esposa con el trabajo dentro de ella, merece la misma valoración, y, por ello, que ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento...".

53 STS 26 marzo 2015 (ROJ STS 1490/2015).

54 STS 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015).

55 STS 28 febrero 2017 (ROJ STS 714/2017).

56 Incluso se concede el derecho a la misma si esa dedicación exclusiva se compatibiliza con la ayuda ocasional del otro cónyuge o de tercera persona.

A) *Inclusión del trabajo para la empresa familiar.*

En este sentido, el trabajo no retribuido de un cónyuge en la actividad de su consorte es considerado como una forma de contribuir a las cargas del matrimonio para el Tribunal Supremo quien en STS 26 abril 2017⁵⁷ introduce el criterio de que “la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión “trabajo para la casa” contenida en el artículo 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”⁵⁸. Se introduce así, un cambio en la interpretación anterior del propio Tribunal entendiendo que se debe “atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera, por tanto, del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo, si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia”. Por tanto, se concederá la “compensación” en los casos donde también se trabaja fuera del hogar dentro de la empresa familiar siempre que el cónyuge reclamante trabaje en la empresa familiar en calidad de trabajador por cuenta propia. Si el cónyuge está dado de alta en la empresa familiar por cuenta ajena, no parece que proceda la compensación.

Cuando un cónyuge ayuda en la profesión del otro se puede entender que se crea una sociedad de hecho, como manifiesta LACRUZ quien es partidario de aplicar analógicamente el precepto⁵⁹. Aunque quizá, al encontrarse los patrimonios separados, si uno de los cónyuges trabaja sin ningún tipo de remuneración en la empresa propiedad del otro cónyuge se debería otorgar alguna compensación por las ganancias obtenidas por tal sujeto, pues tal labor excede de la mera contribución a las cargas del matrimonio; es más, algún sector doctrinal plantea que se debería cuestionar si tal labor incluso se debe calificar como contribución a las cargas del matrimonio al no tener cabida en su tenor tal actividad⁶⁰ pese a la interpretación extensiva que realiza nuestro Alto Tribunal.

57 STS 26 abril 2017 (ROJ STS 1591/2017).

58 Este criterio se contradice con el fijado en las STS 28 febrero 2017 (ROJ STS 714/2017) y STS 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015) y provoca un agravio comparativo en los casos enjuiciados denegados.

59 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2008, p. 262: “más fácilmente cabrá estimar esto cuando un cónyuge aporte, además de su actividad, bienes al negocio de que es titular el otro, pero aun la sola aportación de actividad no siempre habrá de calificarse de prestación puramente gratuita o expresión de la mutua ayuda debida entre los cónyuges”; vid. SAP Alicante, 12 abril 2006 (ROJ SAPA 2454/2006); SAP Zaragoza 16 mayo 2006 (ROJ SAP Z 930/2006) y SAP Alicante 23 noviembre 2001 (ROJ SAPA 5174/2001): la compensación prevista en el artículo 1438 CC debe interpretarse y aplicarse de forma analógica a otros supuestos (como el trabajo para el negocio del otro cónyuge), al tener la misma ratio de compensar el exceso de contribución a las cargas.

60 VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración”, cit., p. 225.

B) La irrelevancia del empleo de servicio doméstico

La dedicación a las tareas del hogar y cuidado de la familia no precisa la ejecución material del trabajo doméstico, sino que es suficiente su dirección y responsabilidad, por lo que aunque dichas tareas no se ejecuten materialmente por quien reclama como deudor de tal compensación, se deberán tener en cuenta las condiciones y circunstancias en que se presta, atendiendo a la posición de la familia y a los usos del hogar familiar, no incluyendo sólo la pura actividad material encaminada a satisfacer las necesidades de mantenimiento alimenticio, del arreglo del hogar o de atención a los componentes del grupo, sino también las labores de dirección, administrativas o burocráticas dirigidas a una adecuada gestión de los intereses familiares⁶¹. Por tanto, la existencia de servicio doméstico, *a priori*, no excluye la posibilidad de considerar el trabajo para el hogar como contribución a las cargas del matrimonio, sin perjuicio de valorar según las circunstancias, dicho trabajo. Así, según las circunstancias, el mero control del servicio doméstico y las atenciones a las relaciones sociales de la familia en según qué casos, así como la atención de los hijos, puede computarse como una labor susceptible de ser tenida en cuenta como contribución a las cargas matrimoniales⁶².

Sin embargo, algunos pronunciamientos judiciales han excluido la compensación cuando la esposa dispuso de servicio doméstico⁶³: "... no existe causa justificadora del reconocimiento de un derecho a la pretendida indemnización, pues el matrimonio ha dispuesto de servicio doméstico más que suficiente tanto en la vivienda habitual como en las segundas residencias ... lo que le permitió desarrollar una vida más confortable y apacible, pero no lo hizo para atender en exclusiva al hogar familiar dedicando su tiempo a las tareas domésticas —trabajo para la casa— y exonerando al matrimonio de la carga de pagar a empleadas del hogar...". Pero no el Tribunal Supremo, que reconoce, aunque modera, el derecho a la

61 MONTÉS RODRIGUEZ, M^a. P.: "El derecho", cit., p. 363.

62 MORENO VELASCO, V.: "Aspectos prácticos", cit., pp. 5-6. Para una parte considerable de la jurisprudencia existe una equiparación o equivalencia entre el desempeño de las tareas domésticas o trabajo para hogar y la dedicación a la familia, por ejemplo, llevar y traer los niños al colegio, acompañarles al médico para revisiones, vacunas, etc., vid. SAP Alicante 8 octubre 1999 (ROJ SAP A 3843/1999); SAP Toledo 9 noviembre 1999 (ROJ SAP TO 936/1999); SAP Santa Cruz de Tenerife 26 marzo 2004 (ROJ SAP TF 591/2004) o la SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ SAP V 4332/2001).

63 SAP Sevilla 27 abril 2007 (ROJ SAP SE 2450/2007). La SAP Alicante 10 junio 2010 (ROJ SAP A 3210/2010) tampoco reconoce la compensación si el servicio doméstico se ocupa de la totalidad de las tareas y el cónyuge demandante tan sólo supervisa y dirige; o la SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ SAP M 13155/2009), entre otras. Otra visión acorde con el Tribunal Supremo encontramos en la SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ SAP CO 185/2004): "pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días", o la STSJ Cataluña 8 julio 2011 (ROJ STSJ CAT 8555/2011), que establece que contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa la dedicación al cuidado de la casa y de los hijos durante los diecisiete años de matrimonio, al igual que la STSJ Cataluña 31 octubre 2011 (ROJ STSJ CAT 10793/2011), que concede tal compensación al acreditarse que la actora se dedicó exclusivamente al cuidado de los hijos y de la familia, siendo indiferente que para ello contase con servicio doméstico: Al igual que la SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ SAP CA 1404/1999) y la SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ SAP PO 797/2006).

compensación en favor de la esposa en su STS 25 noviembre 2015⁶⁴, Fundamento Jurídico Tercero, pese a que contó con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chofer pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la “dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, que difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico”. Ciertamente la dirección de los trabajos de limpieza, el interés y amor por la familia es difícilmente sustituible por terceras personas, pero ¿qué sentido tiene compensar las tareas domésticas a quien ni las realizó ni las sufragó? ¿Acaso el cónyuge que las sufragó carecía de interés y amor por la familia?

Todo ello contrasta gravemente con la nula compensación por la sobrecarga de la mujer en la mayoría de los hogares españoles.

2. El exceso de aportación y la realidad socio-familiar española

En clara contraposición con la línea jurisprudencia marcada por el Tribunal Supremo, un amplio sector doctrinal y jurisprudencial considera que la mayor contribución o “sobreaportación” de uno de los miembros de la pareja le otorga derecho a solicitar dicha indemnización a pesar de que pueda tener un trabajo remunerado fuera del hogar. Por el contrario, otros consideran que si realiza un trabajo remunerado fuera del hogar ya no tiene sentido la compensación, en cuyo caso “la realización del trabajo doméstico podría tenerse en cuenta como elemento a contabilizar en la contribución a las cargas familiares, pero no procedería a efectos de compensación”⁶⁵.

Lo bien cierto es que no son pocos los supuestos en la práctica en que uno de los cónyuges contribuye en mayor medida a tales tareas debido a su mayor implicación o porque su trabajo se lo permite, y con ello excede de la contribución a las cargas exigibles⁶⁶. En estos casos, el objeto de la compensación regulada en el artículo 1438 CC no sería la contribución que corresponde al cónyuge como carga del matrimonio, que no debe ser compensada, sino exclusivamente lo que exceda de tal aportación. Lo que se debe compensar, es pues, la “sobreaportación”, es

64 STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015).

65 REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Separación*, cit., p. 441, considera que el sujeto que trabajó fuera del hogar no debe tener derecho a tal compensación.

66 Es el criterio seguido por numerosas sentencias de la Audiencias Provinciales que conceden el derecho a la compensación en estos casos. En este sentido, SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ SAP M 13155/2009): “cuando uno de los cónyuges ha contribuido de un 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 sentencia de esta misma Audiencia Provincial SAP Madrid 13 diciembre 2011 (ROJ SAP M 15887/2011) establece: “... late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, ello haya 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”, y SAP Sevilla 17 marzo 2004 (ROJ SAP S 1145/2004).

decir, el exceso de la contribución exigible o lo que se ha venido a denominar “sobrecontribución”⁶⁷. No hay compensación cuando la dedicación a las tareas del hogar es equilibrada o paritaria, ni debería serlo, cuando los cónyuges recaban la ayuda de servicio doméstico para realizar todas o la mayoría de las actividades domésticas⁶⁸.

De mantenerse el genérico y abstracto derecho a una compensación que enuncia el citado precepto y su desarrollo jurisprudencial, en mi opinión, se producirán algunas situaciones injustas bien por pretender beneficiar siempre al cónyuge casado en separación de bienes que realiza tareas domésticas en exclusiva, ignorando su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, bien tratando injustamente al cónyuge que ha aportado más de lo que proporcionalmente le corresponde a la economía, gestión y cuidado familiar.

El desempeño del trabajo doméstico en exclusiva como única aportación a las cargas del matrimonio o compaginado con desempeño laboral y/o profesional que puede implicar exceso contribución del matrimonio va a tener también una serie de controvertidos pronunciamientos jurisprudenciales que alejan a nuestros tribunales, en algunos casos, del sentir social: No es el caso de la interesante SAP Navarra 31 julio 2003⁶⁹, que entendió que solo procede la compensación cuando aplicando la regla de proporcionalidad se deduce, que el valor del trabajo para la casa es superior a lo que se debe aportar como contribución a las cargas. En el caso de que la dedicación al trabajo doméstico sea la correspondiente al levantamiento de cargas de manera proporcional, no cabe la compensación. En general la jurisprudencia menor ha sido favorable a la concesión de la compensación por trabajo doméstico, aunque el cónyuge acreedor trabaje fuera del hogar, siempre que se acredite la “sobrepotación”, como por ejemplo la SAP Córdoba 11 noviembre 2002⁷⁰ y 6 febrero 2004⁷¹, SAP Navarra 2 junio 2004⁷², SAP Zaragoza 20 mayo 2005⁷³, SAP Murcia 6 noviembre 2006⁷⁴ o la SAP Pontevedra 20 abril 2006⁷⁵, muy en consonancia con la realidad socio-familiar de los hogares españoles.

La realidad social española nuevamente es arrolladora, tanto que los datos hablan por sí mismos:

67 En el mismo sentido, VERDEIRA IZQUIERDO, B.: “Configuración de”, cit., p. 236.

68 AMENGUAL BUNYOLA, G.A.: “La compensación”, cit., pp. 16 y 17.

69 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ SAP NA755/2003).

70 SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ SAP CO 1544/2002).

71 SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ SAP CO 185/2004).

72 SAP Navarra 2 junio 2004 (ROJ SAP NA 584/2004).

73 SAP Zaragoza 20 mayo 2005 (ROJ SAP Z 1385/2005).

74 SAP Murcia 6 noviembre 2006 (ROJ SAP MU 2370/2006).

75 SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ SAP PO 797/2006).

En España las mujeres se han dedicado de forma exclusiva no sólo a las tareas domésticas derivadas de la atención a la familia, sino también al cuidado de hijos y mayores. Durante las últimas décadas, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, se ha producido de una manera progresiva pero irreversible sin que haya supuesto una paralela democratización de la vida doméstica⁷⁶. La mujer no ha visto reducidas por ello sus tareas domésticas, asumiendo todas aquellas que no ejecuta el hombre y todas aquellas asistenciales que no proporciona el Estado (centro de atención de niños y de personas mayores)⁷⁷.

En relación con el desempeño de un puesto de trabajo a tiempo parcial para compatibilizarlo con la atención al hogar y la familia, los datos obtenidos en 2010 -un año antes de la controvertida STS 14 julio 2011-⁷⁸según la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar⁷⁹, indicaban que el 97,3% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de hijos de 14 o menos años (propios o de la pareja) eran mujeres, y el 53,3% de estas mujeres alegaba como principal razón el alto precio de los servicios del cuidado de niños. Si ampliamos los datos al cuidado de las personas dependientes: en base a la información de este módulo del año 2010, el 89,1% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de personas dependientes (enfermos, familiares o amigos de 15 o más años) eran mujeres. Las principales razones alegadas eran igualmente, el alto precio de estos servicios (37,2%) y la ausencia de servicios de cuidados de personas dependientes (24,3%). Luego, en estos casos, o la economía familiar no era muy boyante o lo que aportaba el otro cónyuge no era mucho en términos económicos para sufragar los gastos comunes.

Según datos más recientes proporcionados por la encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018 del INE, en el año 2017, la principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial como consecuencia del cuidado de personas dependientes sigue siendo el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos (53,4%)

76 CREMADES GARCÍA, P.: "El reparto", cit., p. 7; y MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "El nuevo", cit., pp. 1-2.

77 INE, *encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018*, disponible en, https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472720&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayou¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888, última consulta 29/09/2018.

78 STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

79 Información disponible del módulo del año 2010 de la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar. Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583>, última consulta 01/10/2018. Entre las personas paradas por hacerse cargo del cuidado de hijos, según la información del módulo del año 2010, el 82,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 97,2%. Entre las personas paradas por hacerse cargo de personas dependientes (enfermos, familiares, amigos), según el módulo del año 2010, el 77,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 93,1%. La principal razón alegada entre las personas paradas e inactivas es que los servicios de cuidado de personas dependientes eran muy caros.

y un (3,3%) alega el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores.

Según grupos de edad, en el año 2017 el porcentaje más alto de mujeres y de hombres que trabajan a tiempo parcial porque cuidan a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 35 a 44 años, (61,4%) en las mujeres y (53,7%) en los hombres. En el año 2017, el porcentaje más alto de mujeres paradas que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde a las que tienen de 35 a 44 años (29,1%), en los hombres el mayor porcentaje de parados que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 45 a 54 años (25,0%). En cuanto a las personas inactivas, en el año 2017 el porcentaje más alto de mujeres y hombres que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 35 a 44 años, 32,5% en las mujeres y 32,8% en los hombres.

Según la información que proporciona la información de submuestra de la EPA del año 2017, 14.100 hombres y 263.900 mujeres trabajaron a tiempo parcial en 2017 por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), es decir el 94,9% eran mujeres. La principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial por el cuidado de personas dependientes (niños, adultos), era el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos⁸⁰. Poco han cambiado las cosas desde el año 2010.

Asimismo y de acuerdo con la tasa de empleo en España por sexo y edad para 2017, la realidad social indica que la brecha de género en las tasas de empleo⁸¹ para edades comprendidas entre los 20 y 64 años es de 11.9 puntos (prácticamente al mismo nivel que la UE, que es de 11.6) y en 2010 era de 12.9⁸². Estos datos indican que la incorporación de la mujer al mercado laboral es un hecho incuestionable y que cada vez se igualan más dichas tasas con los hombres⁸³.

A la vista de los datos facilitados esta interpretación jurisprudencial no tiene ya sentido -tampoco en 2011- dentro de una realidad como la española en que la mujer finalmente ha conseguido acceder al mundo laboral, y en un importante porcentaje desempeña actividades remuneradas a tiempo parcial para poder compatibilizarlas con el cuidado de sus hijos y personas dependientes, sin que parezca tenerse en cuenta en estos pronunciamientos. La interpretación y aplicación de las normas por parte de los tribunales debe tener en cuenta la realidad social del tiempo en

80 Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583>, última consulta 1/10/2018.

81 Brecha de género en las tasas de empleo es la diferencia en puntos porcentuales entre las tasas de empleo de los hombres y las tasas de empleo de las mujeres.

82 Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10887>, última consulta 1/10/2018.

83 No obstante, la tasa fluctúa según años, v. gr. en 2013 fue de 9.7 puntos porcentuales.

que han de ser aplicadas las normas jurídicas y constituye, todavía hoy, uno de los criterios de interpretación válidamente admitidos en el primer apartado del artículo 3 del Código Civil⁸⁴.

Los avances en la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, lejos de equipararla a su compañero la sitúan en la denominada doble -y agotadora- jornada femenina. La mujer española, no sólo desarrolla un trabajo por cuenta ajena (o en régimen de autonomía, según los casos), sino que cuando llega a casa, debe efectuar aquellas tareas propias del hogar sin que, por supuesto, este último trabajo sea valorado o considerado, propiamente como tal por los tribunales. La conciliación la vida familiar y laboral⁸⁵ supone para la mujer un esfuerzo ímprobo y poco reconocido. Esta segunda jornada de la mujer trabajadora no se encuentra valorada económicamente pese a que las tareas domésticas no desarrolladas por la esposa requerirán, frecuentemente, de la contratación de un servicio doméstico al que habrá que remunerar, por lo que, en conclusión, el trabajo doméstico de la mujer ahorra a la cuenta de gastos de la economía familiar.

Es innegable que España ha tendido ligeramente hacia una mayor igualdad en el desempeño del trabajo doméstico entre 2003 y 2010, pero la nota dominante es de una clara y persistente desigualdad que se mantiene tras los últimos datos obtenidos⁸⁶. La mayoría de los estudios demuestran que las parejas donde el varón desempeña una actividad profesional retribuida y la mujer está desempleada, las mujeres dedican muchísimo más tiempo al trabajo doméstico que los hombres.

84 En el mismo sentido, ARRÉBOLA BLANCO, A.: "¿Un avance", cit., p. 3. Sorprende, sin embargo, que en la STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015), el Tribunal Supremo mantiene su doctrina sobre que la dedicación a las tareas del hogar debe ser exclusiva pero no excluyente pese a que la esposa, muy adinerada, reclama a su cónyuge la compensación por trabajo doméstico, a pesar de que contaba con ayuda externa e incluso chófer... En su argumentación el Tribunal Supremo entiende que "la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges. Si la demandante hubiera realizado algún trabajo fuera del hogar, quedaría excluida del derecho y no tendría derecho a "nada". Por ello, este derecho a compensación existe con independencia del patrimonio del cónyuge acreedor y de que se encuentre o no en situación de necesidad. Es sorprendente esta doctrina jurisprudencial que conlleva la aplicación objetiva y automática del artículo 1438, y que ha sido muy criticada por MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8, p. 3, en relación a la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), al preguntarse si esta doctrina significa que el cónyuge que haya obtenido los recursos económicos para la familia mediante una actividad laboral retribuida, debe satisfacer una cantidad de dinero al que se ocupó mientras tanto del trabajo doméstico, con independencia de si ello le reportó o no algún beneficio económico exclusivo. Lo cierto es que ambos cónyuges en este caso se han beneficiado recíprocamente de la actividad del otro, ambos contribuyeron al levantamiento de las cargas del matrimonio sólo que de distinta manera: uno mediante los recursos obtenidos a través de una actividad remunerada y el otro haciéndose cargo de los asuntos domésticos. Que esto sea así, no parece razón suficiente (más allá de la necesidad de revalorizar el trabajo en la casa) que justifique el reconocer automáticamente al cónyuge que se ocupó del hogar un derecho de compensación económica.

85 CREMADES GARCÍA, P.: "El reparto", cit., p. 2. En opinión de esta autora, conviene recordar que las reducciones en las jornadas de trabajo para atender a la casa y a los hijos son muy frecuentes en las mujeres. Y todo ello repercute en general en su distinta posición familiar y laboral. A pesar de las medidas que legalmente se van adoptando en el ámbito público, tendentes a evitar situaciones de discriminación tanto de tipo salarial como ocupacional, sin embargo, siguen existiendo dificultades para acceder las mujeres a puestos de responsabilidad en las empresas o para promocionarse, ya que su dedicación profesional está coartada en gran medida por sus responsabilidades domésticas y filiales. Es innegable.

86 Datos anteriores del INE de 2010, relativos a la Encuesta de Empleo del tiempo 2009-2010, los varones españoles dedicaban en esas fechas, 2,37 horas diarias a las actividades del hogar, mientras que las mujeres casi

Ahora bien, cuando es el hombre quien está en paro, y la mujer no, ambos dedican el mismo tiempo al trabajo doméstico. En parejas donde ambos están empleados o ambos están en paro la contribución del hombre no supera el tercio del volumen de trabajo doméstico del hogar⁸⁷. Toda esta variedad de situaciones conyugales que abarcan los supuestos en los que uno de cónyuges no desempeña trabajo externo retribuido hasta los casos en que ambos tienen jornadas laborales interminables y deben de contar con ayuda externa, deben poner igualmente el foco en la plena aplicación del principio de corresponsabilidad doméstica, estando más justificado, en la práctica, si son ambos cónyuges los que trabajan fuera de casa. Sin embargo, los datos indican que el varón, en España, no acaba de asumir lo que impone, con escaso éxito, el artículo 68 CC⁸⁸. Y la exclusión de compensación en favor del cónyuge que compagina trabajo en el hogar con trabajo retribuido –la mujer en un porcentaje mayoritario- supone, en mi opinión una doble discriminación.

duplicaban esta cifra: 4,36 horas diarias. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t25/e447/a2009-2010/p04/10/&file=4.1.px>. Última consulta 28/09/2018.

Sin embargo los datos más recientes de la última encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar son de mayo de 2018 y se pueden consultar en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472488&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSL, donde se recogen datos del año 2015. La Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015 proporciona el número de horas a la semana que las personas que trabajan dedican al trabajo principal, a un segundo empleo, a las actividades de trabajo no remunerado (cuidado y educación de sus hijos o nietos, cocinar y realizar tareas domésticas, cuidado de familiares ancianos o con alguna discapacidad, hacer un curso o formación, actividades deportivas, culturales o de ocio, políticas o sindicales, actividades de voluntariado o caritativas) y al desplazamiento desde casa al trabajo y del trabajo a casa. Se proporciona información por sexo, tipo de jornada, tener hijos o no, y según si la pareja trabaja o no. Además, son más largas las jornadas de trabajo (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos) de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos), los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial. Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015, el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. En cuanto a la frecuencia: Un 77,5% de mujeres trabajadoras y un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas.

- 87 Estudio de enero 2015, disponible en https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/Genero-domestico-Tiende-Espana-igualdad_6_345125504.html, última consulta 28/09/2018. En este sentido, ya apuntaba CREMADES GARCÍA, P.: "El reparto", cit., p. 2, que algo está pasando en nuestra sociedad porque con la pretensión de compartir las tareas domésticas, se intenta superar el abismo en un campo tradicionalmente reservado, el de la ejecución de las tareas domésticas, a las mujeres... Las cifras avalan lo dicho, y según los datos facilitados por el Instituto de la Mujer, las mujeres dedican 3,6 horas diarias al hogar, los hombres apenas dedican 44 minutos a las mismas tareas (datos de 2008).
- 88 Para CREMADES GARCÍA, P.: "El reparto", cit., pp. 7 y 8, si los miembros de la pareja han decidido que sea uno de ellos quien aporte los ingresos con su trabajo fuera del hogar; mientras que el otro, se queda en casa, asumiendo las tareas domésticas, ello es una contribución a las cargas del matrimonio por parte de quien las asume, pero será un claro incumplimiento por parte del otro pese a esta supuesta "autorización pactada" de lo contrario, la norma del artículo 68 es una mera declaración de principios sin efectos jurídicos. De lo que nadie parece dudar es de que los deberes conyugales en general, tienen un alto contenido ético y moral, y que es imposible su ejecución forzosa. Por tanto, su reparación para el caso de incumplimiento vendría por la concurrencia de daño como consecuencia del referido incumplimiento. Pero para que tenga lugar la reparación del daño a través de la aplicación del artículo 1902 del CC no basta el incumplimiento de los deberes conyugales, sino que se requiere la existencia de un daño resarcible, el dolo o culpa del agente dañoso, y el nexo de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento

Según la información que proporciona la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de 2015⁸⁹ del número de horas a la semana dedicadas (al empleo principal, otro empleo, trabajo no remunerado, desplazamientos) según sexo y tipo de jornada de las personas ocupadas, son más largas las jornadas de trabajo (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos) de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos), los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial.

En relación con las horas al día dedicadas a actividades de trabajo no remunerado por trabajadores que realizan dichas actividades, el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. El porcentaje más alto de mujeres trabajadoras (43,3%) que realizan tareas domésticas y de cocina dedican dos horas diarias a estas tareas. El porcentaje más alto de hombres trabajadores (42,5%) dedican una hora diaria a estas mismas tareas.

En relación con la frecuencia con que se realizan actividades de trabajo no remunerado, un 47,4% de mujeres trabajadoras y un 31,5% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos; un 77,5% de mujeres trabajadoras y un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas; un 15,4% de hombres y un 2,3% de mujeres que trabajan no realizan nunca actividades de cocinar y tareas domésticas; un 39,4% de hombres y un 34,4% de mujeres que trabajan no realizan nunca actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos.

Según tipo de hogar, los hombres sin hijos con pareja que trabaja dedican 8,7 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado, las mujeres sin hijos con pareja que trabaja dedican 16,4 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado. Los hombres con hijos con pareja que trabaja dedican 20,8 horas a la semana a realizar actividades de trabajo no remunerado, las mujeres con hijos con pareja que trabaja dedican 37,5 horas semanales a estas actividades.

89 Disponible en <http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/ENCT%202015.pdf>.

A la vista de los datos, sería deseable que la diferente situación actual pueda servir en el futuro para propiciar un giro en la -poco ajustada a la realidad social- opinión del Tribunal Supremo, toda vez que esta realidad social nada tiene ya que ver con aquella de 1981 cuando se promulgó la norma.

No es fácil entender que el Tribunal Supremo conceda la compensación en los supuestos de dedicación exclusiva para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por “quedarse en casa”⁹⁰ y se deniegue a aquéllos que realizan una doble jornada para contribuir económicamente con los rendimientos del trabajo y en especie con su trabajo y desvelos en el ámbito doméstico y que son mayoría. Esta postura supone un estímulo positivo a no trabajar fuera del hogar, ya que si un cónyuge se dedica solo al trabajo doméstico puede pedir compensación y, en cambio, si realiza todas las tareas domésticas y además lo compagina con un trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a nada⁹¹. Creemos que debería revisarse la interpretación que hace el Tribunal Supremo de esta norma. No olvidemos que si algo se señala en el artículo 1438 CC es que el trabajo doméstico - que debe ser proporcional a los ingresos (no igual)- será computado como contribución a las cargas del matrimonio y lo harán, según los pactos o acuerdos alcanzados. A falta de dichos pactos, cada cónyuge deberá contribuir proporcionalmente a sus recursos económicos. En mi opinión la clave para conceder o no la compensación habría que buscarla en la proporcionalidad de la aportación.

Mantener la actual interpretación del artículo 1438 CC propicia y ampara la injusta situación en favor de aquel cónyuge que no trabajando fuera del hogar no contribuye de otra forma al abono de los gastos familiares, porque si la contribución del cónyuge solicitante de compensación es la estrictamente obligada para su justa y equitativa contribución a las cargas del matrimonio y en cumplimiento del principio de corresponsabilidad doméstica, no entendemos qué se le ha de compensar y por qué.

90 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Paradojas”, cit., p. 57, para quien ¿conviene -o hasta se debe- entender que lo que, en último término, da su sentido y razón de ser al artículo 1438 in fine CC es evitar una suerte de aprovechamiento o “enriquecimiento” injustificado del cónyuge que se benefició del real y efectivo trabajo doméstico del otro? ¿O debemos asumir que nos hallamos ante un larvado sistema de “indemnización” -otro más (si pensamos en algunos supuestos de pensión compensatoria)- para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por “quedarse en casa” (a menudo trabajando en efecto en ella, aunque otras veces poco o incluso nada), ya que con los ingresos del cónyuge se vivía holgada y sobradamente (y hasta había para pagar el servicio doméstico)?

91 En todo caso más derecho tendría el cónyuge que, con una actividad laboral remunerada, se encarga también del trabajo en casa por lo que contribuye de dos maneras al levantamiento de las cargas, sobre todo si se entiende que la *ratio legis* del precepto es evitar el enriquecimiento de uno de los cónyuges. MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: “El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREM: análisis comparativo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, núm. 3, pp. 359-374, vid. pp. 367 y 368.

V. CONCLUSIONES

La compensación regulada en el artículo 1438 CC, no deja de ser una indemnización por la dedicación y los trabajos pasados en pro de la familia que se establece por el legislador para salvaguardar el principio de igualdad entre los cónyuges que debe regir durante la vigencia del matrimonio y evitar situaciones de desequilibrio tras la ruptura matrimonial, pese a que la incorrecta aplicación del mismo -con la exigencia de su ejercicio en régimen de exclusividad por la controvertida jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo- puede generar aquello que precisamente pretende evitar: la desigualdad y los desequilibrios patrimoniales en un régimen disociativo que se pacta voluntariamente. Consecuencias que se manifiestan de la siguiente manera:

1º) A día de hoy, la generalidad de las familias no puede prescindir de una segunda fuente de ingresos para dedicarse exclusivamente al cuidado del hogar, antes al contrario, con la incorporación de la mujer al mercado laboral y su elevada cualificación, en la mayoría de los casos ambos cónyuges desarrollan actividades profesionales y mayoritariamente, la mujer española reduce su jornada laboral para poder compaginar su empleo con la atención y cuidado del hogar y la familia.

2º) El reconocimiento de compensación a quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge fuera del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, acrecienta el trato discriminatorio hacia el cónyuge que compatibiliza ambos cometidos, casa y desempeño profesional, con independencia de la empresa del consorte. Quizá fuera más oportuno compensar estas ayudas a la empresa familiar por otro concepto.

3º) La dedicación a la familia en exclusividad no debería implicar automáticamente un exceso de contribución que pueda generar *per se* un derecho a la compensación, máxime si se ha dispuesto de empleados domésticos. La equidad exige ponerlo en relación con el deber de corresponsabilidad doméstica del artículo 68 CC.

4º) La dedicación a la familia en exclusividad no debería implicar, en todo caso, una pérdida de oportunidades para el cónyuge doméstico. La pérdida de oportunidades, a la vista de la realidad social española habrá que buscarla en las reducciones de jornada de la mujer para poder atender al cuidado de la familia y el hogar; y si bien es cierto que la salida del mercado de trabajo representa una evidente pérdida de oportunidad para quienes asumen dicha tarea, no lo es menos que también pueden experimentar una similar pérdida de oportunidades salariales, de promoción, etc., quienes, en lugar de abandonar por completo su actividad profesional, toman la iniciativa de compaginar ambos cometidos –a veces, mediante el trabajo a tiempo parcial- y contribuyen a sí a las cargas del

matrimonio en un exceso de generosidad y medios. En cualquier caso, la pérdida de expectativas u oportunidades salariales, profesionales o laborales parece más apropiado compensarla mediante la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, que, a su vez, que atiende también a la dedicación pasada y futura a la familia en lugar de conceder en estos casos la indemnización del artículo 1438 CC que tiene por objeto indemnizar el exceso de dedicación pasada únicamente, no nos parece admisible indemnizar el mismo concepto por dos vías diferentes.

5º) La eliminación, a la hora de fijar la compensación del artículo 1438 CC, del parámetro del incremento patrimonial del otro cónyuge atenta a la equidad al no tener en cuenta cuál ha sido su verdadera aportación económica a las cargas del matrimonio ni la verdadera situación económica y patrimonial del otro cónyuge que quizá lo aportó todo.

6º) El régimen de separación de bienes es un régimen disociativo y nada solidario que se pacta voluntariamente porque se encuentra alejado de los postulados comunitarios más acordes con la idea del matrimonio de compartir algo más que techo y lecho, por lo que determinadas interpretaciones de sus preceptos reguladores pueden desnaturalizar la esencia del mismo y, a su vez, conducir a situaciones injustas no previstas ni asumidas por los cónyuges en el momento del pacto.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MERINO, J.: "La asignación del domicilio familiar en los casos de guarda y custodia compartida. La compensación por desequilibrio patrimonial", Jornadas de Derecho de Familia de la AEAFA, Palma de Mallorca, julio 2010.

AMENGUAL BUNYOLA, G. A.: "La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, pp. 1-61.

ARRÉBOLA BLANCO, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley*, 13 de julio de 2017, núm. 9020, Sección Doctrina.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005", *CCJC*, 2006, núm. 70.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: "La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (artículo 1438 CC) desde la perspectiva del TS", *El Derecho.com*, disponible en <https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts>, última consulta 2/10/2108.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo V, vol. 1º, Reus, Madrid, 1961.

CREMADES GARCÍA, P.: "El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar", *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley, 41321/2008.

DE LOS MOZOS, J. L.: "La igualdad entre cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas", *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, enero-diciembre, 1982, vol. I.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), T. XVIII, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1985.

DIEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, Derecho de Familia, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2018.

GARCIA CANTERO, G.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, vol. I, Reus, Madrid, 1987.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, diciembre 2015.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, Bosch, Barcelona, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, Familia*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, Familia*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2010.

LETE DEL RIO, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal", *RGLJ*, 1976/I, p. III y ss.

LOPEZ MEDEL, J.: "Familia y régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1980-I, p. 95 y ss.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "El nuevo papel de la mujer en el Derecho", *Diario La Ley*, 1982, tomo I, Editorial La Ley, La Ley 20023/2001.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentario a los artículos 1435 a 1.444 CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II, p. 864 y ss.

MONTES PENADES, V. L.: "El régimen de separación de bienes" en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1914 y ss.

MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: "El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 359-374.

MORENO VELASCO, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, nº 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, La Ley 3441/2010.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8.

REBOLLEDO VALERA, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*, Edersa, Madrid, 1983.

RENAULD, J.: *Droit patrimonial de la famille*, Tomo I, *Regimes matrimoniaux*, Lacier, S. A., Bruxelles, 1971.

SAVATIER, R.: *Le droit, l'amour et la liberté*, Librairie General, París, 1963.

SERRANO-CAMPUZANO-GONZÁLEZ-CARBAJO: *Régimen económico del matrimonio*, Forum, Oviedo, 1996.

TORRES LANA, J. A.: "Artículo 1438", en J.L. ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1991.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27.

VIDAL TAQUINI, C.H.: *Régimen de bienes en el matrimonio*, Astrea, Buenos Aires, 1993.