

ENRIQUECIMIENTOS «INJUSTOS» EN LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO

(Excesos y defectos en la interpretación del artículo 1.438 del Código Civil)

Pilar Gutiérrez Santiago

Profesora titular de Derecho civil (acreditada como catedrática, 2009).

Universidad de León

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2015** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

Los profundos cambios laborales y culturales acaecidos desde que en 1981 se introdujera en el artículo 1.438 *in fine* del CC la compensación del trabajo doméstico aconsejan hacer balance de esta regla de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes y conducen a poner en tela de juicio el sentido que, en el presente contexto social y familiar (art. 3.1 CC), pueda hoy tener como mecanismo *igualador* de los cónyuges. A su discutible fundamentación en la doctrina de la «*pérdida de oportunidades profesionales*», su incongruencia con el «*deber*» de corresponsabilidad doméstica (art. 68.2 CC) y al escaso soporte *probatorio* de la *efectiva y real* dedicación a la casa que reina en la praxis judicial (*ex art.* 217 LEC), se suma la controvertida jurisprudencia del Tribunal Supremo que reputa el trabajo doméstico como título formal que, *per se*, crea un derecho de crédito a favor de quien lo realizó, prescindiendo de todo lucro o beneficio del consorte a resultas de que ese trabajo implicara una «*sobreaportación*» de aquel, *por encima* de lo que era propiamente su obligación legal de contribuir al levantamiento de las cargas familiares (art. 1.438.1 CC). El carácter anómalo que, por su sesgo *comunitario*, presenta la compensación del artículo 1.438 dentro de la idiosincrasia del régimen de separación –que puede así devenir en pura quimera–; su espinosa compatibilidad con la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del CC (y el patente riesgo de *duplicidad* valorativa de la dedicación al hogar); así como, de otra parte, la paradójica exigencia de «*exclusividad*» del trabajo doméstico como presupuesto de su compensación, hacen que esta pueda desembocar fácilmente en «enriquecimientos» –ora del cónyuge acreedor, ora del deudor– verdaderamente injustos.

Palabras claves: compensación económica en separación de bienes, pensión compensatoria, trabajo para la casa, enriquecimiento injusto, pérdida de oportunidades profesionales y dedicación exclusiva al hogar.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / *Fecha de aceptación:* 30-06-2015

«UNJUST» ENRICHMENTS ON ECONOMIC COMPENSATION OF HOUSEHOLD WORK

(Excesses and defects in the interpretation of article 1.438 of the Civil Code)

Pilar Gutiérrez Santiago

ABSTRACT

This paper reconsiders the norms governing the dissolution of the separation of property regime in law (art. 1.438 *in fine* CC) and, in particular, the rule that determines the economic value that should be assigned to domestic work. The radical transformation of the socio-economic structure and cultural values since housework compensation was introduced in 1981 in the article 1.438 *in fine* of the Civil Code, advise to take the rule liquidation of the matrimonial regime of separation of property into account and lead to put into question the sense that, in the present social and family context (art. 3.1 CC), it could now have as a *equalising* mechanism for the spouses. As a debatable foundation in the doctrine of the «missed career opportunities», its incongruity with the principle of joint responsibility for housework and childcare (art. 68.2 CC) and the limited evidence supporting the effective and real dedication to housework to reign in the judicial practice (*ex art.* 217 of the Code of Civil Procedure), it must be added the controversial case law of the Supreme Court –sitting in the leading ruling of July 14th 2011 and confirmed by those of January 31st 2014, March 26th 2015 and April 14th 2015– that characterises said domestic work as a formal title that, *per se*, creates a right credited to whom it was made, fully independently of the benefit or gain accrued to the spouse, and of the extent to which such a work represented a burden exceeding the share to be bore by that spouse (beyond its share in family responsibilities, in the terms of art. 1.438.1 CC). The anomalous character, for his *communitarian* bias, presents compensation (art. 1.438) within the idiosyncrasy of the property separation regime –which may well become a pure chimera–; its thorny compatibility with economic imbalance pension of article 97 of the Civil Code (which may lead to household work being considered *twice*); and on the other hand, the paradoxical requirement –highlighted by the SSTs 26th March 2015 and 14th April 2015– of «exclusivity» (full-time) of household work as a necessary condition for obtaining their compensation, make it so it could easily lead to «enrichment» –sometimes of the payer spouse, others of recipient– *truly unjust*.

Keywords: economic compensation in separate property economic regime of marriage, economic imbalance pension, household work, unjust enrichment, missed career opportunities and full-time dedication to domestic work.

Sumario

- I. Planteamiento del tema
 1. Consideraciones introductorias
 2. Presente y futuro de la compensación del trabajo doméstico: Pinceladas *de lege data* y *de lege ferenda*
- II. El «enriquecimiento» del cónyuge deudor a debate
 1. A propósito de la STS de 14 de julio de 2011: Breve recordatorio de su *doctrina jurisprudencial*
 2. Flecos (y algún acierto) en la interpretación del artículo 1.438 del CC por el Tribunal Supremo
- III. La «sobreaportación» o exceso de contribución mediante trabajo para la casa vs. la flagrante erosión del principio de igualdad entre los cónyuges
 1. A vueltas con la compensación económica del artículo 1.438 del CC en la STS de 31 enero 2014: La proporcionalidad en la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio y el cómputo del trabajo doméstico
 2. Enriquecimientos y empobrecimientos en («y por») la compensación económica del trabajo doméstico
- IV. La discutible doctrina de la «pérdida de oportunidad» como fundamento de la compensación económica del artículo 1.438 del CC
 1. Las *expectativas* laborales o profesionales del cónyuge que trabaja para la casa: ¿Realidad o mito?
 2. Igualdad de oportunidades de los cónyuges en el actual contexto social y familiar, libertad de decisión y carácter opcional o electivo del régimen de separación de bienes en el Código Civil español
- V. La «exclusividad» del trabajo para la casa
 1. La sinrazón de la exigencia jurisprudencial de dedicación «*exclusiva*» al trabajo doméstico
 2. El misterioso giro interpretativo sobre el significado del «*solo*» trabajo para la casa en el Auto del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014
 3. Retorno (y matices) al requisito de la «exclusividad» del trabajo doméstico en la STS de 26 de marzo de 2015 (reiterada por la de 14 de abril de 2015): Dedicación «*exclusiva*», pero «no excluyente»
- VI. El recto sentido de la compensación económica del artículo 1.438 *in fine* CC: En contra de las «compensaciones descompensadas» y de las «descompensaciones sin compensación»

Bibliografía

NOTA: Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Razonamiento judicial. Bases teóricas y análisis prácticos» (DER2013-47662-C2-1-R; Calificación: A), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Proyecto de I+D+I del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad).

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Más de tres décadas han transcurrido desde que la Ley 13/1981, de 7 de julio, implantara el divorcio en España; y el mismo tiempo nos distancia del momento en que viera la luz la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificó el régimen económico matrimonial y se introdujera en el Código Civil (CC) patrio, en sede de separación de bienes, el artículo 1.438 y, con él, en su último inciso, la compensación económica del trabajo para la casa.

Los numerosos e importantes cambios económicos, políticos, culturales y de todo orden acaecidos desde aquellas ya lejanas fechas hasta nuestros días hacen que la realidad social en que actualmente se producen las crisis matrimoniales poco tenga que ver con la de la época en que fuera alumbrada la citada Ley del Divorcio y que la economía del matrimonio esté hoy informada por patrones sociológicos, laborales y de mercado completamente distintos a los que, bajo la rémora de cuarenta años de franquismo y en un clima de rancio conservadurismo, imperaban cuando nació la norma contenida en el artículo 1.438 del CC. Todo ello aconseja hacer balance de esta regla de liquidación del régimen de separación y plantearse seriamente, con el peso y la visión sosegada que ofrece tan prolongado periodo de tiempo, si continúan o no siendo válidas en la actualidad las razones que en su momento llevaron a nuestro legislador a instaurar ese singular sistema de compensación económica al cónyuge que trabajó para la casa, como mecanismo *igualador* de ambos consortes en todos los órdenes del matrimonio.

En íntima relación con lo anterior, y en atención a que la caída del modelo patriarcal de familia y la masiva incorporación de la mujer a la actividad económica han representado una extraordinaria mutación y diversificación de los tradicionales roles de cada uno de los cónyuges, se impone también cuestionar si, en pleno siglo XXI y en el presente marco social y laboral –donde mujeres y hombres compiten en pie de igualdad en el mercado de trabajo–, la clásica construcción de la compensación del trabajo doméstico al cobijo de la «*pérdida de oportunidades profesionales*» no se torna, en muchos casos, falaz.

Tampoco parece baldía una reflexión sobre la peligrosa *compatibilidad* de dicha compensación del artículo 1.438 del CC con la figura de la *pensión compensatoria*, ni el consiguiente replanteamiento de la, a menudo, caprichosa forma de cohonestar –y a la postre, duplicar– la valoración del «trabajo para la casa» a que alude aquel precepto con la prácticamente coincidente noción de «dedicación pasada a la familia» que establece el artículo 97.4.º como parámetro para apreciar el desequilibrio económico a paliar con la mencionada pensión.

Con todo, a través de una mirada retrospectiva sobre el funcionamiento a lo largo de todos estos años del artículo 1.438 del CC, el objeto del presente estudio se destinará principalmen-

te a poner sobre el tapete las aporías que, tanto a nivel dogmático como en su propia aplicación práctica, se producen al amparo de la consideración del trabajo doméstico de uno de los cónyuges como fuente o título formal que, por sí mismo, da derecho a la compensación; tesis de corte «objetivo» –consagrada jurisprudencialmente– que, desvinculada por completo de la exigencia de todo lucro o beneficio obtenido por el otro consorte merced a la dedicación hogareña de aquel, no se compadece bien con la obligación legal de ambos de contribuir al levantamiento de las cargas familiares (y con el cabal sentido de la regla de proporcionalidad que rige en la materia, *ex art. 1.438.1 y 2 CC*), y hasta peca de cierta incongruencia con el deber general de los cónyuges –cualquiera que sea su régimen económico matrimonial– de «compartir las responsabilidades domésticas», conforme a la dicción del artículo 68.2 del CC tras su reforma por la Ley 15/2005.

Poco afortunada y germen inagotable de paradojas difícilmente explicables es, desde la óptica inversa, la adición (por vía jurisprudencial, nuevamente) de un presupuesto para la compensación –que, en rigor, la letra del artículo 1.438 del CC no reclama–, cual es la necesidad de que «se haya contribuido "solo" con el trabajo para la casa»; requerimiento de «exclusividad» del trabajo doméstico que produce efectos realmente perversos y, asombrosamente, viene a vetar el derecho a ser compensado a quien, además de soportar el peso de las faenas del hogar y la crianza de los hijos, también trabajó fuera y aportó sus ingresos –cuando, bien al contrario, será precisamente aquí más probable que ese cónyuge haya contribuido *en mayor medida y proporción superior a lo que le correspondía* y resulta de justicia compensarle (más, si cabe, que a quien solo trabajó en la casa, si es que en verdad lo hizo)–.

Si a los apuntados «excesos» y «defectos» en la hermenéutica del artículo 1.438 del CC se suma la problemática de tipo probatorio que la compensación del trabajo doméstico encierra –y la manida suerte de «presunción», contraria a las reglas del *onus probandi* del artículo 217 de la LEC, de que el cónyuge sin trabajo remunerado fuera del hogar trabaja, *efectivamente*, para la casa y la familia–, parece posible sostener que la norma viene con frecuencia a generar «enriquecimientos» (y correlativos empobrecimientos) –ora del cónyuge deudor, ora del acreedor– susceptibles de ser tildados de verdaderamente «injustos o sin causa». De esta guisa, lejos de satisfacer las necesidades que el artículo 1.438 *in fine* está llamado a servir, una aplicación *automática* del mismo –que se pretenda inmune a las metamorfosis y transformaciones sociales acontecidas desde los ya remotos años ochenta y eluda el canon de «la realidad social del tiempo en que [las leyes] han de ser aplicadas» (art. 3.1 CC)– conduce irremediabilmente a consecuencias desmedidas: en contra de la *ratio* última de dicha compensación económica, el principio de igualdad entre los cónyuges sale maltrecho y, pese a la encubierta neutralidad normativa del precepto, su común interpretación viene a *perpetuar discriminaciones antiguas y a crear otras nuevas*.

A fin de mostrar todas esas disfunciones a que da lugar el concreto diseño (legal y, sobre todo, jurisprudencial) de la compensación del trabajo doméstico, se dejará constancia de los embates que la misma ha recibido desde algunos sectores doctrinales y se tomará partido en las diatribas en torno a su caracterización como pieza *anómala* (de signo *comunitario*) y de forzado y chirriante encaje en el engranaje del régimen de separación –de carácter *electivo*– que regula nuestro Código Civil. Si, por mor de dicha compensación, la coherencia global de este sistema económico matrimonial queda en entredicho y su esencia se enturbia, deforma y desnaturaliza en gran medida –a veces por

aproximarse al régimen de participación en las ganancias, otras por brindar al cónyuge acreedor un trato más favorable incluso al que habría resultado de liquidar una hipotética sociedad de gananciales (piénsese en los casos en que el obligado al pago invirtió la totalidad de sus recursos en sostener las cargas familiares, sin el menor sobrante o excedente)—, no resulta exagerado afirmar que, en última instancia, el régimen de separación de bienes puede llegar a convertirse en pura quimera.

Esa perspectiva teórica del tema irá acompañada, como auténtico banco de pruebas de la visión realista de nuestro discurso, de un examen exhaustivo de la nutrida experiencia judicial relativa al artículo 1.438 del CC, complementada con las resoluciones recaídas sobre los preceptos «homólogos» que contemplan algunos de nuestros ordenamientos forales (el catalán y el valenciano, en particular), y prestando especial atención a la controvertida *doctrina jurisprudencial* que acerca de la norma estatal sentara el Tribunal Supremo —en una importante Sentencia, aún cercana a nuestros días, del año 2011 (seguida y complementada por otra de 2014 y dos más de 2015)—. Sumergidos en tan vasto repertorio de datos empíricos, podremos observar que las más de las veces nuestros jueces, dejando asomar reminiscencias ideológicas de antaño, ventilan los litigios con razonamientos y respuestas bastante simplistas, un tanto cómodas y nada acordes a la presente realidad socioeconómica y familiar.

Esperamos que esta invitación a la revisión y el planteamiento remozado de las consecuencias «compensatorias» que, en el seno del régimen de separación, deba hoy tener la dedicación de uno de los cónyuges al trabajo doméstico, pueda contribuir a que, de un lado, *el legislador* sea consciente de que las concepciones sociales y culturales de la época en que se fraguaron las normas que gobiernan la economía del matrimonio difieren sustancialmente de las que impregnan el tejido vivo de nuestra moderna sociedad contemporánea —donde el creciente individualismo, en un contexto marcadamente liberal, deja su impronta de forma especialmente acusada en el terreno de los efectos económicos de las rupturas conyugales—. De otra parte, y si cierto es que las leyes anticuadas vienen a ralentizar y poner trabas a la propia evolución social¹, confiamos asimismo en que el presente estudio sirva de acicate para que nuestros *tribunales*, atentos y sensibles a la actual coyuntura social y laboral, traten de poner remedio al encadenamiento de absurdos y el sinfín de «soluciones» trasnochadas (y manifiestamente injustas) a que aboca una regulación normativa que fuera acuñada pensando en los matrimonios de hace más de un cuarto de siglo; y de ese modo la jurisprudencia, en lugar de ser rehén del pasado, se decante por acompasar a los tiempos la interpretación del artículo 1.438 del CC.

Aunque albergar tales esperanzas sea, acaso, un tanto utópico, no nos resistimos a comenzar ilustrando la temática que será objeto de análisis con unas primeras consideraciones en las que, sin

¹ Acerca de las interrelaciones entre la dinamización social y la evolución jurídica (particularmente, en el ámbito de la familia), siguen siendo certeras las consideraciones de Díez-PICAZO (1984, págs. 35-37, 45) cuando escribía que, aunque en principio «la vida social cambia en virtud de sus propias causas de cambio y el Derecho viene a *posteriori* a ajustarse a los cambios que ya se han producido, hay que señalar también que *si la ley no se adecúa al cambio, actúa como rémora o factor de perturbación*». «La subsistencia de una ley obsoleta establece unas barreras o unos frenos que la vida social ya cambiada y la conciencia social no admiten y que tienen que levantarse para que el desarrollo social se produzca plenamente».

perder de vista los orígenes de la norma y jugando a augurar los derroteros por los que previsiblemente vaya a discurrir nuestra sociedad a corto o medio plazo, ya se atisba la acuciante necesidad de abandonar toda filosofía paternalista del matrimonio, propia de mentalidades de hace cuarenta años, para poder así salvar el sentido razonable de la compensación económica del trabajo para la casa.

2. PRESENTE Y FUTURO DE LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO: PINCELADAS DE *LEGE DATA* Y DE *LEGE FERENDA*

Imagínese que nuestra sociedad da un giro radical y de aquí a unos años son mayoría los matrimonios con régimen de separación de bienes en los que la mujer tiene un trabajo remunerado por cuenta ajena u obtiene sus ingresos como empresaria autónoma y es el marido el que se queda en casa, dedicado —supuesta o realmente— a las labores hogareñas.

En ese hipotético o «futurible» escenario, el artículo 1.438 del CC permanece inalterado y sigue disponiendo —tal como hoy reza, desde que fuera introducido por la citada Ley 11/1981— que **«los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación»**. ¿Consideraríamos que hay una situación general patentemente perjudicial («discriminatoria», si se quiere) para la mujer bajo ese régimen económico matrimonial? Se podría responder que, en principio, el tratamiento legal es perfectamente equitativo si en verdad el marido en casa se ocupa y labora en ella. Pero, ¿qué pensaríamos de aquellos casos en que ese marido, beneficiándose de los magros ingresos de su cónyuge, se dedicara nada más que a la leve y relajada organización de las tareas de ama de llaves, mayordomo, mucamas diversas y distintos operarios al efecto contratados? Esto es, el marido que jamás planchó, nunca cocinó ni cambió los pañales, ni armó siquiera un simple armario de Ikea... Bajo la óptica de la que aquí parto, declaradamente favorable a la plena igualdad por razón de género y a la eficacia de idénticos derechos, me parece indudable que ante casos tales deberían las mujeres manifestarse en pro de una urgente reforma legal.

Veamos la situación a día de hoy y en tanto aguardamos ese insoslayable cambio social que tantos indicios ya anuncian. Lo que tenemos ahora es una norma, el artículo 1.438 del CC, y una jurisprudencia interpretativa de la misma (en particular, las SSTS de 14 de julio de 2011, 31 de enero de 2014, 26 de marzo de 2015 y 14 de abril de 2015 sobre las que en breve ahondaremos) 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 (causalmente vinculado a 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—.

A día de hoy, y puesto que aún quedan huellas de aquel desdichado sistema familiar en que la mujer parecía no haber nacido para otra cosa que no fuera atender el hogar y la prole, lo que de beneficioso tiene ese régimen jurídico sigue aprovechando principalmente a las esposas que for-

malmente fueron amas de casa. Mas, cuando –como ocurre a veces– no se pide ni exige prueba cumplida de lo real del trabajo, tanto beneficia la norma (y su aplicación judicial) a la abnegada mujer de clase baja o media que en verdad trabajó duramente –y este sigue siendo el caso de la mayoría– como a la que frecuentó de continuo gimnasios, peluquerías y centros de belleza, mientras una tropa de empleados del hogar –a veces mal pagados y que ninguna compensación ulterior van a recibir cuando la antaño feliz pareja se enemiste– se ocupan de los fogones, los niños y de limpiar el polvo.

Y ahora, preguntémosnos honestamente: una situación como la descrita, ¿favorece la igualdad de la mujer y contribuye a su justa y necesaria equiparación social y al anhelado fin de las discriminaciones o, más bien, *consolida y refuerza los viejos estereotipos*² (que son estereotipos bien poco feministas)?

En resumidas cuentas, lo que nos planteamos es esto: ¿conviene –o hasta se debe– entender que lo que, en último término, da su sentido y razón de ser al artículo 1.438 *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)³ para el esposo o la esposa que optó por «quedarse en casa» (a menudo traba-

² Como en este último sentido ha señalado CARRASCO PERERA (1991, pág. 20), el artículo 1.438 del CC, aun siendo una norma de contenido *neutral* que no se pronuncia en favor de un sexo determinado, se asienta sobre una histórica realidad social discriminatoria –que *la mujer* es el cónyuge que se ocupa de la casa, ajena al mercado de trabajo–; pero, al prever un derecho a compensación del trabajo doméstico, tal norma «*no tiende ni procura destruir la desigualdad real; al contrario, la perpetuará, gracias a "compensar" esa situación material de desventaja*». En la misma línea se pronuncia, recientemente, SANTOS MORÓN (2015, pág. 40), quien haciéndose eco de las críticas socio-jurídicas y de género expresadas doctrinalmente respecto al Derecho y la jurisprudencia británica sobre el particular (*vid.* DIDUCK y KAGANAS, 2012, págs. 284, 330-331; HERRING, 2011, pág. 213), señala que «imponer a los maridos la obligación de compensar, una vez finalizado el matrimonio, a las mujeres que optaron por asumir ese papel, *supone perpetuar la situación de dependencia de la mujer respecto del hombre, reforzando así el modelo tradicional de familia así como las desigualdades asociadas con él*».

Con carácter general sobre las consecuencias perversas que pueden derivarse de la normativa que otorga un trato favorable a la mujer, a modo de compensación por su preterición socio-jurídica durante la dictadura, *vid.* RUBIO MARÍN, 1999, págs. 18-56. También RODRÍGUEZ RUIZ (2015, págs. 365-366) ha planteado, en el plano concreto de las medidas legislativas destinadas a conciliar la vida familiar y laboral, cómo a través de las mismas se resucita el debate de hasta qué punto se contribuye con ellas a *retroalimentar la construcción moderna del género* y, en lugar de avanzar hacia la efectiva igualdad, se viene a *reforzar y consolidar* la adscripción de las mujeres al terreno doméstico, incluso victimizándolas.

³ Estamos ante un tema que, ciertamente, va más allá del precepto concreto que aquí nos proponemos examinar (el art. 1.438 CC) y así se refleja en la copiosa literatura jurídica que, directa o colateralmente, se ha pronunciado sobre problemas similares, *mutatis mutandis*, en relación con la pensión del artículo 97 del CC por «desequilibrio económico» en la separación y el divorcio. De hecho, no pocos autores –en especial MALUQUER DE MOTES, 2005, págs. 247-248; y GUILARTE GUTIÉRREZ, 2009, págs. 26-28, 32, 47 a 49– han manifestado que el cambio del papel de la mujer dentro de la sociedad y la familia, así como su progresiva incorporación al mundo laboral, hacen que la función que el legislador pudo atribuir a la pensión compensatoria *no tenga sentido en la actualidad*, por lo que, en evidente tono beligerante, abogan por la conveniencia de *la completa reformulación de la misma* para adecuarla al actual contexto social o, si se quiere, *por su abrogación en el modo en que la sigue regulando el artículo 97 del CC* (y la vienen aplicando algunos tribunales).

jando 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)?

Mi postura, como resulta fácil intuir, es favorable a la primera alternativa mencionada –con los oportunos matices de que se irá dando cuenta–. En primer lugar, por consideraciones generales de justicia para mujeres y hombres⁴; y en segundo lugar, y en la coyuntura actual –donde es irreal hablar del papel económicamente infecundo de la esposa o de su inferioridad apriorística para la generación de recursos–, porque considero que en la situación presente en la que todavía perduran resquicios del pasado negativos para la mujer, debemos cuestionar cualquier regulación que incite a pensar que el matrimonio pueda ser tratado como «*profesión remunerada*»⁵, aun en ausencia de trabajo cierto para el matrimonio, y hemos de poner en tela de juicio –por reaccionaria y hoy día socialmente inadmisibile– cualquier visión desenfocada de la vertiente material del *deber de socorro* entre los cónyuges⁶ que venga a asociar una mal entendida «solidaridad» matrimonial (o incluso posconyugal)⁷ con una especie de derecho, que se adquiriría al casarse, a ser *mantenido* por el otro *gratia et amore*⁸.

En suma, compéñese el trabajo doméstico real del esposo o la esposa cuando sea efectiva y auténtica –léase, probada– la división de tareas y funciones dentro del matrimonio y cuando ello

⁴ Cfr. artículos 21 y 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE 18.12.2000); Estrategia de la Comisión Europea para la Igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 (COM 2010 491 final, 21.9.2010); Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020 (Conclusiones del Consejo de 7 marzo 2011, DOCE 25.5.2011); Resolución del Parlamento, de 8 marzo 2011, sobre la Igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Al respecto, *vid.* en general el muy buen libro de REY MARTÍNEZ, 1995.

⁵ Especialmente crítica con la suerte de «*profesionalización del matrimonio*» a que aboca la vigente regulación de algunos de los aspectos pecuniarios de su ruptura, se ha mostrado CABEZUELO ARENAS (2011, págs. 521, 544 y 558). Resaltando la necesidad de combatir todo riesgo de proliferación de «*cazadores*» (UREÑA, 2011, pág. 95, n. 95) que contemplen el matrimonio como «una póliza de seguros» (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 1997, pág. 30), ya en época temprana LASARTE y VALPUESTA (1982, pág. 767) denunciaron con ahínco ese denigrante fenómeno de degeneración de la institución matrimonial.

⁶ Completamente trasnochadas han quedado las palabras de ZANÓN (1981, pág. 312) cuando, tras afirmar que «el derecho de manutención constituye un principio básico del matrimonio», escribía que «*el marido se encarga de prestar los auxilios económicos que necesita su esposa, contando para ello con sus ingresos o los frutos de sus bienes*».

⁷ Frente a quien apunta que la introducción en el Código Civil de la compensación por trabajo doméstico «obedeció a una especie de solidaridad posmatrimonial» (VERDERA IZQUIERDO, 2013, pág. 229), se muestran contrarios, con carácter general, a ese eufemísticamente llamado «principio de solidaridad» posconyugal, p.ej. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, págs. 215 y 222; ZARRALUQUI, 2001, págs. 79 y ss.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2005, pág. 191; GUILARTE GUTIÉRREZ, 2009, pág. 28; y SANTOS MORÓN, 2015, págs. 16-17.

⁸ Como bien ha apuntado GARCÍA RUBIO (1995, pág. 19), «el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y su misma dignidad imponen que se deba partir del presupuesto de que cada persona es un ser autosuficiente y libre que, por ello mismo y como principio, ha de satisfacer sus propias necesidades. Solo cuando circunstancialmente esta autosuficiencia sea inviable podrá recurrir a la solidaridad del grupo social en que se asienta». También las SSTs 4 diciembre 2012 (RJ 2012/8531), 17 mayo 2013 (RJ 2013/3703) y 20 junio 2013 (RJ 2013/4377) aluden a que «el principio de dignidad del art. 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges».

haya supuesto una «sobreaportación», exceso o demasía en el cumplimiento del imperativo deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares –esto es, expresado siquiera *grosso modo*, cuando se haya producido un «empobrecimiento» por tal razón en detrimento de quien desarrolló aquel trabajo, con el correlativo «enriquecimiento» o ventaja para el otro, derivada directamente de aquella dedicación doméstica⁹. En cambio, lo que ciertamente parece que repugna al tratamiento jurídico adecuado del matrimonio (y de las relaciones «análogas» a la conyugal)¹⁰ es que, tras su ruptura, alguien, hombre o mujer, sea compensado económicamente sin causa tangible ni motivo aparente.

Esbozada así la problemática que nos preocupa, intentaré seguidamente desentrañar sus entresijos y formular algunas propuestas de solución, ajustadas a la realidad social del tiempo en que vivimos, a través –principalmente y como hilo conductor del estudio– del análisis de las cuatro sentencias anteriormente mencionadas en las que nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado de modo explícito sobre la «debidamente» interpretación de la compensación del trabajo doméstico del artículo 1.438 del CC.

II. EL «ENRIQUECIMIENTO» DEL CÓNYUGE DEUDOR A DEBATE

1. A PROPÓSITO DE LA STS DE 14 DE JULIO DE 2011: BREVE RECORDATORIO DE SU *DOCTRINA JURISPRUDENCIAL*

Tras ya algún tiempo desde que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo dictara la archiconocida Sentencia de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122), y no obstante haber recibido la atención doctrinal que era esperable¹¹, tal resolución sigue suscitando arduas cuestiones que, a mi juicio, no cabe dar por definitivamente zanjadas.

⁹ Aun cuando en el presente trabajo, a la hora de dotar de un significado razonable al artículo 1.438 *in fine* del CC, nos sirvamos del término «enriquecimiento» en un sentido lato –y más amplio del que, en puridad, conforma el expediente técnico jurídico del *enriquecimiento injusto o sin causa* con arreglo a las específicas exigencias jurisprudenciales para la prosperabilidad de esta acción «subsidiaria» (*vid. por todos*, DIEZ-PICAZO, 1987; ZIMMERMANN, 2000, págs. 229-271)–, sí interesa traer a colación la doble vertiente (positiva y negativa) que puede encerrar tal provecho o enriquecimiento y recordar –como hacen, entre otras muchas, las SSAP de Castellón 16 abril 2014 (JUR 2014\189143) y Asturias 3 noviembre 2014 (JUR 2015/51557), transcribiendo lo ya afirmado por las SSTS 17 junio 2003 (RJ 2003/4605), 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7841) y 29 febrero 2008 (RJ 2008/2933), todas ellas dictadas en sede de ruptura de uniones *more uxorio*– que «el enriquecimiento se produce no solo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una *no disminución del patrimonio* ("*dammun cessans*")».

¹⁰ Sobre las vías para la compensación del trabajo doméstico en sede de *parejas de hecho*, y dado que las dimensiones del presente estudio nos impiden entrar en los diversos problemas que el tema conlleva –su expresa regulación en numerosas leyes autonómicas *ad hoc*, la inaplicabilidad del artículo 1.438 *in fine* del CC a las uniones *more uxorio* (SSAP Madrid 24 febrero 2015 (JUR 2015\94200), Baleares 11 junio 2014 (AC 2014\1236) y Asturias 18 marzo 2013 (JUR 2013\165257)), los vaivenes jurisprudenciales acerca del recurso a la doctrina del enriquecimiento injusto [*vid. por todas*, STS 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7841)], etc.–, nos remitimos a su análisis por GAVIDIA, 2006, págs. 1.890-1.909; y DE AMUNÁTEGUI, 2011, págs. 786-796, 807-811, entre otros muchos.

¹¹ *Vid. en particular*, MORENO TORRES-HERRERA, 2011, págs. 107-130; y CABEZUELO ARENAS, 2012, págs. 276-290.

Recordemos que esta sentencia resuelve un recurso de casación al amparo del artículo 477.2, 3.º de la LEC, por presentar el asunto interés casacional¹² (en concreto, por jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales)¹³; y, como corresponde, en ella se establece *doctrina jurisprudencial*¹⁴ que, en el caso¹⁵ y en relación con la norma concernida –el art. 1438

¹² Comenzamos apuntando este dato –que en la presente sentencia no se puso en solfa la concurrencia del llamado «interés casacional»– porque no faltan, en cambio, otros asuntos referentes a la compensación del artículo 1.438 del CC en los que sí se ha suscitado, como problema previo, la existencia misma de interés casacional (*ex art. 477.2.3.º LEC 1/2000*). *Vid.* p. ej. el ATS de 3 septiembre 2013 (JUR 2013\307522), o el de 21 enero 2014 (JUR 2014\27552) que acordó inadmitir el recurso por la falta de debida acreditación del interés casacional invocado; en el caso, por oposición a la jurisprudencia del TS (conforme a los criterios de admisión de los recursos de casación, recogidos en el Acuerdo de 30 diciembre 2011 tras la Ley 37/2011 de Medidas de Agilización Procesal).

¹³ En efecto, dos son las lecturas discrepantes que del artículo 1.438 del CC se han venido haciendo en la llamada jurisprudencia menor. Conforme a una de ellas, para que la compensación económica prevista en tal norma sea procedente, basta que el cónyuge perceptor se haya dedicado durante el matrimonio al trabajo doméstico y la llevanza de la familia. A tenor de la otra postura, se requiere adicionalmente que de esa situación el otro cónyuge, el deudor de la compensación, haya obtenido un enriquecimiento como resultado de esa división de las labores familiares. En los términos de la STS 534/2011 que estamos examinando, «se han producido dos líneas de resolución en las sentencias: una objetiva, de modo que es suficiente y el derecho a la compensación surge cuando el cónyuge se dedicó a las tareas del hogar, con fundamento en la pérdida de sus expectativas laborales o profesionales. Frente a esta tendencia, otra línea interpretativa entiende que debe tenerse en cuenta el incremento o enriquecimiento patrimonial a favor del cónyuge deudor como consecuencia del trabajo realizado en el hogar por el cónyuge acreedor».

¹⁴ No en vano, en aras de la deseable homogeneización de los dispares criterios interpretativos de los tribunales y la función propia de la jurisprudencia (art. 1.6 CC), con posterioridad a la STS de 14 julio 2011 que ahora nos ocupa se cuentan por docenas las sentencias de Audiencias Provinciales que, con cita expresa de aquella, se hacen eco de dicha doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1.438 del CC sentada por el TS. Además de muchísimas otras que manejamos a lo largo del presente estudio, *vid.* p. ej. las SSAP de Almería de 17 febrero 2014 (JUR 2014\134800), Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015\50857), Madrid 23 diciembre 2014 (JUR 2015\60422), Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015\80720), Toledo 18 febrero 2015 (JUR 2015\94332) y Zamora 10 abril 2015 (JUR 2015\126854).

¹⁵ En el concreto asunto que provoca el recurso, el Juzgado de 1.ª Instancia núm.6 de Móstoles, en sentencia de divorcio (de 20 abril 2007), además de decidir para la madre la custodia sobre la hija común de once 11 (sin perjuicio del régimen de visitas del padre), de atribuir a la madre y la hija el uso de la vivienda familiar, de estipular a cargo del padre una pensión alimenticia para la hija de 800 euros mensuales y de fijar a favor de la mujer una pensión compensatoria de 1.000 euros al mes durante 5 años, dispuso, en lo que aquí nos interesa, una compensación por trabajo doméstico de 108.000 euros. Esta sentencia primera se basaba en que dicha compensación económica no debe fundarse en «el incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el artículo 1.438 del CC es claro y solo contempla una compensación por el previo trabajo prestado a la casa».

Apelada tal sentencia por el marido, la AP de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación y en sentencia de 23 abril 2008, amén de reducir a tres años la duración de la pensión compensatoria, suprimió la compensación reconocida al amparo del artículo 1.438 por no concurrir los requisitos que habilitaban la concesión de la misma. A juicio de la Audiencia, «estamos ante un régimen de separación de bienes libremente pactado y, toda vez que la mayor parte del patrimonio inmobiliario fue adquirido por el marido con anterioridad a la celebración del matrimonio, no cabe apreciar un incremento de beneficios a su favor injustamente adquirido por razón de la dedicación de la esposa a la atención de la familia y, por lo tanto, no entra en los parámetros del artículo 1.438 del CC».

Ante la divergencia interpretativa del precepto que se aprecia entre esas dos sentencias, de 1.ª y de 2.ª instancia, el TS opta en la disyuntiva por la primera alternativa indicada, por lo que, estimando el recurso de casación, repone la resolución dictada por el juzgado en lo atinente a la compensación del artículo 1.438 y condena al esposo a abonar en tal concepto a su exmujer 108.000 euros.

CC–¹⁶, fue la siguiente: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Esta misma doctrina –interesa adelantar desde ya– se reitera en la ulterior STS de 31 de enero de 2014 (RJ 2014/813), en la más reciente de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015/1170), cuyo FD 2.º 1 y su mismo fallo (apdo. 3.º) vienen a reproducirla textualmente, y también en la de 14 de abril de 2015 (RJ 2015/1528).

A fin de decantarse por esa tesis categórica y decididamente «*objetiva*»¹⁷ –que «no pueden tenerse en consideración... criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial»

¹⁶ Como es sabido, el artículo 1.438 del CC rige para los matrimonios con régimen de separación de bienes y sometidos al Derecho civil «común» (que, dicho sea de paso, es el Derecho civil cada vez menos común, dada la afición de las comunidades autónomas a regular su Derecho civil, con fundamento constitucional o sin él, *ex art.* 149.1.8.º CE). En concreto, la propia STS que ahora comentamos señala que la compensación por trabajo doméstico prevista en el citado artículo 1.438 opera en el régimen de separación de bienes «que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en aquellos supuestos previstos en el artículo 1.435 del CC».

La misma materia es contemplada –aunque de modo parcialmente disímil y con bastante más extensión y detalle– por algunas normas autonómicas, como los artículos 232-5 a 11 del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo sobre «Persona y Familia», aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio) y los artículos 12 a 15 de la Ley 10/2007, de 20 marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Aunque aquí me ocuparé primordialmente del sentido, la interpretación y los efectos del artículo 1.438 del CC, valga como aproximación al estado legal de la cuestión en el plural Derecho civil español la síntesis que ofrece la misma STS 534/2011 (y más resumidamente las SSTS 135/2015 y 136/2015 en su respectivo FD 2.º). Según puede leerse en el FD 4.º de aquella, «el régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio [Ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra (cfr. en contra SAP Navarra 9 abril 2015, JUR 2015\131133); arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón (D. Legislativo 1/2011, de 22 marzo); y art. 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares] –falta de compensación a los *casados* con separación de bienes en los Derechos aragonés y balear que contrasta, llamativa y paradójicamente a mi juicio, con su explícito reconocimiento a las *parejas de hecho* (art. 310 Código de Derecho Foral de Aragón de 2011, art. 9.2 Ley balear 18/2001)–. En cambio, el Código Civil catalán, en su art. 232-5.1, establece que "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 [...]". Y una regla parecida –no tan parecida, matiza con razón ASÚA, 2011, pág. 89, n.º 193– es la contenida en el artículo 13.2 de la Ley 10/2007 de la Comunidad Autónoma de Valencia, que admite la compensación por el trabajo para la casa, que se considera también forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 12.1)».

¹⁷ A modo de tópico que se repite en multitud de sentencias, suele acudir en pro de esta tesis al siguiente fragmento en el que fundar la *ratio* del artículo 1.438 del CC: «No debemos olvidar –recuerda en concreto la SAP Castellón 16 abril 2014 (JUR 2014\189143)– que la crianza y educación de los hijos así como el cuidado del hogar implican un gran esfuerzo y dedicación, en mayor medida, si cabe, en los primeros años de vida de los niños. Ante esta coyuntura corresponde a ambos progenitores optar por el sistema que consideren más acertado para hacer frente a ello. Pueden decidir que sean ambos, quienes de forma conjunta e igualitaria realicen tales tareas en su totalidad repartiendo entre ambos el tiempo y el esfuerzo que ello exija, limitando o reduciendo los dos su posible dedicación horaria, de formación y de proyección profesional. Pueden igualmente elegir que en algunas o en todas las tareas indicadas les auxilien terceras personas, con lo que los gastos familiares se verán incrementados de forma notable al tener que sufragar sus salarios; o bien *pueden optar porque sea uno de ellos el que asuma las obligaciones materiales que el cuidado, educación de los*

del cónyuge que ha de abonar la compensación (FD 5.º de la STS 534/2011¹⁸, FD 2.º 1 y fallo de la STS 135/2015, FD 2.º y fallo de la STS 136/2015)–, explica el Tribunal Supremo que en el artículo 1.438 del CC no se hace ninguna alusión o referencia al requisito del *enriquecimiento* por parte de ese cónyuge y que si bien dicha condición «apareció en el Proyecto de reforma del Código Civil en 1981, desapareció en el texto definitivo»¹⁹. Ese argumento histórico, unido a uno muy peculiar de «Derecho Comparado» –se esgrime que dicha exigencia de enriquecimiento «se encontraba también en el Código de Familia catalán hasta la Ley 10/2010 [sic 25/2010], que aprobó el libro segundo del Código Civil catalán»–²⁰, es el único «fundamento» que se aporta para la opción que la Sentencia de 2011 hace por la interpretación que prefiere.

hijos y demás atenciones de la familia exigen, incluso abandonando su actividad laboral y su correlativa formación y proyección profesional, situación en la que no se le atribuye ninguna retribución. Cuando se opta por el último de los sistemas, la asunción de tales obligaciones familiares por uno de los progenitores, el otro consorte se ve liberado en gran medida de ellas, lo que le permite dedicar un mayor tiempo y esfuerzo a su formación, proyección y desarrollo profesional, que a su vez va a redundar en una mejor situación profesional y mayores ingresos que, en gran proporción, va a hacer suyos de forma exclusiva, contrariamente a lo ocurre en el régimen de gananciales, en el que el patrimonio que se va acumulando se hace común entre los esposos. Es esta la *ratio* del artículo 1.438 del CC, la *equidad* en la forma de tratar de resarcir de algún modo el tiempo invertido por uno de los cónyuges en la familia, que no se trasluce en incrementos patrimoniales, mientras que el otro cónyuge sí que se ha dedicado a mejorar un patrimonio que era y va a seguir siendo privativo, cuando resulta que a la hora de la ruptura, quien se vería beneficiado es quien, por la dedicación de su cónyuge a la familia, no interrumpió y pudo continuar en el esfuerzo invertido en su personal patrimonio».

¹⁸ No es de extrañar que esta Sentencia de 14 julio 2001 excluya toda idea de enriquecimiento como condición de la compensación del artículo 1.438 del CC, si se tiene en cuenta que su ponente (la Excm. Sra. Encarnación Roca i Trías) ya se había pronunciado en su día en ese mismo sentido, siquiera *obiter dicta* (en relación con la ruptura de una unión de hecho), a la hora de fundamentar el voto particular que formulara, junto al magistrado D. José Ramón Ferrándiz, a la antes citada STS 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7841).

¹⁹ Efectivamente, la versión originaria en el Proyecto de 14 septiembre 1979 decía que «el trabajo para la casa... dará derecho a obtener una compensación equitativa *si el otro cónyuge se hubiese enriquecido durante el matrimonio*»; mención al enriquecimiento que fue eliminada en la redacción final del artículo 1.438 del CC. Sin embargo –y dejando aquí al margen la posibilidad de interpretar que la expulsión de la letra del precepto de la exigencia de enriquecimiento pudiera obedecer a que su plasmación expresa se juzgara innecesaria por reputarse *obvia* (CABEZUELO, 2012, pág. 277)–, autorizados civilistas mostraron pronto sus objeciones a dicha eliminación (LACRUZ BERDEJO, 1981, pág. 145) y sostuvieron otros que, a pesar de aquella supresión nominal, la compensación solo tendrá lugar si se ha producido un *enriquecimiento injusto* del otro cónyuge (SANTOS BRIZ, 1982, pág. 263; SERRANO ALONSO, 1986, pág. 468). Con posterioridad, también apuestan por la exigencia de enriquecimiento del deudor de la compensación del artículo 1.438 del CC, p. ej. MONTÉS PENADÉS, 1991, págs. 866, 868-869; GARCÍA RUBIO, 2009, págs. 346-347; ARROYO I AMAYUELAS, 2010, págs. 1.573-1.574; MORENO TORRES-HERRERA, 2011, págs. 110, 112, 114, 116, 120-123, 129; CUENA CASAS, 2013, pág. 10.122; VERDERA, 2013, págs. 227 y 231; GETE-ALONSO/SOLÉ RESINA, 2014, págs. 862-866; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, págs. 8, 15-16 y 20.

Igualmente son numerosas las sentencias en las que puede leerse que la compensación económica prevista en dicho precepto persigue «evitar el *enriquecimiento injustificado de uno de los consortes* como consecuencia del trabajo del otro» para la casa: *vid.* p. ej. las SSAP Córdoba 11 noviembre 2002 (AC 2002/1767) y 6 febrero 2004 (JUR 2004/103252) y Murcia 6 noviembre 2006 (JUR 2006/284978) y, entre las más recientes, las SSAP de Valencia 22 julio 2013 (JUR 2013\287143), Zaragoza 12 de septiembre 2013 (JUR 2014\15596), Pontevedra de 11 marzo 2014 (JUR 2014\212720) y Almería 28 julio 2014 (JUR 2014\275445).

²⁰ Ciertamente, el artículo 232-5.1 del Código Civil de Cataluña no emplea textualmente la expresión «enriquecimiento injusto» –a diferencia del art. 41 del hoy derogado Código de Familia catalán (aprobado por Ley 9/1998)–, pero

2. FLECOS (Y ALGÚN ACIERTO) EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.438 DEL CC POR EL TRIBUNAL SUPREMO

A. Sobre el «incremento patrimonial» del deudor y el riesgo de «duplicidad» valorativa del trabajo para la casa

Hagamos ahora un repaso de la precedente doctrina jurisprudencial y tratemos de enjuiciar su pretendida fundamentación. A tal propósito, es de relevancia comenzar con la mención por el Tribunal Supremo (S. 534/2011) de las «tres reglas coordinadas» que en el artículo 1.438 del CC se contienen y que «hay que tener en cuenta de forma conjunta al decidir en este tipo de asuntos»:

«1.^a Regla: La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.

2.^a Regla: Puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse la [sic] principio de igualdad del artículo 32 CE.

3.^a Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen».

Antes de embarcarnos en el núcleo del problema, aceptemos como premisas del razonamiento las dos primeras «reglas» transcritas y veamos si casan pacíficamente con la tercera. Que ambos cónyuges tienen obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, sea cual sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan, es mandato que sienta indubitablemente el Código Civil²¹ y que exige el principio constitucional de igualdad, en los términos generales del artículo 14 de la CE y en los específicos del artículo 32 de la CE. Que el trabajo doméstico debe computarse como contribución al sostenimiento de tales cargas²² —como «una

sí exige de forma explícita, como presupuesto del derecho a la compensación por trabajo doméstico de uno de los cónyuges, «que el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior»; requisito que, a decir de la SAP Barcelona 16 enero 2014 (JUR 2014/54288), reclama «que en el momento de la extinción del régimen una de las partes se haya enriquecido en mayor medida que la otra». *Vid.* también en este sentido ASÚA, 2011, pág. 89, n.º 193.

²¹ Aparte del propio artículo 1.438.1 del CC —específico para la separación de bienes—, ya el artículo 1.318.1 establece dicha obligación de ambos cónyuges, en sede de «*Disposiciones generales*» o del llamado «régimen matrimonial primario».

²² Cfr. artículo 1.438.3 del CC, artículo 231-6.1 del CC de Cataluña y artículo 12 Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

contribución *en especie susceptible de cuantificación económica*», según afirmación unánime de nuestras audiencias provinciales²³ es requerimiento elemental de justicia y nueva secuela del mandato de no discriminación²⁴. Pero aquí ya surgen interesantísimas cuestiones a las que más adelante habré de referirme, como la de qué ocurre y qué tratamiento jurídico cabe en el caso de que uno de los cónyuges no aporte ni trabajo doméstico ni recursos de otro tipo, puesto que el «quedarse en casa» no ha de considerarse sinónimo de realizar el trabajo de la casa o atender las labores domésticas atinentes a la familia, y cualquier presunción que en tal sentido se aplique llevará aparejado un tufo discriminatorio y doblemente degradante: para el cónyuge, hombre o mujer, que aporta los recursos económicos con los que se sostienen las cargas familiares, incluidos los necesarios para pagar a los empleados del servicio doméstico, en su caso²⁵, y para el amo

Ese es igualmente el planteamiento en el Derecho francés –arts. 214 y 1537 Code (vid. VOIRIN y GOBEAUX, 2010, pág. 20)–, alemán –§ 1360.1 BGB (vid. SCHWAB, 2008, págs. 57-58)–, italiano –art. 143.3 Codice Civile (vid. MEZZASOMA, 2011, págs. 413 y ss.)– o de nuestros vecinos lusos –art. 1.676.1 CC portugués (vid. DUARTE PINHEIRO, 2010)–.

Por mencionar el más reciente de los Códigos Civiles latinoamericanos, recordemos que también en Argentina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –aprobado el 1 de octubre de 2014 mediante la Ley n.º 26.994, y cuya inicial entrada en vigor el 1 de enero de 2016 fue adelantada al 1 de agosto de 2015 (por ley n.º 27.077)– contempla en su art. 455, ubicado en sede de «Disposiciones comunes a todos los regímenes» económicos matrimoniales, el «Deber de contribución» («Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos»), precisando expresamente el último inciso de dicho precepto que se debe «considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas». Por vía de remisión expresa al citado artículo, también es aplicable esta previsión a las llamadas *uniones convivenciales* y sus efectos durante la convivencia, respecto de las cuales dispone el artículo 520 (bajo la rúbrica «Contribución a los gastos del hogar») que «Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455». Todo ello toma como premisa el «principio de igualdad», reconocido de forma explícita tanto en relación con los cónyuges –«Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio», dispone el artículo 402 del CC argentino (vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2014, págs. 5-6)– como respecto de los miembros de la unión de hecho –«Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios... al principio de igualdad de los convivientes», establece el art. 515 (vid. KRASNOW, 2012, págs. 371 y ss.; SOLARI, 2012, págs. 98 y ss.)–.

²³ Entre la multitud de sentencias que así lo señalan, vid. p. ej. las SSAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599), 16 mayo 2014 (JUR 2014\167420) y 28 noviembre 2014 (JUR 2015\19455), Valencia 23 febrero 2015 (JUR 2015\101606), Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015\149487), Baleares 30 marzo 2015 (JUR 2015\113102) y Albacete 26 junio 2015 (JUR 2015\175860).

²⁴ Afirman al respecto las SSAP Castellón de 15 junio 2015 (JUR 2015\225871), 4 junio 2014 (JUR 2014\258828), 1 abril 2014 (JUR 2014\189477), 10 febrero 2014 (JUR 2014\120118), 22 noviembre 2013 (JUR 2014\120356) y 24 mayo 2013 (JUR 2013\279493) que el artículo 1.438 del CC, partiendo de «la existencia de contribuciones personales o no pecuniarias, en dedicación y esfuerzo personal», «es una manifestación más del principio de igualdad proclamado en el artículo 66 del CC, que inspira toda la regulación de las relaciones conyugales».

Como es sabido –y nos recuerdan las SSTSJ Islas Baleares 24 marzo 2010 (JUR 2010/4019) y Pontevedra 25 junio 2015 (JUR 2015\175680)–, la incorporación del artículo 1.438 en nuestro CC hunde sus raíces en la Resolución 37/1978 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 septiembre, sobre *Igualdad de los esposos en el Derecho civil*, que expresamente reconocía «el trabajo en el hogar por uno de los cónyuges como contribución a las cargas familiares».

²⁵ Como afirma, entre otros, GARCÍA RUBIO, 1995, pág. 27, dentro de las cargas del matrimonio quedan incluidos los gastos destinados «al mantenimiento de la casa común (v.gr. el sueldo de la empleada del hogar)».

o ama de casa que sí labora duramente en el hogar y que se ve igualado al que está en el hogar sin «dar ni golpe». Pero retomemos ahora el hilo principal de nuestra argumentación conforme a la STS 534/2011 que nos ocupa.

Quedamos en que los dos esposos tienen que «contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio». Al hacerlo así, sea mediante lo que en la vieja tradición se decía llevar a casa un jornal, sea con el efectivo trabajo hogareño, cada uno no hace más que cumplir con lo que, según el Código Civil, es su *obligación legal*. Esto es, el esposo o la esposa que se ocupa nada más que de las importantes labores domésticas no realiza una aportación graciosa ni regala un plus por amabilidad o amorosa consideración a la familia o a su cónyuge, sino que cumple con un *deber jurídico* perfectamente tasado. El asunto capital, entonces, está en por qué ha de ser compensado quien así hace²⁶ y aunque de esa división de trabajos o modos de aportar no se siga para el otro ningún «enriquecimiento» –entendido en un sentido lato y comprensivo, tanto de un eventual incremento patrimonial, como de cualquier lucro o provecho por merced del trabajo doméstico del consorte²⁷. No perdamos de vista que hablamos de una norma, la del último

²⁶ Ya CABEZUELO ARENAS (2012, págs. 279-281) se ha preguntado la razón por la que haya de compensarse a quien, al realizar el trabajo doméstico, solo cumple, del modo en que puede o quiere hacerlo, con su obligación legal de contribuir a las cargas del matrimonio. Según pone en evidencia la civilista, la contribución al levantamiento de dichas cargas efectuada por uno de los cónyuges en forma de trabajo doméstico –y a la que el artículo 1.438 *in fine* del CC anuda el derecho a compensación «de forma automática o cuasi-automática», en palabras de la SAP Valladolid 20 julio 2006 (JUR 2006/239825)– «pudo ajustarse estrictamente a lo que (aquel cónyuge) venía obligado por aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del precepto. Uno contribuyó, pues, con su esfuerzo o en especie..., mientras el otro aportó capital o rentas que sirvieron para mantener a la familia –incluido al propio demandante de la compensación–. Y si cada cual se ciñó a aquello a lo que estaba estrictamente obligado... ¿Cómo se ha de "reintegrar" a quien aporta lo suyo en especie por lo que hizo, o a «compensarle» por lo que no ha sido, ni más ni menos, que el estricto cumplimiento de su deber?». Ello conduciría indirectamente –añade más adelante dicha autora– a lograr lo que no nos está directamente permitido por el primer párrafo del artículo 1.438 –eximirnos por completo de contribuir al levantamiento de las cargas– pues, realizada por vía de trabajo doméstico la contribución a que estamos obligados, en tanto que alguna aportación hemos de efectuar en ese plano, obtenemos, acto seguido, su equivalente. Por ello, «no tendría sentido que se nos compensara *ex artículo 1.438 del CC* por lo que no era más que el estricto cumplimiento de nuestro deber. Uno no tiene derecho a reclamar cuando se limitó a poner su granito de arena, ni más ni menos». *Vid.* en la misma línea, p. ej. VERDERA, 2013, pág. 237; MORENO VELASCO, 2013, pág. 75; y SANTOS MORÓN, 2015, págs. 15-16.

²⁷ Exponente de la idea apuntada es la SAP Zaragoza 3 marzo 2009 (JUR 2009/236795), en la que se declara que «si, como en el caso ha sucedido, 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 aquella para atender las cargas familiares, sin que, por otro lado, 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, ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento*». También la SAP Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014\76247) desestimó la solicitud de compensación del artículo 1.438 del CC, ya que la contribución de la demandante al levantamiento de las cargas matrimoniales a través de su *trabajo en la casa* no fue «sino la *contraprestación* de lo que, *con sus aportaciones dinerarias*, iba proporcionando el demandado para subvenir las necesidades familiares», de modo que «*ambos cónyuges contribuyeron de forma proporcional*». *Vid.* asimismo la SAP Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015\149487).

inciso del artículo 1.438 del CC, que solo²⁸ rige en sede del régimen económico matrimonial de separación de bienes²⁹.

Supóngase el siguiente caso –que, por ahora, nos limitamos a describir de forma simplificada y en términos muy elementales y más adelante habremos de completar y matizar con nuevos detalles y consideraciones (en orden a concretar la regla de la «proporcionalidad» del artículo 1.438.2 CC)–. El cónyuge A, varón o mujer, no tiene trabajo exterior remunerado, sea porque no lo consigue, sea porque no lo pretende, bien porque así es su voluntad, bien porque tal fue el acuerdo entre los esposos. Ese cónyuge A hace un trabajo doméstico probado y comprobado; trabajo que, con el patrón de cálculo que se adopte (por ejemplo el del salario medio de una empleada doméstica, que –como luego veremos– da por bueno esta STS de 2011), equivale a 600 euros mensuales, esto es, 7.200 euros al año. Imaginemos que el matrimonio duró 10 años y nos saldrá una traducción monetaria de ese trabajo en 72.000 euros. El cónyuge B, varón o mujer, cobra por su trabajo en una empresa un sueldo y de él aporta para sufragar las cargas del matrimonio... ¿cuánto? ¿Calculamos lo que ha destinado efectivamente, de ese dinero, a los gastos generales de la familia o contamos su sueldo completo y entero? Puesto que de este último extremo (y su vidioso engarce con el sentido del régimen de separación) trataré más adelante –al hilo de la STS 16/2014–, pensemos, por el momento, que su aportación al levantamiento de las cargas familiares es de 1.500 euros mensuales y no nos importe ahora que eso sea todo lo que gane o que le sobre algo. Lo que queda acreditado es que no ha habido enriquecimiento de B gracias a que A se ha aplicado a los cometidos hogareños.

Ya tenemos a los esposos A y B cumpliendo cada uno con su obligación y ninguno se hace el remolón ni desatiende la familia y el hogar común. Al cabo de los 10 años llega el divorcio y no se alcanza acuerdo para convenio. Echamos cuentas de la manera que se han echado en el caso de la STS 534/2011 y resulta que, en aplicación del artículo 1.438 *in fine* del CC, B tiene que darle a A una compensación de 72.000 euros. En otras palabras, *B tiene que reintegrarle a A, en dinero, todo lo que A ha puesto en especie en cumplimiento de su obligación de aportar al levantamiento de las cargas familiares*. Lo cual quiere decir que, a la postre, dichas cargas a B le han supuesto 252.000 euros: los 180.000 que B ha ido poniendo, a razón de 1.500 euros al mes, más los 72.000 euros que vale la aportación en especie, en trabajo doméstico, de A. Así que la compensación para A, conforme al artículo 1.438 del CC interpretado al modo de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, consiste en devolverle todo lo que valía su contribución al mantenimiento de las cargas de la familia, devolución a cargo de su cónyuge, de B. ¿Es esa la filosofía «igualitaria» o el propósito que inspira el artículo 1.438?³⁰ No se entiende si es que se quiere fomentar

²⁸ Como recuerdan expresamente las SSAP Castellón de 2 octubre 2014 (JUR 2015\55752), Madrid 2 de abril 2013 (JUR 2013\199642) y A Coruña 26 septiembre 2013 (JUR 2013\335544), la compensación por trabajo doméstico «no es aplicable al régimen de sociedad de gananciales».

²⁹ Y que, conforme al artículo 1.437 del CC, en el régimen de separación cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiera durante el matrimonio por cualquier título. Cfr. igualmente artículo 232-1 a 4 del CC catalán.

³⁰ Esa forma de interpretar el precepto no cuadra ni se compadece bien, a mi juicio, con el principio de igualdad entre los cónyuges y el unánime reconocimiento doctrinal (VERDERA, 2013, págs. 214-125; EGEA FERNÁNDEZ, 2003, pág.

el oficio de amo de casa, si se trata de castigar al que se casa con amo o ama de casa o si será una manera subrepticia de disuadir del divorcio a los empleados. O tal vez se busca que el empleado que se casa con amo o ama de casa no caiga en la tentación de la separación de bienes³¹.

4.571) y judicial de que «el artículo 1.438 fue introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981 con la finalidad de *instaurar un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes del matrimonio*» [SSAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599), 16 mayo 2014 (JUR 2014\166662) y 28 noviembre 2014 (JUR 2015\19455)], de modo que el artículo 14 de la CE se erige en principio cardinal para llegar a una adecuada hermenéutica del artículo 1.438 del CC (SAP Murcia 5 mayo 2009 [JUR 2009\339456]).

Desde esos postulados, no es de extrañar que en algunos pleitos el cónyuge condenado en 1.ª instancia al pago de la compensación haya aducido en apelación –aunque, a menudo, de forma fallida– que «su establecimiento supone... *una clara vulneración del principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio*» [SAP Santa Cruz de Tenerife 26 junio 2013 (JUR 2013\321105)].

³¹ Ya en la doctrina especializada en la materia se ha puesto en evidencia que la compensación del artículo 1.438 del del CC «*desvirtúa completamente el sentido del régimen de separación de bienes*» (RAGEL SÁNCHEZ, 2001, pág. 425) e «*introduce un elemento anómalo*: o se trata de una manifestación comunitaria, lo que contradice la idea motriz del régimen, o de un salario devengado y no cobrado, lo que contradice los principios de cualquier régimen económico matrimonial» (TORRES LANA, 1991, pág. 1.073; y en igual sentido, p. ej. MONTÉS, 1991, pág. 868; o CABANILLAS, 2012, pág. 1.227). En la misma línea, destaca VERDERA (2013, págs. 227 y 229) la necesidad de «evitar que dicha compensación económica *desnaturalice el régimen de separación de bienes*»; idea que también expresa GUILARTE MARTÍN-CALERO (2015, págs. 4, 14-15) y, para el Derecho catalán, NASARRE (2011, págs. 249, 295). Y asimismo en el plano judicial, se ha afirmado que la figura de la compensación constituye una regla incongruente y anómala en el régimen de separación en cuanto representa una corrección *comunitaria* impropia de este [SAP Murcia 15 septiembre 2008 (JUR 2009\108138)], por lo que el artículo 1.438 «*introduce un elemento distorsionador de la propia esencia del sistema de separación de bienes*» [SAP Málaga 13 febrero 2014 (JUR 2014\278267)].

Abundando en lo anterior, no resulta descabellado pensar que la interpretación del artículo 1.438 *in fine* del CC que prescinde –como hace el TS– de toda idea de «empobrecimiento» del cónyuge que realizó el trabajo doméstico (o de «enriquecimiento» o provecho del otro) viene a aproximar encubiertamente, en fase de liquidación, el régimen de separación a una suerte de gananciales *ex post*. Así lo apuntan, de rondón, las SSAP Toledo 10 marzo 2014 (JUR 2014\99672) y Granada 4 julio 2014 (JUR 2014\258722). Y es más, algunas resoluciones judiciales llegan a denunciar que la compensación por trabajo doméstico puede llevar, en ocasiones, a la paradójica e incongruente situación de que la liquidación del régimen de separación resulte para el cónyuge acreedor *más beneficiosa* que si se hubiese tratado de un régimen de gananciales [SSAP A Coruña 17 enero 2014 (JUR 2014\47686) y Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015\55126)]. Como a fin de resaltar ese chocante trato de favor afirma la SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014\119127), «surgiría una desigualdad, sin razón objetiva que la justifique, entre el régimen de separación y el de gananciales en el caso de que al extinguirse el matrimonio no exista patrimonio alguno: mientras que en separación de bienes, el cónyuge que trabajó para la casa tendría derecho a pensión compensatoria y al crédito del artículo 1.438, en sociedad de gananciales únicamente tendría el primero de esos derechos, pese a que en este la idea de comunidad patrimonial sea notablemente más acentuada; desigualdad que también cabría apreciar en la posición de uno y otro cónyuge, pues tras agotar el fruto de sus respectivos trabajos, en casa y fuera de ella, en el sostenimiento de la familia, uno de ellos gozaría de un crédito frente al otro en razón a ese trabajo».

Esta misma sentencia asturiana deja también constancia del notable acercamiento del régimen de separación de bienes al *régimen de participación* que puede producirse por mor de la compensación del artículo 1.438 del CC, ya que con esta se viene a «potenciar una especie de participación limitada en las ganancias del otro cónyuge». Sobre este particular, algunos autores han defendido que la función de la compensación por trabajo doméstico es la de garantizar a quien lo realizó un cierto grado de participación en las ganancias obtenidas por el cónyuge deudor (AGUILERA, 2012, págs. 39-40); postura que, al asimilar así al régimen de participación el de separación y desdibujar este, ha sido objeto de críticas por otro relevante sector doctrinal (RAGEL, 2001, págs. 427-428; VERDERA, 2013, pág. 240; RUBIO

De ahí que, en la línea que vengo anunciando, considere más próxima a mi visión del precepto la ofrecida por las SSAP de Cádiz de 24 de junio de 2013 (JUR 2013\286362) y 19 de diciembre de 2012 (JUR 2013/62349) o la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de junio de 2013 (JUR 2013\321105), según las cuales «no debemos olvidar que conforme al artículo 1.438 existe la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y que la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir, pudiendo contribuir con el trabajo doméstico. Por tanto, *si el trabajo doméstico es una forma de contribuir a las cargas matrimoniales, la compensación no puede extenderse a la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar ese trabajo del hogar, ya que en ese caso no se habría contribuido en nada, sino que debe limitarse al exceso de la contribución que correspondería a cada cónyuge*»³².

Así, pues, y entramos ya en la base de nuestras consideraciones críticas, cabe convenir con el Tribunal Supremo –y solo en este punto es su doctrina digna de compartir–³³ que no sea presupuesto imprescindible para que nazca el derecho a la compensación el «*incremento patrimonial*» del cónyuge deudor, si entendemos por tal que, a la liquidación del régimen de separación de bienes, debiera haber este experimentado un auténtico aumento de patrimonio o riqueza³⁴ (o un ahorro económico efectivo)³⁵. Ahora bien, una cosa es que no tenga que subordinarse la compensación a que el cónyuge deudor haya logrado hacerse con una pequeña o gran fortuna o haya acrecentado sus bienes o ganancias –cosa que, por lo demás, dependerá de muy plurales factores, en gran medida ajenos al hecho de que su consorte realizara o no trabajo doméstico³⁶ (la valía

GIMENO, 2014, págs. 109-115; MIJANCOS GURRUCHAGA, 2015, pág. 16) y rechazada expresamente por aquellas sentencias que descartan que la compensación pueda fijarse estableciendo en favor del cónyuge beneficiario una cuota o porcentaje de las ganancias obtenidas por el otro [SSAP Albacete 25 septiembre 2007 (JUR 2008/49766) y Murcia 6 noviembre 2006 (JUR 2006/284978)].

³² También sigue una orientación similar la SAP Álava 14 mayo 2014 (JUR 2014\233184).

³³ Si bien este otro extremo no forma parte de la «doctrina jurisprudencial» sentada por la STS 534/2011, también es plausible –como en su momento desarrollaremos, con matices (*vid. infra*. Apdo. III. I.C.)– que en ella el TS se decante expresamente por la admisibilidad del módulo salarial como criterio de valoración económica del trabajo doméstico.

³⁴ Frente a las sentencias para las que no ha de ser relevante –ni *conditio sine qua non* del derecho a compensación– la riqueza o plusvalías alcanzadas (o no) por el cónyuge deudor [SAP Toledo 30 septiembre 2014 (JUR 2014\278148), STSJ Cataluña 29 mayo 2007 (RJ 2007/4858)], entienden en sentido discrepante otras resoluciones judiciales que es improcedente la compensación por trabajo doméstico cuando «ninguno de los cónyuges se ha beneficiado en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonio en detrimento del otro» [SSAP Castellón 16 abril 2014 (JUR 2014\189143) y Madrid 29 enero 2009 (JUR 2009/238744)].

³⁵ Y bajo ese mismo ángulo ha de interpretarse la aseveración de que no es requisito indispensable de la compensación del artículo 1.438 del CC que el trabajo doméstico haya desembocado «en una *desigualdad patrimonial* entre los cónyuges a fecha de la extinción del régimen de separación». Así lo señala, con cita expresa de la STS 14 julio 2011, la SAP Córdoba 20 junio 2013 (JUR 2013\286726) que acordó conceder dicha compensación a la exmujer –efectivamente dedicada durante el matrimonio al trabajo doméstico– en un asunto en que, al tiempo del divorcio, los cónyuges tenían «solo, y a un cincuenta por ciento, la propiedad de un piso».

³⁶ Repárese en que la Ley valenciana 10/2007 (art. 13.1), a la hora de apreciar la eventual obligación de compensación, incluye entre los criterios orientativos para valorar el trabajo doméstico «los ingresos obtenidos por el cónyuge ben-

profesional de aquel, su mayor o menor éxito en el plano laboral, su pericia o suerte en la gestión de sus negocios, etc.)³⁷. Y otra cosa distinta es que, según creo –y más tarde desarrollaré–, sí resulte indispensable 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 cargas³⁸.

De lo contrario –y en ello afinaré en el posterior análisis de la STS de 31 de enero de 2014–, entiendo que la consideración del trabajo para la casa como fuente o título formal que, *per se* y sin más, crea un derecho de crédito a favor de quien lo realizó –prescindiendo del beneficio del consorte a resultas de que ese trabajo doméstico implicara una «*sobrecontribución*» de aquel³⁹, una aportación *por encima* de lo que era propiamente su inexcusable obligación legal⁴⁰ entra-

eficiario de tales servicios *en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos* –precisión esta que en absoluto es trivial o baladí y que evoca sobremana la doctrina del enriquecimiento injusto–.

³⁷ Son no pocas las sentencias que ponen en evidencia tal idea y que, a fin de denegar la compensación en los concretos asuntos litigiosos, afirman que en absoluto resultó probada «*la más mínima contribución de la esposa al desarrollo y pujanza de las empresas del marido*» [SAP León 26 septiembre 2013 (JUR 2013\312928)] o que aquella «*hubiese favorecido el gran éxito profesional de su cónyuge*» [SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013\263637)] o *coadyuvara, siquiera indirectamente, «a la promoción personal y profesional del esposo*» [SAP Alicante 13 septiembre 2013 (JUR 2013\350364)], ni que la contribución de la mujer a las tareas del hogar «*haya permitido al marido lograr unos rendimientos económicos que no habría conseguido de otra forma*» [SAP Alicante 7 abril 2011 (JUR 2011\302530)]. *Vid.* asimismo las SSAP Tarragona 26 julio 2014 (JUR 2014\264409) y Alicante 16 julio 2013 (JUR 2013\349814); y en la doctrina, por todos VERDERA, 2013, pág. 240; y SANTOS MORÓN, 2015, pág. 36.

³⁸ No nacerá, pues, el derecho a compensación, aunque el otro cónyuge se haya hecho completamente rico, si quien trabajó para la casa no *rebasó* de esa forma su deber (proporcional) de proveer al levantamiento de las cargas familiares, no contribuyó *con más* de lo que debía. Ejemplo de ello ofrece la SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599) que, entre los argumentos para denegar la compensación a la exmujer, reprochó a esta que «su esfuerzo probatorio recayera, no sobre su dedicación a la familia y la casa, sino que *principalmente pusiera el acento en la riqueza alcanzada por el esposo* constante la convivencia». Igualmente en la SAP Madrid 3 junio 2009 (JUR 2009\22438), *pese a haber registrado el marido un importante incremento de su patrimonio*, se desestimó la compensación reclamada por su esposa ya que esta *no había contribuido a las cargas familiares más allá de lo que le era exigible* (contaba con servicio doméstico interno, se había desenvuelto perfectamente en el ámbito laboral y el cuidado de los hijos no le había robado más tiempo del que les dedicara el marido).

³⁹ A la idea de «sobrecontribución» en el artículo 1.438 del CC aluden expresamente, en la jurisprudencia menor, p. ej. las SSAP Sevilla 17 marzo 2004 (AC 2004\382), Pontevedra 20 abril 2006 (JUR 2006\159223), Madrid 13 diciembre 2011 (JUR 2012\22440), Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014\76247) y Navarra 31 julio 2003 (JUR 2003\275635) y 9 abril 2015 (JUR 2015\131133); las SSAP Madrid 3 junio 2009 (JUR 22438), Orense 30 marzo 2011 (JUR 2011\1888428), Vizcaya 12 febrero 2015 (JUR 2015\102102) y Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015\125317), según las cuales «si el trabajo doméstico no ha constituido una "sobreaportación" al sostenimiento de las cargas familiares no se justifica, entonces, el derecho económico previsto en dicho precepto»; o la muy atinada SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015\55126) que, disintiendo de forma explícita de la STS 534/2011, declara que «el sentido del artículo 1.438 del CC ha de ser la compensación cuando, sin producirse un incremento patrimonial de uno de los cónyuges necesariamente, la contribución a las cargas del que ha trabajado en el hogar ha sido *desproporcionada* en relación con los recursos del otro».

⁴⁰ Ya anteriormente otros autores han criticado la STS 14 julio 2011 por interpretar la compensación del artículo 1.438 del CC de forma totalmente *inconexa* con la obligación de ambos cónyuges de contribuir a las cargas del matrimo-

ña un evidente riesgo de «*duplicidad*» valorativa (o cómputo del mismo concepto por partida doble)⁴¹ y *puede fácilmente desembocar*, como bien han denunciado las SSAP de Madrid de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014\55207) y 11 de abril de 2014 (JUR 2014\133599)⁴², en un *enriquecimiento—verdaderamente injusto o sin causa— del cónyuge acreedor de la compensación*⁴³.

nio, y han objetado en contra de dicha sentencia que considere procedente compensar por trabajo doméstico *sin que exista, en modo alguno, un exceso de contribución* a tales cargas por parte del cónyuge favorecido por la compensación (MORENO VELASCO, 2013, págs. 73 y 77). Vid. también CABEZUELO, 2012, pág. 279-281; y SANTOS MORÓN, 2015, pág. 32.

⁴¹ En esta línea, se pregunta con toda lógica LASARTE (2014, pág. 238) que «si la atención de las tareas domésticas resulta *computable* [como contribución a las cargas], ¿cómo es que, *de añadidura*, ha de ser *compensable*? Dando por hecho que, en definitiva, tanto la computación como la compensación han de traducirse, antes o después, a elementos o términos puramente económicos, la pregunta es difícil de contestar, pues ciertamente el artículo 1.438 sugiere que el trabajo doméstico ha de ser *pagado dos veces*». En igual sentido, también CUENA CASAS (2013, págs. 10.115 y 10.121) considera sumamente criticable esa «*doble valoración* del trabajo doméstico».

⁴² También en la doctrina han alertado del peligro de que la compensación del artículo 1.438 pueda «*generar un enriquecimiento injusto o sin causa*» en favor de su *perceptor*, GARCÍA RUBIO, 1995, págs. 168-169; y CUENA CASAS, 2013, pág. 10.122, quien destaca que de ese modo vendría a *convertirse «el matrimonio en un auténtico "negocio" hasta el punto de que pueda ser más rentable la dedicación al hogar que la realización de actividad profesional»*—idea que igualmente apunta DE AMUNÁTEGUI, 2009, pág. 261 cuando afirma que no puede pretenderse convertir la regla del artículo 1.438 *in fine* del CC «en una sobreprotección de la labor para la casa por encima y en detrimento de cualesquiera otras formas de contribución»—. Vid. asimismo para el Derecho valenciano, BLASCO GASCÓ, 2007, pág. 19.

⁴³ A modo de paréntesis, con el fin de mostrar que el sistema es fuente inagotable de paradojas que cierta jurisprudencia acrece, y como anticipo de lo que en breve desarrollaremos al hilo de la STS 31 enero 2014, recordemos aquí únicamente que, según dispone el artículo 1.438.2 del CC, a falta de convenio la contribución de los cónyuges al sostenimiento de las cargas del matrimonio será proporcional a sus respectivos recursos económicos. Ahora imaginemos que el señor A no cuenta con ingresos ni patrimonio y contribuye con su trabajo en la casa, que valoramos en 600 euros mensuales (tal como veremos que, según la STS 534/2011, cabe hacer). Su cónyuge, la señora B (o el señor B, si fuera matrimonio entre varones), gana en su empleo el salario mínimo, que a día de hoy está en poco más de 600 euros. Obviamente, malviven, quién sabe si con ayuda de algún familiar o amigo, cuestión que aquí no hemos de atender. Así es durante los 10 años de duración del matrimonio. Tenían separación de bienes. Con el artículo 1.438 en mano y con la interpretación que en su doctrina fija el TS, en la sentencia de divorcio y, a falta de acuerdo entre las partes en el correspondiente convenio, la señora B deberá compensar al señor A con 72.000 euros; es decir —y como realistamente denuncia la SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015\55126)—, *prácticamente todo lo que con su trabajo* doña B *obtuvo a lo largo de esos años y que ya había puesto* para que durante ese tiempo ella y A (y los hijos que con ellos convivieran) comieran. Y a lo mejor, de propina, debe pasarle B a A una pensión compensatoria (art. 97 CC) de otros 100 o 200 euros cada mes.

Se podría replicar que la compensación del artículo 1.438 debería ser proporcional a los ingresos (o recursos) económicos del cónyuge que los recibe (o tiene) y aporta, pero dicha «proporcionalidad» esa norma la requiere nada más que para la contribución de cada uno a la hora de hacer frente a las cargas de la vida familiar, no como criterio para calcular el monto de la compensación. Además, aplicar ahí ese criterio de proporcionalidad conduciría a otro *perverso efecto*: el trabajo doméstico del ama «de casa pobre» (digámoslo ahora así, en femenino, con arreglo al modelo tradicional de familia) tendría menos valor que el del ama de casa que casó con varón con buen sueldo (o capital). Porque si, en este nuestro último ejemplo en que los ingresos del que tiene sueldo son de poco más de 600 euros, disponemos que el trabajo mensual del que se ocupa de las lides domésticas vale 100 euros al mes, o 50, la discriminación resulta notoria, ya que habría que tasar *ese mismo trabajo* en 600 si el cónyuge gana 2.000 euros y, por la misma regla de tres, en 6.000 si gana 20.000. A lo que se suma la correspondiente diferencia en la pensión compensatoria, claro. O de cómo *la falaz igualdad entre los cónyuges* puede conducir, con esos parámetros, a una

En definitiva, cuanto se acaba de exponer sirve como crítica, que se quiere fundada, a la escasamente fundada doctrina jurisprudencial que impone el Tribunal Supremo. Va de suyo, pues, que, en mi opinión y por cuanto antecede y se dirá, solo puede salvar el sentido razonable y acorde a los tiempos del artículo 1.438 *in fine* del CC una interpretación que compare el valor de las respectivas aportaciones de ambos cónyuges y requiera el «exceso» en la materializada por el trabajo para la casa⁴⁴; o, en otros términos, una lectura del mismo que ligue la compensación por el trabajo en la casa al «enriquecimiento» del otro cónyuge⁴⁵ de resultas de las funciones que, a modo de «sobrecarga», la otra parte asumió y cumplió como amo/a de casa⁴⁶.

B. La problemática compatibilidad de la compensación del trabajo doméstico (ex art. 1.438) con la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del CC

Cambiando ligeramente de tercio –y aunque no quepa aquí extenderse en el tema⁴⁷, no debe olvidarse que, como se vislumbra en el mismo caso de la STS de 14 de julio de 2011, la compensación del artículo 1.438 es compatible con la percepción de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC⁴⁸ cuando a uno de los cónyuges «la separación o el divorcio [le] produzca

flagrante discriminación entre los ciudadanos y entre las ciudadanas, una discriminación muy poco caritativa, escasamente social y difícilmente constitucional.

⁴⁴ Firmes partidarias del *exceso* de contribución como fundamento de la compensación del artículo 1.438 del CC se muestran, con acierto y lujo de argumentos, RIBERA, 2004, págs. 129 y ss.; 2005, págs. 900-907; DE AMUNÁTEGUI, 2009, págs. 259-262; CUENA, 2013, págs. 10.121-10.122; ASÚA, 2011, págs. 86, 91, 93-94; y SANTOS MORÓN, 2015, págs. 29, 35, 38, 42-43. También se decantan abiertamente por la tesis de la «sobrecontribución», p. ej. ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pág. 1.922; GARCÍA RUBIO, 2009, pág. 347; ARROYO, 2010, págs. 1.573-1.574; PÉREZ CONESA, 2012, pág. 46; CABEZUELO, 2012, págs. 280 y 284; VERDERA, 2013, págs. 237, 239, 242; y MORENO VELASCO, 2013, págs. 72-76.

⁴⁵ *Mutatis mutandis*, en relación con la compensación del trabajo doméstico en el Derecho chileno –que, a modo de figura híbrida entre las previstas por nuestros artículos 97 y 1.438 del CC, contempla el art. 61 de su Ley del Divorcio de 2004–, también consideran que la dedicación al hogar y los hijos no crea *per se* y automáticamente aquel derecho y apuestan por hacer gravitar su fundamento en evitar el *reciproco empobrecimiento y enriquecimiento injustificados* de uno y otro cónyuge, p. ej. PIZARRO WILSON, págs. 90-91; y VIDAL OLIVARES, 2009, págs. 348-349.

⁴⁶ Y aun así, surgirán serios problemas a la hora de ver qué haya de entenderse por «enriquecimiento». Pues si como tal se concibe el que ese cónyuge deudor no hubiera podido trabajar en lo que trabajó ni ganar lo que ganó si hubiera tenido que hacerse cargo él de los cometidos caseros, podemos encontrarnos que tan frecuente o más es el caso entre quienes tienen bajísimos sueldos por trabajos de muchas horas que entre quienes perciben elevados emolumentos. Un peón de albañil con salario mínimo seguramente trabaja y tiene que trabajar más horas que muchos altos ejecutivos y, desde luego, que tantos funcionarios de nivel 30. Pero no parece que sea el cónyuge del modesto peón el que tenía *in mente* nuestro legislador ni el que ocupe y preocupe a muchos de nuestros tribunales.

⁴⁷ *Vid.*, ampliamente al respecto, el espléndido y documentado estudio de SANTOS MORÓN, 2015, págs. 1-50.

⁴⁸ Contempla expresamente dicha compatibilidad entre la compensación del trabajo doméstico y la pensión compensatoria el artículo 14.2 de la Ley valenciana 10/2007; y también, en esa línea, dispone el artículo 232-10 del CC de Cataluña que «el derecho a la compensación económica por razón de trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y –añade oportunamente el legislador catalán– deben tenerse en cuenta para fijar estos derechos y, si procede, para modificarlos».

un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio»; y especialmente interesa recordar que uno de los parámetros que este artículo señala para apreciar la existencia de dicho «desequilibrio», reconocer el derecho a pensión y concretar su importe (y duración) es «la dedicación pasada» a la familia (apdo. 4.º)⁴⁹. De esta manera, en nuestro ejemplo (como en la propia Sentencia 534/2011), el cónyuge A tendrá derecho, muy probablemente, a percibir dos «compensaciones»⁵⁰. Una, la pensión compensatoria, pues el desequilibrio económico se va a ver como evidente, ya que ese cónyuge no tiene ingresos propios y los 600 euros que, por caso, vale al mes su trabajo doméstico no se van a contar como ingresos suyos ni como ingresos que podría hacer efectivos trabajando de igual manera y por cuenta ajena en otra casa donde se los pagasen, sino como gastos que se ahorró B. Y la otra compensación llegará por la vía del artículo 1.438, si hay separación de bienes, ya que a B se le condena a hacerse cargo *retroactivamente* de todas las cargas que el matrimonio tuvo: las que B ya financió con su aportación en dinero, las que puso con su trabajo en el hogar, si alguno hizo, y las que vale la dedicación familiar de A.

Así las cosas, no es de extrañar que reputados especialistas en la materia se hayan percatado del eventual riesgo, no tan solo de «duplicidades», sino de que el «trabajo para la casa» llegue a ser valorado por partida «triple»: según escribe CABEZUELO ARENAS⁵¹ en tal sentido, «se nos

⁴⁹ Tanto la doctrina civilista como las decisiones de nuestras Audiencias aceptan de forma pacífica la autonomía de la compensación del artículo 1.438 del CC respecto a la figura distinta de la pensión compensatoria del artículo 97. Valga como muestra de su diferente naturaleza y finalidad (sin perjuicio de algunas concomitancias) y del reconocimiento de la *compatibilidad* entre ambas [excepcionalmente en contra, *vid.* SAP Navarra 9 abril 2015 (JUR 2015\131133)] la SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599): la compensación por trabajo doméstico –afirma esta sentencia– goza «de autonomía propia respecto de la denominada pensión compensatoria que contempla el artículo 97 del CC. Así, pese a que ambos preceptos (arts. 97 y 1.438) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia (la expresión "dedicación a la familia" es sustancialmente equivalente a la de "trabajo para la casa"), el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no solo se otorga en atención a la contribución pasada a la familia, sino también a la futura, y se funda en la apreciación de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica del otro, confrontando su situación actual y futura con la que disfrutaba vigente el matrimonio. En cambio, la indemnización del artículo 1.438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede generar para uno de los cónyuges, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia. La conclusión es, pues, que *es perfectamente compatible la pensión compensatoria con la indemnización del artículo 1.438*». Entre la legión de sentencias de idéntico o similar tenor, *vid.* p. ej. las SSAP Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014\76247), La Rioja 30 diciembre 2013 (JUR 2014\24203), Granada 4 julio 2014 (JUR 2014\258722), Ciudad Real 18 diciembre 2014 (JUR 2015\67205), Madrid 24 febrero 2015 (JUR 2015\94200), Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015\149487), Valencia 22 diciembre 2014 (JUR 2015\96896), 23 febrero 2015 (JUR 2015\101606) y 20 abril 2015 (JUR 2015\145600) y Pontevedra 5 noviembre 2014 (JUR 2015\61339) y 25 junio 2015 (JUR 2015\175680).

⁵⁰ De hecho, es abrumadoramente mayoritaria la tendencia judicial a la concesión *simultánea* de ambas compensaciones a quien durante el matrimonio (con régimen de separación) trabajó para la casa: así puede apreciarse, p. ej. en las SSAP Álava 14 mayo 2014 (JUR 2014\233184), Sevilla 16 julio 2014 (JUR 2014\283207), Vizcaya 23 julio 2014 (JUR 2014\267977), Burgos 3 diciembre 2014 (JUR 2015\52321), Córdoba 9 diciembre 2014 (JUR 2015\82269) y Albacete 11 noviembre 2014 (JUR 2015\46951) y 26 junio 2015 (JUR 2015\175860).

⁵¹ CABEZUELO, 2012, págs. 280-281.

computaría dicho trabajo como contribución a las cargas y, además, pretenderíamos obtener su indemnización [ex art. 1.438 CC]. Y aún más, se reconocería esta última y, con fundamento en el número 4 del artículo 97 —«dedicación pasada a la familia»—, se concedería también la pensión por desequilibrio económico prevista en este artículo, lo que entrañaría, no ya un «doble resarcimiento», sino *una triple forma de valorar lo mismo*⁵².

Desde esa óptica, pues, el *enriquecimiento* —injustísimo— de quien trabaja para la casa será palmario sí, ante la renuencia del legislador para acometer reformas sobre el particular (ya por pereza o falta de valentía)⁵³, los tribunales no reconsideran sistemáticamente la combinación de dicha compensación del artículo 1.438 y pensión compensatoria del artículo 97⁵⁴ y vienen a sopesar, para conjugar con seriedad ambas prestaciones en el caso concreto, que el menoscabo económico que causa el divorcio al ama/o de casa queda a menudo sobradamente *enjugado* con la compensación del 1438, por lo que —al amparo del aptdo. 9.º del art. 97 cuando remite a la valoración de «*cualquier otra circunstancia relevante*», como sin duda lo es el *régimen económico matrimonial* preexistente⁵⁵ será improcedente imponer, además, pensión compensatoria⁵⁶. De lo

⁵² Vid. en la misma línea VERDERA, 2013, pág. 247; DE AMUNÁTEGUI, 2009, pág. 260; y SANTOS MORÓN, 2015, págs. 35 y 43.

⁵³ Aunque el artículo 1.438 del CC no ha sido alterado un ápice desde el ya lejano 1981 en que naciera, es de justicia recordar que, en cambio, el artículo 97 fue reformado por la Ley 15/2005, de 8 julio —la comúnmente conocida, en expresión un tanto pedestre, como «Ley del divorcio *express*»—. Con ella, amén de mencionarse expresamente «*cualquier otra circunstancia relevante*» (apdo. 9.º) como factor a atender para fijar pensión compensatoria (y concretar su importe y duración), se efectuaron algunas modificaciones que, ciertamente, contribuyeron a la modernización de la figura: si, por un lado, se consagró *legalmente* la posibilidad de su reconocimiento con carácter *temporal* (y no necesariamente indefinido o perpetuo) —como, de hecho, era ya admitido desde años atrás por nuestros tribunales—, por otro se vino a permitir su establecimiento *ab initio*, no solo como pensión periódica, sino en forma de *prestación única* que, mediante el pago *una tantum* de un capital en bienes o en dinero, evitara mantener ligados por molestas relaciones económicas a esos antiguos cónyuges que han pasado a ser extraños.

⁵⁴ Justo es reconocer que ya algunas sentencias han denunciado ese peligro de un «*doble resarcimiento*» a quien trabaja en la casa. Así, según se afana en explicar la SAP Castellón 16 abril 2014 (JUR 2014\189143), «a la hora de afrontar una compensación amparada en el artículo 1.438 del CC, *debe cuidarse el no incurrir en una duplicidad de prestaciones derivadas de la misma razón de ser*, como también han puesto de manifiesto diversas resoluciones que se han pronunciado sobre el particular (SSAP Murcia 15 junio 1998 y Barcelona 23 febrero 1998)». Como de forma impecable ha expresado en esa misma línea la SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014\119127), la compensación del artículo 1.438, «entendida como un derecho autónomo derivado del solo trabajo para la casa, encuentra serias dificultades» y «resulta difícil de diferenciar y compatibilizar con el derecho a la pensión compensatoria: si en esta, por mandato legal, ya se tiene en cuenta el trabajo para el hogar y la familia, las probabilidades de acceso al empleo y otras circunstancias similares (art. 97 CC), atender a esos mismos parámetros para fijar el crédito del 1.438 puede comportar *incurrir en indeseables duplicidades*».

⁵⁵ Como señala MARÍN LÓPEZ, 2013, pág. 251, para determinar la existencia de desequilibrio económico deben tenerse en cuenta numerosos factores, de imposible enumeración, entre los que se encuentra «*el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios*».

⁵⁶ No en vano, a la luz de la genérica dicción del art. 97.9.º, apunta con buen criterio la doctrina mayoritaria (SANTOS MORÓN, 2015, págs. 28-29; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, pág. 6; VERDERA, 2013, pág. 247; CABEZUELO, 2012,

contrario, si ya para la fijación de esta uno de los criterios legalmente marcados es el de «la dedicación pasada» a la familia –entendiéndose que a más dedicación, mayor pensión para el cónyuge al que la separación o divorcio haya provocado «desequilibrio económico»– y si, tratándose de matrimonio con separación de bienes, esa dedicación, además de reputarse forma apta de contribuir al sostén de las cargas familiares, también se va a compensar «objetivamente» al finalizar el régimen –por mor de la interpretación del artículo 1.438 efectuada por la STS 534/2011 (y ulteriores)–, resulta evidente que un mismo concepto se valora y computa tres veces⁵⁷.

págs. 287-288; PÉREZ CONESA, 2012, pág. 49; ASÚA, 2011, pág. 97; GARCÍA RUBIO, 2009, pág. 347; BERCOVITZ, 2006, pág. 149, entre otros muchos) que habría primero de procederse, en un orden lógico, a liquidar el régimen económico matrimonial de separación y, una vez efectuada esa operación previa, sería el momento de enjuiciar la existencia o no de desequilibrio económico [cfr. art. 233-15 CC catalán, SAP Barcelona 15 enero 2015 (JUR 2015\77304)]. De esa manera, la compensación por trabajo doméstico concedida, en su caso, por virtud del artículo 1.438 del CC podrá llegar, en especial si es sustanciosa, a *anular ex ante* todo posible desequilibrio y a reducir a la nada y eliminar, consiguientemente, el derecho a pensión [SSAP Ciudad Real 18 diciembre 2014 (JUR 2015\67205) y Murcia 26 junio 2014 (JUR 2014\279971)]; o servirá al menos para «atenuar» dicho desequilibrio y minorar la cuantía de la pensión compensatoria [SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014\119127)].

Con el mismo propósito de mitigar y evitar la temida «duplicidad» de prestaciones económicas, pero operando de forma inversa a la anterior, tampoco faltan algunas resoluciones judiciales que –en la línea defendida doctrinalmente por RAGEL, 2001, págs. 426 y 427– consideran *embebida* la eventual compensación por trabajo doméstico dentro de la pensión compensatoria reconocida. En concreto, las SSAP Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014\76247) y Madrid 16 septiembre 2011 (JUR 2011\357045) pusieron de relieve que «la dedicación de la esposa a la familia y el hogar *ya se ha tenido en cuenta como uno de los factores determinantes de la pensión compensatoria*» concedida, lo que, para «*excluir un doble cómputo*», lleva a denegar la compensación del artículo 1.438 del CC. *Vid.* igualmente la SAP Valencia 15 mayo 2014 (JUR 2014\173480). Asimismo cabe encontrar alguna sentencia que, como la SAP Palencia 21 mayo 2012 (JUR 2012\242294), viene, si no a privar de la compensación del artículo 1.438 del CC, sí a *rebajar* su importe (de 75.000 a 30.000 €) porque «a la recurrente ya la hemos reconocido una pensión compensatoria por desequilibrio económico» [*vid.* igualmente la SAP Zamora 10 abril 2015 (JUR 2015\126854); explícitamente en contra, SAP Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015\145600)].

⁵⁷ Ocioso es advertir que, claro está, son muchos los supuestos, completamente *alejados de todo solapamiento de compensaciones* económicas, en que –como, p. ej. decidió la SAP Madrid 28 julio 2014 (JUR 2014\244738)–, si bien se deniega la compensación del artículo 1.438 por considerarse que no concurren sus requisitos (en el concreto asunto litigioso, por falta de prueba del efectivo trabajo doméstico), sí se concede pensión compensatoria al apreciarse que, al margen del parámetro de la dedicación pasada a la familia del artículo 97.4.º, el divorcio ha producido desequilibrio económico a uno de los cónyuges con arreglo a los demás criterios del artículo 97. *Vid.* p. ej. las SSAP Madrid 26 septiembre 2014 (JUR 2014\290507) y 23 diciembre 2014 (JUR 2015\60422), Toledo 30 septiembre 2014 (JUR 2014\278148), Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015\50857), La Rioja 24 noviembre 2014 (JUR 2015\51473), Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015\149487), Valencia 25 marzo 2015 (JUR 2015\145884) y Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015\125317).

Finalmente, y como es obvio, también cabe encontrar casos –cierto que realmente claros y patentes y donde las reclamaciones intentaban escudarse en argumentos bastante burdos– en que los tribunales desestiman la pretensión tanto de compensación del artículo 1.438 del CC como de pensión por desequilibrio económico [SSAP Castellón 5 junio 2015 (JUR 2015\226047) y Madrid 28 noviembre 2014 (JUR 2015\19455), 24 febrero 2015 (JUR 2015\94200) y 26 mayo 2015 (JUR 2015\176660)]. Sirva como botón de muestra el pleito zanjado por la SAP Madrid 16 abril 2013 (JUR 2013\191808) donde, solicitada por la esposa (de 35 años) una compensación de 5.546,07 euros y una pensión compensatoria de 250 euros mensuales, la AP consideró que, en atención a la edad de aquella, la escasa duración de la convivencia (4 años), su actual trabajo en una empresa del sector de la moda y la inexistencia de hijos del matrimonio, no procedía la pensión del artículo 97, ni tampoco la compensación del artículo 1.438 ya que –ar-

O de las sorprendentes ventajas del régimen de separación de bienes para el cónyuge que nada más que labora en casa (si es que labora).

III. LA «SOBREAPORTACIÓN» O EXCESO DE CONTRIBUCIÓN MEDIANTE TRABAJO PARA LA CASA VS. LA FLAGRANTE EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS CÓNYUGES

1. A VUELTAS CON LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ARTÍCULO 1.438 DEL CC EN LA STS DE 31 DE ENERO DE 2014: LA PROPORCIONALIDAD EN LA CONTRIBUCIÓN AL LEVANTAMIENTO DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO Y EL CÁLCULO DEL TRABAJO DOMÉSTICO

Al cabo de casi tres años desde que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre el artículo 1.438 *in fine* del CC en la Sentencia de 2011 que hasta el momento venimos examinando, la Sala 1.^a del Alto Tribunal vino a reafirmarse y ratificar la doctrina jurisprudencial que aquella sentara, y en su Sentencia de 31 de enero de 2014 (RJ 2014/813)⁵⁸, abundando en la exclusión del requisito del «enriquecimiento» del cónyuge deudor, especifica a mayores un nuevo dato adicional: que resulta irrelevante y no es óbice al derecho a compensación que ese cónyuge deudor invirtiera la totalidad de su sueldo en el levantamiento de las cargas del matrimonio. Vaya por delante, y conviene confesarlo de antemano, que estoy de acuerdo con el fallo del Tribunal Supremo en este concreto asunto –la desestimación del recurso de casación interpuesto por la esposa y la improcedencia del derecho de esta a ser compensada–; pero discrepo, en cambio, del *trasfondo* de su fundamentación jurídica, por las razones que seguidamente se expondrán.

A efectos de detectar las fragilidades (y también algún aspecto loable) que presenta la interpretación jurisprudencial que del artículo 1.438 del CC realiza nuestro Supremo Tribunal, me parece de suma utilidad distinguir dos grandes tipos de situaciones fácticas que son posibles (y las más habituales y normales) en el contexto de dicho precepto. A tal fin, llamemos A y B a los cónyuges en un matrimonio con separación de bienes, con total prescindencia de si el uno o el

gumentó con buen criterio esta sentencia– «no consta la especial dedicación de la esposa a la familia y en concreto al esposo, por cuanto que, según este afirma, *también él ha contribuido a la organización doméstica de la casa, que no era difícil habida cuenta de la falta de hijos en el matrimonio*, siendo así que, además, siempre han contado con asistencia doméstica y, antes bien, *el esposo ha contribuido al mantenimiento de una hija no matrimonial de la esposa, que ha convivido con ellos*».

⁵⁸ Son ya numerosas las sentencias de Audiencias que se remiten expresamente a esa STS 16/2014 –cuyo ponente fue el Excmo. Sr. J. A. Seijas Quintana– y reproducen sus fundamentos jurídicos. *Vid.* p. ej. las SSAP Navarra 9 abril 2015 (JUR 2015\131133), Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015\149487), Valencia 19 enero 2015 (JUR 2015\95218), Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015\50857), Baleares 11 junio 2014 (AC 2014\1236), Madrid 19 mayo 2014 (JUR 2014\167678), Álava 3 abril 2014 (JUR 2014\232174), A Coruña 20 marzo 2014 (JUR 2014\218241) y Pontevedra 17 marzo 2014 (JUR 2014\212401).

otro son mujer o varón⁵⁹ o de sí, como es posible tras la –en su día, polémica– Ley de 1 julio de 2005, se trata de dos mujeres o de dos hombres.

Un primer supuesto a analizar⁶⁰ es el siguiente: *A no tiene trabajo remunerado (ni como autónomo ni por cuenta ajena), carece de capital o patrimonio alguno y de toda fuente propia de ingresos y se ocupa del trabajo doméstico. B sí percibe ingresos por su trabajo (o industria).*

En virtud del artículo 1.438.1 del CC, A y B están ambos obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio (*ex art. 1.318.1*) y, «a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos» (*art. 1.438.2*). En la situación descrita, en principio B sostiene con sus ingresos el cien por cien de los gastos familiares. Pero, puesto que «el trabajo para la casa» se computa como contribución a dichas cargas (*art. 1.438.3*), todo intento de establecer la *proporción* en que A y B, en esta situación, han contribuido al levantamiento de tales cargas requerirá realizar las tres operaciones siguientes:

En primer lugar, una delimitación cualitativa adecuada de cuáles sean las «cargas del matrimonio» que aquí cuentan⁶¹.

En segundo lugar, deberá llevarse a cabo un cálculo cuantitativo aproximado del *montante total de dichas cargas*.

⁵⁹ De forma coetánea a la introducción del artículo 1.438 en el CC, decía LACRUZ (1981, pág. 145) que el trabajo para la casa es habitualmente prestado por la mujer «y para ella está pensado el precepto»; aunque no dejaba de apuntar –en un tono un tanto peyorativo– que la compensación que prevé pudiera reconocerse «al marido dedicado a muchacha para todo».

⁶⁰ El segundo supuesto o situación será abordado en el apartado V del presente estudio.

⁶¹ Como cargas del matrimonio habrán de contar, por ejemplo, aquellos gastos ordinarios que sean de disfrute común y necesarios para la vida en conjunto de los cónyuges (vivienda, mobiliario y enseres varios, agua y electricidad), así como los gastos de quienes de ambos dependan (vestido y alimentación de los hijos, educación, etc.). En cambio, y especialmente tratándose como aquí se trata del régimen de separación de bienes, se me antoja problemático, cuando menos, 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» [STS 31 mayo 2006 (RJ 2006/3502)]: ciertos cuidados corporales y de adorno [los «tratamientos de belleza y relajación» que menciona la atinada SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015\125317), cirugías estéticas, etc.], vacaciones y viajes de placer exclusivos suyos, diversiones individuales (p. ej. cenas en restaurantes caros con amigos suyos, entradas de teatro y ópera), etc. *Vid.* en esta línea PÉREZ MARTÍN, 2009, pág. 1.559; y ALEJÁNDREZ PEÑA, 2010, págs. 1.449-1.450, para quienes no cabe extrapolar *meccánicamente* –como es usual– el elenco de gastos comprendidos en el artículo 1.362.1.º del CC (definitorio de «cargas de la sociedad de gananciales») a efectos de conceptualizar el alcance de las *cargas del matrimonio* en el régimen de separación. Por su parte, los artículos 231-5.6 *in fine* del CC catalán y 9.4 *in fine* de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano se ocupan de precisar que *no serán consideradas cargas familiares «los gastos que corresponden al interés exclusivo de uno de los cónyuges»* (idea que reitera, en sede de parejas de hecho, el art. 8.2 *in fine* de la Ley 5/2012 de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana). *Vid.* asimismo la SAP Baleares 30 marzo 2015 (JUR 2015\113102).

Finalmente, habrá de efectuarse un *cálculo de la proporción* en que cada uno de los cónyuges ha satisfecho tales cargas familiares. Y aquí viene la peculiaridad introducida por el artículo 1.438 del CC⁶², en cuyo esclarecimiento interesa detenernos.

En efecto –y recordemos que, en el supuesto que nos ocupa, el cónyuge A no tiene trabajo retribuido y se dedica al «trabajo para la casa»–, el artículo 1.438 dice dos cosas de no fácil encaje. Primero se afirma, con carácter general, que la obligación contributiva de cada cónyuge ha de ser proporcional a sus respectivos recursos económicos⁶³ (entendidos en su más amplio sentido⁶⁴ –capitales, rendimientos y frutos de los bienes, ingresos provenientes del trabajo o industria, etc.–)⁶⁵. Y tras sentar esa regla de proporcionalidad (subsidiaria⁶⁶, según el sentir doctrinal mayoritario)⁶⁷, se añade a renglón seguido el importante matiz de que el trabajo doméstico constituye una de las modalidades posibles de contribuir a las cargas del matrimonio y como tal se computa. Así las cosas, si la proporción en que cada uno de los cónyuges contribuye importa (y tiene que importar si no queremos diluir la especificidad del régimen de separación de bienes)⁶⁸ ha de poder calcularse o tasarse, aunque sea por estimación, *el valor pecuniario de la contribución de A mediante su «trabajo para la casa»*⁶⁹. Ello reclama necesariamente dos premisas –la primera, delimitar qué

⁶² Preguntémonos qué pasaría si en el matrimonio entre X e Y, que tienen sueldos iguales y suficientes, X contribuyera en un 20% e Y en un 80% y excluyamos que exista o pueda entenderse que existe convenio en ese sentido, el convenio posible al que alude el artículo 1.438.2. Diríamos que se genera una deuda en favor de Y, de la que es acreedor X, una deuda por el 30% de los gastos habidos en el sostenimiento de las cargas del matrimonio.

⁶³ Crítico con esta ambigua expresión legal de «recursos económicos» se ha mostrado, entre otros, TORRES LANA, 1991, pág. 1.703.

⁶⁴ *Vid.* por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2006, págs. 147-148; y RIBERA BLANES, 2005, págs. 887-889.

⁶⁵ ¿Significará esto que A, que no tiene recursos económicos, está exonerado de la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio? Repárese en que entenderlo así tendría efectos revolucionarios ya que, en gran medida, el régimen de separación de bienes quedaría en estas ocasiones asimilado al de sociedad de gananciales: lo que gana B a la postre acaba siendo común, salvo lo que le sobre después de haber pagado las cargas del matrimonio; si no le sobra nada, es común (o «cuasi-ganancial») todo lo que B gana. Y tanto más ocurrirá así cuanto más elementos incluyamos dentro del cajón de «cargas del matrimonio».

⁶⁶ Expresamente en este sentido, *vid.* por todas la SAP Madrid 19 mayo 2014 (JUR 2014\167678). Sobre los pactos de los cónyuges por los que estos pueden alterar la regla de la proporcionalidad del artículo 1.438.2 del CC –con los límites de los arts. 1.328 y concordantes–, *vid.* p. ej. PASTOR, 1998, págs. 224-231; RIBERA, 2005, págs. 877-878; ASÚA, 2011, págs. 74-82; y VERDERA, 2013, pág. 218.

Aunque en otros términos, y con matices ausentes en el precepto estatal, también sientan una regla –subsidiaria– de proporcionalidad en el deber de los cónyuges de contribuir a los gastos familiares el artículo 231-6 del CC catalán y el artículo 8.2 Ley valenciana 10/2007.

⁶⁷ En sentido discrepante, algunos autores (como GARCÍA RUBIO, 1995, págs. 45-48, entre otros) entienden que esa regla de proporcionalidad no es subsidiaria sino imperativa, de modo que no cabe derogarla por pacto en contra porque ello sería discriminatorio para uno de los cónyuges.

⁶⁸ *Vid.* en particular MORENO VELASCO, 2013, pág. 69.

⁶⁹ Según afirma MORENO VELASCO (2013, pág. 74), *la traducción pecuniaria del trabajo para la casa* es de particular relevancia porque, a la hora de apreciar la posible existencia de un derecho de compensación, «se torna necesario

sea «*trabajo para la casa*» y la segunda, en íntima relación con la anterior, *probar* qué trabajo se ha hecho para la casa— y también exige la adopción de un *criterio* o *baremo* apto para traducir a dinero el trabajo doméstico efectivamente realizado; cuestiones, todas ellas, sobre las que, siquiera en apretada síntesis, se hace preciso efectuar a continuación algunas consideraciones.

A. Aproximación conceptual al trabajo doméstico: actividades incluidas en la expresión «trabajo para la casa»

A efectos de acotar, muy resumidamente, qué sea «*trabajo para la casa*»⁷⁰, ha de partirse de que el contenido de esta locución en el contexto del artículo 1.438 del CC incluye obviamente las labores domésticas de tipo material (limpieza del hogar, hacer la comida, lavar y planchar la ropa, etc.), así como el cuidado y crianza de los hijos (su aseo, llevarlos al colegio y a actividades extraescolares, al médico, etc.); pero también abarca —como señala la generalidad de los autores—⁷¹ tareas y gestiones administrativas o burocráticas realizadas *fuera del hogar* (contratar el suministro de agua o luz, pagar el IRPF, gestiones bancarias, etc.)⁷².

establecer el término de comparación con la aportación del otro cónyuge». Vid. igualmente BENAVENTE MOREDA, 2003, pág. 4.436; y ASÚA, 2011, pág. 94 (en especial n. 202), quien señala que, desde la perspectiva de la compensación como reembolso de lo contribuido en exceso, la misma «solo puede ser realmente operativa a través de la valoración» cuantitativa de la dedicación al hogar.

Sobre la *valoración monetaria del trabajo doméstico* no remunerado, *vid.* en general GOLDSCHMIDT-CLERMONT, 1995, págs. 7-16.

A nivel legal, la Ley 17/2015, de 21 julio, de Igualdad de Mujeres y Hombres de Cataluña alude en varios de sus preceptos al papel social y económico del trabajo familiar y doméstico [art. 1.2, b), art. 46, c)] y dedica expresamente el artículo 31 a evidenciar ese «*Valor económico del trabajo doméstico y de cuidado de personas*»: a tenor de este artículo, «1. La Generalidad debe realizar, periódicamente, *estimaciones del valor económico* del trabajo doméstico y de cuidado de niños y de personas mayores o dependientes llevado a cabo en Cataluña, debiendo informar a la sociedad catalana sobre el resultado de dichas estimaciones, a fin de dar a conocer su importancia económica y social. 2. Las administraciones públicas deben tener en cuenta los datos sobre *el valor económico* del trabajo doméstico y de cuidado de personas en el diseño de sus políticas económicas y sociales».

⁷⁰ A efectos laborales, y salvando las distancias, cfr. el elenco de servicios o actividades catalogados como tareas domésticas por el artículo 1.4 del RD 1620/2011, de 14 noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar.

Por su parte, la citada Ley catalana 17/2015, de Igualdad de Mujeres y Hombres, ensaya en su art. 2, a) una definición de «trabajo doméstico» —y de «atención y cuidado de los miembros de la familia»—, afirmando que ese «conjunto de actividades no remuneradas... que tradicionalmente se ha asignado a las mujeres, comprende, entre otras, *las tareas de higiene y mantenimiento del hogar; economía doméstica; cuidado, entre otros, de hijos y personas dependientes; gestión de los asuntos médicos y escolares o formativos, y, en general, todas las acciones que persiguen el bienestar del núcleo familiar*».

⁷¹ *Vid.*, por todos, VERDERA, 2013, págs. 220-222; MIJANCOS, 2015, pág. 17; GONZÁLEZ DEL POZO, 2009, pág. 140; así como las SSAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599) y 28 noviembre 2014 (JUR 2015\19455).

⁷² Una mención particular requiere —en tanto que las SSTS 26 marzo 2015 (RJ 2015/1170) y 14 abril 2015 (RJ 2015/1528) que más tarde nos ocuparán aluden, siquiera de rondón, al tema— el supuesto de *colaboración de un cónyuge en la actividad profesional, industrial o empresarial del otro*. Nótese que, a diferencia de la expresa alusión legal a dicha circunstancia en sede de pensión compensatoria (art. 97.5.º CC), el artículo 1.438 guarda silencio al respecto. Por tal

razón, se plantea la duda de si cabe o no reputar «trabajo doméstico» el desarrollado, por ejemplo, por mujeres que, no puntual u ocasionalmente –en cuyo caso, podría subsumirse dentro de los deberes conyugales de ayuda y socorro mutuos (ÁLVAREZ OLALLA, 1996, pág. 111; BENAVENTE MOREDA, 2003, pág. 4.439)– sino de forma continuada y regular, ayudan a la pareja en su profesión o empresa, haciendo «desinteresadamente» –*rectius*, *sin retribución o con una retribución insuficiente* (pues, obviamente, si perciben un sueldo ajustado a las tareas desempeñadas no ha lugar al problema [SSAP Valencia 19 enero 2015 (JUR 2015\95218), Barcelona 15 enero 2015 (JUR 2015\77304) y Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015\50857)]– labores de dependienta, recepcionista, secretaria, etc. Ante el dilema, doctrina y jurisprudencia menor basculan entre dos posiciones básicas.

Una de ellas considera que no cabe subsumir dichos casos en el supuesto de hecho del artículo 1.438 del CC. Así lo entienden, entre otras, la SAP Valencia 6 septiembre 2007 (JUR 2007/340307), o la SAP Cádiz 24 junio 2013 (JUR 2013\286362) que, con un punto de ironía, afirma que no puede «tenerse en cuenta la alegación de la esposa de que ha contribuido con su trabajo en los negocios hosteleros del marido, ya que lo único que contempla el artículo 1.438 es el trabajo doméstico, y manifestar que trabajaba en el bar, significa que no lo hacía en casa, al menos durante el tiempo que estaba en el bar». De similar opinión son aquellos autores (*vid.* p. ej. REBOLLEDO, 1983, pág. 441; SERRANO ALONSO, 1986, págs. 467-468; PASTOR, 1998, págs. 273; ARROYO, 2010, pág. 1.573; ÁLVAREZ OLALLA, 2013, pág. 1.922; CUENA, 2013, pág. 10.118) para quienes tales trabajos (extradomésticos) no remunerados en favor del otro cónyuge no darán derecho a compensación, si bien podrían calificarse como un *enriquecimiento sin causa* [*vid.* p. ej. SAP Las Palmas 30 junio 2005 (JUR 2005/186060)].

La otra postura, por el contrario, consiste en admitir la *aplicación analógica* del artículo 1.438 del CC a los supuestos mencionados (*vid.* p. ej. LACRUZ, 2010, pág. 262; DE LOS MOZOS, 1985, pág. 380; MONTÉS, 1991, pág. 869; GARCÍA RUBIO, 2009, págs. 347 y 357; GUILLEM CARRAU, 2011, pág. 1.298; CABANILLAS, 2012, pág. 1.230; MORENO VELASCO, 2013, págs. 75-76). Y así lo ha hecho, entre otras, la SAP Madrid 27 julio 2011 (AC 2011/2120), que compensó a la esposa que había realizado tareas de guardarropa y camarera en el restaurante del marido; o la SAP Pontevedra 5 noviembre 2014 (JUR 2015\61339) que, junto a la «dedicación principalísima de la mujer a la familia», compensó su «contribución al negocio familiar (estanco) sin remuneración, "ayudando" tres o cuatro horas al día». Por su parte, la SAP Madrid 17 febrero 2012 (JUR 2012/109942) –que confirmó la compensación de más de 100.000 euros a la exmujer que se había dedicado de lleno (sin ayuda alguna de servicio doméstico) a la casa, los hijos y su marido (a menudo enfermo)– tuvo en cuenta que «a mayor abundamiento, la esposa colaboró con el recurrente en su trabajo como autónomo, en labores de *gestoría, administrativas, etc.*».

Pues bien, en pro de esta segunda corriente que se ha expuesto cabe traer a colación el *amplio* concepto de «trabajo doméstico», acuñado por el legislador catalán ya en el primitivo artículo 41 del Código de Familia, que hoy acogen tanto el vigente artículo 232-5.2 del CC de Cataluña [*vid.* SSTSJ Cataluña 9 enero 2012 (RJ 2012/4203) y 19 diciembre 2011 (RJ 2012/2768)] como también la legislación valenciana (art. 12.3 Ley 10/2007); normas autonómicas que expresamente consideran trabajo para la casa la colaboración, no retribuida o insuficientemente retribuida, que un cónyuge preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Sin embargo, las citadas SSTS 135/2015 (FD 2.º 2) y 136/2015 (FD 2.º) vienen a contraponer la explícita alusión a ese supuesto por el legislador valenciano con la orfandad de regulación del mismo en el Código Civil estatal, para destacar precisamente su *diferenciación* en ese punto; con lo que, siquiera de forma indirecta, parecen inclinarse más bien por la posición según la cual tal hipótesis no sería subsumible bajo la órbita del artículo 1.438 del CC. Con todo, lo cierto es que el Supremo (que vino a denegar en ambos casos la compensación) no llega a pronunciarse abiertamente sobre el tema: de un lado, en el asunto de la Sentencia 135/2015 (FD 2.º 3), si bien la mujer *había trabajado para la empresa del esposo* (Rioja Selección) hasta que se cerró, *no había quedado suficientemente aclarado* en la instancia «si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo que lo desempeñó, o solo durante parte de ese tiempo»; por su parte, la Sentencia 136/2015 (FD 3.º) destacó, entre los hechos probados, que «la esposa, desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones, *vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros*». Por tanto, existiendo remuneración (y no cuestionado que fuera insuficiente), en ninguno de los dos litigios –especialmente en el segundo– había caso, en rigor.

Igualmente suele la doctrina englobar dentro del trabajo para la casa «la labor de dirección y organización familiar»⁷³ o la «dirección y responsabilidad» del trabajo doméstico «aunque este no se ejecute materialmente»⁷⁴. Con todo, creo que conviene ser prudente respecto al alcance de dichas expresiones y considerar, como bien hacen las SSAP de Madrid de 11 de abril de 2014 (JUR 2014\133599) y 19 de mayo de 2014 (JUR 2014\167678), que el limitarse *exclusivamente* a realizar encargos o *dar órdenes al personal de servicio doméstico* «no implica una dedicación sensible al hogar y a la familia» y no debería *a priori* ser susceptible de compensación⁷⁵. Desde otra óptica diferente, por abocar a una noción desmesuradamente amplia de «trabajo doméstico», tampoco merecerán ser catalogadas propiamente como tal las tareas que más bien deben reputarse aficiones, pasatiempos o formas de ocio del cónyuge que las realiza (hacer bordados o manualidades, pasear mascotas, etc.)⁷⁶.

Dicho lo anterior, resulta indudable que «estar en casa», en el sentido de no tener trabajo remunerado fuera (o desde la propia casa, por ejemplo como autónomo o como «trabajo a distancia»), no puede equipararse, sin más, a trabajar para la casa⁷⁷ –como bien destaca la SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 (JUR 2015\125317)–. *Ni todo el que no tiene trabajo trabaja para la casa, ni todo el que lo tiene deja por eso de trabajar para la casa*. Va siendo, pues, hora de que se haga una interpretación social, actualizadora y acorde con los tiempos, de ese concepto, un tanto vago e indeterminado, de «trabajo para la casa» (o del análogo de «dedicación a la familia» del art. 97.4.º CC en sede de pensión compensatoria). Y así, convendría que se fuera eliminando una especie de *tácita presunción*: la de que el cónyuge que no trabaja «fuera de casa» trabaja en casa en la llevanza del hogar y la familia. *Depende. Eso debe ser objeto de prueba*. De ahí que considere necesario realizar seguidamente unas rápidas observaciones sobre la controvertida problemática probatoria que el artículo 1.438 *in fine* CC encierra.

B. La prueba de la efectiva realización del trabajo doméstico: carga de la prueba; uso y abuso de las presunciones

Como acaba de apuntarse, a efectos de la compensación económica prevista en dicho precepto, es punto de partida obligado y deviene ineludible la tarea previa de *probar* el trabajo para

⁷³ Vid. p. ej. RIBERA BLANES, 2005, págs. 898-899; y CUENA CASAS, 2013, pág. 10.119.

⁷⁴ Vid. MORENO VELASCO, 2013, pág. 73 –quien llega incluso a incluir, además del «mero control del servicio doméstico, las atenciones a las relaciones sociales de la familia en según qué casos (grandes fortunas)», pág. 74–.

⁷⁵ Vid. igualmente VERDERA, 2013, pág. 238; y ALBALADEJO, 2013, pág. 188.

⁷⁶ En contra, con matices, vid. PASTOR ÁLVAREZ, 1998, pág. 255.

⁷⁷ Como en igual sentido apunta VERDERA (2013, págs. 240-241), «no es suficiente el no tener un trabajo remunerado fuera del hogar, sino que el cónyuge que pretende la compensación debe haber trabajado activamente en el hogar» y «no solo "aparentemente"». Vid. asimismo MORENO TORRES-HERRERA, 2011, págs. 127-128, quien destaca que «el trabajo en el hogar, para ser susceptible de compensación, tiene que ser *efectivo*... No es suficiente no realizar ninguna actividad laboral retribuida, sino que tiene que haber *una dedicación real* a la atención de la familia». También GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, pág. 13 afirma escuetamente que «se exige que la dedicación a lo doméstico sea *real y efectiva*».

la casa realmente desempeñado por el cónyuge solicitante de aquella compensación. Esta prueba tiene dos dimensiones, positiva y negativa: en nuestro ejemplo, de cuáles de los trabajos domésticos *sí* se ocupó el cónyuge A, y de cuáles *no* se ocupó A, bien porque los realizaba el otro cónyuge (B), bien porque los hacían terceras personas pagadas con los ingresos de B.

Un breve *excursus* de tono socio-económico se impone antes de entrar propiamente en materia. Hay una realidad sociológica incontestable, cual es que en el modelo clásico (y aún bastante habitual) de familia en España existe un reparto de roles que hace que muchas esposas no desempeñen trabajo por cuenta ajena o en régimen de autónomos y asuman las duras tareas de atención a la casa y los hijos y se ocupen de la logística del hogar, mientras que el hombre trae un sueldo. Tradicionalmente y en las familias de recursos modestos así era, y así sigue siendo muchas veces. Sin embargo, en las familias con gran o, al menos, cierta potencia económica lo habitual suele ser la contratación, *con cargo al que aporta los ingresos, de personal que realiza las labores de cuidado de los niños y las tareas domésticas*. En tales ocasiones, y sin perjuicio de que más tarde hagamos alguna matización, no tiene por qué compensarse al cónyuge por los trabajos caseros que *no ha realizado* y por los sacrificios para la familia que *no ha hecho*. Dicho de otro modo: aquel patrón sociológico más común no deja de tener sus excepciones, aun en los casos en que uno de los cónyuges, ya sea la mujer o, no tan infrecuentemente en nuestros días, ya sea el hombre, carece de percepciones económicas y, como vulgarmente se dice, se queda en casa. ¿Qué ocurre si ese esposo o esposa no atiende nada que no sea su bienestar, placer y descanso o el cultivo de su persona, bien porque tiene abundante servicio doméstico, que el otro paga, bien porque es el otro el que tiene doble ocupación, la laboral externa y los trabajos hogareños?

Lejos de ser ficción, anécdota o pura hipótesis de laboratorio, la SAP de Madrid de 11 de abril de 2014 (JUR 2014\133599) –que, cabalmente, denegó la compensación del art. 1.438 CC– retrata casi al pie de la letra la situación que acaba de describirse. Como narra esa sentencia, «constante la convivencia, esta familia ha contado siempre con los servicios de una *interna*, quien se ocupaba de realizar todas las tareas domésticas cotidianas (planchado, cocina, limpieza, etc.) y de llevar y traer a las hijas de casa al colegio; y, de no poder esta llevarlo a cabo, padre y madre *por igual*, lo efectuaban⁷⁸. Tampoco se discute que para las hijas se empleaban los servicios de comedor escolar, así como que a lo largo de la tarde realizaban diversas actividades extraescolares, de donde la *progenitora disponía de tiempo libre considerable, que dedicaba a sí misma*»⁷⁹.

⁷⁸ E insiste el tribunal: «Resulta además acreditado que el exesposo ha contribuido, igual que la recurrida, a la atención diaria de las hijas y de la familia con la realización de diferentes actividades (gestiones bancarias, mantenimiento del hogar y reparaciones en el ámbito doméstico, liquidación y gestión de tributos o impuestos, etc.).»

⁷⁹ Igualmente la SAP Madrid 28 noviembre 2014 (JUR 2015\19455) concluyó que «la dedicación pasada de doña Leonor a los hijos y al hogar no se evidencia intensa, o significativamente superior a la del exmarido, pues ... constante el matrimonio, la mujer *se dedicó tiempo a sí misma, a ocio y formación*». Y también la SAP Sevilla 27 abril 2007 (JUR 2008/26441) denegó el derecho a compensación del artículo 1.438 a la demandante, teniendo en cuenta que el matrimonio, de un alto nivel económico, había siempre contado con servicio doméstico fijo (tanto en la vivienda habitual como en sus segundas residencias) y que la mujer había dejado el trabajo que desempeñaba antes de casarse, porque sus ingresos eran innecesarios habida cuenta de los del esposo, lo que hizo «no para atender el hogar sino *para llevar una vida más confortable y apacible*».

Como ya se ha apuntado, tampoco es hoy del todo inusual que en tal tesitura o posición pasiva se hallen *varones* que no tienen empleo, porque no lo encuentran o no lo quieren, ni se hacen cargo mayormente de las tareas domésticas y familiares, mientras que son sus parejas – por lo general mujeres, aunque desde la Ley 13/2005 del llamado «matrimonio homosexual» pudieran igualmente ser otros hombres (art. 44 CC)– las que contribuyen por las dos vías al sostén de la familia. ¿Les damos compensación por «el trabajo para la casa» del que habla el artículo 1.438, si el régimen es de separación de bienes (y adicionalmente una pensión por desequilibrio económico)? Pues sí, según la esperpéntica SAP de Asturias de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014\119127) que, además de conceder a don Darío una pensión compensatoria vitalicia de 500 euros mensuales, revocó la sentencia de 1.ª instancia –denegatoria de la compensación por trabajo doméstico– y le reconoció un crédito de 20.000 euros frente a doña Marta, pese a que el exmarido –con estudios de maestro industrial, delineante y auxiliar de topografía– dejó «de forma totalmente voluntaria» su trabajo dos meses después de contraer matrimonio y, a lo largo de toda la convivencia conyugal, vivió de los ingresos de su mujer quien, precisamente, había instado repetidamente a aquel a que accediese a un puesto de trabajo –hasta el punto de que el hecho de que ni lo intentase había sido uno de los motivos alegados por la esposa al formular en su día la previa demanda de separación–. Por añadidura, quedó acreditado que la mujer colaboraba igualmente en los quehaceres de la casa; tareas que, por otra parte, «no implicaban un notable esfuerzo teniendo en cuenta las dimensiones de la vivienda (un pequeño piso de 65 ms.), que el matrimonio tenía un solo hijo, que habitualmente comía en el centro escolar»⁸⁰ y, en especial, la contratación de una empleada del hogar que se ocupaba de los trabajos domésticos, remunerada obviamente con el dinero de la esposa⁸¹ –la cual, interesa además destacar, invirtió la totalidad de sus retribuciones, sin sobrante alguno ni posibilidad de adquisición de bienes privativos, en subvenir todas las cargas familiares a lo largo del matrimonio–. Sobran las palabras y, por mi parte, ahorro epítetos, pues el suceso se califica por sí mismo.

Naturalmente, como vengo diciendo, el tema se aboca a una cuestión de prueba. Y aquí es donde surgen algunas dudas. ¿Están los tribunales requiriendo prueba efectiva de lo que cada cónyuge trabajó en la morada o con la familia o aplican más bien una presunción? ¿De qué tipo es esa presunción? ¿Se invierte la carga de la prueba o no hay prueba que valga? Hágase cuenta

⁸⁰ Además, el menor «ya contaba con 8 años al tiempo de la reconciliación»; momento en que nació el régimen de separación de bienes, pues antes regía el de gananciales (en cuya liquidación, dicho sea de paso, *había sido adjudicada una casa en propiedad al marido*).

⁸¹ Hasta la fecha, y aunque las tornas vayan cambiando paulatinamente, este es uno de los escasísimos asuntos –*vid.* además la STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011/699)– donde es la exmujer la obligada al pago de la compensación por «trabajo doméstico» a su marido. También la SAP Asturias 15 noviembre 2013 (JUR 2013\374202) versa sobre la reclamación de dicha compensación por parte del esposo –cubano con el que la demandada se había casado en La Habana en enero de 2012, trasladándose aquel a España al cabo de siete meses para vivir con su esposa en el piso de que ella era propietaria–; pero en el presente caso la pretensión indemnizatoria hubo de ser desestimada por razones estrictamente *procesales*: el marido no solicitó en la primera instancia la compensación que luego vino a postular en apelación (ni, por ende, se practicó entonces prueba al respecto), de modo que –resolvió la AP– «su examen está vetado al Tribunal al suponer la introducción de una cuestión nueva, lo que aboca a la desestimación del recurso».

—aunque en esto abundaremos más adelante—⁸² de que *la pérdida de expectativas u oportunidades profesionales* para quien *escoge* ser amo o ama de casa podrá, quizá, tomarse en consideración a la hora de justificar en abstracto la pensión compensatoria del artículo 97 del CC (*ex aptdo. 3.º*)⁸³, pero, en puridad, no puede servir de justificación para la compensación del 1.438⁸⁴, dado que este precepto nada más que hace mención al trabajo en la casa y su remuneración retroactiva. Pues si es trabajo y no otra cosa, habrá que probarlo, y bien que se podrá probar en la mayoría de los casos. En otros, no, pues no lo hubo o fue muy escaso.

Adentrémonos ya, pues, en el meollo de la acreditación del trabajo doméstico: la carga de la prueba y el uso —a menudo, muy poco racional y del todo alejado de las reglas de la lógica y el sano criterio— del manido recurso a las presunciones.

Cierto es que en algunos asuntos —si no excepcionales, de momento sí en ligera minoría— los tribunales se esmeran en recalcar que, *so pena de conculcar el sentido del artículo 1.438 del CC y «en orden a evitar el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto» del perceptor de la compensación*, resulta imprescindible la prueba por este de su efectiva dedicación a las tareas del hogar, como presupuesto de dicha prestación económica [SSAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2015\19455) y Alicante de 17 de marzo de 2015 (JUR 2015\149487)]⁸⁵. Desde esta perspectiva, también se ha resaltado la plena aplicabilidad del artículo 217 de la LEC y la necesidad de una «cumplida demostración» por el cónyuge demandante de la compensación de que realmente realizó el trabajo doméstico a compensar⁸⁶ [SAP de Pontevedra 12 de febrero de 2015 (JUR 2015\80720)]. Así lo hace la citada SAP de Madrid de 11 abril 2014 (JUR 2014\133599) que, tras destacar que, conforme a dicho precepto procesal, es *en quien solicita el derecho a compensación «en quien recae la carga de la prueba» de que en verdad se ocupó de los trabajos domésticos*, acordó dejar sin efecto el crédito de 75.000 euros reconocido en 1.ª instancia a favor de la esposa, al no haber logrado esta acreditar tal dedicación al hogar. Con buen criterio, se muestra esta sentencia contraria a la «presunción» de que quien no trabaja fuera, realmente trabaja para la casa; y

⁸² *Vid. infra*. Apdo. IV.

⁸³ Al amparo del artículo 97.3.º del CC y su mención de «la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo» del solicitante de la pensión, *vid. p. ej.* las SSTs 22 junio 2011 (RJ 2011/5666), 4 diciembre 2012 (RJ 2013/194) y 17 mayo 2013 (RJ 2013/3703).

⁸⁴ También MORENO VELASCO, 2013, pág. 77 considera que, para tales supuestos, cabrá acudir a la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, pero no a la compensación por trabajo doméstico del artículo 1.438. De la misma opinión son MORENO TORRES-HERRERA, 2011, pág. 116; CUENA, 2013, pág. 10.123; y SANTOS MORÓN, 2015, págs. 31, 35, 37.

Por su parte, CARRASCO PERERA (2006, pág. 135) afirma con carácter general que las normas del régimen económico matrimonial —en particular, la remuneración por el trabajo en el hogar prevista por el artículo 1.438 del CC en caso de separación de bienes— «no sirven para compensar oportunidades perdidas».

⁸⁵ También se hacen eco de ese pronunciamiento las SSAP Madrid 17 diciembre 2013 (JUR 2014\55207) y 24 febrero 2015 (JUR 2015\94200).

⁸⁶ Aunque la doctrina civil no suele prestar la menor atención a estas cuestiones procesales vinculadas al artículo 1.438 *in fine* del CC, CABANILLAS (2012, pág. 1.230) sí deja expresa constancia de que «la carga de la prueba corresponde a la parte que reclama la compensación, sin que se produzca una inversión de la carga de la prueba».

así –afirma–, «el mero hecho de que la Sra. Tamara tuviera una mayor disponibilidad horaria para dedicarlo a las hijas y a la familia, *no nos permite presuponer sin más que, en efecto, lo efectuara*, pues al respecto, más allá de sus propias manifestaciones interesadas, no existe elemento probatorio alguno riguroso y serio, cuando a ella incumbe el *onus probandi* (art. 217 de la LEC 1/2000)»⁸⁷.

Particularmente detallada y profusa en el examen de las cuestiones procesales probatorias atinentes al «trabajo para la casa» del artículo 1.438 del CC es la SAP de Madrid de 1 de julio de 2013 (JUR 2013\263637) que, además de desestimar la invocada nulidad de actuaciones por falta de motivación de la sentencia impugnada –denegatoria de la compensación de 733.056 euros que la esposa había solicitado–, se ocupa pormenorizadamente de ir desgranando las diversas pruebas obrantes en las actuaciones. Prestando especial atención a la prueba testifical (chófer, secretaria, etc.), rechazó aquí la Audiencia que, frente a lo alegado por la apelante, el juez *a quo* hubiera efectuado *una errónea valoración de la prueba practicada* y, sobre esta base, acordó confirmar la improcedencia de conceder a aquella compensación alguna⁸⁸ pues, conforme a *la realidad plena-*

⁸⁷ La misma AP de Madrid, en Sentencia de 19 mayo 2014 (JUR 2014\167678), resalta igualmente que procede denegar la compensación del artículo 1.438 del CC porque «*no existe una prueba cabal y rigurosa, en los términos del artículo 217 LEC, de la especial dedicación de la esposa al cuidado de los hijos y del hogar familiar*». *Vid.* en idéntico sentido, amparándose expresamente en el artículo 217 de la LEC, las SSAP Madrid 26 septiembre 2014 (JUR 2014\290507) y 23 diciembre 2014 (JUR 2015\60422), La Rioja 24 noviembre 2014 (JUR 2015\51473), Barcelona 29 mayo 2014 (JUR 2014\226807) y Navarra 9 abril 2015 (JUR 2015\131133).

⁸⁸ Igualmente en el pleito al que se enfrentó la citada SAP Madrid 17 diciembre 2013 (JUR 2014\55207) la esposa impugnó la sentencia del juzgado alegando *error en la valoración de la prueba*; pero también aquí, tras hacer especial énfasis en *la prueba testifical* –en concreto de *las hijas de los litigantes*, actualmente ya mayores de edad–, quedó plenamente demostrado que la recurrente había siempre contado durante la convivencia conyugal con servicio doméstico durante toda la semana (ocupándose la asistenta de todo tipo de actividades –cocina, lavado de ropa, planchado, etc.–) y asimismo fue reconocido «por la propia apelante, en la prueba de interrogatorio, que las tareas de cocina en fines de semanas las realizaba el esposo, que las compras de la casa también las realizaba el esposo, y que también este había llevado a las hijas en muchas ocasiones al colegio». Sumando a lo anterior que «*las hijas durante la etapa escolar se pasaban el día en el centro escolar*», la AP acordó confirmar la decisión *a quo* denegatoria de la compensación del artículo 1.438 del CC, por entender que había faltado la debida prueba del presupuesto mismo de la dedicación de la mujer a las tareas del hogar. También otras muchas sentencias se han servido de la prueba testifical consistente en el *testimonio del hijo/s*, ya para dar por probada la dedicación de la esposa a la casa durante el matrimonio [SAP Madrid 17 febrero 2012 (JUR 2012\109942)], ya para estimar, contrariamente, que aquella «*no se dedicó en especial al trabajo de la casa, trabajo que, según refirieron sus hijos, era compartido por todos y también por el marido*» [SAP Vizcaya 12 junio 2013 (JUR 2013\274660)].

Frente al importante valor probatorio que en los asuntos anteriores se confirió al testimonio de los hijos de los litigantes, no faltan casos –como el resuelto por la SAP Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014\76247)– en que el tribunal concede, en cambio, *muy poco crédito a la prueba testifical practicada* en orden a la acreditación del trabajo doméstico realizado por la demandante: en concreto, se tachó aquí de falta de *objetividad a las declaraciones de los dos hijos* del matrimonio respaldando la postura materna; testigos que, amén de incurrir en contradicciones difícilmente explicables, mantenían relaciones hostiles con su padre, por lo que su animosidad hacia este bien pudo haber influido en sus aseveraciones en contra del progenitor.

En ese mismo orden de cosas, y fuera ya del caso concreto del testimonio de los hijos, algunas sentencias –como la SAP Baleares 11 junio 2014 (AC 2014\1236)– ponen en evidencia la *limitada fiabilidad* de la prueba testifical en asuntos en que, como los de esta índole, las declaraciones de los testigos (*vecinos*, en esa concreta litis) son *contrapuestas* y favorecen a uno u otro de los cónyuges litigantes en función de quien haya propuesto al testigo en cuestión.

mente acreditada, la más que desahogada posición económica del matrimonio litigante permitió que hubieran contado en todo momento con *servicio doméstico fijo (de dos o tres empleadas)* para atender el cuidado de los hijos y las labores domésticas del chalé de lujo en que vivían y, en consecuencia, no cabía considerar acreditado que la esposa se hubiera en verdad dedicado al hogar⁸⁹.

Sin embargo, frente a esa acertada corriente que, por fortuna, comienza a ir progresivamente en ascenso –tanto a pie de juzgado, como en la propia jurisprudencia del TS (según se verá en breve al hilo de la Sentencia de 31 de enero de 2014)–, 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, que en absoluto alcanzan la categoría de *indicios* con base en los que articular racionalmente el proceso deductivo propio de las presunciones judiciales, conforme a su regulación por el art. 386.1 LEC–. Así acontece, por ejemplo, en el asunto de la SAP de Vizcaya de 3 de abril de 2013 (JUR 2014/147708) donde se concedió a la esposa la muy respetable cantidad de 100.000 euros en concepto de compensación del artículo 1.438 del CC, pese a brillar por su ausencia toda acreditación del invocado trabajo doméstico que desvirtuara la alegación del marido de que «durante el matrimonio la Sra. Margarita solo se había dedicado a cursar la carrera de piano, formarse en el arte de la pintura y realizar exposiciones, impartiendo clases de inglés y piano»⁹⁰.

Repárese en que en la propia STS de 14 de julio de 2011, que líneas atrás comentábamos, *se da por sentado*, en el resumen de «*hechos probados*», que como «la esposa, doña Macarena, a pesar de ser licenciada en Derecho *nunca había ejercido la profesión* ni había llevado a cabo ningún tipo de actividad remunerada, *por tanto* se había dedicado al trabajo del hogar durante la convivencia». Y repito, así sería en ese concreto asunto⁹¹ y así es en la mayoría de los casos⁹², pero no en otros.

⁸⁹ De forma paralela a las resoluciones del texto, la SAP Madrid 16 mayo 2014 (JUR 2014\167420), aun sin cita expresa de las reglas sobre la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, destaca que «*ha de acreditarse por quien pide tal indemnización* [del art. 1.438 CC] que se ha encargado de los trabajos domésticos». *Vid.* en la misma línea, p. ej. las SSAP Alicante 13 septiembre 2013 (JUR 2013\350364), Tarragona 12 marzo 2014 (JUR 2014\114272), Vizcaya 12 febrero 2015 (JUR 2015\102102) y Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015\125317).

⁹⁰ Dentro de esta errática corriente es preciso mencionar de nuevo la grotesca SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014\119127) a que más atrás aludíamos. Entre otros casos en que, con patente abuso del recurso a las presunciones, se reconoce derecho a compensación por un trabajo doméstico, negado por el deudor, sin que llegue a ser efectivamente probado por el acreedor, *vid.* p. ej. la SAP Murcia 26 junio 2014 (JUR 2014\279971).

⁹¹ En él, por otra parte, era indiscutido que la actora no había «tenido ayuda de servicio doméstico».

⁹² Ciertamente, no se trata de exigir una prueba especialmente terminante y rigurosa del trabajo doméstico; y de ahí que en muchos casos no se entre directamente en el tema de la prueba, porque en verdad la efectiva realización de tal trabajo invocado por uno de los cónyuges no es desmentida por el otro, que *la admite expresa o tácitamente*, siendo pues la existencia real de dicho trabajo doméstico *una cuestión no controvertida*. *Vid.* p. ej. las SSAP Córdoba 20 junio 2013 (JUR 2013\286726), Albacete 11 noviembre 2014 (JUR 2015\46951), Burgos 3 diciembre 2014 (JUR 2015\52321), Barcelona 23 diciembre 2014 (JUR 2015\64384) y Valencia 23 febrero 2015 (JUR 2015\101606).

En definitiva, pues, y como premisa inexcusable para la cabal aplicación del artículo 1.438 *in fine* del CC, resulta preciso que el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges quede debidamente probado –tanto en su existencia y realidad como en la vertiente de la intensidad (y duración) del mismo, a efectos de su necesaria valoración monetaria–. Solo a partir de esa cumplida acreditación podrá calibrarse –según ya se apuntó y se repetirá más adelante– el respeto o, por el contrario, la quiebra de la regla de la «proporcionalidad» en las respectivas aportaciones de ambos consortes a las cargas familiares; y solo así cabrá apreciar, en su caso, el exceso de contribución de uno de ellos mediante el trabajo doméstico, que legitime su derecho a compensación, y efectuar un cálculo ajustado del *quantum* en que la misma deba concretarse.

De lo contrario, de adoptarse una postura extremadamente laxa en materia de prueba del trabajo efectivo para la casa, ¿qué le estaríamos insinuando, tal y como a veces se interpreta y aplica el artículo 1.438 *in fine*, al cónyuge con sueldo o ingresos de cualquier tipo cuya pareja no los tiene, cuando hay separación de bienes? Pues que se abstenga de colaborar en las tareas familiares, ya que si un día llega el divorcio (o, por otra causa, se extingue el régimen de separación)⁹³ tendrá que pagar al otro como si todo lo hubiera hecho ese otro en la casa. Y obviamente, no es esa la mejor manera de cumplir con el mandato del segundo inciso del artículo 68 del CC cuando, tras su nueva redacción por la Ley 15/2005, dispone que los cónyuges –cualquiera que sea su régimen económico matrimonial– deberán «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo»⁹⁴. ¿Compartir para que luego los jueces –algunos– apliquen la «presunción» de que no se compartió⁹⁵?

⁹³ Aunque la praxis judicial refleja que la auténtica operatividad práctica del artículo 1.438 *in fine* tiene su sede por excelencia en los supuestos de crisis matrimoniales, lo cierto es que el precepto prevé su aplicabilidad, de forma genérica, «a la extinción del régimen de separación» de bienes, sin distinguir entre unas u otras causas extintivas; razón por la que un destacado sector de la doctrina [RIBERA BLANES, 2005, pág. 901; ARROYO, 2010, pág. 1.573; ASÚA, 2011, pág. 96; MORENO TORRES-HERRERA, 2011, pág. 124; SANTOS MORÓN, 2015, pág. 38, n.º 136; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, págs. 8 y 16; *vid. también* SAP Navarra 9 abril 2015 (JUR 2015\131133)] admite la compensación, no solo en los casos arquetípicos de nulidad, separación o divorcio, sino también en los de extinción *convencional* del régimen de separación al pasarse al de participación o a gananciales (en contra ALBALADEJO, 2013, págs. 190-191), así como por *fallecimiento* de uno de los cónyuges (en contra RAGEL, 2001, pág. 428).

⁹⁴ Interesa puntualizar que, en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano de 2007, se incluye expresamente dentro de los «conceptos asimilados» al trabajo para la casa –a efectos de ser computados para su eventual compensación– «la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes...» (art. 12.2). Y también el artículo 232-5.3 del CC catalán señala que, a efectos de calcular el valor del trabajo doméstico en función de su «duración e intensidad», debe tenerse en cuenta que haya incluido «la crianza de hijos» [*vid. por todas*, SAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014\120318)] o «la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges» (p. ej. la suegra de la esposa: *vid. SAP Las Palmas* 6 junio 2014 (JUR 2015\55126)).

De forma complementaria, también la Ley 17/2015, de Igualdad de Mujeres y Hombres de Cataluña, conecta reiteradamente a lo largo de su articulado [art. 1.2, b) y c), art. 2, k), art. 3.2, art. 21.3, d), art. 35.4, e), art. 46, b) y c), art. 47, c), 6.º] el trabajo doméstico propiamente dicho con el de «atención y cuidado de los miembros de la familia», especificando que este comprende el «cuidado, entre otros, de niños y de personas mayores o dependientes» [art. 2, c), art. 31, art. 47, c), 1.º].

⁹⁵ Decimos «los jueces», generalizando; y es que, en honor a la verdad, ya alguna resolución judicial –se trata de nuevo de la sensata SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599)– ha puesto de relieve precisamente que «el artículo 1.438

O expresado de otra forma, al hilo del supuesto que a modo de ejemplo venimos manejando. ¿Qué ocurriría si el mero «estar en casa» de A se computara como contribución a las cargas del matrimonio proporcionada, idéntica en valor, a la de B, o si no se admitiera someter a prueba la medida en que A efectivamente llevó a cabo los trabajos de la casa? Pues equivaldría ni más ni menos que a fomentar un doble fraude de ley, ya que al cónyuge *que ni procura recursos económicos para el sostén de la familia ni asume labores domésticas y de atención familiar* se le estaría *de facto* permitiendo que incumpliera tanto la obligación impuesta por el artículo 1.438.1 del CC («Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio»), pues no habría efectiva contribución de ese cónyuge, como el deber –formalmente «legal», por desafortunada o de dudoso acierto que pueda considerarse su inclusión en el Código⁹⁶ que establece el citado artículo 68.2, conforme al cual los cónyuges *deberán «compartir las responsabilidades domésticas...»*.

C. La inexcusable traducción pecuniaria del trabajo doméstico: La objetividad del módulo salarial

Una vez probado cumplidamente el trabajo doméstico realizado en efecto por uno de los cónyuges, el paso lógico ulterior será –como se dijo– calcular su valor económico, traducirlo, si quiera por aproximación, a términos monetarios.

Para abordar esta cuestión, retomemos nuevamente la STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122) que, recordemos, estimó el recurso de casación interpuesto por la esposa y, revocando la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, repuso la del juzgado: en concreto, la decisión de este de que el marido debía abonar a su exmujer 108.000 euros, en concepto de indemnización derivada del artículo 1.438 del CC. Esa cantidad fue el resultado del siguiente criterio de cálculo, que el Tribunal Supremo reproduce en los términos literales en que aparece en la resolu-

resulta ser un precepto *contradictorio e incongruente* con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada» por la que se introdujo en el artículo 68 del CC la obligación de ambos cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas. *Vid.* en un sentido similar la SAP Madrid 16 mayo 2014 (JUR 2014\166662).

Sobre el posible «choque» o «incoherencia» entre este deber conyugal de «compartir» del artículo 68.2 y el contenido del artículo 1.438 del CC, *vid.* también, a nivel doctrinal, GARCÍA RUBIO, 2009, págs. 346-347; DE AMUNÁTEGUI, 2009, págs. 133 (n. 32), 242-243, 261; MORENO TORRES-HERRERA, 2011, págs. 127-128; y GUILARTE MARTÍN-CALEIRO, 2015, págs. 6 y 11.

⁹⁶ Un amplísimo sector doctrinal duda de la utilidad práctica que pueda tener esta norma –sobre todo en atención al vigente sistema de separación o divorcio *ad nutum*– y destaca que la visión radicalmente «igualitaria» que comporta ese deber de corresponsabilidad doméstica es poco realista y, dada su evidente susceptibilidad de pacto entre los cónyuges, no dejará de ser en muchos casos un mero *desideratum* de carácter teórico y que no pasa de ser programático (*vid.* p. ej. LASARTE, 2014, pág. 62; MARÍN LÓPEZ, 2013, pág. 210; y muy críticamente, DE AMUNÁTEGUI, 2009, págs. 242-243).

Con todo, y de forma parcialmente análoga al artículo 68.2 del CC, la reciente Ley catalana 17/2015, de Igualdad de Mujeres y Hombres, incluye expresamente entre sus finalidades la de favorecer y promover la «corresponsabilidad», «distribución corresponsable» o «reparto equitativo y corresponsable» entre hombres y mujeres del trabajo doméstico y de cuidado de personas [art. 1.2 c), art. 2 k), art. 3.2, art. 21.3 d), art. 35.4 e), art. 46 b) y c) art. 47 c) 1.º y 6.º].

ción *a quo*: «En función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar».

A fin de respaldar tal parámetro, comienza el Alto Tribunal destacando que, a efectos de concretar la compensación por trabajo doméstico en la liquidación del régimen de separación de bienes, el artículo 1.438 *in fine* «se remite al convenio, o sea, que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la cantidad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esa opción y entonces *será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación*»⁹⁷. Desde esta premisa, la STS 534/2011 considera que el módulo salarial aquí empleado es un método tan válido como otros, pues «esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia». Concretamente, la referida cifra de 108.000 euros «*resultó de multiplicar 600 euros, que costaría una empleada del hogar al mes, por 12 meses, y multiplicado por los 15 años de duración del matrimonio*».

Pues bien, al objeto de enjuiciar la mayor o menor bondad de ese criterio del salario de un empleado doméstico, hemos de comenzar advirtiendo que el mismo no cuenta con el predicamento unánime ni de la doctrina ni de la jurisprudencia menor. Ciertamente, y aunque apenas ahondaremos aquí en el debate, cabría elucubrar acerca de si el valor de ese trabajo del ama de casa que lo es, y hasta su dignidad, no se degradan o subestiman en cierta medida cuando aquel se valora pura y fríamente en términos de lo que cobraría mensualmente una «asistente». Según apunta críticamente en esta línea la SAP de Asturias de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014\119127), «parece entonces que lo que se retribuye es en exclusiva *una especie de trabajo de un empleado o empleada doméstica, un salario, lo que es contrario a la sistemática del régimen matrimonial, a la comunidad de vida y a los deberes inherentes al matrimonio*». De igual modo a nivel doctrinal, alude AGUILERA RULL⁹⁸ al trabajo en el hogar como «una *contribución incommensurable al bienestar de la familia*», por lo que considera que «no es realista tratar el cuidado que se lleva a cabo en el contexto de una relación familiar como si se tratara de una relación laboral entre extraños, pues *es el vínculo existente entre las personas el que le otorga un*

⁹⁷ Frente a la parquedad del artículo 1.438 y en contraste con la orfandad de regulación de tales extremos por el CC estatal, el legislador catalán –amén de fijar un límite general a la cuantía de la compensación por trabajo doméstico (art. 232-5.4 CC de Cataluña)– se ha preocupado de suministrar detalladas *reglas para su cálculo* (art. 232-6), así como una batería de normas (art. 232-8) sobre la *forma de pago* de la compensación (como regla general *en dinero* y al contado, aunque admitiéndose en ciertos casos el pago total o parcial *con bienes*, así como con posibilidad de *aplazamiento* del pago y constitución de las debidas garantías) (*vid.* por todos NAVAS NAVARRO, 2012, págs. 1.318-1.324).

Por su parte, la Ley valenciana 10/2007 indica diversos «criterios orientativos de valoración del trabajo para la casa» (art. 13.1) –entre ellos, «el costo de tales servicios en el mercado laboral» que acepta nuestra STS 534/2011– en atención a los cuales determinar la eventual existencia de obligación de compensar dicho trabajo (art. 13.2) y, en caso de haberla, para concretar su «cuantía», «forma, plazos y garantías» del pago de la misma, del modo que «acuerden las partes» o que «a falta de acuerdo, decida el juez» (art. 15.1) (*vid.* BLASCO GASCÓ, 2007, págs. 5 y ss.).

⁹⁸ AGUILERA RULL, 2012, págs. 36, 40-41.

valor especial». Hasta llega a argumentar la autora –lo que es hartamente discutible, un tanto desfasado y retrógrado, en mi opinión, y daría para grandes reflexiones sociológicas– que «en la medida en que una de las diferencias claves entre hombres y mujeres es que la mujer suele cuidar y el hombre suele ser cuidado, *el mayor bienestar de los hombres casados frente a los solteros pone de relieve que no es lo mismo ser cuidado por la propia esposa que por una trabajadora del hogar*»; todo lo cual, a su juicio, debería impedir valorar meramente dicho trabajo por su precio de mercado y en función del sueldo que cobraría un trabajador doméstico⁹⁹. Por su parte, VERDERA IZQUIERDO¹⁰⁰, aunque en principio admite la posibilidad de utilizar el sueldo medio de una asistente como baremo orientativo a los efectos del artículo 1.438, por otro lado no deja de apuntar que «la idea de un "salario" es contraria a los postulados de los regímenes económico-matrimoniales», con base en lo cual termina por propugnar que aquel criterio salarial debe ser modulado al alza en atención a que «*no realiza dichas labores con el mismo cariño, dedicación y apego una asistente que una madre*».

Pues bien, tomando ya partido en tan delicado asunto –no ajeno al Derecho de daños–¹⁰¹, creo que debe asumirse que, palabrería hueca aparte, nada tiene en verdad de ofensivo, insultante o denigrante operar objetivamente con el referido parámetro salarial. Como en vehemente defensa de esta idea afirma CABEZUELO ARENAS, «todo eso de que el trabajo de una madre dilecta y esposa abnegada no puede equipararse al de individuos a los que solo mueve el vil metal... no dejan de ser discursos grandilocuentes que, bajo la apariencia de velar por encumbrar a las amas de casa, lo que realmente persiguen o, por lo menos consiguen, es... ¿por qué no decirlo? esca-

⁹⁹ También se muestra contraria a ese criterio del sueldo de una empleada del hogar GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, págs. 8 y 18, para quien «la mujer y madre que prima en su vida la dedicación a su familia... es mucho más que una empleada del hogar y recurrir a este paralelismo para determinar en qué medida debería participar en las ganancias obtenidas por quien se dedicó a la profesión mientras ellas desempeñaba tareas de guarda y cuidado de los descendientes y ascendientes, me parece impropio y poco gratificante».

La misma impresión se desprende de las palabras de ZARRALUQUI (2011, pág. 59) cuando, en sentido crítico con la admisibilidad de ese parámetro salarial por la STS 534/2011, se hace la siguiente pregunta: «¿Se corrige la insolidaridad y se camina hacia la igualdad considerando a la mujer y su condición de madre, como una sirvienta?».

¹⁰⁰ Vid. VERDERA, 2013, págs. 217 y 242-243.

¹⁰¹ Acerca de las polémicas y las soluciones que se barajan en nuestro ordenamiento a efectos de indemnizar, en sede de responsabilidad civil extracontractual, los daños derivados del fallecimiento o lesiones sufridas por quien se dedica a realizar trabajo doméstico no remunerado, vid. por todos los brillantes estudios de DEL OLMO, 2012, págs. 217-244; 2013, págs. 1-54; 2014, págs. 1.079-1.105; y las consideraciones sobre el tema de RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2015, págs. 35-37 y 40-41. Sobre esa problemática en Derecho comparado, vid. MULLIS, 2007, págs. 357-358; y el volumen colectivo de KARNER y OLIPHANT, 2012.

Cfr. al respecto la Ley 35/2015, de 22 septiembre, de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación; Ley que, entre otras muchas modificaciones, viene a incluir, a efectos de la indemnización del lucro cesante o pérdida de ganancia legítima por parte de la víctima, *la valoración de trabajos no remunerados como las tareas del hogar* –ya con dedicación *exclusiva* a las mismas (arts. 84, 88.4, 131.1 y 2, 132.5, 143.1 y 4), o incluso con dedicación *parcial* (arts. 85, 131.3)–. Vid. sobre el particular, al hilo del proyecto de dicha ley, MARTÍN CASALS, 2014, pág. 62.

motear sus derechos. ¿Qué hay de indigno en que a un ama de casa se le pague aproximadamente como a una persona del servicio doméstico si ha trabajado como tal?»¹⁰².

Así las cosas, ha de reconocerse que el grueso de la doctrina –aunque de forma más desapasionada y aséptica y aun sin entrar a rebatir directamente los endeble argumentos esgrimidos por los detractores del llamado módulo salarial–¹⁰³ se manifiesta a favor de este patrón de cálculo¹⁰⁴. Y también es «*el sueldo que cobraría por realizar el trabajo doméstico una tercera persona*» el criterio que, por su contrastada ecuanimidad, triunfa en la praxis judicial¹⁰⁵ para cuantificar económicamente el trabajo desarrollado en la casa por uno de los cónyuges, oscilando las sentencias entre su tasación conforme al «*salario mínimo interprofesional*»¹⁰⁶ [SSAP de Ciudad Real de 18 de diciembre de 2014 (JUR 2015\67205) y Zamora de 10 de abril de 2015 (JUR 2015\126854)]¹⁰⁷ o con arreglo al «*salario medio*», en precios de mercado, de una empleada del hogar [SSAP de Pontevedra de 25 de junio de 2015 (JUR 2015\175680), Sevilla de 18 de diciembre de 2014 (JUR 2015\105009) y La Rioja de 30 de diciembre de 2013 (JUR 2014\24203)].

En definitiva, pues, el salario de un tercero constituye un índice –bendecido por el TS en su Sentencia 534/2011– que, por su carácter *objetivo*, resulta idóneo para valorar pecuniariamente el

¹⁰² CABEZUELO, 2012, pág. 289.

¹⁰³ Poco convincentes son, a mi juicio –y en ello insistiré más tarde al examinar la tesis de la pérdida de oportunidad como discutible fundamento de la compensación del trabajo doméstico–, las razones que en contra del módulo salarial aduce AGUILERA RULL (2012, págs. 36, 40-41) cuando escribe que «remunerar el trabajo familiar como este se remuneraría en el mercado no tiene en cuenta que en muchas ocasiones, como ocurre en el caso resuelto por esta sentencia [la STS 14 julio 2011, donde la esposa era licenciada en Derecho], la mujer que lo lleva a cabo tiene una cualificación que le permitiría ocupar un puesto de responsabilidad o bien remunerado. La mujer que dedica todos o buena parte de sus esfuerzos al trabajo en el hogar probablemente no desempeñaría tales tareas en el mercado, fuera del contexto familiar». Además –añade–, «tomar como punto de referencia la remuneración de una profesión que es especialmente baja, por ser feminizada y haber sido asumida históricamente por las mujeres en el seno de la familia sin retribución, lejos de revalorizar una contribución imprescindible al bienestar familiar, incide en su desvalorización».

¹⁰⁴ En este sentido favorable se pronuncian, entre otros, MONTÉS, 1991, pág. 868; BERCOVITZ, 2006, págs. 152-153; ALBALADEJO, 2013, pág. 188; ÁLVAREZ OLALLA, 1996, pág. 103; y ASÚA, 2011, pág. 85.

¹⁰⁵ Se sirven expresamente del mismo, p. ej., las SSAP Sevilla 12 noviembre 2014 (JUR 2015\70508), Albacete 25 septiembre 2007 (JUR 2008/49766) y Valladolid 20 julio 2006 (JUR 2006/239825), o la STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011/669).

¹⁰⁶ Conviene reparar en que la Ley 35/2015, de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, se sirve del «*salario mínimo interprofesional*» como parámetro base –con diversas modulaciones según los casos– a partir del cual valorar los daños en caso de muerte o lesiones en siniestros de tráfico de personas dedicadas (ya en exclusiva, ya a tiempo parcial) a las tareas del hogar (arts. 84, 85, 131 y 143).

¹⁰⁷ *Vid.* igualmente, p. ej. las SSAP Madrid 17 febrero 2012 (JUR 2012/109942), Alicante 13 septiembre 2013 (JUR 2013\350364) y A Coruña 20 marzo 2014 (JUR 2014\218241). Apostillan, en cambio, las SSAP Cádiz 24 junio 2013 (JUR 2013\286362) y Santa Cruz de Tenerife 26 junio 2013 (JUR 2013\321105) que el parámetro de cálculo «no tiene por qué coincidir con el salario mínimo interprofesional, pues el trabajo de hogar no tiene un horario fijo, sino que se extiende a las 24 horas del día».

«Al parámetro de la *cotización mínima a la Seguridad Social*» acude la SAP Toledo 10 marzo 2014 (JUR 2014/99672).

trabajo doméstico; baremo de cálculo cuyo *quantum* resultante no tiene por qué, en mi opinión, ser corregido al alza y elevarse so pretexto de consideraciones puramente subjetivas (como el mayor cariño, abnegación y entrega con que una buena esposa presta tales servicios, en comparación con un empleado externo)¹⁰⁸. Pero, además, entiéndase bien: a mi juicio, el módulo salarial ha de servir, en rigor, única y exclusivamente para *traducir a dinero el valor del trabajo doméstico*, lo que no significa, en absoluto, que dicho módulo deba conducir, *automáticamente y por sí solo*, a determinar el importe de la compensación¹⁰⁹ –como con gran frecuencia, en craso error, aprecian nuestros tribunales–¹¹⁰. Esto es, una vez computado en valor monetario el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges (cómputo para el que, sin duda, será apto el referido parámetro salarial), habrá entonces de procederse a discernir, a través de la oportuna *comparación* de las respectivas contribuciones (dinerarias y en especie) de cada uno de ambos consortes, si se ha respetado o no la regla de proporcionalidad en el levantamiento de las cargas familiares; balance final –que arrojará (o no) un «saldo» positivo para el miembro de la pareja que desarrolló el trabajo doméstico e implicará, en su caso, una demasía o exceso en su aportación, merecedora de la compensación del art. 1.438 CC–¹¹¹ al que solo podrá llegarse tras efectuar una serie de deducciones y manejar otras variables y circunstancias¹¹², de las que daremos cuenta más adelante.

¹⁰⁸ Tampoco cabe asumir, a mi entender, la opinión –defendida por VERDERA, 2013, pág. 243; y GONZÁLEZ DEL POZO, 2009, pág. 166– de que la cifra resultante de valorar el trabajo doméstico con arreglo al sueldo medio de una asistente, «se debería *complementar* con una cantidad que *englobaría el subsidio por desempleo*, que no percibirá la mujer al producirse la extinción de dicha actividad una vez se liquida el régimen de separación de bienes».

¹⁰⁹ En el mismo sentido que yo defiendo, *vid.* también MORENO VELASCO, 2013, pág. 74; y CUENA CASAS, 2013, pág. 10.122, quien señala expresamente que «si el salario [de un tercero] se tiene en cuenta para valorar el trabajo doméstico como contribución al sostenimiento de las cargas matrimoniales, no debe ser el criterio para fijar la compensación».

¹¹⁰ La propia STS 14 julio 2011, que nos viene ocupando, peca del citado automatismo. Y el mismo dislate se advierte, entre otras muchas, en las SSAP Córdoba 9 diciembre 2014 (JUR 2015\82269) y Valencia 23 febrero 2015 (JUR 2015\101606), o en la SAP Vizcaya 3 abril 2013 (JUR 2014/147708) que fijó en favor de la esposa una compensación de 91.078,80 euros (casi el doble de lo concedido en 1.ª instancia), como puro resultado matemático de multiplicar los 142 meses que había durado el régimen de separación de bienes por «la cuantía del SMI que, para el año 2009, estaba fijado por el Real Decreto 1795/2010 en 641,40 euros/mes».

¹¹¹ En esta línea se orienta la SAP Álava 14 mayo 2014 (JUR 2014\233184) que, frente a la pretensión de la exmujer de que se *elevase* la cifra de 15.000 euros que le había concedido el juzgado –al entender la recurrente que era «insuficiente pues representa, en relación con la duración del matrimonio, una compensación de cien euros por mes», muy inferior al coste de contratar externamente el servicio doméstico–, acordó mantener dicha cuantía afirmando que «*la compensación no es el resultado de valorar la aportación personal al cuidado de la familia en relación con el coste de tal servicio, sino que se trata de una variable aplicable en relación con el conjunto de las obligaciones de tipo económico y prestación personal con la que cada uno de los cónyuges contribuye*». *Vid.* asimismo la bien fundada SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015\55126).

¹¹² Así, como anticipo de lo que se dirá, y a título de ejemplo, cabe advertir que el trabajo para la casa ejecutado por uno de los cónyuges, aunque es realizado en pro de toda la familia, también redunda en interés del propio cónyuge que lo hizo (RIBERA, 2005, pág. 899; CUENA, 2013, pág. 10.122). De ahí que, a veces los tribunales, aun partiendo del módulo de la retribución que habría percibido un empleado doméstico, *corrijan* a la baja la cifra así resultante, acordando –como hizo el juzgado en el asunto objeto de la SAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014\120318)– que «tal importe *se divida entre dos, puesto que del trabajo de la esposa se beneficiaban ambos cónyuges, no solo el marido*»; o resuelvan que debe «*reducirse proporcionalmente*, en la medida en que la actividad de la esposa, dedicada al cuidado de la familia –sin servicio doméstico permanente–, ha contribuido así al levantamiento de las cargas del matrimonio, pero *también*

2. ENRIQUECIMIENTOS Y EMPOBRECIMIENTOS EN («Y POR») LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO

En efecto, partiendo de la debida acreditación del trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges y calculado su valor pecuniario, si el matrimonio con separación de bienes no ha de ser campo abonado para la iniquidad, al extinguirse dicho régimen habrá de quedar establecida la proporción aproximada que se buscaba entre las aportaciones de uno y otro cónyuge al sostenimiento de la familia. En consecuencia –y recuérdese que seguimos manejando el supuesto de aquel matrimonio en el que A, sin ingresos u otros recursos, labora para la casa y B aporta los que obtiene con su trabajo–, según el caso habrá sido mayor la contribución de A (con su trabajo hogareño) o de B (con su dinero) o se podrán considerar iguales. Puesto que el artículo 1.438 del CC establece que la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio deberá ser proporcional a sus recursos económicos, la existencia o no de *desproporción habrá de ser*, sin duda, *dato relevante a la hora de ver cuándo nace, si nace, el derecho a compensación por el trabajo para la casa*.

Vayamos, entonces, propiamente con esa *compensación* por el trabajo doméstico en el artículo 1.438 *in fine*. Según su dicción literal, «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

Lo que el Tribunal Supremo recalca en su doctrina jurisprudencial sobre el citado precepto es que *«el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución [al levantamiento de las cargas del matrimonio], sino que [además] constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen»* (FD 2.º de la Sentencia 16/2014, FD 3.º de la Sentencia 534/2011, FD 2.º 1 de la Sentencia 135/2015 y FD 2.º de la Sentencia 136/2015). Concretamente en la Sentencia de 31 enero 2014 se da por buena la denegación a la exmujer de la compensación en cuestión, debido a que *no resultó probado* que «se hubiera encargado... de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales. Falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas».

Como habíamos anticipado, se constata en esta STS 16/2014 un paso adelante, cual es deterrar aquella especie de *presunción*, obrante en favor del cónyuge «casero», de que si no tiene trabajo retribuido es porque trabaja para la casa. Pero, sin perjuicio de este punto a elogiar –la exigencia de la cumplida *prueba*, a cargo del demandante de la compensación (*ex art. 217 LEC*), del trabajo doméstico que *efectivamente* realizó¹¹³, queda aún un largo trecho para que el artículo 1.438 del CC no sea fuente de consecuencias inicuas en más de un caso.

a las necesidades propias y personales, por lo que esa actividad ha redundado en su propio interés» (SAP Pontevedra 11 marzo 2014 [JUR 2014/212720]).

¹¹³ El TS, si bien termina por confirmar la resolución impugnada –la SAP Valladolid 7 noviembre 2011 (JUR 2011/403834), llega a «reprochar» tenuemente a la Audiencia que su *«sentencia no contenga, como hubiera sido deseable, una clara declaración de hechos probados»*. Con todo, finalmente el Supremo reconoce que lo que sí niega la AP es que la mujer haya probado «una dedicación esencial o significativa a las tareas familiares, *sin que pueda presumirse por el mero hecho de no haber trabajado fuera de casa*».

Partamos, en nuestro ejemplo, de que en el proceso se ha acreditado debidamente que el cónyuge A trabajó en efecto en las labores hogareñas y familiares y que no trabajó en ninguna otra cosa¹¹⁴. Según el Tribunal Supremo, nacería de esa sola circunstancia «objetiva» el derecho a la compensación por trabajo para la casa al extinguirse el régimen de separación de bienes. Sobre esta base, y *a sensu contrario*, la citada Sentencia de 2014 señala explícitamente dos circunstancias (o una sola, vista desde dos puntos de vista) que *en modo alguno son impeditivas* de que surja ese derecho de A a la compensación. Se hará este cónyuge acreedor de tal derecho y no podrá negársele:

- Ni aunque el cónyuge B haya *destinado todos sus emolumentos, el cien por cien de su salario, al levantamiento de las cargas familiares*¹¹⁵.
- Ni aunque B *no se haya beneficiado a expensas o enriquecido gracias al trabajo doméstico* de A, aprovechando su mayor disponibilidad para prosperar y hacerse con una fortuna o un patrimonio que habrían sido suyos en exclusiva, en virtud del régimen de separación de bienes (art. 1.437 CC)¹¹⁶.

¹¹⁴ Sobre la (errada) exigencia de «exclusividad» del trabajo doméstico como presupuesto para la compensación, particularmente en relación con la STS 26 marzo 2015 (reiterada por la de 14 abril 2015), *vid. infra*. Apdo. V.

¹¹⁵ Este extremo, en cambio, sí había sido tenido en buena consideración por la resolución impugnada –la citada sentencia vallisoletana de 7 noviembre 2011– a efectos de denegar a la esposa la compensación (estimada por el Juzgado en una cuantía de 21.097 €). En concreto, la AP revocó ese derecho a compensación del artículo 1.438 porque, entre otras razones –en especial, la indicada falta de prueba del trabajo doméstico–, «*el sueldo del marido se ha dedicado en su totalidad al levantamiento de las cargas familiares*».

Frente a ello, la STS 16/2014 recalca –en sentido completamente opuesto al que en su día hubiera propugnado la STS 11 febrero 2005 (RJ 2005/1407)– que «*es contrario a la doctrina de esta Sala [S. 14 julio 2011] el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos o remuneraciones se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia [de apelación de Valladolid] denomina la inexistencia de "desigualdad peyorativa", lo cual supone denegar la compensación cuando el 100% del salario se destina a las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación a la familia para tener derecho a compensación*».

¹¹⁶ Fundándose expresamente en la STS 31 enero 2014, también la ya citada SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014\119127) reconoció el derecho a una compensación de 20.000 euros (al exmarido, en este caso) pese a que quedó probado que *la esposa invirtió todas sus retribuciones –sin sobrante alguno ni posibilidad de adquisición de bienes privativos– en el sostenimiento de las cargas familiares (incluida la remuneración a la empleada del hogar que realizaba las tareas domésticas)*. Con todo, puntualizó esta sentencia que, en orden a la *cuantificación* de dicha compensación –y como factor para la disminución de su importe–, sí había de tomarse en consideración aquel dato: dado que «D.^a Marta asignó la totalidad de sus ingresos a subvenir las cargas del matrimonio, sin incremento alguno de su patrimonio, es patente –afirmó la AP– que ello debe tenerse en cuenta a los efectos de cifrar el montante de la indemnización, que habría de ser superior en la medida en que se hubiera producido un incremento patrimonial».

En ese último sentido, y «partiendo de la premisa de la procedencia de la compensación», también otras resoluciones –y algunos autores (GUILLEM CARRAU, 2011, pág. 1.297)– entienden que a la hora de *fixar su concreto importe* ha de ponderarse la situación económica presente del cónyuge obligado al pago [SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015\55126)], la cuantía de su patrimonio y, en definitiva, sus «*posibilidades económicas*» [SSAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599), Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015\149487) y Pontevedra 25 junio 2015 (JUR 2015\175680)]. Ejemplo de esa corriente que atiende al caudal y medios económicos del deudor es la SAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014\120318): puesto que «el recurrente acredita ingresos de 1.100 euros mensuales –con los que también ha de

Las afirmaciones del Tribunal Supremo que se han transcrito no dejan de provocar cierta perplejidad y suscitan una pregunta crucial. La perplejidad deriva de que, en tal situación, a B le surgirá una deuda frente a A, pero seguramente no tendrá con qué pagarla, pues, una vez que todos sus recursos los fue empleando para sostener las cargas familiares, nada le ha sobrado¹¹⁷.

Supóngase que se puede dar por sentado que es el mismo el valor de lo que B ha aportado y del trabajo de A para la casa. Razonablemente se podría pensar que quedan perfectamente equiparados y que en nada debe compensar el uno al otro o el otro al uno. Y aquí aparece aquel interrogante fundamental: ¿por qué debe compensar B a A? Adicionalmente podríamos plantearnos por qué, ya puestos, no debería compensar A a B en caso de que se determinara que es superior el monto de lo por B aportado que el valor de lo que para la casa A trabajó. Bastaría pensar en un caso en el que B hubiera pagado una vivienda de grandísima calidad, una muy cara educación para los hijos en colegios buenísimos, amueblamiento y equipamiento de primera para el hogar, vacaciones familiares en los mejores y más caros lugares, etc., sin que todo ello hubiera significado un incremento en la cantidad de trabajo que A hubiera tenido que afrontar, en comparación con el que habría tenido con un nivel de vida más modesto y en un hogar presidido por el ahorro. Es decir, si B se hubiera ahorrado una buena parte de ese dinero que gastó con la familia y su cónyuge para mantenerlos a cuerpo de rey, ahora, tras el divorcio, ese capital sería suyo; pero nada se guardó para sí y ahora, además, debe compensar a A por el trabajo para la casa. Sin contar con que cuanto más elevado haya sido el tren de vida a su cargo, mayor será la pensión compensatoria (del art. 97 CC) que habrá de abonar por ser mayor el desequilibrio y empeoramiento económico que la ruptura matrimonial provoca en A. Lo dicho, cuanto más generoso el cónyuge con posibles, más ruinoso su matrimonio.

En la hipótesis formulada, y ante esa última pregunta incidental, alguien podría querer responder que cómo le vamos a imputar a A una obligación de compensar a B, si hemos quedado en que A carece de recursos económicos, no tiene con qué. Mas así volvemos a donde estábamos: ¿no dice el Tribunal Supremo que la obligación para B de compensar nace aunque ni un euro le haya sobrado después de haber corrido con las cargas del matrimonio?, ¿no obligan nuestros jueces a cónyuges como B a abonar compensaciones por trabajo doméstico de veinte, cincuenta, cien mil euros o más¹¹⁸, aun

pagar la pensión alimenticia de 275 euros a su hijo menor— y que como bien de mayor valor tiene una vivienda en un cuarto piso, no céntrico y sin ascensor, es evidente su dificultad para afrontar un pago de 45.600 euros) —fijados por el juzgado—; datos con base a los cuales la AP redujo a 20.000 euros la cifra con la que el esposo había de compensar a su exmujer. En contra, *vid.* LACRUZ, 1984, pág. 526.

¹¹⁷ En esta línea crítica, entiende RAGEL SÁNCHEZ (2001, pág. 427) que «habrá que valorar el esfuerzo empleado por el cónyuge que se dedicó durante años a trabajar fuera del hogar y que empleó todo el producto de su trabajo en mantener económicamente el hogar y alimentar a todos los miembros de su familia, y *acaso carezca de bienes para satisfacer la compensación económica que se establezca*».

¹¹⁸ Aunque la doctrina suele calificar las cantidades que se conceden en compensación del trabajo doméstico como «muy insuficientes» (BELÍO, 2013, pág. 70) o en algún caso «simbólicas» (CABEZUELO, 2012, pág. 289), si se desciende al examen empírico de los concretos asuntos reales a que se enfrentan nuestros tribunales y se rastrea la jurisprudencia menor, cabe constatar que en no pocas ocasiones se trata de cifras millonarias y, a veces, manifiestamente exorbitantes [a título de ejemplo, 650.000 euros en el caso de la SAP Murcia 6 noviembre 2006 (JUR 2006/284978), o 500.000 euros en el de la STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011/699)].

en los casos en que el sostenimiento de las cargas familiares haya absorbido por completo el salario y retribuciones percibidas por aquel durante la vigencia del matrimonio? Choca, llegados a este punto, recordar aquello del artículo 66 del CC, lo de que «*los cónyuges son iguales en derechos y deberes*».

Afrontemos ahora la cuestión central, la de por qué debe compensar B a A aunque no se haya lucrado o «enriquecido» a costa o a consecuencia del trabajo doméstico de este último¹¹⁹ (incluso cuando, lejos de incrementar un ápice su patrimonio, haya aquel aplicado todos sus ingresos a costear las cargas familiares sin registrarse sobrante alguno)¹²⁰. Si no hay respuesta razonable, hay arbitrariedad. Así que veamos.

IV. LA DISCUTIBLE DOCTRINA DE LA «PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD» COMO FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ARTÍCULO 1.438 DEL CC

Nuestra jurisprudencia es dada a formular como contestación –que también asumen no pocos civilistas–¹²¹ una muy peculiar y problemática doctrina de *la «pérdida de oportunidad»*. Como se

¹¹⁹ Aun refiriéndose al CC catalán –cuyo art. 232-5.1, recordemos, reclama como presupuesto de la compensación a un cónyuge «*que el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior*»–, señala críticamente NASARRE (2011, pág. 252) que «se está penalizando al cónyuge que ve incrementado su patrimonio porque *no puede demostrar en contrario que su enriquecimiento no ha sido debido a que el otro cónyuge se ha dedicado a la casa*». Comparte su opinión VERDERA, 2013, pág. 235.

¹²⁰ No alcanza en absoluto a comprenderlo la SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015\125317) ni tampoco la –muy bien argumentada– SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015\55126) que, tras reproducir la doctrina de la STS 16/2014, la declara ilógica y disiente expresamente de la misma: «En realidad –afirma–, no parece lógico que, siendo la obligación de ambos cónyuges contribuir a las cargas matrimoniales en función de sus recursos (art. 1.438.1.º CC), si uno de los cónyuges ha dedicado todos sus escasos recursos al levantamiento de las cargas matrimoniales, y el otro se ha dedicado al cuidado del hogar, en un normal reparto de los roles domésticos, el que ha permanecido en el hogar tenga derecho a una compensación, ya que la situación ha sido exactamente igual a la que se hubiera producido por ejemplo en un sistema de gananciales: *agotados todos los recursos del matrimonio en el levantamiento de las cargas, nada habría que repartir ni compensar*». Y continúa diciendo esta sentencia: «La cuantificación basada en la valoración de una prestación laboral de servicio doméstico no es procedente en los casos en que el cónyuge que ha trabajado fuera del hogar ha invertido todos o casi todos sus recursos en el levantamiento de las cargas, pues un matrimonio con una economía doméstica de subsistencia no podría permitirse el pago de un empleado de hogar a jornada completa al menos. Si por ejemplo el marido obtiene rentas de 600 euros mensuales, y su esposa no trabaja, es evidente que el matrimonio no podría invertir 600 euros mensuales –salario mínimo interprofesional– en el pago de servicio doméstico, máxime si como sucede en este caso el matrimonio no tuvo descendencia. Por tanto, carece de toda lógica compensar a la esposa por la suma de 600 euros mensuales todo el tiempo que duró el régimen, lo que supondría, en el ejemplo expuesto, que el cónyuge que ha permanecido en el hogar sería acreedor de todo el dinero ganado por el consorte durante la vida del régimen. La cuantificación, en casos de economías precarias, ha de producirse en base a otros parámetros que midan la disfunción real entre la cuota de contribución de uno y otro cónyuge, en atención a los recursos disponibles».

¹²¹ En defensa de la compensación (*ex art. 1.438 CC*) de las pérdidas de oportunidad de formación o promoción profesional y laboral, *vid. p. ej.* AGUILERA, 2012, págs. 36, 40 y 42; y BELÍO PASCUAL, 2013, pág. 63. Respecto al Derecho catalán, NAVAS NAVARRO, 2012, pág. 1.317. En la literatura anglosajona, *vid. en la misma línea* COHEN, 2002, págs. 10-24.

desprende con meridiana claridad de la lectura de la Sentencia de 31 de enero de 2014¹²² (reiterando lo ya afirmado por la Sentencia 534/2011), el Tribunal Supremo pone el acento en la circunstancia de que la dedicación a la familia y la casa haya vedado o «*impedido la propia proyección personal*» del cónyuge que realizó el trabajo doméstico¹²³, con la consiguiente «*pérdida de expectativas laborales o profesionales*»¹²⁴. Esto es, en nuestro ejemplo, el cónyuge A debe ser compensado, en aplicación del artículo 1.438 *in fine* del CC, porque al dedicarse nada más que al hogar y la familia perdió sus oportunidades para labrarse una vida profesional, quién sabe si exitosa, y hacerse con una situación económica independiente y quién sabe si próspera y boyante.

1. LAS EXPECTATIVAS LABORALES O PROFESIONALES DEL CÓNYUGE QUE TRABAJA PARA LA CASA: ¿REALIDAD O MITO?

A mi juicio, sin embargo, sostener que *todo* el que no tiene trabajo remunerado está perdiendo la oportunidad de progresar en un trabajo remunerado es, *a priori*, una falacia. *Dependerá del caso*. No deberíamos confundir la doctrina de la pérdida de oportunidad con el «cuento de la lechera».

¹²² En ella el TS confirma la sentencia dictada por la AP de Valladolid [Sentencia 7 noviembre 2011 (JUR 2011/403834)], en la que se deniega a la esposa el derecho a compensación porque, entre otras razones, «*no se ha producido una prueba de pérdida de expectativas profesionales o económicas que le hubiesen proporcionado más recursos o tantos recursos al menos como los que pretende que se le compensen por la vía del artículo 1.438*». Vid. idéntica argumentación en la ulterior SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015\125317).

¹²³ También en sede de Audiencias existe todo un arsenal de sentencias para las que la finalidad última del artículo 1.438 *in fine* del CC es compensar al cónyuge que, al asumir las tareas del hogar y «por razón de tan loables actividades en pro de la familia, compromete sus expectativas de futuro profesional» [SAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014\120318)], con la consiguiente «*pérdida de oportunidades en el campo laboral y, en definitiva, pérdida de oportunidades de ingresos, que el otro cónyuge sí tiene y hace propios*» [SSAP Álava 14 mayo 2014 (JUR 2014\233184) y Córdoba 9 diciembre 2014 (JUR 2015\82269)] y «*pérdida de oportunidades de incrementar, con el trabajo fuera del hogar, su propio patrimonio*» [SSAP Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014\212720) y Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015\145600)].

Asimismo hacen alusión expresa a esa doctrina –aunque utilizada, naturalmente, *a sensu contrario*– aquellas resoluciones en que, constando la *plena* actividad empresarial o laboral desarrollada durante el matrimonio por el cónyuge demandante de la compensación, se deniega esta bajo el argumento de que su invocada dedicación al hogar –a veces, ciertamente no acreditada– *no ha interferido o ha supuesto merma o cortapisa alguna a su proyección laboral ni ha representado un quebranto, menoscabo o incidencia negativa en su esfera profesional*. Ejemplo de ello es la SAP Alicante 16 julio 2013 (JUR 2013\349814), dictada en un asunto en que la esposa, licenciada en Dirección de Empresas, desarrolló durante todo el matrimonio una rica e importante actividad empresarial (como alta ejecutiva en varias mercantiles); dato que llevó a la AP a desestimar su pretensión compensatoria del artículo 1.438 al no apreciarse ningún «*perjuicio en sus expectativas laborales y profesionales*». Vid. igualmente las SSAP Valencia 22 diciembre 2014 (JUR 2015\96896), Toledo 30 septiembre 2014 (JUR 2014\278148) y, muy en especial, la SAP Alicante 7 abril 2011 (JUR 2011/302530).

¹²⁴ También evoca esa tesis el artículo 13.1 de la Ley valenciana 10/2007 cuando, a fin de determinar el derecho a compensación, incluye –entre los «criterios de valoración» del trabajo doméstico a tener en cuenta «con carácter orientativo» y «sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial o del acuerdo a que lleguen los cónyuges»– «*los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico*».

En rigor, no se pierden más oportunidades que las que se tienen, y las oportunidades que se tienen son las oportunidades reales¹²⁵, no las virtuales, imaginarias o meramente presuntas. Eso en primer lugar¹²⁶. Comparto, pues, en este punto las palabras de VERDERA cuando escribe que la proyección laboral de quien en su matrimonio se dedica a la casa «no se debe tratar como una simple expectativa o... un mero futurible»¹²⁷.

Por otra parte, y en segundo lugar, hay oportunidades que se pierden –diríamos– «ventajosamente». Y es que si de oportunidades y de «comportamientos oportunistas» hablamos, hay mucho de que hablar¹²⁸. No falta algún caso, aunque parezca insólito, en que el cónyuge que abandona

¹²⁵ En tal sentido SANTOS MORÓN (2015, pág. 15) –tras sentar como premisa que «la dedicación a las tareas domésticas no puede considerarse hoy día, en sí misma y abstractamente considerada, como un "sacrificio" que hace un cónyuge en beneficio del otro y que, por tanto, debe ser objeto de indemnización»– puntualiza (n. 52) que «lo dicho no impide que en casos concretos un cónyuge pueda sacrificar su carrera profesional en beneficio del otro. Por ejemplo, si el ascenso profesional de uno requiere un traslado a otro país o a otra ciudad, que conlleva para el otro la pérdida de su trabajo. Pero esto es un supuesto excepcional, y no la regla general en toda hipótesis en que un cónyuge asume las tareas domésticas».

Ejemplo de esa particular situación es la SAP Vizcaya 23 julio 2014 (JUR 2014\267977), donde «por cuestiones del trabajo de don Leandro, la unidad familiar se trasladó a Marbella en el año 2007, razón por la que la esposa tuvo que dejar el puesto de trabajo como ingeniero informático que tenía en Bilbao, y en aquella ciudad se dedicó exclusivamente a la tareas domésticas y al cuidado de la familia, lo que causó a doña Olga un evidente perjuicio económico, pues durante el tiempo en el que el matrimonio vivió en Marbella no obtuvo ingresos, y también perjudicó sus perspectivas profesionales»; razones por las que la AP acordó concederle una compensación de 49.600 euros (a razón de 800 euros al mes, desde la fecha del traslado a Marbella hasta abril de 2012 en que tuvo lugar el cese de la convivencia y la inmediata interposición de la demanda de divorcio).

¹²⁶ No es infrecuente que el cónyuge que se queda en casa (y supuestamente, trabaja en ella) *no haya con ello entorpecido, truncado o frustrado realmente ninguna carrera profesional, ya iniciada o en proyección*; y así, a título de ejemplo, declara la SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014\133599) que, en el caso, la demandante «no perdió una relación contractual consolidada o de entidad ni prescindió de importante volumen de negocios».

En algún caso, se da la particular circunstancia de que ese cónyuge, ya antes de casarse, «tenía reconocida administrativamente una discapacidad del 60%», por lo que, sin desmerecer sus esfuerzos en la atención a la familia –afirma la SAP Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014\76247) para denegarle la compensación–, *no puede afirmarse que ello «limitara sus posibilidades de trabajo»*, habida cuenta de que «sus expectativas laborales o profesionales,... por su situación de discapacidad, *habían de estar muy limitadas (no se han probado, en realidad)*».

¹²⁷ VERDERA, 2013, págs. 222-223.

¹²⁸ Imagínes la siguiente hipótesis (tal vez un poco extravagante, pero no irreal y sí bien ilustrativa). Si X a los 17 años dejó voluntariamente de estudiar y formarse, si de los 17 a los 25 no buscó empleo y vivió tranquilamente de sus padres y si de los 25 a los 60 estuvo casado (en régimen de separación de bienes) con una notaria con notaría en la calle Serrano de Madrid y se ocupó de la espléndida casa que ella pagó y con una vida placentera, aun cuando en verdad realizara bastantes tareas domésticas –cosa ya en sí poco probable– no perdió sus oportunidades, sino que las aprovechó muy convenientemente. Sin olvidar que cuando a sus 60 se divorcien la notaria y X, este va a percibir sin duda ninguna –por el evidente desequilibrio económico que el divorcio le causa– una muy suculenta pensión compensatoria, con casi toda seguridad hasta el fin de sus días (y más allá de los de aquella si acaban antes –*ex art. 97.3 CC*). Que además deba compensarse por su trabajo doméstico –y generosamente (pues son 35 años de trabajo suyo para la casa)– por razón de lo que «dejó de ser y de ganar», por haberse casado con ella y no haber trabajado fuera de casa, no se cohonestan bien con ninguna pérdida real de oportunidad.

su puesto laboral al casarse lo hace porque «*su trabajo no le gustaba*», como –casi con descaro, me atrevería a afirmar– confesó la mujer, abogada de profesión hasta encontrar marido pudiente, en el litigio que resuelve la SAP de Madrid de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\167420)¹²⁹.

En tercer lugar, hablar de «pérdida de oportunidad» en sede de compensación del artículo 1.438 del CC puede tomarse como metáfora o imagen gráfica, pero no guarda ninguna relación con la doctrina jurídica de la pérdida de oportunidad, tal como se aplica en el ámbito de la responsabilidad por daños¹³⁰. Quien encarga a su abogado que recurra una sentencia y se encuentra con que este dejó pasar el plazo correspondiente, pierde la oportunidad de ganar su pleito. Quien se casa no pierde más oportunidad –permítaseme la ironía– que la de seguir soltero, a no ser que pruebe que el cónyuge efectivamente *le impidió* acceder a los trabajos o estudios que pretendía. Pero entonces se abriría, en su caso, una puerta para indemnizar por daño, no (necesariamente) por trabajo doméstico¹³¹.

2. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LOS CÓNYUGES EN EL ACTUAL CONTEXTO SOCIAL Y FAMILIAR, LIBERTAD DE DECISIÓN Y CARÁCTER OPCIONAL O ELECTIVO DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Además de las antedichas existen otras razones, a mi entender de especial contundencia, que vienen a desvirtuar la doctrina de la pérdida de oportunidad como fundamento último de la compensación económica del artículo 1.438 *in fine* del CC¹³², al modo que lo interpreta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con arreglo a su tesis «objetiva».

Se alegará que suena a escarnio este ejemplo anterior, pero no así otros. Y ciertamente, no estoy afirmando que en todos los supuestos, ni mucho menos, resulte escarnecedora la compensación del artículo 1.438 del CC, sino que la aplicación puramente –objetiva– que como doctrina jurisprudencial ha estipulado el TS da pie a casos que rozan el esperpento –la tantas veces citada SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014\119127) es prueba fehaciente de ello–.

¹²⁹ Con plena cordura jurídica, la AP le denegó la compensación económica del artículo 1.438 del CC.

¹³⁰ Véase como estudio de referencia en la materia, MEDINA ALCOZ, 2007.

¹³¹ Tampoco cabe obviar que si el cálculo de la indemnización en los supuestos de pérdida de oportunidad en Derecho de daños presenta la dificultad de cuantificar meras probabilidades estadísticas (p. ej. de curación o supervivencia en la responsabilidad médico-sanitaria), proyectar esa doctrina a la compensación del trabajo para la casa plantearía el problema añadido de tener que *aventurar* respecto del cónyuge que lo desarrolló, en aproximado paralelismo al cálculo de una suerte de lucro cesante con origen en una causa remota compleja, «*lo que podría haber sido (y ganado) y no fue*» de no haberse dedicado al hogar. Como con carácter general señala CARRASCO PERERA (2006, págs. 130-131), el coste de calcular el llamado «interés de confianza» –aquello a lo que un cónyuge renunció al decidir emprender una vida común, por ejemplo mujeres que hubieran renunciado con el matrimonio a oportunidades favorables– «es muy alto, *al precisarse de juicios hipotéticos sobre cursos históricos pasados que ya no se pueden reproducir ni replicar*». Sobre las difíciles cuestiones de *valoración del trabajo doméstico* en clave de pérdida de expectativas laborales y/o lucro cesante, *vid.* ASÚA, 2011, págs. 89-90.

¹³² En contra de la compensación de la pérdida de oportunidades profesionales como fundamento del artículo 1.438 *in fine* del CC, *vid.* asimismo ASÚA, 2011, págs. 89-91; MORENO TORRES-HERRERA, 2011, págs. 116 y 128; MORENO

En efecto, parece que se presume una cierta debilidad de carácter del cónyuge que opta por no trabajar más que en la casa (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 hogar¹³³ –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 este. ¿Porque se lucró de su trabajo doméstico? No, aunque no haya habido beneficio, según entiende nuestro Alto Tribunal (Sentencias 534/2011, 135/2015 y 136/2015). ¿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–.

Sin duda hubo tiempos, ya en lontananza, en los que las mujeres –con escasa o nula formación, por regla general– eran social y familiarmente «forzadas» a dedicarse a la casa, el marido y los hijos, a trabajar de sol a sol en el hogar y cuidando de una prole numerosa, sin alternativa, sin ayudas, sin respeto ni consideración real y sin que su trabajo apenas se valorase. Felizmente, va quedando poco de eso. Salvo en ciertos círculos culturales, las mujeres españolas están tomando con ventaja el tren del estudio, la cualificación profesional y los más variados y mejor considerados oficios¹³⁴. Se casa la que quiere casarse y es de cada una la decisión de trabajar, si hay en qué, o de quedarse en casa y ocuparse de las labores domésticas¹³⁵ –por insensata y raya-

VELASCO, 2013, pág. 77; SANTOS MORÓN, 2015, págs. 31, 37-38; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, pág. 8. E igualmente, respecto a la compensación del trabajo doméstico en el Derecho chileno (art. 61 Ley n.º 19.947 sobre Matrimonio civil de 2004), *vid.* BARRIENTOS GRANDÓN, 2007, pág. 20; y VIDAL OLIVARES, 2009, pág. 355.

¹³³ Algo parecido –«que *confiando en su esposa*» había aceptado esa situación, «encontrándose ahora en total desamparo»– adujo la esposa, aunque sin éxito, en el pleito resuelto por la SAP León 26 septiembre 2013 (JUR 2013\312928). Tampoco prosperó la pretensión compensatoria de la mujer en el litigio objeto de la S. Juzg. 1.ª Inst. núm.7 Sevilla de 11 junio 2013 (JUR 2013\280205), pese a que aquella alegó que, si bien «tenía la intención de buscar un empleo tras regresar de la luna de miel», al quedar embarazada «*el demandado, con una visión tradicional de la familia, la convenció para que no trabajase* y se quedara en el domicilio familiar y, por ello, nunca desarrolló actividad laboral alguna». De igual modo la ya citada SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013\263637), donde la esposa había reclamado la desorbitada suma de 733.056 euros en concepto de compensación del artículo 1.438 del CC, acordó denegársela teniendo en cuenta que «la decisión de aquella de no desempeñar un trabajo fuera del domicilio fue anterior a la fecha de matrimonio» y sin que el tribunal atendiera a la alegación de la mujer de que *tal decisión de no trabajar «fue a sugerencia del marido»*.

¹³⁴ Interesantes reflexiones desde la sociología jurídica pueden verse en FLAQUER (2001, págs. 9-23) acerca de la sensible metamorfosis de las relaciones de pareja como consecuencia de la actividad laboral o profesional de la mujer y de la penetración del principio de igualdad por razón de sexo en el modelo de familia conyugal. Entre la abundante literatura económica y sociológica sobre el problema del trabajo doméstico, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su incidencia en el avance en la igualdad entre mujeres y hombres, *vid.* entre nosotros DURÁN HERAS, 2012; y en el mundo anglosajón BROOKS, 2005, págs. 177 y ss.

¹³⁵ En contra de la opinión que sostengo, AGUILERA (2012, pág. 38) considera inadmisibles objetar que el cónyuge que se ocupa de la casa «lo ha hecho *voluntariamente*». A su juicio, «aunque la decisión de asumir el trabajo familiar es fruto de una elección personal, no hay que olvidar que los costes que supone el cuidado son inherentes a la existencia de una familia y por tanto inevitables», de manera que –concluye la autora– «su total externalización llevaría al desmembramiento de la familia». Insisto, en los tiempos que corren no comparto esa filosofía de la familia ni del matrimonio.

na en la temeridad que pueda reputarse esta determinación¹³⁶. Y cada vez son más los maridos que también se dedican al hogar en exclusiva, porque no encuentran otro trabajo o porque así se acuerda en la pareja. Superada la presión social que al respecto acuciaba a la esposa en tiempos de nuestras abuelas –fruto de los esquemas del arquetipo familiar de estructura patriarcal imperante antaño–, no hay hoy en día razones para presuponer, como regla¹³⁷, que la dedicación a la casa sea una *circunstancia «impuesta»* como consecuencia de la relación conyugal ni que derive de un acto de obediencia o de sumisión a la posición preeminente o de prevalencia de un consorte sobre el otro¹³⁸. Afortunadamente, van quedando pocas personas para las que el matrimonio sea la única salida socialmente admitida. Hoy los ciudadanos, mujeres y varones, pueden considerarse básicamente *libres y responsables de sus decisiones*¹³⁹, con la única limitación que se des-

¹³⁶ Así lo destaca CABEZUELO, 2012, pág. 285.

¹³⁷ Salvedad hecha de las hipótesis excepcionales en que se acreditara la existencia de dolo, engaño, coacciones o intimidación o que ha habido una patente captación de la voluntad de uno de los cónyuges por parte del otro, prevaleciendo de las particulares circunstancias concurrentes en el caso –supuestos, en absoluto generalizables, y más bien vinculados, como señala SANTOS MORÓN (2015, pág. 23, n. 87), a «situaciones propias de violencia de género, que requerirían una respuesta específica»–, ha de entenderse que hoy día la dedicación a las labores domésticas es fruto de una decisión que –ya adoptada unilateralmente como elección personal del cónyuge que las asume, ya consensuada con el otro cónyuge– ha sido tomada libre y voluntariamente, sin concurrencia de vicio alguno en el consentimiento, y con plena capacidad para hacerlo. Vuelvo a recalcarlo: es momento de dejar de considerar que el matrimonio genera en la persona que lo contrae una suerte de «minoría de edad o de incapacidad» –que, al parecer, limita la libertad y capacidad de libre decisión y libre voluntad– y es hora de que, soltero o casado, cada cual sea responsable de las decisiones que tome en la vida y asuma las consecuencias –también patrimoniales– de las mismas. Si un licenciado en Derecho, con brillantes calificaciones en su carrera, decide no preparar oposiciones a notario (con el descomunal esfuerzo que ello implica y el punto de azar que pueda reclamar el éxito en la obtención de la plaza) y se dedica a las labores de su casa, en el caso de estar soltero él y solo él asumirá las consecuencias de tal decisión y nadie obviamente le va a compensar de que por razón de tal decisión carezca de aquel trabajo remunerado y de los emolumentos que por su desempeño obtendría. ¿Por qué otra vara de medir en caso de que esa persona, adulta y dotada de plena madurez, esté casada (y en régimen de separación de bienes)?

¹³⁸ Disiento, pues, del parecer de ALBALADEJO (2013, pág. 190) de que al trabajo efectivo en la casa de un cónyuge «debe equipararse –y compensarse– el caso en que, aun no trabajando para la casa y desocupado así, *no se trabaje fuera por deseo del otro esposo*».

¹³⁹ En esta línea, y con buen criterio, la SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013\263637) denegó la compensación del artículo 1.438 del CC a la esposa que, gracias al gran éxito profesional de su marido y los cuantiosos ingresos de este, contaba con tres internas fijas, chófer, etc., sin que obrase prueba alguna de su más mínima «dedicación a la casa»; mujer que, destaca la AP, ya dos años antes de casarse adoptó por sí misma «*la decisión personal de no trabajar*», sin que el matrimonio hubiese sido traba para que desarrollase una faceta laboral, si hubiera querido.

También la SAP Barcelona 5 marzo 2001 (RJC 2001-IV, págs. 1.241 y ss.) desestimó la solicitud de compensación económica (del primitivo art. 41 Código de Familia catalán) formulada por la exmujer, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que en el caso «*la dedicación a la familia ha sido una libre opción de la esposa, que no trabajaba antes de la celebración del matrimonio, ni ha trabajado después cuando la edad de los hijos le hubiera permitido esa posibilidad*».

Asimismo en la doctrina señala MIJANCOS (2015, pág. 17) que si el cónyuge dedicado al hogar, lejos de haber renunciado a una exitosa carrera ya encauzada, «*ha hecho dejación voluntaria de su incorporación al mundo laboral, en este caso no estaríamos hablando de ninguna pérdida de coste de oportunidad*».

En cambio, la SAP A Coruña 17 enero 2014 (JUR 2014\47686) –que estimó la pretensión indemnizatoria de la esposa (aunque reconociendo su compensación anticipada mediante la transmisión por el marido de inmuebles y di-

prende de las servidumbres de la economía y el mercado de trabajo¹⁴⁰. Pero esas limitaciones y servidumbres tienden a ser comunes y cada vez más iguales para ellas y ellos. Las *oportunidades* van siendo también las mismas y cada uno gestiona autónomamente las suyas.

Si a ello se suma el dato crucial de que en el Código Civil español el régimen económico matrimonial de separación de bienes (al que ciñe su operatividad el artículo 1.438 *in fine*) no constituye el régimen legal supletorio, sino que es de carácter *opcional* y fruto del acuerdo de los esposos que a través de la elección del mismo hacen así ejercicio de su *autonomía de la voluntad*, nos topamos con una prueba más de que en la inspiración del derecho a compensación por trabajo doméstico «en la pérdida de expectativas profesionales *se percibe una perspectiva tuitiva y de cierta irresponsabilidad que no conviene alimentar*»; y es que –como bien afirma en tal sentido ASÚA GONZÁLEZ– «*quien acepta pactar el régimen de separación –que en el Código Civil es electivo– y decide dedicarse en exclusiva o fundamentalmente al hogar en detrimento de una actividad externa remunerada, debe asumir el riesgo de semejante opción*»¹⁴¹.

En fin, como apuntan la SSAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2015\19455) y 11 de abril de 2014 (JUR 2014\133599) y de Alicante de 17 de marzo de 2015 (JUR 2015\149487), el artículo 1.438 del CC fue introducido por la Ley de 13 mayo 1981 teniendo en cuenta sin duda el mandato de no discriminación derivado del principio de igualdad (arts. 14 y 32 CE); pero tal precepto, hoy envejecido y que *pudo tener acomodo en épocas* «*en las que un cónyuge prevaecía*

nero)– no atendió a la alegación del abogado del demandado de que, si bien la actora abandonó su vida laboral, ello fue «*una decisión unilateral de la esposa* que, dada la desahogada posición económica del matrimonio dimanante de los ingresos salariales de mi representado, decidió en todo momento no acceder al mercado laboral aun a pesar de las continuas recomendaciones de mi representado, quien siempre le instó a ello, recomendándola para trabajos y buscándole salidas laborales en el sector para el que hasta el año 2000 había estado trabajando y para el que estaba y está plenamente formada».

¹⁴⁰ Como bien observa ASÚA (2011, pág. 89, n. 194), podría decirse que la dedicación al hogar «puede no ser una opción sino la consecuencia de reveses laborales y, en general, de imposibilidad de encontrar un trabajo. Pero dar relevancia a este extremo no es compatible» con la pretendida fundamentación de la compensación del artículo 1.438 en «el sacrificio de expectativas profesionales».

¹⁴¹ Vid. ASÚA, 2011, págs. 89 y 91, quien no deja de apuntar que «semejante opción, en absoluto es recomendable en un sistema en que cabe el divorcio –máxime ahora, tras la Ley 15/2005, con un divorcio y separación de acceso directo y en absoluto causales–».

Vid. en igual sentido CUENA, 2013, pág. 10.121; y SANTOS MORÓN, 2015, págs. 5, 15, 37, quien escribe que «dejando a un lado el elevado porcentaje de desempleo provocado por la crisis económica actual, la mujer tiene hoy día pleno acceso al mercado laboral por lo que la decisión de dedicarse al cuidado del hogar debe verse como una opción personal, libremente adoptada, y en ningún caso impuesta por condicionamientos sociales». Sobre esa base, añade más adelante esta autora (pág. 41) que no «veo por qué, si la decisión, a la postre, resulta ser equivocada (*porque uno de los cónyuges, pese a optar voluntariamente por dicho régimen económico [de separación], se dedica al cuidado del hogar*), debe protegerse a aquel que tomó una decisión desahogada, a menos que concurran los requisitos necesarios para invalidar, en su caso, las capitulaciones matrimoniales otorgadas (art. 1.335 CC)». Adelantándose a los tiempos, ya hace años que expresara ideas similares SERRANO ALONSO, 1986, pág. 467.

sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico»¹⁴² – al menos, cabe apostillar, en los términos «objetivos» y mecanicistas en que lo interpreta y aplica nuestra reciente jurisprudencia–.

V. LA «EXCLUSIVIDAD» DEL TRABAJO PARA LA CASA

1. LA SINRAZÓN DE LA EXIGENCIA JURISPRUDENCIAL DE DEDICACIÓN «EXCLUSIVA» AL TRABAJO DOMÉSTICO

Es ya momento de examinar una segunda situación posible –por lo demás, nada infrecuente y bastante extendida en nuestra sociedad– en la que también se revela problemática la aplicación del artículo 1.438 del CC: *el cónyuge A se ocupa al completo de los trabajos de la casa y, además, trabaja fuera con la correspondiente remuneración salarial. B, que en las labores domésticas no colabora (o apenas), también percibe una retribución económica por su trabajo o actividad profesional.*

En este supuesto –donde supongamos, por simplificar y para mayor claridad, que son iguales los ingresos de A y de B e igual su respectiva aportación dineraria a los gastos familiares– resulta clamorosa y bien palpable la *desproporción* entre las cargas que uno y otro asume y la quiebra de la regla de la proporcionalidad en la obligación de ambos de subvenir al sostenimiento de las cargas del matrimonio (art. 1.438, primer y segundo inciso).

Si tomamos en serio el trabajo doméstico y le damos un valor económico, poca duda cabrá de que A resulta perjudicado. Y, como en separación de bienes pertenece a cada cónyuge lo que durante el matrimonio adquiera o ahorre por cualquier título (art. 1.437 CC), lo que resulta es que B se está «aprovechando» de A¹⁴³. En buena lid y con pleno respeto a las normas del Código Civil y a su espíritu, en esa hipótesis las tareas hogareñas deberían hacerse a medias, o bien a medias habría que pagar a los terceros que de ellas se ocuparan. Si quien todo lo hace es A, ambos, A y B, se están ahorrando esos costes que resultarían de contratar a terceros, pero a costa de que A hace para los dos un trabajo que B no le remunera en lo que le correspondería.

¹⁴² También VERDERA (2013, págs. 211-212) se inclina por situar *en el pasado* –sin perjuicio de que aún hoy se perciban algunos rescoldos materiales de la desigualdad institucionalizada de entonces– la justificación de la compensación económica del artículo 1.438 del CC: esta «*se entiende si partimos de una concepción tradicional del matrimonio*» y el precepto «*tiene su razón en aquellas sociedades patriarcales* en las que la mujer se dedicaba al hogar y los hijos y quien aportaba ingresos y recursos era exclusivamente el marido».

¹⁴³ ¿Aun cuando la situación sea por A consentida? Podría alguien insinuar que si A consiente plenamente y todo se hace con su completo beneplácito, está «donando» a B la parte del trabajo doméstico que a B le correspondería ejecutar o pagar. Pero si lo vemos así, habría que preguntarse por qué se considera donación la de A en este caso –cuando A tiene además un trabajo remunerado y contribuye económicamente al sostenimiento de las cargas– y no así, en el supuesto que en los precedentes epígrafes manejábamos –cuando A nada más que pone su trabajo hogareño como contribución al levantamiento de las cargas familiares–.

Y dicho lo anterior, comparemos. En aquel supuesto que anteriormente manejábamos, el cónyuge B aportaba los ingresos de su trabajo y el cónyuge A, sin trabajo retribuido, ponía su trabajo para la casa y la familia. En el ejemplo de ahora, los ingresos allegados por A y por B son los mismos, con lo que la aportación de A es *doble: el dinero con que contribuye al levantamiento de las cargas del matrimonio y su trabajo doméstico*. ¿En qué caso estaría más justificado el pago de la compensación que el artículo 1.438 del CC menciona para cuando cese el matrimonio (o se extinga el régimen de separación)? Cualquiera diría que en este segundo caso que ahora estamos viendo. Cualquiera, pero no el Tribunal Supremo.

Según ya había señalado en su Sentencia de 14 de julio de 2011, para que el derecho a dicha compensación nazca es necesario que el cónyuge acreedor «*haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa*». Esa afirmación –contenida en el FD 5.º de aquella sentencia y reproducida en el propio FD 7.º donde consagra la «doctrina jurisprudencial» sobre el artículo 1.438– vuelve a ser reiterada por el Tribunal Supremo en la ulterior Sentencia de 31 de enero de 2014, tanto al remitirse y transcribir aquella jurisprudencia fijada en 2011 como al indicar explícitamente que dicho cónyuge deberá haberse «*encargado, de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales*» (FD 2.º) –falta de prueba de ese extremo que, como ya indicamos, fue precisamente la *ratio decidendi* de que, desestimándose el recurso de casación interpuesto por la exmujer, se le denegase la compensación solicitada–.

Corroborando esa exigencia de que «el trabajo para la casa fuese realizado *con exclusividad*», cabe encontrar algunas resoluciones judiciales –como la SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2011 (JUR 2012/22440)– en las que se afirma, *expressis verbis*, que «la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011... parece sostener que el artículo 1.438 exige que solo se haya contribuido a las cargas familiares con el trabajo para la casa»¹⁴⁴. Desde ese planteamiento, entendió la Audiencia Provincial en este asunto que no concurría dicho condicionante ya que la dedicación de la esposa al hogar no le había impedido durante el matrimonio «*seguir desarrollando, aun en jornada reducida, su actividad laboral por cuenta ajena*»¹⁴⁵. La reducción

¹⁴⁴ Reproducen idéntica afirmación –que la STS 14 julio 2011 viene a exigir «que se haya contribuido a las cargas del matrimonio *solo con el trabajo realizado para la casa*»– las SSAP Madrid 16 septiembre 2011 (JUR 2011\357045), Orense 4 junio 2012 (JUR 2012/228071), Toledo 30 septiembre 2014 (JUR 2014\278148) y Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015\50857); todas ellas desestimatorias de la compensación reclamada por la esposa al no concurrir dicha nota de «exclusividad» de su trabajo doméstico.

¹⁴⁵ Al amparo de ese requisito jurisprudencial de la dedicación «exclusiva» a la casa, y aplicándolo con total *rigidez* y *automatismo*, son muchas las resoluciones posteriores a la STS 534/2011 que, a partir de la sola verificación de que se había compatibilizado o alternado el trabajo doméstico con un trabajo remunerado fuera del hogar –con alguna «*experiencia laboral*», en palabras de la SAP Álava 3 abril 2014 (JUR 2014\232174)–, consideran que falta el mentado presupuesto del derecho a compensación y, sin entrar en más consideraciones *ni pararse a valorar la eventual prueba por aquel cónyuge de su grado real de dedicación a las tareas domésticas* (que acaso no fuera meramente residual, y las realizara él por entero o de forma verdaderamente significativa), desestiman de plano la pretensión compensatoria del artículo 1.438 del CC. En tal sentido, *vid. p. ej.* las SSAP Castellón 2 octubre 2014 (JUR 2015\55752) y Valencia 15 mayo 2014 (JUR 2014\173480) o la Sentencia de esta misma Audiencia de 18 abril 2013 (JUR 2013/221233), que denegó la compensación a la solicitante porque, acreditado que durante el matrimonio «*la*

económica operada por tal concepto no puede ser determinante de la activación del mecanismo compensatorio, al estar este concebido para coyunturas distintas de las que invoca la litigante»¹⁴⁶.

Así las cosas, se imponen los interrogantes: *¿Dónde se expresa en el artículo 1.438 del CC que el único trabajo para la casa que debe ser compensado es el que realiza el cónyuge que nada más que se dedica al trabajo para la casa?*¹⁴⁷ Entenderlo así implica introducir una distinción donde la ley no la establece, ya que resulta que no es «el trabajo para la casa» lo que se computa como contribución a las cargas, sino que únicamente se computa el trabajo *exclusivo* para la casa. *¿Y por qué tal exigencia jurisprudencial de exclusividad?* Francamente, resulta desconcertante y no es sencillo entenderla¹⁴⁸. Da la impresión de que, consciente

esposa trabajó vendiendo por internet, ignorándose sus ingresos», no se cumplía el requisito de haber contribuido a las cargas familiares «solo con el trabajo realizado para la casa».

Por su parte, la SAP Sevilla 29 julio 2013 (JUR 2013\380054), si bien reconoció el derecho de la exmujer a ser compensada conforme al artículo 1.438, a fin de calcular su cuantía (conforme al sueldo medio de una asistenta) aplicó este criterio únicamente al tiempo de matrimonio en que aquella se había dedicado *en exclusiva* al hogar, acordando *«descontar el periodo de tiempo –desde agosto 2003 hasta octubre de 2005– en que la Sra. Leonor había compaginado la dedicación al hogar con el trabajo fuera de la casa».*

¹⁴⁶ Si los tribunales vienen a negar la compensación cuando se ha compaginado el trabajo doméstico con algún empleo remunerado *aun siendo este a tiempo parcial o de carácter ocasional o precario*, huelga decir que es esa respuesta desestimatoria la que impera en los casos de *intensa y continuada* actividad laboral o negocial de uno de los cónyuges –supuesto en que, ciertamente, sería más difícil, pero no imposible, acreditar que, al tiempo, aquel pechaba también por entero o sustancialmente con las labores domésticas–. Muestra de esta tendencia en que, sin entrar a valorarse el eventual trabajo para la casa realmente realizado, se deniega la compensación porque la mujer se encontraba *«plenamente incorporada al mundo laboral»* [SAP Valencia 15 mayo 2014 (JUR 2014\173480)] o *«había regentado varios negocios»* [SAP Murcia 25 junio 2013 (JUR 2013\249252)], son p. ej. las SSAP Toledo 18 febrero 2015 (JUR 2015\94332), Jaén 15 octubre 2014 (JUR 2015\46274) y Granada 4 julio 2014 (JUR 2014\258722).

Adviértase que algunas sentencias sí hacen bien al no conceder la compensación porque, amén del dato de que la esposa hubiese tenido a lo largo del matrimonio una vida laboral plena, *si se detienen en el tema de la prueba del trabajo doméstico* invocado y concluyen que el mismo no quedó demostrado. Así acaece en la SAP León 26 septiembre 2013 (JUR 2013\312928) que, si bien puso de relieve que la esposa *«en todo momento había trabajado fuera del hogar con diversos cargos públicos»*, esgrimió como argumento clave para denegarle la compensación del artículo 1.438 que en absoluto resultó probada su especial dedicación a la casa. En la misma razón estribó tal denegación en la litis objeto de la SAP Madrid 28 julio 2014 (JUR 2014\244738): en el caso –afirmó la AP–, *«no resulta acreditada la dedicación de la esposa a la familia, de la que formaba parte solo una hija, ni que fuera aquella la única que se dedicara al hogar»*, la cual, por otra parte, *«además de figurar de alta como autónomo, ha percibido nóminas, declaradas en el IRPF, y tanto ella como su marido eran ambos socios y administradores de la asesoría»* que constituyeron al casarse. *Vid.* en la misma línea las SSAP Castellón 5 junio 2015 (JUR 2015\226047), Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015\80720) y Madrid de 28 noviembre 2014 (JUR 2015\19455) y 26 mayo 2015 (JUR 2015\176660); o la SAP Alicante 13 septiembre 2013 (JUR 2013\350364) que acordó denegar a la esposa la compensación por trabajo doméstico pues, además de constar que era *«licenciada en magisterio y siempre ejerció como docente, con una retribución de 1.600 euros mensuales»*, lo cierto es que *«de la extensa prueba practicada en el procedimiento»* no se alcanzó a concluir que en efecto se hubiese dedicado al hogar y la familia.

¹⁴⁷ *Vid.* en igual sentido CABEZUELO, 2012, pág. 288; y CABANILLAS, 2012, pág. 1.228. También pone expresamente en evidencia esa idea la SAP Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015\80720).

¹⁴⁸ Téngase en cuenta, por otra parte, que la mencionada exigencia de «exclusividad» del trabajo doméstico en sede de compensación del artículo 1.438 del CC parece ir en contra de los tiempos y de alguna de las más recientes reformas legales,

o inconscientemente, se viene a tolerar la sobreexplotación de quien además de ser «ama» o «amo de casa» se empeña en trabajar fuera. ¿Habrá en alguna mentalidad antigua y sutil la sibilina intención de desanimar a las «amas de casa» para que no se busquen además un empleo en alguna empresa¹⁴⁹?

¿O será por la tan manida «pérdida de oportunidad»? Quien asume el trabajo hogareño y desarrolla, al tiempo, un trabajo remunerado, no ha perdido, ciertamente, la oportunidad de tener un trabajo remunerado. Pero, con la doctrina del Tribunal Supremo, la oportunidad que pierde es la de que su trabajo casero sea reconocido y compensado económicamente. Si para esto sirve la tesis de la pérdida de oportunidad, es bien perversa esta tesis¹⁵⁰.

Mas si hemos de empecinarnos en la pérdida de oportunidad como «fundamento» de la compensación, malamente se podrá discutir que, en este ejemplo de ahora, el cónyuge A puede muchas veces estar perdiendo una clara oportunidad, o varias. ¿Cuál o cuáles? Ya que A tiene que multiplicarse y dedicar una parte de su tiempo y sus energías, no ya a su profesión (o al descanso y el disfrute vital), sino a las pesadas e ingratas labores diarias en la casa, será menor su «oportunidad» para formarse y progresar en su oficio o para hacerse con un segundo empleo que le permita aumentar sus ingresos¹⁵¹. Oportunidades que sí disfruta el cónyuge B, que tiene el

como la que, a efectos de la indemnización de los daños causados a las personas en los accidentes de circulación –conforme a la Ley 35/2015, de 22 septiembre–, considera valorable el trabajo no remunerado realizado por la víctima en el hogar, no solo en régimen de dedicación *exclusiva* a dichas tareas domésticas (arts. 84, 88.4, 131.1 y 2, 132.5, 143.1 y 4), sino también en caso de dedicación *parcial*; esto es, cuando *la víctima estaba acogida a una reducción de la jornada de trabajo para compatibilizar el trabajo remunerado con las tareas del hogar de su unidad familiar* (arts. 85, 131.3).

¹⁴⁹ Como atinadamente afirma CABEZUELO (2012, pág. 285), «es absurdo defender que la aplicación del artículo 1.438 del CC exija apartar por completo a uno de los cónyuges del mercado laboral... No se concibe que en las actuales coordenadas los jueces se empeñen en interpretar tan restrictivamente el precepto que exija lo que, sencillamente, ya no se puede requerir de ningún español de clase media: penalizar a quien compagina ambas funciones y exigirle que solo realice una de ellas –el trabajo doméstico– para ser compensado».

¹⁵⁰ Así se aprecia con meridiana claridad en la SAP Valencia 22 julio 2013 (JUR 2013\287143) que, tras situar expresamente el fundamento de la compensación del artículo 1.438 del CC en la pérdida de oportunidades profesionales o laborales de quien desarrolló el trabajo doméstico, denegó tal derecho a la reclamante afirmando el tribunal sin pudor que «el matrimonio no le ha supuesto rémora alguna en su *actividad profesional, que ha logrado compaginar perfectamente con su dedicación [probada] a la casa y la familia*».

Igual reproche cabe formular frente a la SAP Toledo 30 septiembre 2014 (JUR 2014\278148) donde, perfectamente acreditado que «la esposa, sin ayuda externa alguna, realizó ella sola las tareas domésticas», se le deniega la compensación porque aquella «no perdió expectativas profesionales, pues siempre trabajó fuera del hogar» (en una empresa eléctrica y en hostelería), «*compaginando ese trabajo con las tareas domésticas*, compatibilización ciertamente loable y seguro que esforzada... Pero ocurre –concluye curiosamente la AP– que tal situación, verdaderamente encomiable y sociológicamente todavía frecuente en matrimonios en que ambos cónyuges trabajan fuera, en los que no es extraño que de regreso al hogar el marido adopte (de forma ciertamente reprochable) una actitud más relajada que la esposa, no es la contemplada en el artículo 1.438 que exige *exclusividad* en el trabajo para la casa». Y añade a renglón seguido el tribunal –incurriendo así en flagrante contradicción– que, «precisamente para intentar evitar esa *injusta situación*, se introdujo en el artículo 68 del CC por la reforma de 2005 la obligación de ambos cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas».

¹⁵¹ Según apunta AGUILERA (2012, pág. 32), si un cónyuge «trabaja, por ejemplo, a tiempo parcial para poder compatibilizar el trabajo fuera y dentro de la casa, *habrá perdido la oportunidad de ascender en su puesto de trabajo*». Y

plus de tiempo, tranquilidad y energías resultante de que en la casa se lo dan todo hecho y sin que tenga que pagar por ello.

Y a propósito de efectos perversos de esa jurisprudencia actual, reparemos en otro posible. El que no se exija en modo alguno el «enriquecimiento» o lucro del cónyuge con recursos económicos como requisito para la compensación al que realiza el trabajo de la casa ¿no será una velada y algo aviesa manera de hacer que tampoco cuente a efectos de compensación el evidente perjuicio o «empobrecimiento» del que, como A aquí, tanto trabaja fuera de casa como en casa?

En definitiva, pues, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.438 *in fine* del CC es, en mi opinión, doblemente criticable: si, de una parte, peca por defecto –al desligar por completo el derecho a compensación de algún tipo de «enriquecimiento» o beneficio del cónyuge deudor (por razón de la «sobreaportación» del acreedor con su trabajo doméstico)–, de otro lado, también peca por exceso en tanto que exige que «se haya contribuido a las cargas del matrimonio *solo* con el trabajo realizado para la casa»¹⁵², viniendo así a *vetar el derecho a ser compensado a quien, además de soportar el peso de las faenas del hogar y la crianza de los hijos, también trabajó fuera y aportó sus ingresos*¹⁵³ –cuando, bien al contrario, será precisamente aquí más probable que ese cónyuge haya contribuido *en mayor medida y proporción superior a lo que le correspondía* y parece de justicia que debiera compensarse¹⁵⁴ (más, si acaso, que a quien solo trabajó en la casa)¹⁵⁵.

Pues bien, ya desde esta última perspectiva algunos autores¹⁵⁶ han puesto en evidencia –como, por extenso y certeramente, hace CABEZUELO ARENAS– el sinsentido de la exigencia del

también CABEZUELO (2012, pág. 287) recalca *«la pérdida de expectativas laborales y profesionales que comporta la aceptación por un cónyuge –normalmente mujeres– de empleos a media jornada»* para poder así simultanear el trabajo dentro y fuera del hogar y estar en los dos frentes, lo que constituye «un empobrecimiento al verse relegado a un segundo plano, en relación a la proyección alcanzada por su consorte».

Aun mostrándose contraria a la eventual pérdida de expectativas profesionales como *ratio* del artículo 1.438 del CC –en la misma línea que yo defiendo–, reconoce ASÚA (2011, pág. 92) que «también quien, por sus actividades domésticas, se dedica con menos intensidad a una profesión deja de obtener ingresos y reduce sus oportunidades futuras».

¹⁵² En resumidas cuentas, y vista la actual interpretación del artículo 1.438 del CC por parte del TS, lo más inteligente para el cónyuge con ingresos será no casarse o casarse nada más que con quien tenga trabajo o dinero propio. Si, además, a ese cónyuge (a A en nuestro ejemplo) se le persuade para que sea él quien haga todo el trabajo de la casa, «miel sobre hojuelas».

¹⁵³ Conforme con este actual (y a mi juicio, reproble) criterio del TS se muestra MORENO TORRES-HERRERA, 2011, págs. 126-127. Y ya anteriormente consideraron que el cónyuge que realizó un trabajo extradoméstico remunerado no debía tener derecho a compensación por su efectivo trabajo doméstico, p. ej. PASTOR, 1998, pág. 267; y REBOLLEDO, 1983, pág. 441.

¹⁵⁴ *Vid.* en igual sentido, p. ej. VERDERA, 2013, págs. 212, 236 y 241; y SANTOS MORÓN, 2015, pág. 38.

¹⁵⁵ *Vid.* expresamente en este sentido la SAP Madrid 26 septiembre 2014 (JUR 2014\290507).

¹⁵⁶ *Vid.*, entre otros, REYES GALLUR, 2008, pág. 299; VERDERA, 2013, págs. 74-75, 212, 236, 241; ASÚA, 2011, págs. 92-93; SANTOS MORÓN, 2015, págs. 32 y 43; MIJANCOS, 2015, págs. 15-16; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, págs. 12-13 y 16.

carácter «exclusivo» del trabajo doméstico como presupuesto del derecho a la compensación y la llamativa y desafortunada interpretación efectuada por el Alto Tribunal de que la «exclusividad» de dicho trabajo suponga que el cónyuge acreedor *no realizara actividad retribuida alguna* y se dedicara de lleno a la casa, lo que –objeta la civilista– implica «exigir una reclusión tras los muros del hogar del beneficiario» de la compensación¹⁵⁷.

Todo ello, repárese, resulta además muy poco congruente con los crecientes esfuerzos legislativos por la *conciliación de la vida familiar y laboral*¹⁵⁸. Desde esta óptica, observa AGUILERA que supeditar la compensación «a que se haya trabajado para la familia a jornada completa supone un *agravio comparativo* para aquellos cónyuges, mayoritariamente mujeres, que compatibilizan el trabajo en el hogar con una profesión... Si el trabajo doméstico solo se remunera cuando no existe otra actividad remunerada, esto incentiva a hombres y mujeres a *no conciliar vida familiar y laboral*»¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CABEZUELO, 2012, págs. 278 y 282.

¹⁵⁸ Cfr. al respecto, además de la ingente normativa autonómica en la materia, principalmente la Ley 39/1999, de 5 noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; las reformas operadas en el Estatuto de los Trabajadores por la LO 3/2007, de 22 marzo, y por la Ley 3/2012, de 6 julio, con el fin de fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y varones en la conciliación de vida familiar y laboral; y el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016 (www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf) –en particular «Eje 2: Conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares» (págs. 76-86)–.

El propio Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que «el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional» [STC 15 marzo 2011 (RTC 26/2011)]; dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con su componente de corresponsabilidad entre los géneros, que el TC sitúa en la lectura sistemática de los artículos 14 y 39 de la CE y que, proyectado tanto en el terreno laboral como en el ámbito de la función pública, pasa por entender que «la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles», y ello no solo en el mercado de trabajo, sino también, y muy especialmente, «en las responsabilidades familiares» (STC 26/2011). *Vid.* ampliamente al respecto RODRÍGUEZ RUIZ, 2015, págs. 355-384.

Asimismo interesa traer a colación que la reciente Ley 17/2015, de Igualdad de Mujeres y Hombres de Cataluña, tras insistir reiteradamente en la corresponsabilidad de unas y otros en el trabajo doméstico y de cuidado a los miembros de la familia, destaca la necesidad de adoptar medidas efectivas que «*permitan conciliar la vida personal y laboral*» [art. 35.4, e)]; incluye expresamente entre las finalidades de la Ley la de «favorecer una distribución corresponsable entre mujeres y hombres del trabajo de mercado y del trabajo doméstico y de cuidado de personas» [art. 1.2, c)]; y enumera, dentro de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos y de las políticas sociales de la Administración, los de «impulsar el *equilibrio en la distribución del tiempo dedicado al trabajo de mercado y al trabajo doméstico*» [art. 46, b)] y «alcanzar un reparto equitativo y corresponsable entre hombres y mujeres de los trabajos de mercado y doméstico y de cuidado de personas» (art. 3.2).

¹⁵⁹ AGUILERA, 2012, pág. 32.

Vid. igualmente MORENO TORRES-HERRERA, 2011, pág. 19; VERDERA, 2013, págs. 74-75, 212, 236 y 241; SANTOS MORÓN, 2015, pág. 43; y MIJANCOS, 2015, pág. 16.

2. EL MISTERIOSO GIRO INTERPRETATIVO SOBRE EL SIGNIFICADO DEL «SOLO» TRABAJO PARA LA CASA EN EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE ENERO DE 2014

A las observaciones críticas que acabamos de formular en torno a la referida visión del artículo 1.438 del CC que ofrecen las SSTs 534/2011 y 16/2014, es ahora momento de sumar un curioso «intento» de larvado vuelco interpretativo que en torno a dicho extremo de la «exclusividad» del trabajo doméstico cabría atisbar, *prima facie*, en la posición de nuestro Alto Tribunal. Así parece desprenderse de su Auto de 21 de enero de 2014 (JUR 2014/27552) –a la sazón rubricado, como ponente, por el Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol–, en el que la Sala de lo Civil se encarga de «aclarar» que la doctrina jurisprudencial que sentara en *la Sentencia de 14 de julio de 2011 no entra ni versa realmente sobre el tema de que «se haya contribuido "solo" con el trabajo para la casa»*, sino que se centra, *únicamente*, en la «cuestión concreta» de la inexigibilidad del requisito de «un incremento patrimonial del otro cónyuge» como requisito para la procedencia de la compensación del artículo 1.438 del CC. De ahí que el citado auto acordara inadmitir el recurso de casación interpuesto por el exmarido, debido a su falta de la debida acreditación de la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de la sala (*ex art. 477.2.3.º LEC*); y es que –insistió el TS– «en nada infringe la doctrina jurisprudencial invocada, y que se transcribe parcial y fragmentariamente, la circunstancia de *si el hecho de haber realizado trabajos "esporádicos" por la esposa durante el tiempo en el que estuvo vigente el régimen de separación* resulta determinante a los efectos pretendidos del artículo 1.438». En suma, pues, «donde dije digo, digo Diego».

En igual sentido que este Auto del Tribunal Supremo, ya con anterioridad al mismo la SAP de Almería de 17 de junio de 2013 (JUR 2013\296603) –compartiendo la postura expresada por la SAP de La Rioja de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/404433), a la que en breve me referiré– manifiesta que la STS de 14 de julio de 2011 «en realidad, *nunca entra a pronunciarse sobre si para obtener la compensación del artículo 1.438 el trabajo prestado para la casa ha de ser exclusivo o no*, concluyendo el Tribunal Supremo que el Código Civil no incluye esta última exigencia siendo necesario "solo" que el acreedor haya trabajado para la casa». Aun desde esta perspectiva, resolvió la Audiencia almeriense que, en el concreto asunto litigioso, debía denegarse la compensación solicitada porque, constanding «*la intensa actividad laboral y negocial de la esposa divorciada, que comprende desde la profesión liberal, los negocios y hasta una consulta en una clínica de tratamientos del estrés»*, cabía dudar ciertamente de que en efecto hubiese realizado trabajo alguno para el hogar.

Con todo, y volviendo al Auto del Tribunal Supremo de 21 enero 2014, repárese en que este, si bien fue dictado varios años después de la Sentencia de julio de 2011 –a la que parece querer «enmendar» o restringir el alcance de su doctrina jurisprudencial–, es 10 días anterior a la Sentencia de 31 enero 2014 y, en esta última y *posterior*, el Alto Tribunal vuelve a reafirmar la necesidad de que el cónyuge a compensar se haya «*encargado de un modo exclusivo y excluyente de las tareas de la casa*». Misteriosos titubeos en los criterios decisorios del Supremo.

Pero si de vaivenes jurisprudenciales hablamos, detengámonos seguidamente en la STS de 26 marzo 2015 (RJ 2015/1170) –complementada por la muy parecida de 14 de abril de 2015 (RJ 2015/1528)–.

3. RETORNO (Y Matices) AL REQUISITO DE LA «EXCLUSIVIDAD» DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN LA STS DE 26 DE MARZO DE 2015 (REITERADA POR LA DE 14 DE ABRIL DE 2015): DEDICACIÓN «EXCLUSIVA», PERO «NO EXCLUYENTE»

En efecto, no cabe dar por zanjado este asunto sin dejar constancia de que fue el mismo –el significado de la exigencia del «solo» trabajo doméstico– sobre el que precisamente estribó el grueso del recurso de casación resuelto por dicha STS 135/2015, de 26 de marzo (ponente: Excmo. Sr. J. A. Seijas Quintana). Según se detalla en sus Antecedentes de Hecho, la sentencia recurrida –la antes citada SAP de La Rioja de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/404433)– había concedido a la esposa divorciada 371.000 euros en concepto de compensación económica del artículo 1.438 del CC –además de una pensión compensatoria, por siete años, de 1.500 euros mensuales–. En el concreto juicio de divorcio fueron *hechos probados* (que se resumen en el FD 2.º 3 de la Sentencia del Supremo) que «fue doña Amparo la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que *desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños denominada Tacatá) y que trabajara antes para la empresa del esposo Rioja Selección hasta que cerró*».

Pues bien, tal como relata la STS de 26 de marzo de 2015 (FD 2.º 1), a fin de resolver la controversia la Audiencia riojana había planteado dos posibles interpretaciones, contrapuestas, de la expresión «solo» con trabajo para la casa:

«a) La literal (con abstracción de cuál fue el problema jurídico abordado por el Tribunal Supremo en esta sentencia [de 14 julio 2011] y cuál fue en suma el objeto del análisis que realizó la referida resolución), entendiendo que la compensación del artículo 1.438 del CC únicamente se puede obtener cuando el cónyuge acreedor ha realizado SOLO (es decir, con exclusividad) trabajo para la casa, pero no cuando se han desarrollado además otras actividades (por ejemplo, un trabajo fuera de casa).

b) La sistemática, esto es, teniendo en cuenta cuál fue el problema debatido que motivó la sentencia del Tribunal Supremo [de 14 julio 2011] y sobre qué cuestión concreta es sobre la que la indicada sentencia sienta Jurisprudencia. De acuerdo con esta interpretación, puede entenderse que el problema que abordó la Sentencia del TS fue exclusivamente el relacionado con si para tener derecho a la compensación del artículo 1.438 del CC, basta SOLO con que el cónyuge acreedor haya desarrollado su trabajo para la casa, o si además es necesario el incremento patrimonial del cónyuge deudor, resolviendo la Sentencia del TS a favor de la primera de estas alternativas, esto es, que el artículo 1.438 solo exige que se haya desarrollado trabajo para la casa. Por consiguiente, el Tribunal Supremo nunca habría entrado a analizar si para obtener esta compensación el cónyuge acreedor debe de haberse dedicado con exclusividad a la casa o si por el contrario puede tener derecho a esta indemnización si además ha desarrollado otras actividades económicas».

Ante esa doble alternativa, y apostando por la segunda de dichas interpretaciones, la Audiencia Provincial de La Rioja entendió que cabía otorgar compensación del artículo 1.438 del CC, como en efecto concedió en la litis a la esposa, aunque el trabajo en la casa se hubiera compaginado con un trabajo remunerado fuera del hogar («cuando, además de haber trabajado en la casa, ese cónyuge también trabajó fuera de casa»). Según argumenta en tal sentido la Audiencia (y transcribe el FD 2.º 1 de la STS 135/2015), de no interpretarse de esa forma «se estaría dando pábulo a un enriquecimiento injustificado del cónyuge que no prestó ese trabajo doméstico o lo hizo en cuantía ínfima en proporción a su trabajo o actividad laboral extradoméstica (ha de partirse de que hoy en día nadie se desentiende absolutamente de su familia ni de su casa), actividad a la que pudo dedicar todo el tiempo que quiso, debido a la salvaguarda que para él y para su estabilidad familiar otorgaba el hecho de que el otro cónyuge desarrollaba, supervisaba y dirigía la atención diaria de la familia, los hijos y la casa. Entendemos –prosiguió la AP– que la *ratio* del precepto no exige una contribución «exclusiva, excluyente y directa» sino que la desigualdad que se trata de corregir no solo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida; de ahí que *tengan derecho a la compensación* tanto los primeros como los que *compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral*».

Formulado recurso de casación por el esposo frente a la referida sentencia riojana, el Tribunal Supremo lo estima parcialmente. De una parte –y aunque no voy aquí a detenerme en ello–, mantiene en sus términos la pensión compensatoria fijada (FD 3.º): no se aprecia infracción del artículo 97 del CC [por vulneración de la doctrina de la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417)] ni tampoco del artículo 101.1 *in fine* del CC [por vulneración de la doctrina de las SSTS de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012\2040) y 28 de marzo de 2012 (RJ 2012/5591)], pues entiende el Supremo que el motivo (segundo) aducido por el exmarido pretende modificar y hace cuestión de la base fáctica y el «elenco probatorio» de la sentencia recurrida, tanto en orden a la existencia de empeoramiento y desequilibrio económico como presupuestos de la pensión, como respecto a la (inexistencia de) vida marital de la esposa con un tercero como causa extintiva (o impeditiva del nacimiento) de tal derecho¹⁶⁰.

De otra parte, y he aquí el tema que nos interesa, el Alto Tribunal estima, en cambio, el motivo primero del recurso y casa la sentencia de la Audiencia en el pronunciamiento referente a la compensación derivada del artículo 1.438 del CC, que deja sin efecto. Esto es, según el Tribunal Supremo, y tal como había aducido don Daniel, la concesión por la sentencia recurrida de dicha indemnización a su exmujer –la cual había contribuido a sostener las cargas del matrimonio no solo con el trabajo para la casa, sino que *además* había *trabajado fuera de ella*– se opone a la doctrina jurisprudencial que sobre aquel precepto sentara la STS de 14 julio 2011.

Ello implica que la STS 135/2015 que nos ocupa viene a decantarse, de forma diáfana, por la primera de las dos interpretaciones de la expresión «solo» con trabajo para la casa que, antes vimos, había barajado la Audiencia. Como con contundencia expresa ahora el Tribunal Supremo (FD 2.º 1) –desautorizando así de lleno lo que afirmara en aquel Auto de 21 de enero de 2014

¹⁶⁰ Vid. sobre este particular mi monografía *La «vida marital» del perceptor de la pensión compensatoria* (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013).

(JUR 2014/27552) al que líneas atrás me referí-, «es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1.438 ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pero lo que ha hecho esta sala en su Sentencia de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014, es poner fin a esta controversia *diciendo lo que quería decir y no lo que dice la sentencia recurrida*. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, *exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva... ("solo con el trabajo realizado para la casa")*, lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa».

Nuestro Alto Tribunal –que reproduce esa misma conclusión en la poco posterior Sentencia de 14 de abril de 2015 (RJ 2015/1528), también del ponente Excmo. Sr. Seijas Quintana– se mantiene, pues, en sus trece y vuelve a recalcar esa exigencia de «exclusividad» en la dedicación al hogar como presupuesto para su compensación, sin aportar, a mi juicio, ningún argumento convincente en pro de tan singular interpretación (correctora) del artículo 1.438 *in fine* del CC –que, recordemos su letra, *en absoluto reclama que el único trabajo para la casa que deba ser compensado sea el que realiza el cónyuge que nada más que se dedica al trabajo para la casa*–. Como ya en su momento pusimos de relieve, los mejores especialistas en la materia¹⁶¹ consideran inexplicable y un auténtico despropósito dicha exigencia jurisprudencial; y hasta hay quien –como CABEZUELO ARENAS–¹⁶² augura que, puesto que tal interpretación del Supremo «deja sin indemnizar a mujeres que poseen una actividad retribuida precaria», cabe preconizar la revitalización que probablemente adquirirá un régimen económico matrimonial, escasamente arraigado, como el de participación en las ganancias: «mejor la mitad que nada, pensarán muchas. Porque nada obtendrán si se deciden a salir del enclaustramiento en el hogar –que el TS impone–, y ello pese a trabajar a cambio de retribuciones exiguas y sin tener un respiro al volver a casa».

Por todo lo dicho, hay que felicitarse de que, desmarcándose del *restrictivo* criterio del Tribunal Supremo, alguna sentencia, como en concreto la SAP de Pontevedra de 25 de junio de 2015 (JUR 2015\175680) –aun dictada con posterioridad a la STS de 26 de marzo de 2015 y pese a hacer gala de ser conocedora de la doctrina sobre la «exclusividad» fijada por esa STS 135/2015 (que la Audiencia cita expresamente, reproduciendo sus fundamentos)–, no haya tenido reparo en compensar por su dedicación *probada* al hogar y la familia a la esposa que, a lo largo del matrimonio, *había compaginado el trabajo doméstico con su actividad laboral por cuenta ajena como empleada del hogar*.

De fecha anterior a la citada sentencia del Supremo, cabe encontrar también no pocas resoluciones que, como hiciera la ahora casada SAP de La Rioja de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/404433), concedieron compensación a la esposa que «aun dedicada principalmente al cuidado de los hijos, *también accedió al mercado laboral*» durante algunos años de su matrimonio [SAP de Álava de 14

¹⁶¹ *Vid.* p. ej. RIBERA BLANES, 2005, pág. 901; CUENA CASAS, 2013, págs. 10.119, 10.123; y DE AMUNÁTEGUI, 2009, pág. 261.

¹⁶² CABEZUELO, 2012, págs. 278 y 282.

de mayo de 2014 (JUR 2014\233184)] o que, además de realizar trabajo doméstico, «trabajó por cuenta ajena de forma no continuada» [SAP de Toledo de 10 de marzo de 2014 (JUR 2014\99672)], «desarrolló ocasionalmente ciertos trabajos» o «trabajó en jornada reducida» [SAP de Albacete de 11 de noviembre de 2014 (JUR 2015\46951)]. E incluso fuera de esos casos de trabajos coyunturales o a tiempo parcial, y bajo la premisa de que «el trabajo fuera del hogar no excluye *per se* la prestación» del artículo 1.438 [SAP de Córdoba de 11 de noviembre de 2002 (AC 2002/1767)], también ha venido la jurisprudencia menor a compensar el *trabajo doméstico (debidamente acreditado)* de la mujer que, *de forma permanente a lo largo de todo el matrimonio*, había desarrollado –además– *trabajo retribuido a plena jornada* [SSAP de Córdoba de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015\82269) y Sevilla de 18 de diciembre de 2014 (JUR 2015\105009)].

Si los anteriores comentarios acerca de la STS de 26 de marzo de 2015 (y de la casi idéntica de 14 abril 2015) han tratado de evidenciar la, a mi entender, censurable ratificación de la exigencia de dedicación «exclusiva» a la casa (incompatible con todo trabajo retribuido fuera de ella), corresponde ahora llamar la atención sobre una suerte de puntualización que dichas sentencias introducen respecto a lo que hubiera previamente «expresado» el Tribunal Supremo en la de 31 enero 2014. Así como en esta afirmó explícitamente la necesidad de que el cónyuge a compensar se hubiera «*encargado, de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales*» (FD 2.º), ahora –en estas nuevas sentencias de 2015– viene a matizar y, desglosando ambos calificativos («exclusivo» y «excluyente»), especifica que la compensación del artículo 1.438 del CC «exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, *no excluyente*», *lo que implica «no excluirla* [la compensación] cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza *con la colaboración ocasional del otro cónyuge*, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, *o con ayuda externa*, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento» (FD 2.º1).

Así pues, el dato probado de que la esposa litigante en el asunto de la STS 135/2015 se había ocupado de la casa y los hijos «*ayudada por una empleada*» no fue en absoluto determinante de que el Tribunal Supremo la privara de toda compensación; y bien al contrario, el Alto Tribunal explicita (FD 2.º 1), con buen criterio en este punto y compartiendo en ese concreto extremo las declaraciones vertidas al respecto por la sentencia de la Audiencia, que «no es óbice al derecho a compensación que en esa tarea doméstica el cónyuge *se auxilie* de terceras personas a su servicio». Lo mismo cabe afirmar en relación con el caso de la STS 136/2015, donde igualmente constaba que la mujer «en el cuidado de la casa *era ayudada algunos días por terceras personas*».

Con todo, creo pertinente una breve reflexión de orden general sobre esa cuestión. Ciertamente, contar con la *ayuda* de servicio doméstico no es *per se* causa impeditiva del derecho a compensación¹⁶³, pues resulta diáfano que «no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido está normalmente el día entero ni todos los días»

¹⁶³ Vid. por todos CABEZUELO, 2012, pág. 286.

[SSAP de Girona de 21 de enero de 2015 (JUR 2015/80668) y Murcia de 6 de noviembre de 2006 (JUR 2006/284978)]. De ahí que el auxilio o apoyo esporádico o por horas de dicho servicio doméstico no permita, *a priori*, desvirtuar la posible dedicación al hogar y los hijos por uno de los cónyuges [SSAP de Vizcaya de 23 de julio de 2014 (JUR 2014\267977) y Albacete de 26 de junio de 2015 (JUR 2015\175860), STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011 (RJ 2011/6406)]; y de ahí que disponer de «una asistenta un día a la semana» no excluya la compensación del artículo 1.438 del CC [SSAP de Sevilla de 16 de julio de 2014 (JUR 2014\283207) y de 12 noviembre de 2014 [JUR 2015\70508]].

Sin embargo, tampoco cabe afirmar que la existencia de servicio doméstico sea algo «indiferente»—como, en cambio, dice la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2011 (RJ 2012/2243)— pues, bien al contrario, deberá valorarse en cada caso particular la entidad de dicha «ayuda» doméstica externa a efectos de computar económicamente el mayor o menor (o nulo) grado de dedicación real a la casa por el cónyuge solicitante de la compensación—y también, de proceder esta, a efectos de fijar su cuantía (como luego se detallará y ya hemos visto que señalan las SSTS 135/2015 y 136/2015)—. Así las cosas, cuando el servicio doméstico se ocupa completamente o en su práctica totalidad de las tareas del hogar no parece que pueda apreciarse *la efectiva realización de* «trabajo para la casa» por parte de uno de los cónyuges y en nada, pues, habrá de compensársele—pues nada o apenas nada hizo y, para colmo, en muchos casos (no en otros) el servicio doméstico lo pagó el otro cónyuge—. Este criterio (aceptado por VERDERA¹⁶⁴ y CABEZUELO¹⁶⁵, entre otros) es también asumido por numerosas resoluciones que abordan pleitos sobre el artículo 1.438 del CC¹⁶⁶, especialmente en el seno de familias pudientes [SAP de Madrid de 1 de julio de 2013 (JUR 2013\263637)] que cuentan con internas o «*servicio doméstico a plena dedicación*» [SAP de Madrid de 20 de julio de 2011 (AC 2011/2092)]. A título de ejemplo, la SAP de Alicante de 10 de junio de 2010 (JUR 2010/396982) desestimó la compensación de ¡700.000 euros! solicitada por la mujer de un famoso torero—la cual alegaba que su trabajo para la casa y el haberse sacrificado por su marido habían constituido una barrera a su vida profesional—; desestimación de la pretensión económica de la esposa que la Audiencia Provincial fundó, entre otras razones, en *la existencia de servicio doméstico interno y de forma continuada*, junto al dato de que ambos cónyuges se habían ocupado efectivamente de la educación y cuidado de los hijos. Otro tanto sucede en el caso de la SAP de Madrid de 3 de junio de 2009 (JUR 2009/22438) que, al objeto de denegar la compensación del artículo 1.438 interesada por la exmujer—quien invocaba su renuncia a su previa actividad como pintora—, tuvo en buena consideración que el matrimonio había dispuesto en todo momento de *dos empleadas del hogar (una de ellas, interna), que realizaban todas las labores domésticas*. Como es fácil captar, faltaba en esos asuntos la menor *prueba de la efectiva realización de trabajo para la casa* por parte del cónyuge solicitante de la compensación. Y aun de forma más velada y sin explicitar esta idea, creo que también es esa la razón de fondo que late en la decisión de la SAP de Cáceres de 25 mayo de 2015 (JUR 2015\148848) de rechazar la compensación reclamada por la esposa. Es cierto que esta sentencia se hace ya eco de la doctrina sobre el ca-

¹⁶⁴ VERDERA, 2013, pág. 238.

¹⁶⁵ CABEZUELO, 2012, pág. 286.

¹⁶⁶ *Vid.* p. ej. las SSAP Madrid 19 mayo 2014 (JUR 2014\167678) y 11 abril 2014 (JUR 2014\133599).

rácter «exclusivo y no excluyente» de la dedicación al hogar que recogen las SSTS de 26 de marzo y 14 de abril de 2015 (cuyos fundamentos transcribe textualmente); y de hecho, la Audiencia extremeña fundamenta su fallo desestimatorio con el argumento de que la mujer había realizado a tiempo completo trabajo remunerado fuera del hogar («doña Celsa trabaja como funcionaria de educación, profesora de educación infantil, al ser titulada en Psicopedagogía, percibiendo unos ingresos netos de 1.700 euros mensuales, más dos pagas extraordinarias»). Sin embargo, no puede obviarse el dato de que, según se ocupa de realzar insistentemente la Audiencia Provincial, dicha esposa *había contado en todo momento con una o dos empleadas del hogar*: «una persona desde las 8:30 horas hasta las 15:15 horas todos los días, que *se ocupa de la casa y que realiza todas las tareas domésticas*, incluyendo la comida; y además de contar con aquella persona siempre, en ocasiones, durante ciertas temporadas, contaba también con una señora por la mañana y otra por la tarde». Si a lo anterior se suma que, como la propia mujer reconoció en el juicio, «había aprobado su oposición contando ya las hijas gemelas con tres años, por lo que quien se hacía cargo de las hijas y las tareas domésticas entonces era precisamente el apelante», parece claro que, en último término, muy poco debió de ser el trabajo para la casa que en verdad desarrolló la esposa en este caso.

VI. EL RECTO SENTIDO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ARTÍCULO 1.438 *IN FINE* DEL CC: EN CONTRA DE LAS «COMPENSACIONES DESCOMPENSADAS» Y DE LAS «DESCOMPENSACIONES SIN COMPENSACIÓN»

Huelga advertir que las dos situaciones «tipo» que hemos manejado para mostrar los múltiples problemas (y la cadena de despropósitos) a que da lugar la compensación por trabajo doméstico al modo que hoy la entiende la jurisprudencia, en absoluto agotan, como es obvio, la rica y variadísima casuística existente en la materia; y soy bien consciente de que un tratamiento exhaustivo del tema reclamaría atender a otros heterogéneos grupos o constelaciones de casos diferentes de los aquí empleados como ejemplos¹⁶⁷. Sin embargo, en aras de la prudente dimensión de este estudio, dejémoslo aquí y volvamos al tema esencial: ¿cómo se podría interpretar y aplicar razonablemente y *sin prejuicios antiguos ni discriminaciones nuevas* el último inciso del artículo 1.438 del CC?

Que el artículo 1.438 *in fine* sienta una obligación de compensar es innegable¹⁶⁸ y ese dato no podemos obviarlo si somos respetuosos con la norma legal –sin parangón, dicho sea inciden-

¹⁶⁷ Casos hay de todos los colores y no estaría de más reflexionar sobre la situación del cónyuge que atiende tanto su trabajo externo como todos los trabajos caseros, mientras que su pareja no hace ni lo uno ni lo otro (ni aporta recursos de ningún otro tipo).

¹⁶⁸ Cuestión distinta –que, en cuanto aspecto tangencial a nuestro estudio, nos limitamos a apuntar telegráficamente– es que la generalidad de la doctrina (p. ej. REBOLLEDO, 1983, págs. 432, 439 y 444; MONTÉS, 1991, pág. 869; GARCÍA RUBIO, 1995, pág. 173; DE AMUNÁTEGUI, 2009, págs. 263-264; ASÚA, 2011, pág. 97; CABANILLAS, 2012, págs. 1.225-1.226 y 1230; DIEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, 2012, pág. 219; VERDERA, 2013, pág. 219; RUBIO GIMENO,

talmente, en otros importantes Códigos Civiles europeos¹⁶⁹ donde el régimen de separación de bienes es de carácter opcional¹⁷⁰. Lo que no parece insoslayable es que haya que entender que el derecho a dicha compensación nazca, *ipso iure* y automáticamente, con solo que se pruebe que uno de los cónyuges asumió el trabajo de la casa. En mi opinión, este precepto debería interpretarse tratando de evitar, gráficamente expresado, tanto las «descompensaciones no compensadas» –cuando, tal como acaba de verse en el anterior epígrafe, el cónyuge A hace todo el trabajo de la casa y además tiene un empleo fuera, sin que se considere que tiene derecho a compensación¹⁷¹

2014, págs. 118-121; ROCA I TRIÁS, 2014, pág. 104; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, pág. 19; SAP Murcia 29 octubre 2003 (JUR 2003/71008), STSJ Cataluña 19 julio 2004 (RJ 2004/5534) suela considerar admisibles los pactos previos de *renuncia* a la compensación por trabajo doméstico (cfr. también art. 232-7 CC catalán). No faltan, en cambio, autores para quienes el artículo 1.438 *in fine* del CC tiene una naturaleza imperativa que, a fin de proteger al cónyuge que realizó tal trabajo, veda *a priori* tal renuncia anticipada (ÁLVAREZ OLALLA, 1996, págs. 103 y 108; 2013, pág. 1.922; EGEA FERNÁNDEZ, 2003, págs. 4.570-4.572; RIBERA BLANES, 2005, pág. 905).

¹⁶⁹ Ni en el ordenamiento francés (cfr. art. 1.537 *Code*), ni en el italiano (cfr. arts. 215 y ss. *Codice Civile*) o el alemán (cfr. § 1414 BGB) se contempla una compensación del trabajo doméstico similar a la del último inciso de nuestro artículo 1.438 del CC.

¹⁷⁰ En el contexto latinoamericano, el reciente Código Civil y Comercial de Argentina de 2014 toma en consideración el trabajo doméstico, según ya se indicó en su momento, como forma de contribución a las cargas familiares (arts. 455 y 520) y como parámetro a considerar en la fijación de la pensión por desequilibrio económico ocasionado por el divorcio [arts. 442 b) y 525 b)]; y asimismo tiene en cuenta «el trabajo dentro del hogar y la dedicación a la crianza y educación de los hijos» como pauta para la cuantificación de los alimentos durante la vida en común y la separación de hecho de los cónyuges [art. 433 a)].

Sin embargo, y si bien dicho código introduce la novedosa posibilidad de que los cónyuges pueden *elegir* su régimen económico matrimonial –de modo que, como en España, el régimen de separación de bienes es opcional por vía de convenio y el régimen legal supletorio es el de comunidad de ganancias (art. 463) (*vid.* MOLINA DE JUAN, 2014; BACIGALUPO DE GIRARD, 2014, págs. 1 a 5)–, ha hecho bien el legislador argentino en no incluir, entre los preceptos que disciplinan el régimen de separación (arts. 505 a 508), una norma paralela a la del artículo 1.438 *in fine* del CC español, sin que su artículo 507, al regular el cese de la separación de bienes («por la disolución del matrimonio y por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges»), prevea regla liquidatoria alguna de compensación del trabajo para la casa a la extinción de dicho régimen.

¹⁷¹ Retoquemos el supuesto para que se vea más clara aún la «descompensación sin compensación» que ahí se produce. A y B tienen empleo, ganan igual y tienen similares recursos económicos. De las tareas caseras se ocupa un empleado del hogar que paga solamente A de su bolsillo. El matrimonio ha durado 10 años y, en ese tiempo, dicho empleado del hogar ha recibido de A un pago total de 84.000 euros (a razón de 700 € mensuales). B no le ha compensado a A tal gasto de ninguna manera. ¿Nacería una deuda de B en favor de A y que A podría reclamar al disolverse el matrimonio por divorcio? Si contestamos que no, queda en papel mojado una más de las normas del Código Civil que fijan obligaciones en el matrimonio, la del primer inciso del artículo 1.438: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio» y, a falta de convenio, «lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos» (art. 1.438.2). Además, seguiría siendo la familia un ámbito donde se puede dañar impunemente, sin consecuencias para el bolsillo y se sumaría este aspecto a la curiosa resistencia generalizada de nuestros tribunales –no sin excepciones– a la hora de aplicar el artículo 1.902 del CC como base para indemnizar el daño entre cónyuges. Por otra parte –pensemos–, si aquella aportación económica de A para el pago total del servicio doméstico no cuenta como deuda que B debe pagar, ¿por qué habría B de «compensar» a A por su trabajo para la casa en los casos en que A nada más que ha trabajado para la casa?

Si respondemos que sí a aquella pregunta, nos damos de bruces con una paradoja grande. Pues, con la jurisprudencia actual del TS, si el cónyuge A (que, recordemos, tiene empleo exterior y aporta recursos económicos para el sosteni-

[según el TS (Sentencias 135/2015 y 136/2015)]–, como las «*compensaciones descompensadas*»: las que acontecerán al aplicar a rajatabla aquella otra parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con arreglo a la cual la compensación «resulta de una forma *objetiva* por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido con el trabajo realizado para la casa» (STS 16/2014, FD 2.º), *con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no «enriquecimiento» o aprovechamiento alguno de resultas 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 familiares (art. 1.438.2 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 matrimonio¹⁷², además de lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido¹⁷³. Si de compensación hemos de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida.

miento de las cargas familiares) en lugar de pagar al servidor doméstico y hacer que nazca por ese motivo la deuda de B, hubiera puesto por sí ese trabajo hogareño por el que pagó los 84.000 euros, no tendría derecho ni a un céntimo, dada aquella exigencia jurisprudencial de que la dedicación a las tareas del hogar debe ser «*exclusiva*». ¿Pero no dice el artículo 1.438 del CC que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación?

¹⁷² Desmenucemos esto con brevedad. ¿Cómo computamos lo que con dinero aportado por B (no olvidemos que estamos en el régimen de separación de bienes) pagó A por cosas tales como ciertos cuidados corporales y de adorno extraordinarios, viajes de placer exclusivos suyos, entradas de teatro, comidas en restaurantes caros, etc., etc.? Insisto, si lo vemos como «donativos» de B a A, ¿por qué no podría pensarse que también A correspondía donando a B su trabajo para la casa o la parte del mismo equivalente en valor a tales gastos?

Imaginemos que B tiene un salario de 30.000 euros anuales y A carece de recursos económicos e ingresos propios. Puesto que a A le gusta mucho el esquí, cada mes de febrero B le paga a A dos semanas de alojamiento y esquí en una buena estación invernal en los Alpes suizos, y así durante los 20 años que duró el matrimonio antes de que llegara el divorcio. ¿En ningún momento y de ninguna manera va a computar ese gasto de B a la hora de calcular si A tiene o no derecho a la compensación por «trabajo para la casa» del artículo 1.438? ¿Ni siquiera van a computar como de «no trabajo para la casa» los 280 días (14 días anuales × 20 años) que A pasó fuera de casa? De no tomarse en consideración esos gastos suuntuarios de A que ha sufragado B con sus dineros a efectos de discernir la procedencia o no en favor de A de una compensación por trabajo doméstico (y en su caso, para concretar su importe), nos acercáramos a una conclusión bien preocupante: cuando uno de los cónyuges carece de recursos económicos, es mal «negocio» para el otro el régimen de separación de bienes. Pero, ciertamente, si hay gananciales todo lo que gane el que tiene sueldo es de los dos (y también todo lo que le toque en la lotería), con lo cual llegamos a nuevas certidumbres problemáticas: económicamente es muy arriesgado y poco «rentable» casarse con quien ni trabaje ni posea riqueza propia. ¿Por qué? Porque nuestro sistema jurídico parece estar de parte del que económicamente no aporta y, además de lo antedicho, tendrá este derecho a pensión compensatoria. Todo ello, por supuesto, sea hombre o mujer.

¹⁷³ Supongamos que los cónyuges A (que carece de empleo y recursos económicos) y B tienen seis hijos y una casa grande y que todo ello, como es lógico, da bastante que hacer. A trabaja mucho en la casa y para la familia, pero para que tenga algo de ayuda se contrata a una asistenta por horas, tres horas al día cinco días a la semana. Esa asistenta es remunerada con dinero de B. ¿No se computará el mucho trabajo en el hogar de A porque tenga esa pequeña ayuda doméstica? No parece justo y veríamos falta de compensación. En el artículo 1.438 del CC no está –como ya se dijo (y esto sí lo captan las SSTs 26 marzo y 14 abril 2015)– la exigencia de que el trabajo doméstico que se compensa tenga que ser el trabajo

En esa línea, civilistas de la autoridad de LACRUZ¹⁷⁴ han advertido, con buen criterio a mi juicio, que, junto al trabajo doméstico prestado por uno de los cónyuges, también «habrá de valorarse *el contravalor* que representa el mantenimiento de la esposa (o el esposo) en el hogar: el nivel de satisfacción de sus atenciones personales, espectáculos y esparcimiento, viajes, vacaciones, vehículos, etc., todo lo cual en las familias acomodadas puede rebajar del todo o en gran parte las peticiones» compensatorias de aquel cónyuge¹⁷⁵.

doméstico al completo y sin ayuda. Bien, pues entonces compéñese. ¿Pero compensamos sin considerar el valor de lo pagado por B a la asistenta y que no era trabajo solamente en pro de B, sino de los dos cónyuges? ¿O compensamos solamente por la diferencia? Así habrá de ser si se quiere evitar una palmaria compensación descompensada.

Desde esta óptica, entre las diversas variables manejadas por nuestros tribunales para valorar la procedencia de compensar a uno de los cónyuges por el trabajo para la casa y, en su caso, fijar el *quantum* de dicha compensación, en ocasiones se considera procedente *restar lo efectivamente abonado, por el otro cónyuge, al servicio doméstico* con cuya ayuda se contó. Así lo hizo la SAP Sevilla 29 julio 2013 (JUR 2013\380054) que, tras calcular el trabajo para la casa realizado por la esposa conforme al sueldo medio de una empleada del hogar –lo que arroja un importe de 38.000 €–, estimó que «a dicha suma habría que *descontarle la cantidad invertida en una asistenta* que, durante las 342 semanas que duró el matrimonio, trabajó en la casa un día a la semana durante 6 horas a razón de 8 euros/hora, cantidad ascendente a 16.416 euros» y que, oportunamente descontada, llevó a la AP a conceder a la esposa 21.584 euros en concepto de compensación. La misma fórmula fue empleada por la SAP Sevilla 16 julio 2014 (JUR 2014\283207); e igualmente ponderan, a efectos de *aminorar* la cuantía de la compensación a la esposa, que «en el cuidado de la casa era ayudada algunos días por terceras personas» las SSAP Córdoba 20 junio 2013 (JUR 2013\286726) y Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015\145600).

¹⁷⁴ LACRUZ, 1981, págs. 145-146 (y de forma más resumida, 2010, pág. 262).

¹⁷⁵ Por otra parte –añade LACRUZ, 1984, pág. 526 (y comparte su opinión DE LOS MOZOS, 1985, pág. 379)–, también deberán tenerse en cuenta «*para colacionarlas y rebajarlas del crédito a su favor, las liberalidades, entregas, transmisiones y otras ventajas que en su provecho haya efectuado el otro cónyuge con ánimo de asegurar su porvenir o de corresponder a su trabajo doméstico*». De igual modo, considera VERDERA (2013, pág. 244) que a la hora de liquidarse el régimen de separación y, solicitado por uno de los cónyuges compensación por su trabajo para la casa, habrá de atenderse a la eventual existencia, constante matrimonio, de «remuneraciones indirectas o retribuciones en especie», como podrían serlo donaciones o regalos de cierta entidad (joyas, valores, depósitos de dinero [SAP Zamora 10 abril 2015 (JUR 2015\126854), inmuebles, etc.].

Esa opinión doctrinal es acogida por un nutrido elenco de sentencias. Así, entre otras, la STSJ Cataluña 25 julio 2011 (RJ 2011\6684) rechazó la solicitud de compensación económica formulada por la esposa, en atención a que ya durante el matrimonio el marido le había donado varios inmuebles. Y también las SSAP Badajoz 10 junio 2013 (JUR 2013\219112), A Coruña 17 enero 2014 (JUR 2014\47686) y Navarra 9 abril 2015 (JUR 2015\131133) consideraron improcedente otorgar a la demandante un derecho de crédito por trabajo doméstico, en cuanto que las propiedades inmuebles adquiridas por su cónyuge constante matrimonio fueron puestas a nombre de ambos e incluso algunas como de titularidad exclusiva de la esposa. Ejemplo paradigmático de dicha situación es la SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015\125317), o la SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013\263637) que, a efectos de denegar la compensación reclamada por la mujer –quien, en verdad, no había desarrollado el menor «trabajo para la casa» (ni tampoco fuera)–, puso en evidencia que, *gracias a los cuantiosísimos ingresos de su marido*, aquella figuraba como titular de «cuentas millonarias, 20 inmuebles en España y Alemania y un importante patrimonio repartido en un complejo entramado financiero». Asimismo admite que la compensación se haya hecho efectiva «*anticipadamente*» a través de aportaciones dinerarias o de bienes del cónyuge con recursos a favor del otro, la SAP Madrid 16 septiembre 2011 (JUR 2011\357045): en ella se reconoce «la posibilidad de que *la compensación económica contemplada en el artículo 1.438 del CC se haga efectiva, no solo a la extinción del régimen de separación de bienes, sino igualmente durante la vigencia del mismo, y ello a través de aportaciones patrimoniales de un cónyuge a favor del otro que, por su trabajo para la casa, no dispone de medios económicos por sí solo*... En el supuesto analizado, no puede dejar de valorarse que, *adquirida la vivienda*

Más tajante al respecto se muestra aún RAGEL SÁNCHEZ¹⁷⁶: tras verter demolidoras críticas contra el artículo 1.438 *in fine* del CC y tachar a esta norma de «altamente perturbadora, inaceptable en

de Huesca por el Sr. Andrés, la misma se escrituró a nombre de ambos cónyuges por mitades indivisas, lo que, dentro del pactado régimen de separación de bienes, implica una anticipada compensación pecuniaria en favor de la Sra. Marisa». Vid. igualmente las SSAP Pontevedra 5 noviembre 2014 (JUR 2015\61339) y Vizcaya 12 febrero 2015 (JUR 2015\102102). Por su parte, la SAP Palencia 21 mayo 2012 (JUR 2012\242294) tuvo en buena consideración –no para desestimar de lleno la compensación solicitada por la esposa, pero sí para rebajar su cuantía a menos de la mitad– que durante la vigencia del matrimonio el marido había adquirido una finca con vivienda que registró a nombre de ambos cónyuges a partes iguales (al margen de que, como afirmara la recurrente, «fuese un regalo del esposo a la esposa»). Vid., asimismo, la SAP La Rioja 30 diciembre 2013 (JUR 2014\24203) y, con una orientación similar, la SAP Murcia 26 junio 2014 (JUR 2014\279971). Es más, en la línea que venimos exponiendo, la propia STS 16/2014 –a la hora de denegar a la recurrente un crédito frente al marido, ex artículo 1.438 del CC– afirma en su FD 2.º que «ha habido una "anticipada compensación pecuniaria" a favor de la esposa, compensación que puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen de separación».

Desde la perspectiva expuesta, cabe traer a colación su plasmación a nivel autonómico tanto por el legislador valenciano como por el catalán: si el primero ha previsto –bajo la rúbrica «Excepciones a la compensación del trabajo para la casa»– que esta no procederá, salvo pacto en contrario, «cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio» (art. 14.1 Ley 10/2007), el CC de Cataluña establece que «las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen se imputan a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen» (art. 232-6.2).

Aparte de las transmisiones patrimoniales a título gratuito realizadas constante matrimonio, existen también resoluciones judiciales que, a fin de apreciar o no el derecho a compensación del artículo 1.438 del CC, toman en consideración la eventual liquidación previa del régimen de gananciales que pudiera haber regido la economía de ese matrimonio con anterioridad al ulterior régimen de separación; y desestiman tal compensación económica reclamada por el cónyuge solicitante [o reducen su cuantía, como hizo la SAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014\120318)] cuando aquella sociedad de gananciales se liquidó de forma manifiestamente favorable a los intereses del mismo, habiendo recibido en tal concepto inmuebles, dinero, etc. Vid. en tal sentido –compartido en la doctrina por BELÍO, 2013, pág. 70– la SAP Valladolid 7 mayo 2012 (JUR 2012/210236). En contra, vid. las SSAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014\119127) y Ciudad Real 18 diciembre 2014 (JUR 2015\67205).

Dejando al margen las precedentes situaciones, puesto que de compensar el efectivo (y excesivo) trabajo doméstico se trata y, dado que en separación de bienes al extinguirse el régimen cada cónyuge es dueño de lo suyo, advierte con carácter general la doctrina que «la compensación del artículo 1.438 del CC no tendrá en cuenta la situación económica del cónyuge acreedor», en contraposición al artículo 97 del CC» (VERDERA, 2013, pág. 247; MORENO TORRES-HERRERA, 2011, pág. 128; MIJANCOS, 2015, pág. 24); y también a nivel judicial destaca la SAP Madrid 17 febrero 2012 (JUR 2012/109942) que tal derecho no debe hacerse depender de cuánto sea el patrimonio con que cuente ese cónyuge acreedor –siempre y cuando ese patrimonio, como antes se dijo, no haya sido recibido del otro cónyuge, constante matrimonio, como una suerte de «prepago» de la compensación–. En tal dirección se inclina la SAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014\120318) que, a la hora de compensar a la exmujer por su dedicación doméstica, no vio obstáculo alguno en el hecho de que esta *hubiese «heredado 60.000 euros y una casa de igual valor»*, afirmando al respecto la AP que, al haber sido «consecuencia de factores extraños al matrimonio, no computables», resultaba irrelevante que «el patrimonio del marido sea hoy por hoy inferior al de la esposa».

¹⁷⁶ RAGEL SÁNCHEZ, 2001, págs. 425-428. Según comienza reconociendo el autor, «nos parece justo y razonable que si un cónyuge no obtiene ingresos y se dedica a las labores domésticas, se compute su esfuerzo como contribución a las cargas del matrimonio. Ese cónyuge contribuiría con su trabajo mientras que el otro cónyuge aportaría los ingresos o rentas que percibiese». Ahora bien –y aquí comienzan sus críticas–, «lo que no nos convence es que el cónyuge que se ha dedicado a la casa pueda reclamar al otro, además, y de forma generalizada, una compensación económica» (pág. 425).

su interpretación literal¹⁷⁷ y hasta de mal gusto», señala dicho autor que «el cónyuge que se dedicó a las labores domésticas *ya tuvo su contrapartida* en el momento oportuno, pues se benefició del dinero que aportó su consorte al fondo común y que se invirtió en comida, regalos, vacaciones, mobiliario y comodidades para la casa, servicio doméstico, vestido, gastos médicos, etc.». Por ello –concluye–, de aceptarse la eventual posibilidad de compensar económicamente el trabajo para la casa, se debe también entrar a valorar, para *descontar*, «cuánto le hubiera costado al cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas haber vivido con el mismo tren de vida que ha llevado durante los años en que se dedicó a las mismas»¹⁷⁸. Precisamente en esta dirección, no falta alguna resolución judicial –como la SAP de Córdoba de 20 de junio de 2013 (JUR 2013\286726)– que, a la hora de apreciar el derecho a compensación del trabajo para la casa desempeñado por la esposa durante la vigencia del régimen de separación y de cuantificar su importe, destacó la necesidad de ponderar el dato de que a lo largo del matrimonio la esposa tuvo ya «*cubiertas todas sus otras necesidades diarias por las ganancias de su marido*».

A modo de colofón, y en síntesis, entiendo que en la aplicación del artículo 1.438 *in fine* del CC y de su recto sentido las dos reglas teóricas a emplear –en principio, de formulación bastante sencilla– deberían ser las siguientes:

¹⁷⁷ También DE LOS MOZOS (1985) considera que la proposición última del artículo 1.438 del CC contiene «una norma desafortunada y absurda», que «ha de ser interpretada en función correctora» (pág. 378), «porque bien que el trabajo para la casa se compute como contribución a las cargas, pero lo que no tiene sentido es que, en régimen de separación, donde ningún cónyuge recibe nada del otro, se configure una *compensación* que se halla dibujada, no por razones de justicia conmutativa, sino por un planteamiento deformado y claramente demagógico de la cuestión» (pág. 92). Y abundando en la «dudosa justicia» de esta norma y en que «injusto es lo que se deriva» de ella, añade dicho autor: «Bien está el trabajo para la casa como contribución a las cargas, lo que es una obligación que tiene el cónyuge que lo presta, pero también el otro corresponde con sus ingresos. Con ello es suficiente: la justicia conmutativa queda perfectamente satisfecha. No podemos introducir un elemento extraño a este juego; lo otro es acudir a la idea de *salario «con percepción diferida»*, pero ¿en nombre de qué tiene que recibir el cónyuge que trabaja para el hogar un salario del otro? Y este ¿qué recibe en compensación? Nada. Luego vemos claramente que *el pretender igualar las diferencias, mediante la compensación, es lo que realmente crea esas diferencias*» (pág. 94).

¹⁷⁸ Asimismo VERDERA (2013, pág. 244) entiende que debería tenerse en cuenta «el nivel de vida de que aquel cónyuge haya disfrutado a lo largo de los años de la unión»; DE AMUNÁTEGUI (2009, pág. 260, n.º 408) apunta que «en rigor, habría que descontar las cantidades correspondientes a los gastos de manutención de ese esposo»; y también CABEZUELO (2012, pág. 281) da cuenta de la práctica de «*deducciones* por lo que representó el mantenimiento de la esposa en el hogar, pudiéndose reducir a la nada sus pretensiones cuando la otra parte cumplió con creces cuanto le incumbía y soportó cuantos gastos devengaba el disfrute de un nivel de vida elevado». *Vid.* parecidamente, para el Derecho valenciano, BLASCO GASCÓ, 2007, pág. 19, quien afirma que «no puede ser criterio de valoración del trabajo para la casa, por ejemplo, el costo de tales servicios en el mercado laboral si no se *aminora cuantitativamente con el uso que se ha hecho de la casa, los alimentos, etc.*».

Debe advertirse, con todo, que alguna resolución judicial –como la STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011/699)– se muestra abiertamente contraria a valorar la vida acomodada y los lujos y privilegios disfrutados durante el matrimonio por el cónyuge solicitante de la compensación (el marido en este caso), gracias a la próspera posición económica del otro: según afirma el TSJ, «no son dignas de consideración las objeciones relativas a la necesidad de computar como "retribución en especie" el disfrute por el actor durante la convivencia conyugal de inmuebles, mansión y vehículos..., de los que aquel disponía exclusivamente por su convivencia con la demandada y merced a la privilegiada posición que esta ostentaba en el entramado social,... por lo que, a falta de pacto expreso, su uso por el actor no puede considerarse retribución» o compensación –que fue fijada en la friolera cantidad de 500.000 €–.

1. El trabajo doméstico (real y probado) tiene que ser compensado siempre que y únicamente cuando su valor, adecuadamente traducido en términos monetarios –a través de un patrón objetivo, cual pudiera ser, entre otros, el módulo salarial–, sea *mayor* que la suma de lo puesto por el cónyuge con recursos para:
 - El sostenimiento del resto de las cargas del matrimonio –incluido el pago a terceros por colaboración o ayuda en el trabajo doméstico–.
 - La posible contribución de ese otro cónyuge, de ser significativa, al propio trabajo para la casa.
 - El valor aproximado de lo que ese otro cónyuge aportó para gastos individuales y particulares (situados extramuros de las cargas familiares) que respondieran al exclusivo interés personal del cónyuge que se dedicaba al trabajo en la casa.

2. Dadas las condiciones anteriores, el trabajo doméstico tiene que ser compensado, en la proporción que corresponda, aun cuando:
 - El que realizó el trabajo doméstico tuviera adicionalmente un empleo remunerado, y en este caso con más razón, si cabe.
 - Y aunque el que realizó el trabajo doméstico hubiera tenido alguna ayuda para el mismo, sea de personal contratado por cuenta del otro cónyuge, sea de este otro cónyuge mismo, siempre que, naturalmente, resulte mayor el trabajo del cónyuge perceptor y por la diferencia correspondiente.

Cuanto se acaba de proponer, no solo es compatible con el tenor del lacónico y, a la par, enigmático artículo 1.438 del Código Civil, sino que, además, a mi entender, resulta perfectamente acorde con los más elementales dictados de la justicia y del principio de igualdad entre los cónyuges y constituye una interpretación de la norma ajustada al presente contexto social, familiar, laboral y económico en que se aplica (art. 3.1), amén de apropiada para evitar fraudes, abusos del derecho, enriquecimientos injustos y tergiversaciones del juego y esencia del régimen económico de separación de bienes.

Bibliografía

- AGUILERA RULL, A. [2012]: «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1.438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 3, junio.
- ALBALADEJO, M. [2013]: «Curso de Derecho Civil», t. IV, *Derecho de Familia*, 12.ª ed., Madrid: Edisofer.
- ALEJÁNDREZ PEÑA, P. [2010]: «Comentario al artículo 1.318 CC», en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.

- ÁLVAREZ OLALLA, P. [2013]: «Comentario al artículo 1438 CC», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.^a ed., Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- [1996]: *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Cizur Menor: Aranzadi.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. [2010]: «Comentario al artículo 1438 CC», en A. Domínguez Luelmo, (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. [2011]: «El régimen de separación de bienes», en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- BACIGALUPO DE GIRARD, M.^a [2014]: «El nuevo régimen legal de las deudas de los cónyuges», en <http://www.nuevocodigocivil.com>.
- BARRIENTOS GRANDÓN, J. [2007]: «La compensación económica como "derecho" de uno de los cónyuges y "obligación" correlativa del otro. De sus caracteres», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 9.
- BELÍO PASCUAL, A.C. [2013]: *La pensión compensatoria. (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BENAVENTE MOREDA, P. [2003]: «Algunas consideraciones en torno al valor del capital humano en el régimen económico matrimonial», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, t. III, Madrid: Thomson Civitas.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [2006]: «Comentario a la STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005/1407)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 70, enero-abril.
- BLASCO GASCÓ, F. [2007]: «Despropósitos de la Proposición de Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 21, enero.
- BROOKS, K. [2005]: «Valuing women's work in the home», *Canadian Journal of Women and the Law*, n.º 17.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. [2012]: «La separación de bienes», en G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. [2012]: «Compensación por trabajo doméstico (STS 14 julio de 2011)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 89.
- [2011]: «La pensión por desequilibrio económico», en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- CARRASCO PERERA, Á. [2006]: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Madrid: Dilex.
- [1991]: «El principio de no discriminación por razón de sexo», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.ºs 11-12, enero-agosto.
- COHEN, LL. R. [2002]: «Marriage: The long-term contract», en A.W. Dnes y R. Rowthorn, (edits.), *The Law and Economics of marriage and divorce*, Cambridge University Press.
- CUENA CASAS, M. [2013]: «Comentario al artículo 1438 CC», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. [2011]: «Las parejas no casadas», en M. Yzquierdo Tolsada, y M. Cuenca Casas, (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- [2009]: «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en J. Rams Albesa, C. De Amunátegui, E. Serrano Gómez y L. A. Anguita Villanueva, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson.

DE LOS MOZOS, J. L. [1985]: «Comentario al artículo 1438 CC», en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 3.º, Madrid: Edersa.

DEL OLMO GARCÍA, P. [2014]: «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños» en L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, t. I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- [2013]: «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», *InDret*, n.º 4, octubre.
- [2012]: «Liability for loss of housekeeping capacity in Spain», en E. Karner y K. Oliphant (eds.), *Loss of housekeeping capacity*, Berlín-Boston: De Gruyter.

DÍEZ-PICAZO, L. [1987]: *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid: Civitas.

- [1984]: *Familia y Derecho*, Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. [2012]: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. 1 (Derecho de Familia), 11.ª ed., Madrid: Tecnos.

DIDUCK, A. y KAGANAS, F. [2012]: *Family law, gender and the state: Texts, cases and materials*, 3.ª ed., Oxford: Hart Publishing.

DUARTE PINHEIRO, J. [2010]: *O direito da família contemporâneo*, Lisboa: A.A.F.D.

DURÁN HERAS, M.ª Á. [2012]: *El trabajo no remunerado en la economía global*, Bilbao: Fundación BBVA.

EGEA FERNÁNDEZ, J. [2003]: «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid: Thomson Civitas.

FLAQUER VILARDEBÓ, L. [2001]: «El ocaso del patriarcado», *Revista Facultad de Derecho Universidad Granada*, n.º 4.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. [2006]: «Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales» (I) y (II), *La Ley*, t. III (n.ºs 6512 y 6513, 26 y 27 junio).

GARCÍA RUBIO, M.ª P. [2009]: «La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio», en García Rubio (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

- [1995]: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid: Civitas.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. y SOLÉ RESINA, J. [2014]: «Mujer y patrimonio [el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad]», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVII, fascículo III, julio-septiembre.

GOLDSCHMIDT-CLERMONT, L. [1995]: «La valoración monetaria del trabajo no remunerado», *Política y Sociedad*, n.º 17.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. [2009]: «La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil», en J. P. González del Pozo y G. Torres López, *El Derecho de familia en expansión*, Madrid: Dykinson.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. [2009]: «La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: Propuestas (Especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales)», en C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid: Lex Nova.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. [2015]: «De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: Una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 68, julio-septiembre 2015.

GUILLEM CARRAU, J. [2011]: «Comentario al artículo 1438 CC», en A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. III, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. [2013]: *La «vida marital» del perceptor de la pensión compensatoria (El artículo 101.1 del Código Civil, la nueva relación de pareja del cónyuge divorciado y su problemática como causa de extinción de la pensión)*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

HERRING, J. [2011]: *Family Law*, 5.ª ed., Harlow: Longman-Pearson.

KARNER, E. y OLIPHAN, T. K. (eds.) [2012]: *Loss of housekeeping capacity*, Berlín-Boston: De Gruyter.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. [2014]: «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», *Revista Jurídica La Ley*, 8 de octubre de 2014 (<http://www.nuevocodigocivil.com>).

KRASNOW, A. [2012]: «Las uniones convivenciales», en J. Rivera, (dir.) y G. Medina, (coord.), *Comentarios al Proyecto de Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Perrot.

LACRUZ BERDEJO, J. L. [1981]: «La economía del matrimonio», en J. L. Lacruz, F. Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado Echevarría y F. Rivero: *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid: Civitas.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. [2010]: *Elementos de Derecho Civil IV*, 4.ª ed., Madrid, Dykinson.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A. [1984]: *Elementos de Derecho Civil IV*, Barcelona: Bosch.

LASARTE ÁLVAREZ, C. [2014]: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, 13.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. [1982]: «Comentario al art. 97», en J. L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, Madrid: Civitas.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. [2005]: *Derecho de Familia*, Barcelona: Bosch.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. [2006]: «Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005», en J. R. De Verda (coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Cizur Menor: Aranzadi.

– [1997]: *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MARÍN LÓPEZ, M. J. [2013]: «Comentario a los artículos 68 y 97 CC», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.ª ed., Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

MARTÍN CASALS, M. [2014]: «Sobre la Propuesta del nuevo Sistema de valoración los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación: Exposición general y crítica», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 50.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. [2005]: «Comentarios del nuevo artículo 97 del Código Civil», en V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid: Lex Nova.

MEDINA ALCOZ, L. [2007]: *La teoría de la pérdida de oportunidad; estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Cizur Menor: Aranzadi.

MEZZASOMA, L. [2011]: «I rapporti patrimoniali tra coniugi nella Costituzione e nel Codice civile italiano», en R. Herrera Campos, M. Á. Barrientos (edits.), *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. 1, Universidad de Almería.

- MIJANCOS GURRUCHAGA, L. [2015]: «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC», *InDret*, n.º 2, abril.
- MOLINA DE JUAN, M. F. [2014]: «Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenio. Contratos entre cónyuges», *Código Civil y Comercial de la Nación. Familia, Suplemento especial de La Ley*, diciembre.
- MONTÉS PENADÉS, V. [1991]: «Artículo 1438 CC», *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia.
- MORENO TORRES-HERRERA, M.^a L. [2011]: «La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil Español», *Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, diciembre.
- MORENO VELASCO, V. [2013]: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Cizur Menor: Civitas-Thomson.
- MULLIS, A. [2007]: «Damages for death», en K. Oliphant, (ed.), *The Law of Tort*, 2.^a ed., LexisNexis Butterworths.
- NASARRE AZNAR, S. [2011]: «La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero y S. Nasarre, (coords.), *El nuevo Derecho de la Persona y la Familia*, Barcelona: Bosch.
- NAVAS NAVARRO, S. [2012]: «El régimen de separación de bienes como modalidad del régimen de participación en las ganancias en el Libro II CCC», en Jiménez Liébana, D. (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Universidad de Jaén-Thomson Reuters Aranzadi.
- PASTOR ÁLVAREZ, M.^a C. [1988]: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- PÉREZ CONESA, C. [2012]: «Otra oportunidad para sentar jurisprudencia. ¿Cómo se compensa la dedicación a la familia en régimen de separación de bienes? Doctrina jurisprudencial a partir de la Sentencia de 14 de julio de 2011 en relación con el artículo 1438 CC», *AC-M*, n.º 11, marzo.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. [2009]: *Tratado de Derecho de Familia*, t. V, vol. 2, Valladolid: Lex Nova.
- PIZARRO WILSON, C. [2004]: «La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 3.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. [2001]: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Madrid: Dykinson.
- REBOLLEDO VARELA, Á. L. [1983]: *Separación de bienes en el matrimonio. (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Madrid: Montecorvo.
- REY MARTÍNEZ, F. [1995]: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid: McGraw-Hill.
- REYES GALLUR, J. [2008]: «Consideraciones jurídicas sobre la compensación económica establecida en el art. 1438 CC», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 39.
- RIBERA BLANES, B. [2005]: «Capítulo VI. Del régimen de separación de bienes», en J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil)*, Madrid: Dykinson.
- [2004]: *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ROCA I TRÍAS, E., [2014]: *Libertad y familia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a [2015]: «Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», *InDret*, n.º 2, abril.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. [2015]: «La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103, año 35, enero-abril.

RUBIO GIMENO, G. [2014]: *Autorregulación de la crisis de pareja*, Madrid: Dykinson.

RUBIO MARÍN, R. [1999]: «Mujer e igualdad: La norma y su aplicación», en *El ordenamiento constitucional: logros y posibilidades*, t. I, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

SANTOS BRIZ, J. [1982]: *Derecho Civil. Teoría y práctica*, t. V (Derecho de Familia), Madrid: Edersa.

SANTOS MORÓN, M.^a J. [2015]: «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?», *InDret*, n.º 1, enero.

SCHWAB, D. [2008]: *Familienrecht*, 16.^a ed., Múnich: C. H. Beck.

SERRANO ALONSO, E. [1986]: «El trabajo en el hogar como contribución a las cargas del matrimonio», en *Libet Amicorum al Profesor Don Ignacio de la Concha*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

SOLARI, N. [2012]: «Las uniones convivenciales en el Proyecto», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n.º 6, julio.

TORRES LANA, J. Á. [1991]: «Artículo 1438 CC», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. IV, Madrid: Trivium.

UREÑA MARTÍNEZ, M. [2011]: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*, Cizur Menor: Aranzadi.

VERDERA IZQUIERDO, B. [2013]: «Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27.

VIDAL OLIVARES, Á. [2009]: «La experiencia del divorcio y la compensación económica por menoscabo en el Derecho civil chileno», en S. Álvarez, *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones*, Universidad de Santiago de Compostela.

VOIRIN, P. y GOBEAUX, G. [2010]: *Droit civil*, t. 2 (*Régimes matrimoniaux, Successions*), 26.^a ed., París: L.G.D.J.

ZANÓN MASDEU, L. [1981]: *El divorcio en España. Ley de 7 de julio de 1981*, Barcelona: Acervo.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. [2001]: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. Naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción*, (2.^a ed., 2003), Valladolid: Lex Nova.

ZIMMERMANN, R. [2000]: «Enriquecimiento sin causa: La moderna orientación de los ordenamientos jurídicos continentales», en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. por A. Vaquer Aloy, Madrid: Civitas.