

PARADOJAS Y FALACIAS DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA  
DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO  
CIVIL ESPAÑOL

PARADOXES AND FALLACIES OF THE ECONOMIC COMPENSATION  
OF HOUSEHOLD WORK IN ARTICLE 1438 OF THE SPANISH CIVIL  
CODE

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 52 - 88.*

---

Fecha entrega: 04/11/2015  
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO  
Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática, 2009)  
Universidad de León (España)  
mpguts@unileon.es

**RESUMEN:** Los profundos cambios laborales y culturales acaecidos desde que en 1981 se incorporase en el art. 1438 *in fine* del Código Civil español 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, tras más de tres décadas y en el presente contexto social y familiar, pueda hoy tener como mecanismo “igualador” de los cónyuges.

A la discutible fundamentación de dicha compensación económica 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 español -sentada en la Sentencia de 14 julio 2011 y reiterada en las de 31 enero 2014, 26 marzo 2015 y 14 abril 2015- 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 “sobreportación” de aquél, por encima de lo que era propiamente su obligación legal de contribuir al levantamiento de las cargas familiares (art. 1438.1 CC).

El carácter anómalo que, por su sesgo “comunitario”, presenta la compensación del art. 1438 dentro de la idiosincrasia del régimen de separación -que puede así devenir en pura quimera- y, de otra parte, la paradójica exigencia -realzada por las SSTs de 26 marzo y 14 abril 2015- de “exclusividad” del trabajo doméstico como presupuesto de su compensación, hacen que ésta pueda desembocar fácilmente en “enriquecimientos” (ora del cónyuge acreedor, ora del deudor) verdaderamente injustos.

**PALABRAS CLAVE:** compensación económica en separación de bienes; trabajo para la casa; enriquecimiento injusto; pérdida de oportunidades profesionales; dedicación exclusiva al hogar.

**ABSTRACT:** This paper reconsiders the norms governing the dissolution of the separation of property regime in law (article 1438 *in fine* of the Civil Code) 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 art. 1438 *in fine* of the Spanish 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, 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 article 217 of the Code of Civil Procedure), it must be added the controversial case law of the Spanish Supreme Court -sitting in the leading ruling of July 14<sup>th</sup> 2011 and confirmed by those of January 31<sup>st</sup> 2014, March 26<sup>th</sup> 2015 and April 14<sup>th</sup> 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 article 1438.1 Civil Code).

The anomalous character, for his “communitarian” bias, presents compensation (art. 1438) within the idiosyncrasy of the property separation regime -which may well become a pure chimera- and, on the other hand, the paradoxical requirement -highlighted by the SSTs 26 March 2015 and 14 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.

**KEY WORDS:** economic compensation in separate property economic regime of marriage; household work; unjust enrichment; missed career opportunities; full-time dedication to domestic work.

**SUMARIO:** 1. Planteamiento del problema: el requisito del “enriquecimiento” del cónyuge deudor a debate.- 2. A vueltas con la compensación económica del art. 1438 CC: breve recordatorio de la (criticable) doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 14 de julio de 2011.- 3. La proporcionalidad en la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, el cómputo del trabajo doméstico y el maltrecho principio de igualdad entre los cónyuges.- 3.1. El “exceso” de contribución mediante trabajo para la casa del cónyuge acreedor *vs.* la completa aplicación de todos los recursos del cónyuge deudor al levantamiento de las cargas familiares: a propósito de la STS de 31 de enero de 2014.- 3.2. La discutible doctrina de la “pérdida de oportunidad” como fundamento de la compensación económica del art. 1438 *in fine* CC.- 4. La sinrazón de la exigencia jurisprudencial de dedicación “exclusiva” al trabajo doméstico: crítica a las SSTS de 26 de marzo y 14 de abril de 2015.- 5. A modo de conclusión: en contra de las “compensaciones descompensadas” y de las “descompensaciones sin compensación”.

1. Imagínese que nuestra sociedad da un giro copernicano y que 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 y a los cuidados domésticos.

En ese hipotético o “futurible” escenario, el art. 1438 CC permanece inalterado y sigue disponiendo -tal como hoy reza, desde que fuera introducido por la 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 deberíamos las mujeres manifestarnos 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 art. 1438 CC, y una jurisprudencia interpretativa de la misma (en particular, las SSTs 14 julio 2011, 31 enero 2014, 26 marzo 2015 y 14 abril 2015) que, en sede de “liquidación” del régimen de separación, prevén una compensación en favor del cónyuge que trabajó para la casa, sin demandar al efecto ningún tipo de “enriquecimiento” o lucro del consorte (por merced de la dedicación casera de la contraparte) -y en ocasiones, según refleja la praxis judicial cotidiana, sin certeza de ese efectivo trabajo en pro de la familia y sus menesteres-.

A día de hoy, y puesto que aún quedan abundantes 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 ex esposas que formalmente 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, preguntémonos 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, refuerza y retroalimenta los viejos estereotipos (que son estereotipos bien poco feministas)? Como en este último sentido ha señalado CARRASCO PERERA, Á.: “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núm. 11-12, p. 20, el art. 1438 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 esa misma línea se pronuncia también, más recientemente, SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J.: “Prestación compensatoria y

compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?”, *InDret*, 2015/1, p. 40, quien haciéndose eco de las críticas socio-jurídicas y de género expresadas doctrinalmente respecto al Derecho y la jurisprudencia británica sobre el particular, 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” (cfr. DIDUCK, A./KAGANAS, F.: *Family Law, Gender and the State: Texts, Cases and Materials*, Oxford, Hart Publishing, 3ª ed., 2012, pp. 284, 330-331; HERRING, J.: *Family Law*, Harlow, Longman-Pearson, 5ª ed., 2011, p. 213).

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 art. 1438 *in fine* CC es evitar una suerte de aprovechamiento o “enriquecimiento” injustificado del cónyuge que se benefició del real y efectivo trabajo doméstico del otro? ¿O debemos asumir que nos hallamos ante un larvado sistema de “indemnización” -otro más (si pensamos en algunos supuestos de pensión compensatoria)- para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por “quedarse en casa” (a menudo trabajando en efecto en ella, aunque otras veces poco o incluso nada), ya que con los ingresos del cónyuge se vivía holgada y sobradamente (y hasta había para pagar el servicio doméstico)?

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 hombres; y en segundo lugar, y en la coyuntura actual -donde es irreal hablar de la inferioridad apriorística de la esposa 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”, aun en ausencia de trabajo cierto para el matrimonio, y hemos de poner en tela de juicio -por conservadora, reaccionaria y hoy día socialmente inadmisible- cualquier visión desenfocada de la vertiente material del deber de socorro entre los cónyuges que venga a asociar una mal entendida “solidaridad” matrimonial o incluso postconyugal con una especie de derecho, que se adquiriría al casarse, a ser mantenido por el otro *gratia et amore*. Como bien ha apuntado GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 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. Sólo cuando circunstancialmente esta

autosuficiencia sea inviable podrá recurrir a la solidaridad del grupo social en que se asienta”. Y en esa misma dirección se orientan las SSTS 17 mayo 2013 (RJ 2013, 3703) y 20 junio 2013 (RJ 2013, 4377) cuando aluden a que “el principio de dignidad del art. 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges”.

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 haya supuesto una “sobreportación”, exceso o demasía en el cumplimiento del imperativo deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares -esto es, expresado siquiera *grosso modo* o en sentido lato, 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 doméstica-. En cambio, lo que ciertamente parece que repugna al tratamiento jurídico adecuado del matrimonio (y de las relaciones “análogas” a la conyugal) 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 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 Sentencias anteriormente mencionadas en las que nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado de modo explícito sobre la “debida” interpretación de la compensación del trabajo doméstico del art. 1438 CC.

2. Tras ya algún tiempo desde que la Sala 1ª del TS dictara la archiconocida Sentencia de 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122), y no obstante haber recibido la atención doctrinal que era esperable (vid. MORENO TORRES-HERRERA, Mª. L.: “La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil Español”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2011, pp. 107-130; y CABEZUELO ARENAS, A. L. “Compensación por trabajo doméstico”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, pp. 276-290), tal resolución sigue suscitando arduas cuestiones que, a mi juicio, no cabe dar por definitivamente zanjadas.

Recordemos que esta Sentencia resuelve un recurso de casación al amparo del art. 477.2, 3º LEC, por presentar el asunto interés casacional (en concreto por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales); y, como corresponde, en ella se establece doctrina jurisdiccional que, en el caso y en relación a la norma concernida -el art. 1438 CC-, 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 insistir en ello- se reitera en la ulterior STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813), en la más reciente de 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), cuyo FD 2º.1 y su mismo fallo (aptdo. 3º) vienen a reproducirla textualmente, y también en la de 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528).

A fin de decantarse por esa tesis categórica y decididamente “objetiva” -que “no pueden tenerse en consideración... criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial” del cónyuge que ha de abonar la compensación (FD 5º de la STS 534/2011, FD 2º.1 y Fallo de la STS 135/2015, FD 2º y Fallo de la STS 136/2015)-, explica el Tribunal Supremo que en el art. 1438 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”. 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”, es el único “fundamento” que se aporta para la opción que la Sentencia de 2011 hace por la interpretación que prefiere.

Unas brevísimas observaciones sobre uno y otro argumento. 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 art. 1438 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, A. L. “Compensación...”, cit., p. 277)-, autorizados civilistas mostraron pronto sus objeciones a dicha eliminación (LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La economía del matrimonio”, en *El nuevo régimen de la familia. II*, Madrid, Civitas, 1981, p. 145) y sostuvieron otros que, a pesar de aquella supresión nominal, la compensación sólo procederá si se ha producido un enriquecimiento injusto del otro cónyuge (SANTOS BRIZ, J.: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, V, Edersa, Madrid, 1982, p. 263). Con posterioridad, son también muchos los autores que apuestan por la exigencia de enriquecimiento del deudor de la compensación del art. 1438 CC (p.ej. MONTÉS PENADÉS, V.: “Art. 1438 CC”, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 866, 868-869; GARCÍA RUBIO, Mª.



P.: “La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio”, en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. J. M. Lete del Río*, Civitas–Thomson, Cizur Menor, 2009, pp. 346-347; ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Com. art. 1438”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1573-1574; MORENO TORRES-HERRERA, M<sup>a</sup>. L.: “La compensación...”, cit., pp. 110, 112, 114, 116, 120-123, 129; CUENA CASAS, M.: “Com. art. 1438”, en *Comentarios al Código Civil*, VII, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10122; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 227, 231, 237, 239, 242; GETE-ALONSO, M<sup>a</sup>. C./SOLÉ RESINA, J.: “Mujer y patrimonio: el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-sept. 2014, pp. 862-866; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 2015, pp. 8, 15-16 y 20). E igualmente son numerosas las sentencias -de fecha posterior a la del TS de 14 de julio de 2011- en las que sigue leyéndose que la compensación económica prevista en dicho precepto persigue “evitar el enriquecimiento injustificado de uno de los consortes como consecuencia del trabajo no compensado del otro” [vid. p.ej. SS. AAPP Zaragoza 12 septiembre 2013 (JUR 2014, 15596), Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014, 212720) y Almería 28 julio 2014 (JUR 2014, 275445)].

Por lo que concierne a la referida alusión del TS al Derecho catalán, conviene observar que ciertamente el vigente art. 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 (Ley 9/1998)-, pero 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” -como igualmente interpreta ASÚA GONZÁLEZ, C.: “El régimen de separación de bienes”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, IV, dir. YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 89, n. 193).

De cualquier modo, y como es sabido, el art. 1438 CC rige para los matrimonios con régimen de separación de bienes sometidos al Derecho Civil “común”. Sin embargo -según se ocupa de aclarar el FD 4º de la STS 534/2011 (y más resumidamente las SSTs 135/2015 y 136/2015 en su respectivo FD 2º)-, “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; 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)-. Y como continuación de su síntesis del estado legal de la cuestión en el plural Derecho civil español, recuerda finalmente el TS que la compensación del trabajo para la casa sí es contemplada -aunque de modo parcialmente disímil a la del art. 1438 CC y con bastante más extensión y detalle que en éste- por los arts. 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 arts. 12 a 15 de la Ley 10/2007, de 20 marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

Cerrado el precedente paréntesis, y antes de embarcarnos en el núcleo del problema y en la base de nuestras consideraciones críticas, cabe convenir con el TS 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 éste experimentado un auténtico aumento de patrimonio o riqueza (o un ahorro económico efectivo). 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 circunstancias, en gran medida ajenas al hecho de que su consorte realizara o no trabajo doméstico (la valía profesional de aquél, su mayor o menor éxito en el plano laboral, su pericia o suerte en la gestión de sus negocios,...)-. Y otra cosa distinta es que, según creo y enseguida desarrollaré, sí resulte indispensable, para salvar el sentido razonable y acorde a los tiempos del art. 1438 CC, exigir el “enriquecimiento” o provecho obtenido por ese cónyuge deudor, aparejado al “empobrecimiento” o perjuicio que supuso para quien realizó el trabajo doméstico haber contribuido por esta vía al proporcional sostenimiento de las cargas familiares en medida “excesiva”, comparativamente con la aportación del otro a dichas cargas.

De lo contrario, la consideración del trabajo para la casa como fuente o título formal que, por sí solo y sin más, crea a favor de quien lo realizó el derecho a ser compensado -prescindiendo del beneficio del consorte a resultas de que ese trabajo doméstico implicara una “sobrecontribución” de aquél, una

aportación en exceso y por encima de lo que era en verdad su inexcusable obligación legal- entraña un evidente riesgo de cómputo del mismo concepto por partida doble y puede con frecuencia provocar, como bien han denunciado las SS. AP Madrid 17 diciembre 2013 (JUR 2014, 55207) y 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599) y algunos autores (GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *Alimentos...*, cit., pp. 168-169; CUENA CASAS, M.: “Com. art. 1438 CC”, cit., pp. 10115, 10121, 10122), un enriquecimiento –verdaderamente injusto o sin causa- del cónyuge acreedor de la compensación. Todo ello por no hablar de “triple” cómputo del trabajo para la casa si se piensa en algunos supuestos - no todos, obviamente- en que, por mor de su compatibilidad, se concede simultáneamente compensación del art. 1438 CC y pensión por desequilibrio económico del art. 97, *ex* núm.4 (vid. con detalle sobre la peligrosa compatibilidad de ambas prestaciones económicas, SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Prestación compensatoria...”, cit., pp. 1-50).

3. Al cabo de casi tres años desde que el TS se pronunciara sobre el art. 1438 *in fine* CC en la Sentencia de 2011 a que anteriormente nos hemos referido, la Sala 1<sup>a</sup> del Alto Tribunal vino a reafirmarse y ratificar la doctrina jurisprudencial que aquélla sentara y, en su Sentencia de 31 enero 2014 (RJ 2014, 813), 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 TS en este concreto asunto -la desestimación del recurso de casación interpuesto por la esposa y la improcedencia del derecho de ésta 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 art. 1438 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 otro son mujer o varón o de si, como es posible tras la -en su día, polémica- Ley 13/2005, se trata de dos mujeres o de dos hombres.

3.1. Un primer supuesto a analizar 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 art. 1438.1 CC, A y B están ambos obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio (*ex* art. 1318.1) y, “a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos” (art. 1438.2). 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. 1438.3), 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:

i) En primer lugar, una delimitación cualitativa adecuada de cuáles sean las “cargas del matrimonio” que aquí cuentan. 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,...), vacaciones y viajes de placer exclusivos suyos, diversiones individuales (*v.gr.* cenas en restaurantes caros con amigos suyos, entradas de teatro y ópera), etc. En esta línea ha de recordarse la opinión de aquellos autores (PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia*, V-2, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 1559; ALEJÁNDREZ PEÑA, P.: “Com. art. 1318”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1449-1450) para quienes no cabe extrapolar mecánicamente -como es usual- el elenco de gastos comprendidos en el art. 1362.1º 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. Y asimismo cabe traer a colación los arts. 231-5.6 *in fine* CC catalán y 9.4 *in fine* de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano en tanto 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).

ii) En segundo lugar, habrá de efectuarse un cálculo cuantitativo aproximado del montante total de dichas cargas familiares.

iii) Finalmente, deberá llevarse a cabo un cálculo de la proporción en que cada uno de los cónyuges ha satisfecho tales cargas. Y aquí viene la peculiaridad introducida por el art. 1438 CC, 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 art. 1438 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 económicos -entendidos en su más amplio sentido (capitales, rendimientos y frutos de los bienes, ingresos provenientes del trabajo o industria,...) [vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS 11 febrero 2005, RJ 2005, 1407”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, 2006, pp. 147-148]-. Y tras sentar esa regla de proporcionalidad -subsidiaria, según el sentir doctrinal abrumadoramente mayoritario (en contra GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *Alimentos...*, cit., pp. 45-48)-, se añade a renglón seguido el importante matiz de que el trabajo para la casa 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) ha de poder calcularse o tasarse, aunque sea por estimación, el valor pecuniario de la contribución de A mediante su “trabajo para la casa” (cfr. art. 31 Ley 17/2015, de 21 julio, de Igualdad de Mujeres y Hombres de Cataluña). Y ello reclama necesariamente dos premisas:

La primera, delimitar qué sea “trabajo para la casa”. Indudablemente “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 es sinónimo ni puede equipararse, sin más, a trabajar para la casa -como bien destaca la SAP Valladolid 6 abril 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.

La segunda premisa, estrechamente relacionada con lo anterior, consistirá en probar qué trabajo se ha hecho para la casa. Esta prueba tiene dos dimensiones, positiva y negativa: en nuestro ejemplo, de cuáles de esos 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, 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 Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599) -que, cabalmente, denegó la compensación del art. 1438 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 ésta llevarlo a cabo, padre y madre por igual, lo efectuaban. 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”.

Como ya se ha apuntado, tampoco es hoy del todo inusual que en tal tesitura se hallen varones que no tienen empleo, porque no lo encuentran o no lo quieren, ni se hacen cargo mayormente de las tareas domésticas, 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 art. 1438, si el régimen es de separación de bienes (y adicionalmente una pensión por desequilibrio económico)? Pues sí, según la esperpéntica SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127) que, además de conceder a D. Darío una pensión compensatoria vitalicia de 500 € mensuales, revocó la sentencia de 1ª

instancia -denegatoria de la compensación por trabajo doméstico- y le reconoció un crédito de 20.000 € frente a D<sup>a</sup> Marta, pese a que el ex marido -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 aquél 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” y, en especial, la contratación de una empleada del hogar que se ocupaba de los trabajos domésticos, remunerada obviamente con el dinero de la esposa -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-.

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 que, a efectos del art. 1438, este precepto hace mención a la compensación del “trabajo en la casa”. 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.

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 art. 1438 CC y “en orden a evitar el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto” del preceptor de la compensación, resulta imprescindible la prueba por éste de su efectiva dedicación a las tareas del hogar, como presupuesto de dicha prestación económica [SSAP Madrid 24 febrero 2015 (JUR 2015, 94200) y Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015, 149487)]. Desde esta perspectiva, también se ha resaltado la plena aplicabilidad del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de una “cumplida demostración” por el cónyuge demandante de la compensación de que realmente realizó el trabajo doméstico a compensar [SSAP Madrid 23 diciembre 2014 (JUR 2015, 60422) y Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015, 80720)].

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 S. de 31 enero 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* en base a 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 Vizcaya 3 abril 2013 (JUR 2014, 147708) donde se concedió a la esposa la muy respetable cantidad de 100.000 € en concepto de compensación del art. 1438 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 sólo 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”.

Repárese en que en la propia STS 14 julio 2011, a que líneas atrás nos referíamos, se da por sentado, en el resumen de “hechos probados”, que como “la esposa, D<sup>a</sup> 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 asunto y así es en la mayoría de los casos, pero no en otros.

En definitiva, pues, y como premisa inexcusable para la cabal aplicación del art. 1438 *in fine* 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 art. 1438 *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) 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 art. 68 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”. ¿Compartir para que luego los jueces –algunos- apliquen la “presunción” de que no se compartió?

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 el mandato primero del art. 1438 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 Código- que establece el art. 68.2, conforme al cual los cónyuges deberán “compartir las responsabilidades domésticas...”. Desde esta última perspectiva, ya otros autores se han percatado del posible “choque” o “incoherencia” entre este deber conyugal de “compartir” del art. 68.2 CC y el contenido del art. 1438 (vid. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: “La prestación...”, cit., pp. 346-347; MORENO TORRES-HERRERA, M<sup>a</sup>. L.: “La compensación...”, cit., pp. 127-128; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “De nuevo sobre la compensación...”, cit., pp. 6 y 11). Y en honor a la verdad, también 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 art. 1438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada” por la que se introdujo en el art. 68 CC la obligación de ambos cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas.

En virtud de lo anteriormente dicho, y 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, 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 art. 1438 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 pues, ahora, propiamente con la compensación por el trabajo doméstico en el art. 1438 *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 2º de la S. 16/2014, FD 3º de la S. 534/2011, FD 2º.1 de la S. 135/2015 y FD 2º de la S. 136/2015). Concretamente en la Sentencia de 31 enero 2014 se da por buena la denegación a la ex mujer 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”.

Constatamos en esta STS 16/2014 un paso adelante, cual es desterrar 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 ese punto a elogiar -la exigencia de la cumplida prueba, a cargo del demandante de la compensación, del trabajo doméstico que efectivamente realizó (*ex art. 217 LEC*)-, queda aún un largo trecho para que el art. 1438 CC no sea fuente de consecuencias inicuas en más de un caso.

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 cosa -de la sorprendente (y errada) exigencia de “exclusividad” del trabajo doméstico trataré más adelante-. Según el TS, 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 Sentencia 16/2014 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 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;

- 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. 1437 CC).

Las afirmaciones del TS que se acaban de transcribir 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, 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 sobrado. 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? Adicionalmente podríamos plantearnos por qué, ya puestos, no debería compensar 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 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 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 TS 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 más [p.ej. los 650.000 euros concedidos por la SAP Murcia 6 noviembre 2006 (JUR 2006, 284978), o los 500.000 de la STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011, 699)], aun en los casos en que el sostenimiento de las cargas familiares haya absorbido por completo el salario y retribuciones percibidas por aquél durante la vigencia del matrimonio? Choca, llegados a este punto, recordar aquello del art. 66 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 aunque no se haya lucrado o “enriquecido” a costa o a consecuencia del trabajo doméstico de este último (incluso cuando, lejos de incrementar un ápice su patrimonio, haya aquél aplicado todos sus ingresos a costear las cargas familiares sin registrarse sobrante alguno). No alcanza en absoluto a comprenderlo la SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015, 125317) ni tampoco la SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015, 55126) que, disintiendo expresamente de esa doctrina de la STS 16/2014, considera del todo ilógico “que, siendo la obligación de ambos cónyuges contribuir a las cargas matrimoniales en función de sus recursos (art. 1438.1º 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”.

Pero retomemos el “porqué” de ese deber de compensar. Si no hay respuesta razonable, hay arbitrariedad. Así que veamos.

3.2. Nuestra jurisprudencia es dada a formular como contestación -que también asume más de un civilista [p.ej. AGUILERA RULL, A.: “La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2012, pp. 36, 40, 42; BELÍO PASCUAL, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 63]- una muy peculiar y problemática doctrina de la “pérdida de oportunidad”. Como se desprende con meridiana claridad de la lectura de la Sentencia de 31 enero 2014 (reiterando en este punto lo ya afirmado por la S. 534/2011), el TS pone el acento en la circunstancia de que la dedicación a la familia haya “impedido la propia proyección personal” del cónyuge que realizó el trabajo doméstico, con la consiguiente “pérdida de expectativas laborales o profesionales” [vid. igualmente en sede de Audiencias, entre muchísimas otras, las SSAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014, 120318), Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014,

212720) y Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015, 145600)]. Esto es, en nuestro ejemplo, el cónyuge A debe ser compensado, en aplicación del art. 1438 *in fine* CC, porque al dedicarse nada más que a la casa 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.

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”.

En rigor, no se pierden más oportunidades que las que se tienen, y las oportunidades que se tienen son las oportunidades reales, no las virtuales, imaginarias o meramente presuntas. Eso en primer lugar. Comparto, pues, en este punto las palabras de VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación...”, cit., pp. 222-223, 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”.

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 que hablar. No falta algún caso, aunque parezca insólito, en que el cónyuge que abandona 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 pleito que resuelve la SAP Madrid 16 mayo 2014 (JUR 2014, 167420). Otro ejemplo real ofrece la SAP A Coruña 17 enero 2014 (JUR 2014, 47686) -estimatoria de la compensación-, donde no se 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 2.000 había estado trabajando y para el que estaba y está plenamente formada”.

Imagínese la siguiente hipótesis (tal vez un poco extravagante, pero no irreal y sí bien ilustrativa). Si X a los diecisiete años dejó voluntariamente de estudiar y formarse, si de los diecisiete a los veinticinco no buscó empleo y vivió tranquilamente de sus padres y si de los veinticinco a los sesenta 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 sesenta se divorcien la notaria y X, éste 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 aquélla si acaban antes -*ex art. 97.3 CC*). Que además deba compensársele 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. Se alegrará 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 art. 1438 CC, sino que la aplicación puramente “objetiva” que como doctrina jurisprudencial ha estipulado el TS da pie a casos que rozan el esperpento -la ya citada SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127) es prueba fehaciente de ello-.

En tercer lugar, hablar de “pérdida de oportunidad” en sede de compensación del art. 1438 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 daños (vid. por todos MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007). Quien encarga a su abogado que recurra una sentencia y se encuentra con que éste 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 doméstico. 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 (*vgr.* 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, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 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”.

En cuarto lugar, y considero que esto es de especial importancia, parece que se presume una cierta debilidad de carácter del cónyuge que opta por no trabajar más que en el hogar (si es que en verdad tuvo o tiene alguna oportunidad de hacerlo fuera), de manera que en realidad no es responsable de sus propias decisiones y debe “indemnizarlo” quien, aprovechándose de su inferioridad o vulnerabilidad, así lo “persuadió” para entregarse al hogar -y acaso, también, para pactar el régimen de separación de bienes-. Si una persona decide que no trabaja porque le gusta más (o no tiene otro remedio que) estar en casa y atender a sus padres, nadie la indemniza. Pero si en lugar de ser el padre es el cónyuge, lo tiene que compensar éste. ¿Porque se lucró de su trabajo? No, aunque no haya habido beneficio, según entiende nuestro Alto Tribunal (SS. 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, no tan lejanos, 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 oficios. 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 domésticas -por insensata o temeraria que pueda reputarse esta determinación-. 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 regla, 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 sumisión a la posición preeminente o de prevalencia de un consorte sobre el otro. 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, con la única limitación que se desprende de las servidumbres de la economía y el mercado de trabajo. 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.

Disiento, pues, del parecer de ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, IV, 12<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2013, p. 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”. Y comparto, en cambio, el criterio de aquellas resoluciones judiciales que, como la SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013, 263637) -donde la esposa había reclamado la desorbitada suma de 733.056 € en concepto de compensación del art. 1438 CC-, acuerdan denegársela (por la razón básica de que, gracias al gran éxito profesional y los cuantiosos ingresos de su marido, contaba con tres internas fijas, chófer, etc., sin que obrase prueba alguna de su más mínima “dedicación a la casa”), destacando la AP que, ya dos años antes de casarse la mujer adoptó por sí misma “la decisión personal de no trabajar” y que el matrimonio no fue traba alguna para que desarrollase una faceta laboral, si hubiera querido; y sin que el tribunal atendiera a la alegación de la mujer de que tal decisión de no trabajar “fue a sugerencia del marido” [vid. igualmente, SAP León 26 septiembre 2013 (JUR 2013, 312928)]. En efecto, 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, M<sup>a</sup>. J.: “Prestación...”, cit., p. 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)? Si a todo lo anterior se suma el dato crucial de que en el Código Civil español el régimen económico de separación de bienes (al que ciñe su operatividad el art. 1438 *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, C.: “El régimen de separación...”, cit., pp. 89, 91- “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” (vid. en la misma línea, contraria de la compensación de la pérdida de oportunidades profesionales como *ratio* del art. 1438 CC, CUENA CASAS, M.: “Com. art. 1438 CC”, cit., p. 10121; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J.: “Prestación compensatoria...”, cit., pp. 5, 15, 31, 37-38; MORENO VELASCO, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2013, p. 77; MORENO TORRES-HERRERA, M<sup>a</sup>. L.: “La compensación...”, 2011, pp. 116 y 128).

En fin, como apuntan la SSAP Madrid 28 noviembre 2014 (JUR 2015, 19455) y 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599) y Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015, 149487), el art. 1438 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 prevalecía sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico” -al menos, cabe apostillar, en los términos “objetivos” y mecanicistas en que lo interpreta y aplica nuestra reciente Jurisprudencia-.

4. Es ya momento de examinar una segunda situación posible -por lo demás, nada infrecuente en nuestra sociedad- en la que también se torna espinosa la aplicación del art. 1438 CC: el cónyuge A se ocupa al completo de los trabajos de la casa y, además, trabaja fuera del hogar 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. 1438, 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. 1437 CC), lo que resulta es que B se está “aprovechando” de A. En buena lid y con pleno respeto a las normas del Código Civil y a su espíritu, o bien 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.

Y dicho lo anterior, comparemos. En aquel supuesto que en el precedente epígrafe 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 art. 1438 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 julio 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 5º de aquella sentencia y reproducida en el propio FD 7º donde consagra la “doctrina jurisprudencial” sobre el art. 1438- vuelve a ser reiterada por el TS en la ulterior Sentencia de 31 enero 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 2º) -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 ex mujer, 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 Madrid 13 diciembre 2011 (JUR 2012, 22440)- en las que se afirma, *expressis verbis*, que “la STS de 14 julio 2011 parece sostener que el artículo 1438 exige que sólo se haya contribuido a las cargas familiares con el trabajo para la casa”. Desde ese planteamiento, entendió la AP en esta litis 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. La reducción económica por tal concepto operada no puede ser determinante de la activación del mecanismo compensatorio, al estar éste concebido para coyunturas distintas de las que invoca la litigante”.

La misma orientación siguen otras muchas sentencias en la jurisprudencia menor [SSAP Orense 4 junio 2012 (JUR 2012, 228071), Valencia 18 abril 2013 (JUR 2013, 221233), Granada 4 julio 2014 (JUR 2014, 258722), Castellón 2 octubre 2014 (JUR 2015, 55752), Jaén 15 octubre 2014 (JUR 2015, 46274), Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015, 50857) y Toledo 18 febrero 2015 (JUR 2015, 94332)]. Pero especial trascendencia tiene el dato de que el propio Tribunal Supremo -en su Sentencia de 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), complementada por la poco posterior y muy parecida de 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528)- vuelve a pronunciarse sobre el significado del “solo” trabajo doméstico, reiterando, erre que erre, que la compensación del art. 1438 *in fine* CC “exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva..., lo que impide reconocer tal derecho 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”.

Así las cosas, se imponen los interrogantes: ¿Dónde se expresa en el art. 1438 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? Entenderlo así implica introducir una distinción donde la ley no la establece -como bien objetan CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La separación de bienes”, en *Derecho de Familia*, coord. por G. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 1228, y la SAP Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015, 80720)-, 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 de exclusividad? Francamente, no es fácil entenderla. Da la impresión de que, consciente 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 oculta intención de desanimar a las “amas de casa” para que no se busquen además un empleo en alguna empresa? Como atinadamente afirma CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Compensación...”, cit., p. 285, “es absurdo defender que la aplicación del art. 1438 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 sólo realice una de ellas -el trabajo doméstico- para ser compensado”.

¿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 tesis. 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 art. 1438 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 aquélla “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 art. 1438 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 art. 68 CC por la reforma de 2005 la obligación de ambos cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas”.

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. 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 ingresos. Oportunidades que sí disfruta el cónyuge B, que tiene el 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. Como en esta línea apunta AGUILERA RULL, A.: “La configuración...”, cit., p. 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 aun mostrándose contraria a la eventual pérdida de expectativas profesionales como *ratio* del art. 1438 CC -en la misma línea que yo defiendo-, asimismo ASÚA, C.: “El régimen...”, cit., p. 92, reconoce que “también quien, por sus actividades domésticas, se dedica con menos intensidad a una profesión deja de obtener ingresos y reduce sus oportunidades futuras”.

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 TS en torno a la interpretación del art. 1438 *in fine* 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 o, si se quiere, de las funciones que, a modo de “sobrecarga”, éste asumió y cumplió como amo/a de casa)-, 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”, viniendo así a vetar el derecho a ser compensado por su trabajo doméstico 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 parece de justicia que debiera compensársele [más, si acaso, que a quien solo trabajó en la casa, como expresamente destaca la SAP Madrid 26 septiembre 2014 (JUR 2014, 290507)]-. En resumidas cuentas, y vista la actual interpretación del art. 1438 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”.

Pues bien, ya desde esta última perspectiva algunos autores han puesto en evidencia -como, por extenso y certeramente, hace CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Compensación...”, cit., pp. 278, 282- el sinsentido de la exigencia del carácter “exclusivo” del trabajo doméstico como presupuesto del derecho a la compensación y la más que llamativa 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 compensación (vid. igualmente entre otros, ASÚA, C.: “El régimen de separación...”, cit., pp. 92-93; REYES GALLUR, J. J.: *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes*, Civitas-Thomson, 2015, pp. 291 y 298; MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P.: “El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 368).

Todo ello, repárese, resulta además muy poco congruente con los crecientes esfuerzos legislativos por la conciliación de la vida familiar y laboral; esfuerzos plasmados, además de en la ingente normativa autonómica en la materia (vid. p.ej. la Ley catalana 17/2015, de Igualdad de Mujeres y Hombres [arts. 1.2, c); 3.2; 35.4, e); 46, b)], principalmente en 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 [hoy TR 2/2015, de 23 octubre] por la LO 3/2007 y por la Ley 3/2012, 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<sup>(1)</sup>, - en particular “Eje 2: Conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares”-. 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 arts. 14 y 39 CC 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

---

<sup>1</sup> [www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf](http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf)

26/2011) (vid. ampliamente RODRÍGUEZ RUIZ, B.: “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 355-384).

Pues bien, observa desde la óptica apuntada AGUILERA RULL, A.: “La configuración de la compensación...”, cit., p. 32, que supeditar la compensación del art. 1438 CC “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 sólo se remunera cuando no existe otra actividad remunerada, esto incentiva a hombres y mujeres a no conciliar vida familiar y laboral” (vid. también VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación...”, cit., pp. 212, 236, 241; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J.: “Prestación compensatoria...”, cit., pp. 32, 38, 43; MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: “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*, 2015/2, pp. 15-16).

Téngase en cuenta, por otra parte, que la mencionada exigencia de “exclusividad” del trabajo doméstico en sede de compensación del art. 1438 CC parece ir en contra de los tiempos y de alguna de las más recientes reformas legales, 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).

Por todo lo dicho, hay que felicitarse de que, desmarcándose del restrictivo criterio del Tribunal Supremo (al que se adhiere MORENO TORRES-HERRERA, M<sup>a</sup>. L.: “La compensación...”, cit., pp. 126-127), alguna sentencia, como en concreto la citada SAP Pontevedra 25 junio 2015 (JUR 2015, 175680) -aun dictada con posterioridad a la STS 26 marzo 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 [vid. en la misma línea, SAP Murcia 15 octubre 2015 (JUR 2015, 258059)]. Con fecha anterior a la citada Sentencia del TS, cabe igualmente encontrar no pocas resoluciones que 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 Álava 14 mayo 2014 (JUR 2014, 233184)] o que, además de realizar trabajo doméstico, “trabajó por cuenta ajena de forma no continuada” [SAP Toledo 10 marzo 2014 (JUR 2014, 99672)], “desarrolló ocasionalmente ciertos trabajos” o “trabajó en jornada reducida” [SAP Albacete 11 noviembre 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 art. 1438 [SAP Córdoba 11 noviembre 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 Córdoba 9 diciembre 2014 (JUR 2015, 82269) y Sevilla 18 diciembre 2014 (JUR 2015, 105009)].

5. Huelga advertir que las dos situaciones “tipo” que hemos manejado para mostrar los diversos problemas (y el encadenamiento de absurdos) a que puede dar lugar la compensación por trabajo doméstico al modo que hoy la entiende la Jurisprudencia, en absoluto agotan, como es obvio, la variadísima y heterogénea casuística existente en la materia. Pero en aras a la obligada brevedad 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 art. 1438 CC?

Que el art. 1438 *in fine* sienta una obligación de compensar es innegable (sin perjuicio de la admisibilidad generalizada de los pactos previos de renuncia, cfr. art. 232-7 CC catalán) y ese dato no podemos obviarlo si somos respetuosos con la norma legal –sin parangón, dicho sea incidentalmente, en otros importantes Códigos Civiles europeos [como el francés (cfr. art. 1537 Code), el italiano (cfr. arts. 215 y ss. Codice Civile) o el alemán (cfr. § 1414 BGB)] donde el régimen de separación de bienes es de carácter opcional-. 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 sin compensación” como las “compensaciones descompensadas”. Empecemos por las primeras. Tenemos descompensación no compensada 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 compensación (según el TS [SS. 135/2015 y 136/2015])-. Retoquemos el supuesto para que se vea más claro aún.



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 diez años y, en ese tiempo, dicho empleado del hogar ha recibido de A un pago total de 84.000 € (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 art. 1438: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio” y, a falta de convenio, “lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos” (art. 1438.2). 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 habitual de nuestros tribunales -no sin excepciones- a la hora de aplicar el art. 1902 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 sostenimiento 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 €, 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 art. 1438 CC que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación?

En lo anterior hemos estado hablando de lo que llamamos descompensaciones no compensadas. Pasemos ahora a referirnos a las “compensaciones descompensadas”. Éstas acontecerán al aplicar a rajatabla aquella otra parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual la compensación “resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa” (STS 16/2014, FD 2º), con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no “enriquecimiento” o aprovechamiento alguno de resultados de tal división de tareas y aportaciones. Habrá en concreto compensación descompensada -compensación opuesta a la idea de proporcionalidad en la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas (art. 1438.2 CC)- cuando por virtud de la compensación decretada el cónyuge beneficiario reciba más de lo que le correspondería una vez que se pone en valor

monetario su trabajo doméstico, por una parte, y, por otra, también lo que del otro percibió durante el matrimonio para gastos “privativos” suyos que, por rebasar sus necesidades personales, no pudieran contar como gastos o cargas del matrimonio, además de lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido. Si de compensación hemos de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida.

Desmenuemos 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 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 treinta mil 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 veinte 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 art. 1438? ¿Ni siquiera van a computar como de “no trabajo para la casa” los doscientos ochenta días (14 días anuales x 20 años) que A pasó fuera de casa? De no tomarse en consideración esos gastos suntuarios 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 ganancias 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 éste derecho a pensión compensatoria. Todo ello, por supuesto, sea hombre o mujer.

Imaginemos otro caso. Los cónyuges A (que carece de empleo y recursos económicos) y B tienen seis hijos y una casa grande y 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 art. 1438 CC no está -como ya se dijo (y esto sí lo captan las SSTs 26 marzo 2015 y 14 abril 2015)- la exigencia de que el trabajo doméstico que se compensa tenga que ser el trabajo 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 arrojaba 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 €/hora, cantidad ascendente a 16.416 €” y que, oportunamente descontada, llevó a la AP a conceder a la esposa 21.584 € 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 SS. AAPP Córdoba 20 junio 2013 (JUR 2013, 286726) y Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015, 145600).

Dicho todo lo anterior, y en la línea que venimos proponiendo, civilistas de la autoridad de LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La economía del matrimonio”, cit., pp. 145-146, 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 cónyuge. Más tajante al respecto se muestra aún RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 425-428, que, tras verter demoledoras críticas contra el art. 1438 *in fine* CC y tachar a esta norma de “altamente perturbadora e inaceptable en su interpretación literal”, señala 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”. Precisamente en esta dirección (compartida también por VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación...”, cit., p. 244; DE AMUNÁTEGUI, C.: “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 260, n. 408, y para el Derecho valenciano, por BLASCO GASCÓ, F.: “Despropósitos de la Proposición de Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 21, 2007, p. 19), no falta alguna resolución judicial -como la SAP Córdoba 20 junio 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”.

En síntesis, pues, entiendo que en la aplicación del art. 1438 *in fine* CC y de su recto sentido las dos reglas teóricas a emplear deberían ser las siguientes:

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 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 art. 1438 CC, sino que, además, 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 CC), amén de apropiada para evitar fraudes, abusos del Derecho, enriquecimientos injustos y tergiversaciones del juego y esencia del régimen económico de separación de bienes.

ÍNDICE