



Universidad de Oviedo

**“LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO PARA LA  
CASA EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE  
BIENES”**

**MÁSTER DE ABOGACÍA**

**JAIME VILAR SÁENZ DE SANTA MARÍA**

**Febrero de 2024**

**Resumen:** el presente trabajo se centra en el análisis de la compensación por la dedicación al trabajo para la casa que contempla el Código Civil en sede del régimen económico matrimonial de separación de bienes, estudiando sus distintos elementos y los requisitos que han de darse para poder reconocer el derecho a la misma y prestando especial atención a los distintos pronunciamientos judiciales que han ido configurando este instituto jurídico, dada la escasa redacción del precepto regulador de la misma en nuestro ordenamiento.

Asimismo, se recogen distintas opiniones doctrinales vertidas acerca de esta figura, introducida hace décadas en nuestro ordenamiento, pero no por ello exenta de debate dada la mayor presencia que ha ido adquiriendo durante los últimos años en nuestra realidad práctica y las contradicciones que se pueden hallar en la estructura de la misma, representadas fundamentalmente por la dificultad de armonizar su naturaleza con el régimen económico matrimonial en que se enmarca.

**Abstract:** this project is focused on analysing the debate concerning the compensation for household work which can be found in our Civil Code when regulating the separated property system, taking into account the different elements and the circumstances that must be given so that the right to get it can arise, paying special attention to the big range of court decisions which have been giving its form to this law figure, due to the poor regulation that it has in our Law.

Besides, many legal opinions have been taken into consideration when it comes to this norm, introduced in our legal order many decades ago, but not out of discussion, which is attributable to the stronger presence it has acquired during these late years and the contradictions which can emerge, mostly because of the difficulty in harmonising its nature with the matrimonial property regime it is placed in.

## ÍNDICE

<b>1.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
<b>2. CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO MEDIANTE EL TRABAJO PARA LA CASA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL .....</b>	<b>4</b>
<b>2.1.- CONCEPTO Y ORIGEN.....</b>	<b>4</b>
<b>2.1.- DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE “TRABAJO PARA LA CASA” .....</b>	<b>5</b>
<b>2.3.- FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>3.- PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL .....</b>	<b>16</b>
<b>4.- CUANTIFICACIÓN Y FORMA DE LA COMPENSACIÓN.....</b>	<b>21</b>
<b>4.1.- CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN.....</b>	<b>21</b>
<b>4.1.1.- EL SALARIO MEDIO DEL SERVICIO DOMÉSTICO.....</b>	<b>21</b>
<b>4.1.2.- PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD .....</b>	<b>23</b>
<b>4.1.3.- COMPENSACIÓN DE FORMA ANTICIPADA A FAVOR DEL CÓNYUGE DEUDOR .....</b>	<b>25</b>
<b>4.2.- FORMAS DE LA COMPENSACIÓN .....</b>	<b>27</b>
<b>5.- RELACIÓN ENTRE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO Y POR EL TRABAJO PARA LA CASA. ....</b>	<b>31</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>33</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>35</b>
<b>ÍNDICE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>37</b>

## 1.- INTRODUCCIÓN

Todo matrimonio precisa del establecimiento de una serie de normas orientadas a regular las relaciones económicas que, potencialmente, surjan, no solo entre los esposos, sino también entre estos y terceras personas. El instituto jurídico al que se le atribuye la antedicha función y que puede revestir distintas formas se denomina, por tanto, régimen económico matrimonial.

Si bien en esta materia impera el principio de autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1.255 del Código Civil, en el sentido de que nada se opone a que los cónyuges, o futuros cónyuges, puedan establecer las estipulaciones que hayan de regir las referidas relaciones, nuestro Código Civil contempla tres sistemas distintos: el régimen legal de la sociedad de gananciales, el régimen de participación en las ganancias y el régimen de separación de bienes.

Es este último en el que hemos de centrar nuestra atención, habida cuenta del concepto en torno al cual gira el presente trabajo, y que se regula en los artículos 1.435 y siguientes del Código Civil. El régimen de separación de bienes se caracteriza por tener como elemento diferenciador la ausencia de un patrimonio común a ambos esposos, de modo que cada uno de los integrantes del matrimonio conserva para sí la propiedad, administración y disposición de los bienes que conformaban su patrimonio tanto antes de la celebración de las nupcias, como de los adquiridos constante el matrimonio; razón que ha conducido a algunos autores a considerar que este régimen económico matrimonial no pueda ser concebido como tal, dado que se caracteriza por un elemento negativo. No obstante, la ausencia de tal patrimonio no es óbice para que, eventualmente, pueda surgir una comunidad de bienes entre los esposos, al haberlos adquirido conjuntamente, de manera que les pertenecerán en proporción a la aportación que cada uno haya realizado para formalizar tal adquisición.

En cualquier caso, el régimen de separación de bienes está sujeto a una serie de disposiciones generales, configuradoras de un régimen aplicable a todo régimen económico matrimonial, sin apellidos, independientemente de las especificidades que presente cada uno a la hora de regular esas complejas relaciones que surgen como consecuencia de la comunidad de vida entre los esposos.

En este sentido, el artículo 1.318 del Código Civil prescribe, en su primer inciso, que *“los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio”*. Es precisamente este precepto el que enlaza con el que es objeto de análisis en el presente trabajo,

y del cual se considera una especialidad o matización el que entramos a analizar, el artículo 1.438, puesto que según su tenor literal:

*“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 para las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.*

## **2. CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO MEDIANTE EL TRABAJO PARA LA CASA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL**

### **2.1.- CONCEPTO Y ORIGEN**

La compensación contemplada en el artículo 1.438 del Código Civil, en sede de separación de bienes, y que surge a favor de uno de los cónyuges en el momento de liquidación de dicho régimen económico matrimonial entierra sus raíces en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, si bien el tenor literal de la disposición original establecía que “las cargas familiares serán soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares”.

En ese momento, el precepto del Código Civil aludido rezaba que “la separación de bienes no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por los acreedores”, por lo que guardaba una nula relación con su tenor actual. Así, la disposición de Derecho de la Unión Europea anteriormente citada hizo su entrada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma operada por la ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que dio al artículo 1.438 la redacción con la que cuenta hoy en día.

No obstante, se muestra evidente que la disposición contenida en la Resolución adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea supuso, simplemente, una fuente de inspiración, puesto que el artículo 1.438 introduce un elemento diferenciador importante, ya que no se limita a reputar el trabajo para la casa como contribución a las cargas sino que, yendo más allá, prescribe que dará derecho a compensación a la extinción del régimen de separación de bienes.

Cabe plantearse cuál pudo ser la razón que motivó a nuestro legislador a introducir la norma europea en nuestro ordenamiento con ese elemento discordante, debiendo tener en cuenta, por tanto, el contexto en que se aprobó. En ese sentido, hay que traer a colación el hecho de que el mismo año se promulgó la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta circunstancia, unida al hecho de que la mujer era, tradicionalmente, y sigue siendo, la encargada del trabajo para la casa, entendido como

tareas del hogar; y que la incorporación femenina al mundo laboral era ínfima en comparación con la situación actual, pueden hacer extraer la conclusión de que el elemento de la compensación se introdujo como una norma correctora, para salvaguardar la situación en que quedaría uno de los cónyuges (en ese momento, fundamentalmente, la esposa) tras la disolución del matrimonio cuyo régimen económico matrimonial fuese el de separación de bienes.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, CAMPO IZQUIERDO, según el cual “dada la actual redacción del artículo 1.438 CC y que esta compensación por el trabajo para la casa se fija en el año 1981, año en que tiene entrada, de forma definitiva hasta hoy, en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio, se debe entender que la misma se fija por el legislador a fin de cubrir la posición de desprotección -económica y patrimonial- en que queda un cónyuge tras el divorcio o, en su caso, separación (...) si estaba casado/a en separación de bienes y se había dedicado a las tareas del hogar y cuidado de la familia; frente a los matrimonios casados en régimen de gananciales y/o participación, en los que el citado cónyuge veía compensado ese trabajo y dedicación con su participación en la liquidación de gananciales o en la participación en las ganancias del otro cónyuge, habidas durante la convivencia matrimonial”<sup>1</sup>.

## **2.1.- DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE “TRABAJO PARA LA CASA”**

Ante la escueta redacción que presenta el artículo 1.438 del Código Civil, se plantea la dificultad de determinar cuál es el alcance de los términos empleados por el legislador para dar forma a tal precepto. En este sentido, el concepto de “trabajo para la casa” ha sido construido a través de la jurisprudencia y de distintas opiniones doctrinales.

Así, por ejemplo, GONZÁLEZ DEL POZO distingue dos vertientes, positiva y negativa, a la hora de definir el ámbito objetivo del concepto que nos ocupa. Abarcando, en primer lugar, la vertiente positiva, el trabajo para la casa comprende “*la realización o ejecución material de las tareas domésticas dentro del hogar* (barrer, fregar, planchar, hacer la colada, limpiar y ordenar la casa, cocinar, etc.), *la realización de tareas fuera del hogar que, por guardar directa*

---

<sup>1</sup> CAMPO IZQUIERDO, A.L.: “La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) desde la perspectiva del TS”, *Revista de Derecho de Familia El Derecho*, n.º 55, 14 de septiembre de 2017, pág. 2.

*relación con el buen orden y gobierno de la casa, han de considerarse domésticas* (por ejemplo, la realización de gestiones relativas a los miembros de la unidad familiar ante la Administración, ante entidades bancarias o empresas suministradoras de los servicios con que cuente la vivienda familiar, compra de alimentos y productos para el hogar, etc.), *la asunción de las funciones de ordenación, dirección y organización de la económica doméstica y de la vida familiar y la realización de las tareas diarias de cuidado, crianza y educación de los hijos comunes o de uno solo de los cónyuges o de cuidado de parientes de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar conyugal*<sup>2</sup>.

Por otra parte, desde el punto de vista negativo, excluye de la delimitación objetiva del concepto de “trabajo para la casa” los deberes conyugales previstos en los artículos 67 y 68 del Código Civil y el trabajo personal de un cónyuge en favor del otro, en su negocio, industria o actividad profesional. No obstante, en relación con esa última exclusión, hay opiniones dispares tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En este sentido, por ejemplo, GUTIÉRREZ SANTIAGO, apunta que “a diferencia de la expresa referencia legal a dicha circunstancia en sede de pensión compensatoria (artículo 97.5º CC), el artículo 1438 guarda silencio al respecto. Por tal razón, cabe la duda de si puede o no reputarse “trabajo doméstico” el desarrollado, por ejemplo, por mujeres que, no puntual u ocasionalmente, sino de forma continuada y regular, ayudan a la pareja en su profesión o empresa, haciendo “desinteresadamente” -rectius, sin retribución o con una retribución insuficiente (pues, obviamente, si perciben un sueldo ajustado a las tareas desempeñadas no ha lugar al problema)- labores de dependienta, recepcionista, secretaria, etc.”<sup>3</sup>.

En desarrollo de esta cuestión, alude a las dos posturas adoptadas doctrinal y jurisprudencialmente, diferenciando, evidentemente, entre la opinión que considera que tales escenarios no habrían de incluirse en el supuesto contemplado en el artículo 1438 del Código Civil y la postura que defiende que ha de equipararse la contribución a la labor profesional o empresarial del otro cónyuge al trabajo para la casa.

En relación con esta última postura, ha de traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de abril de 2017, n.º 252/2017, ECLI:ES:TS:2017:1591, que señala que

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil”, *Derecho de Familia en expansión: la compensación del artículo 1438 del Código Civil: sustracción internacional de menores, filiación, extranjería y familia*, Dykinson, 2009, pp. 49-50.

<sup>3</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Disfunciones en la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 del Código Civil: el riesgo de duplicidad valorativa del “trabajo para la casa” en el régimen económico de matrimonial de separación de bienes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 17, p. 564.

“en la realidad social actual (artículo 3.1. del Código Civil), (...) parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia.

En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto, esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión “trabajo para la casa” contenida en el artículo 1.438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”.

Por tanto, la jurisprudencia subsume dentro del concepto de trabajo para la casa aquellos supuestos en que el cónyuge que lleva a cabo las tareas propias del hogar compagina esta loable labor con su colaboración en los negocios familiares, si bien en condiciones precarias, amparándose en que con los frutos de ese trabajo se atiende mayormente al sostenimiento de las cargas propias de la vida en común.

No obstante, cabría plantearse a qué fin sino se destinan las ganancias que obtiene un matrimonio con un nivel de vida estándar en el que ambos cónyuges tienen trabajos remunerados, si bien en ese caso podría llegar a rechazarse una eventual compensación a que pudiera tener derecho uno de los esposos, pues la dedicación ya no sería exclusiva, al tener trabajo “fuera de casa”, simplemente por no ser un negocio familiar, cuando requieren el mismo esfuerzo. Así lo consideran, entre otros, CABEZUELO ARENAS<sup>4</sup>, CARBAJO GONZÁLEZ<sup>5</sup> o MORENO FLÓREZ<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L.: “¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar familiar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia la vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?”, La insuficiencia de la STS de 26 de abril de 2017 para desterrar radicalmente la exclusividad del artículo 1438 CC, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, noviembre 2017, pp. 73-93.

<sup>5</sup> CARBAJO GONZÁLEZ, J., op. cit., “No creo que vaya a pasar mucho tiempo en que se conceda también la compensación aún en los casos de haber desempeñado un trabajo por cuenta ajena, en función de las circunstancias del caso concreto que el Tribunal deberá ponderar adecuadamente”, p. 21.

<sup>6</sup> MORENO FLÓREZ, R.Mª: “El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes, ¿exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018), p. 266.

Cabe señalar también la postura de VERDERA IZQUIERDO, que, a modo ejemplificativo, para determinar el concepto de trabajo para la casa, se remite al artículo 1.4 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar<sup>7</sup>, referencia a la que también acuden otros autores tratando de aproximarse al concepto de “trabajo para la casa”<sup>8</sup>.

Por tanto, a modo de síntesis, el concepto de “trabajo para la casa” empleado por el artículo 1.438 CC comprende no solo el entendido coloquialmente como tal, atinente a la realización de las tareas propias de la llevanza del hogar, como limpiar, cocinar, ordenar, etc., sino también otros trabajos que, pese a poder plantear dudas en cuanto a su inclusión en tal categoría, son igualmente necesarios para el correcto funcionamiento del hogar y de la familia, como la atención y educación de los hijos o el contrato de los servicios y suministros necesarios.

Además, como se indica en las líneas precedentes, la jurisprudencia también concibe como trabajo para la casa la colaboración de un cónyuge en la actividad empresarial o profesional del otro, cuando ese trabajo se desempeña en condiciones que pueden considerarse precarias, puesto que el beneficio obtenido a través de este medio se destina principalmente a levantar las cargas propias del matrimonio.

Tomando en consideración lo hasta ahora expuesto, también es posible centrar la atención en otra arista del concepto de la compensación. En este sentido, los Tribunales (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2014) se centran en el hecho objetivo del trabajo para la casa como parámetro determinante del nacimiento del derecho a obtener la compensación, prescindiendo de otros posibles factores, como un posible enriquecimiento del cónyuge acreedor.

No obstante, cabe plantearse si tal objetivación del concepto de “trabajo para la casa” podría desembocar en situaciones injustas, máxime partiendo de tal concepto amplio configurado a partir de los pronunciamientos de los Tribunales, que también concibe como trabajo para la casa las funciones de dirección y organización del trabajo realizado por terceros para satisfacer las necesidades de la casa<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> “El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos”.

<sup>8</sup> ALONSO RODRIGO, E., SERRANO ARGÜESO, M., TOMÁS MARTÍNEZ, G.: “Consideraciones jurídicas en torno al trabajo para la casa. Un estudio laboral, civil y fiscal”, *Diario La Ley*, nº. 5880, 28 de octubre de 2003, Año XXIV.

<sup>9</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “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

### 2.3.- FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN

La doctrina y los Tribunales han intentado buscar el fundamento que justifica la existencia del derecho a la compensación, dada la escueta redacción del precepto que la contempla y la dificultad de cohonestar esta figura con una institución como es el régimen de separación de bienes en que, si bien cada cónyuge conserva la propiedad, disfrute y administración de su patrimonio durante la vigencia del vínculo matrimonial y a la extinción del mismo, se reconoce en este momento el derecho de uno de los esposos a “participar” en el patrimonio de su consorte, tratándose por tanto de un elemento que podría considerarse anómalo.

Así, se ha barajado como posible fundamento de la compensación la necesidad de subsanar el desequilibrio patrimonial que produce la extinción de la unión matrimonial al cónyuge que ha contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio con su dedicación al trabajo para la casa, siendo una norma inspirada en el principio de equidad<sup>10</sup>. Por tanto, se trataría de “mitigar la desigualdad patrimonial debido a la escrupulosa separación de patrimonios que se produce en el régimen de separación de bienes, que puede llevar a grandes diferencias a consecuencia de que uno de ellos se ha dedicado exclusivamente, o mayormente, a las tareas del hogar”<sup>11</sup>. No obstante, argumentar como fundamento de la compensación la existencia de un desequilibrio en el patrimonio de los cónyuges podría suponer una cierta desnaturalización del régimen de separación de bienes, en que cada cónyuge mantiene la propiedad y administración de sus propios bienes, de modo que no hay comunicación entre el patrimonio de los esposos.

---

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”, “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, diciembre 2015, p. 56.

<sup>10</sup> MIANCOS 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. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2015, p. 10.

<sup>11</sup> 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, enero-diciembre 2013, p.229.

Además, la separación de bienes constituye el régimen económico matrimonial de segundo grado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, aparte de los supuestos en que la Ley contempla su imposición como una suerte de sanción, los cónyuges tienen libertad para pactarlo como el régimen que haya de regir las relaciones económicas entre ambos y frente a terceros y, si gozan de tal libertad para su establecimiento y su regulación, la prescripción del artículo 1438 puede considerarse una injerencia en su esfera personal que podría estimarse desmedida, al establecer esa comunicación entre los patrimonios que incluso se acrecienta con su práctica automatización por parte de los Tribunales y la calificación por el Tribunal Supremo del trabajo para la casa como “título que da derecho a obtener una compensación a la extinción del régimen”<sup>12</sup>.

No obstante, sí es cierto que también hay que considerar la situación en que uno de los cónyuges puede quedar a resultas de la extinción del vínculo matrimonial en caso de que su patrimonio fuera insuficiente y se hubiera dedicado al trabajo para la casa, si bien, como contraargumento, dada esa voluntariedad en el establecimiento del régimen de separación de bienes como norma rectora de su matrimonio, es presumible que los cónyuges conocían el funcionamiento de aquello por lo que optaban.

En este sentido, GUTIÉRREZ SANTIAGO, señala que “parece que se presume 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”<sup>13</sup>.

También podría argüirse como pretexto para fundamentar la compensación en el desequilibrio patrimonial que uno de los esposos ha visto incrementado su patrimonio a través

---

<sup>12</sup> SANTOS MORÓN, M.J.: “Pues no veo por qué motivo ha de limitarse la posibilidad de los cónyuges de excluir, de manera voluntaria, recíprocamente de sus ganancias al otro. Y tampoco veo por qué, si la decisión, a la postre, resulta ser equivocada (porque uno de los cónyuges, pese a optar voluntariamente por dicho régimen económico, se dedica al cuidado del hogar), debe protegerse a aquel que tomo una decisión desacertada, a menos que concurran los requisitos necesarios para invalidar, en su caso, las capitulaciones matrimoniales otorgadas”, “Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2015, p. 41.

<sup>13</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: op. cit. p. 74.

de los emolumentos que ha ido percibiendo por el trabajo que sí ha podido desarrollar fuera de casa gracias a que su consorte se ha dedicado a cubrir las necesidades del hogar a través de las tareas propias de la casa<sup>14</sup>; argumento insidioso puesto que ambos están realmente cumpliendo su obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, si bien tal cumplimiento reviste distintas formas, puesto que el cónyuge “trabajador” aporta sus ingresos al sostenimiento familiar y el cónyuge “doméstico” realiza las tareas de la casa.

Además, como ya se ha añadido, ese incremento patrimonial del cónyuge que ha desarrollado su carrera profesional, si efectivamente se da en la realidad, no necesariamente es consecuencia de que el otro cónyuge haya cubierto las necesidades caseras, sino que depende de otras circunstancias como la valía o la suerte del otro esposo.

Otro concepto que podría ser empleado como fundamento de la compensación, al que también se ha hecho mención como criterio para cuantificar el importe a que ha de ascender la compensación, es el de la “pérdida de oportunidad”, si bien nos enfrentamos nuevamente a la dificultad de determinar si ciertamente ha existido tal pérdida pues supone concretar con carácter retroactivo simples potencialidades con la dificultad, o aun imposibilidad, que ello conlleva. Asimismo, habría que ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, puesto que el cónyuge que se dedicó a organizar la intendencia doméstica puede haber disfrutado de un alto nivel de vida proporcionado por su consorte, del que podría no haber gozado en caso de haber tenido que sostenerlo con sus propios recursos.

Otro fundamento, que es el que parece más plausible para justificar el reconocimiento del derecho a compensación, es el que se basa en el exceso de aportación efectuada por el cónyuge acreedor y el que parece más acorde con el propio precepto del que emana aquel derecho, al computar éste el trabajo para la casa como forma de contribución a las cargas del matrimonio, de modo que toda la cuestión se centraría en la aportación de los cónyuges al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Ya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, n.º 2/2009, de 19 de enero de 2009, ECLI:ES:APTF:2009:2, señalaba que “esta solución parece más acorde con la ratio del precepto, pues la desigualdad que se trata de corregir no solo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida (...)”.

---

<sup>14</sup> ESTELLÉS PERALTA, P.Mª.: “La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal”, *Revista Bolivariana de Derecho*, n.º 27, enero 2019, p.113.

En relación con este fundamento, es posible citar distintos pronunciamientos como, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 769/2018, de 28 de septiembre de 2018, ECLI:ES:APM:2018:15170, según la cual “(...) dentro del impreciso contorno de la figura examinada (...) late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, ello haya supuesto una especial sobreaportación a tal fin permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de atención a la familia y a las tareas del hogar”, o la SAP de Navarra, n.º 20/2015, de 9 de abril de 2015, ECLI:ES:APNA:2015:117, que niega la compensación a la esposa por ser un hecho probado que su contribución no supuso una sobreaportación al sostenimiento de las cargas de la familia y que no fue desproporcionada.

Así, a modo de ejemplo y haciendo mención a distintos conceptos que serán objeto de estudio en posteriores epígrafes del presente trabajo, si a lo largo de los años de duración de un matrimonio la esposa se ha dedicado exclusivamente a atender los trabajos que precisa el funcionamiento de la casa con carácter exclusivo, pero no excluyente, puesto que no ha desempeñado trabajo alguno, ni como autónoma ni por cuenta ajena, y ha contado con cierta colaboración por parte del otro cónyuge, que podría considerarse mínima, y de una empleada de servicio doméstico, habría que valorar cuánto ha supuesto esa contribución que ha hecho a las cargas de esa vida en común y confrontarla con la contribución que ha hecho su esposo con los ingresos percibidos por su trabajo fuera del hogar<sup>15</sup>.

El primer paso sería determinar si efectivamente la aportación al sostenimiento de las cargas por parte de la esposa se ha visto satisfecha con su trabajo para la casa, puesto que el hecho de “quedarse en casa” no necesariamente implica que se han asumido todas las labores domésticas, es decir, el hecho de no tener un trabajo no significa que se trabaje en la casa. No obstante, en caso de que ciertamente sea probada tal dedicación, debe procederse a la valoración de esa contribución.

Si se valora el trabajo para la casa empleando, por ejemplo, el criterio del salario medio de los empleados domésticos y el importe resulta ser superior al aportado por su esposo, se entendería que ha contribuido de más a las cargas familiares, si bien la compensación habría de

---

<sup>15</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, n.º 251/2003, de 31 de julio de 2003, ECLI:ES:APNA:2003:755,: “En este caso, el derecho al reembolso para el cónyuge que ha contribuido con su trabajo al hogar familiar al sostenimiento y atenciones de la familia, tan solo se generará si el mismo excede de la contribución a tal sostenimiento por el cónyuge que no realizó una actividad doméstica, pero contribuyó en proporción a sus ingresos al sostenimiento y atenciones de la familia”.

ser por la diferencia entre las contribuciones de ambos esposos, y no por la totalidad de la contribución a las cargas, puesto que en ese caso no habría habido contribución alguna por parte de la esposa.

Por último, no se puede zanjar la cuestión atinente al fundamento de la compensación del régimen de separación de bienes sin hacer referencia a aquellas voces que justifican el reconocimiento y concesión de aquella desde una perspectiva de género. Retrotrayéndonos al momento en que dicha norma se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, es cierto que la mujer se encontraba en clara desventaja con el hombre en un plano social y laboral, lo que era herencia de una tradición sumamente arraigada en la idiosincrasia española según la cual la mujer debía dedicarse a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos, siendo el esposo el cabeza de familia y quien debía trabajar para mantener a su esposa y descendencia.

No obstante, es cierto que la realidad actual dista mucho de parecerse a la anteriormente descrita, puesto que es innegable que, si bien es cierto que no se ha conseguido plenamente y quedan muchas cuestiones por abordar, se ha avanzado notoriamente hacia la igualdad efectiva entre ambos sexos. Sin embargo, a pesar del acceso de las mujeres a los estudios y su mayor integración en el mundo laboral, y de la existencia de una corriente tendente a la equiparación de la dedicación de ambos sexos a las tareas propias del trabajo doméstico, siguen siendo ellas a quienes corresponde, en la mayor parte de los casos, la asunción de tales tareas o, al menos, en una proporción mucho mayor.

En este sentido, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, en un estudio comprensivo de las horas semanales dedicadas a actividades de cuidados y tareas del hogar realizado en 2016, las mujeres en España dedicaban de media 38 horas al cuidado o educación de los hijos, mientras que los hombres dedicaban 23 horas. Por su parte, las mujeres dedicaban aproximadamente 20 horas semanales a la cocina o a hacer labores domésticas, frente a las 11 horas que empleaban de media los hombres en la misma tarea. Por tanto, sirva este estudio como pequeño ejemplo de la realidad de que siguen siendo las mujeres quienes, a día de hoy, llevan la mayor parte de la carga que implica la organización y el funcionamiento de un hogar.

Por otro lado, otra realidad que ha de tomarse en consideración a la hora de analizar la compensación desde una perspectiva de género es la diferencia existente en el salario recibido por hombres y mujeres, conocida como brecha salarial. Por tanto, si nos encontramos ante la situación de un matrimonio en que ambos cónyuges trabajan y se plantean cómo han de repartirse el tiempo de dedicación al trabajo doméstico y al cuidado de los hijos comunes o

quién ha de asumir tal labor, si la esposa recibe un salario inferior al de su marido, parece razonable que prescindirán de su sueldo en lugar del de su esposo, contribuyendo cada uno a las cargas del matrimonio, aunque de distintas formas.

VILA SORIANO apunta que “a pesar de que la incidencia en la igualdad de género de la compensación económica por razón de trabajo no sea obvia a simple vista, los incentivos creados mediante su configuración condicionan en gran medida la asunción igualitaria de tareas entre los cónyuges, lo que a su vez repercute en otros elementos que generan desigualdad, como la brecha salarial”<sup>16</sup>.

No obstante, la defensa del reconocimiento del derecho a la compensación desde el punto de vista de la perspectiva de género en este caso parece perder cierta entidad o esencia desde el momento en que por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio, se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, puesto que, en esta situación, si bien puede haber diferencias entre la dedicación de uno u otro cónyuge a las tareas domésticas o diferencias salariales entre uno y otro, obedecerían a otras circunstancias y no estarían ligadas al hecho de ser mujer. Del mismo modo, en el caso de un matrimonio heterosexual en que sea el marido el que reclama la compensación a su esposa, se invertirían los roles tradicionalmente asumidos por uno y otro sexo, si bien es una situación que, desde luego, no se da con tanta frecuencia como sí sucede en el caso contrario.

Cabe citar, con carácter meramente ejemplificativo, la Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 497/2020, de 29 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3189, en la que es el esposo quién solicita el reconocimiento de su derecho a la compensación con cargo a su esposa, si bien se rechaza su pretensión, dado que no había constancia de que su dedicación a las labores domésticas fuese preponderante y, además, durante cierto tiempo había estado trabajando en la farmacia de su esposa sin que su remuneración pudiera considerarse insuficiente o precaria.

Se puede citar también en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 927/2019, de 11 de noviembre de 2019, ECLI:ES:APM:2019:15341, en la que se deja sin efecto la compensación que había sido reconocida en la instancia a favor del esposo, argumentando que existía un patrimonio que decidieron dividir por mitades pese a que su matrimonio se rigiese por la separación de bienes. Así, el esposo había hecho suyo la mitad del

---

<sup>16</sup> VILA SORIANO, M.: “Configuración y cuantificación de la compensación económica por razón del trabajo: valorar las tareas de cuidado para incentivar la igualdad de género”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36, 2017, p. 401.

dinero que estaba depositado en una cuenta común de los cónyuges, por lo que se entiende que la compensación, en caso de proceder, estaría satisfecha.

No obstante, es curioso que señala el Tribunal que, como el marido no desarrollaba actividad remunerada alguna, los recursos necesarios para el sostenimiento de las cargas del matrimonio los proporcionaba la esposa. Sin embargo, recoger esta afirmación parece un poco incongruente cuando en la gran mayoría de supuestos en que la esposa se dedica a las actividades domésticas, la satisfacción de los gastos que requiere el normal funcionamiento de la familia es a cargo del marido, y ello no es óbice para reconocer la compensación a favor de la esposa cuando se extingue el matrimonio.

En suma, y teniendo en cuenta cuanto antecede, si bien es verdad que hay ciertos supuestos en que el argumento de género parece perder fuerza, la realidad es que a día de hoy sigue siendo la mujer quien, en la gran parte de los casos, asume las tareas que implica la llevanza del hogar a pesar de los cambios que pueda haber habido al respecto en las últimas décadas y, por tanto, es el sujeto respecto del cual se discute la atribución de la compensación.

### **3.- PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL**

La insuficiente redacción del artículo controvertido y su escasa aplicación durante los primeros años de su vigencia, dado el reducido número de matrimonios que optaban por establecer como propio el régimen de separación de bienes, han ocasionado que los requisitos o presupuestos necesarios para que efectivamente surja el derecho a obtener la compensación por aquel prevista hayan sido objeto de desarrollo por la jurisprudencia, paulatinamente y de forma relativamente reciente.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de julio de 2011, n.º 534/2011, ECLI:ES:TS:2011:4874, aborda la figura de la compensación del artículo 1438, apuntando que tal precepto contiene tres reglas “coordinadas” que han de interpretarse de manera “conjunta”: los cónyuges han de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, puede contribuirse con el trabajo doméstico y “el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen”.

Tras hacer una comparativa de la regulación y configuración que la figura de la compensación recibe por parte de los distintos ordenamientos jurídicos españoles que la contemplan, el Alto Tribunal establece como requisitos para que nazca el derecho de uno de los cónyuges a obtenerla que los esposos hayan pactado como régimen económico matrimonial el de separación de bienes y que el eventual cónyuge acreedor haya contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio “solo” con el trabajo realizado para la casa. Adicionalmente, descarta como criterio determinante de la aparición del derecho el enriquecimiento o incremento patrimonial del cónyuge deudor.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de enero de 2014, n.º 16/2014, ECLI:ES:TS:2014:433, reitera la doctrina de la sentencia precedente, es decir, establece como requisitos de la compensación que los cónyuges hayan pactado el régimen económico matrimonial de separación de bienes y la contribución a las cargas del matrimonio solo con el trabajo para la casa. Asimismo, establece que únicamente ha de tenerse en cuenta el hecho objetivo de la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio solo con el trabajo para la casa, prescindiendo de otros criterios, como el hecho de que todos los emolumentos del otro cónyuge se hayan destinado a levantar las cargas familiares. La postura contraria redundaría en denegar la pensión cuando los ingresos del otro cónyuge se dedican en

su totalidad a aliviar las cargas familiares, contradiciendo así la doctrina según la cual el enriquecimiento patrimonial del cónyuge deudor no es requisito para que surja el derecho a la compensación.

No obstante, el hecho de tomar en consideración únicamente el hecho objetivo del trabajo para la casa como criterio determinante de la concesión de la compensación redundaría en una automatización de la misma, dando lugar inevitablemente a situaciones injustas. Es lógico que el trabajo para la casa compute como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, pero si el cónyuge que ha desempeñado esas labores recibe en todo caso una compensación, por el hecho objetivo en sí mismo considerado, se podría decir que realmente no existe tal contribución, sino que la parte que le correspondería aportar al sostenimiento de las cargas le ha resultado “gratis”, puesto que el otro cónyuge ha sufragado todos los gastos con los ingresos percibidos procedentes de su trabajo y, además, tiene que cubrir la parte de cargas del matrimonio que, teóricamente, estarían cubiertas por el trabajo para la casa del otro cónyuge.

Es decir, debería existir el derecho a compensación cuando el trabajo para la casa constituya una aportación más allá de la que correspondería efectuar al cónyuge deudor, en relación con la teoría que encuentra el fundamento de la compensación en una sobreaportación a las cargas del matrimonio por parte del cónyuge que se dedica a las labores domésticas<sup>17</sup>. Así, como señala, entre otros, SANTOS MORÓN, “si al cónyuge que ha contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa se le restituye, a la extinción del vínculo, el valor de su aportación (...) es evidente que, a la postre, no ha contribuido en nada al levantamiento de las cargas familiares”<sup>18</sup>.

Además, a lo que conduce la cuasi automatización de la compensación por el trabajo doméstico es a reconocer el derecho de uno de los cónyuges a tomar parte del patrimonio del otro, y esto en sede del régimen económico matrimonial de separación de bienes, lo cual nos llevaría a hablar de una suerte de nuevo régimen económico matrimonial a medio camino entre la separación de bienes y el régimen de participación en las ganancias.

En cualquier caso, siguiendo el íter cronológico de los pronunciamientos del Alto Tribunal, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de marzo de 2015, n.º 135/2015,

---

<sup>17</sup> MORENO FLÓREZ, R.Mª.: “El fundamento de este derecho a ser compensado que, a su vez, hará surgir un derecho de crédito de ese cónyuge frente a su consorte, creo que estriba en determinar si ha habido, o no, aportación en exceso por parte del cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico, en relación con las contribuciones de su consorte para el levantamiento de las cargas del matrimonio”, op. cit.257.

<sup>18</sup> SANTOS MORÓN, M.J.: op. cit. p. 32.

ECLI:ES:TS:2015:1490, incide nuevamente en los requisitos de la compensación, profundizando en el requisito relativo a que la contribución de uno de los cónyuges haya tenido lugar solo con el trabajo para la casa, determinando el alcance del término “solo” y distinguiendo dos formas de interpretarlo.

Así, en primer lugar, la interpretación literal nos conduce a la conclusión de que la compensación únicamente se puede obtener cuando el cónyuge acreedor ha realizado en exclusividad el trabajo para la casa, por lo que debe denegarse cuando se ha compaginado tal dedicación con otras actividades, esto es, un trabajo fuera de casa. En oposición, la interpretación sistemática, conforme a la cual el cónyuge acreedor tendría derecho a obtener la compensación aun pese a haber desarrollado otras actividades al margen del trabajo para la casa (“Por consiguiente, el Tribunal Supremo nunca habría entrado a analizar si para obtener esta compensación el cónyuge acreedor debe de haberse dedicado con exclusividad a la casa o si por el contrario puede tener derecho a esta indemnización si además ha desarrollado otras actividades económicas”).

El trabajo para la casa, según el Tribunal, debe ser exclusivo, no excluyente. Es decir, la exclusividad “impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa” y el hecho de que no sea excluyente implica reconocer el derecho a la compensación “cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”.

Por tanto, teniendo en cuenta cuanto antecede y partiendo de una interpretación conjunta de las distintas sentencias referidas, pueden señalarse como requisitos o presupuestos necesarios del derecho a la compensación prevista por el artículo 1.438 los siguientes:

- Que el régimen económico matrimonial establecido por los cónyuges sea el régimen de separación de bienes.
- Que el régimen de separación de bienes se halle disuelto, lo cual es congruente con la naturaleza liquidatoria de la disposición legal y el tenor literal de la misma (“...a la extinción del régimen de separación”).

- Que el cónyuge acreedor haya contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio “solo con el trabajo para la casa”, dando a esta expresión el sentido establecido por los Tribunales, esto es, que la dedicación al trabajo para la casa sea exclusiva, pero no excluyente.

En relación con este último requisito, hay algunas voces discrepantes con la doctrina emanada del Tribunal Supremo que se inclinan por “la lectura que realizan las Audiencias Provinciales que entienden que la realización esporádica de una actividad laboral (dedicación no exclusiva) y la ayuda externa (dedicación no excluyente) recibida en el desempeño (canguro, empleada del hogar o utilización de comedores y ruta escolar) son factores de moderación de la compensación y no de exclusión”<sup>19</sup>. Por tanto, el hecho de que el cónyuge acreedor realice otras actividades fuera del hogar, desempeñando un trabajo que compagina con la dedicación a la casa, no debería ser óbice para reconocer el derecho a la compensación, sin perjuicio de que fuese un elemento de ponderación del montante a reconocer como tal compensación.

Asimismo, enlazando con el concepto de dedicación exclusiva y no excluyente, se puede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 2019, n.º 658/2019, ECLI:ES:TS:2019:4080, en la que el matrimonio disponía de unos recursos que les proporcionaba una posición económica, cuando menos, holgada. En este caso, el matrimonio contaba con once empleados dedicados a la atención de las tareas domésticas. El Tribunal expone que “es evidente que la posición social que le brindó el matrimonio le dispensaba de la ejecución material de tan dignos trabajos. Ahora bien, sí abordó las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar, durante la vigencia del matrimonio, así como la atención personalizada a las hijas comunes, susceptible de generar una compensación económica a la extinción del régimen de separación.

El trabajo para la casa no es excluyente, en el sentido de que impida beneficiarse de la compensación económica del artículo 1.438 del CC, por la circunstancia de que se cuente con ayuda externa. Dicho de otra manera, no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico. Cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación”.

Por tanto, esta cuestión conecta también con el alcance del concepto de “trabajo para la casa”, objeto de estudio en el epígrafe precedente, si bien también guarda relación directa con la dedicación exclusiva no excluyente que prescribe el Tribunal Supremo ha de concurrir para

---

<sup>19</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 (1490/2015) y de 14 de abril de 2015 (1693/2015)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*/ coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 7, 2015, pp. 355-356.

reconocer el derecho a la compensación. No obstante, en casos como el que resuelve la sentencia, puede plantear dudas más que razonables si efectivamente procedía reconocer el derecho a la compensación, puesto que el cónyuge acreedor no contaba con ayuda de terceros para el desempeño de las tareas propias del trabajo para la casa, sino que directamente eran realizadas por otras personas, limitándose a dirigir y coordinar tal actividad.

En este sentido, “la dirección del trabajo doméstico es cierto que puede ser indicativa de una inestimable actividad en el hogar, sobre todo en función de las amplias exigencias que pueda presentar la familia en cuestión, pero puede subvertir el sentido de la norma pensada para quien efectivamente se esfuerza y trabaja en pro de la familia, contribuye al levantamiento de las cargas y se sacrifica económicamente”<sup>20</sup>. En esta misma línea, ALBALADEJO señala que el concepto de trabajo para la casa puede ser comprensivo de “la labor de dirección de la misma cuando de verdad ocupa (lo que ciertamente no consiste solo en dar órdenes)”<sup>21</sup>.

En cualquier caso, tomando en consideración lo recogido en los epígrafes precedentes, y a modo de síntesis, es fácilmente apreciable la evolución que ha experimentado la postura del Tribunal Supremo respecto a la figura de la compensación y las condiciones o circunstancias que es preciso concurrir para reconocer el derecho a la misma.

Así, en una primera etapa, era condición indispensable que la contribución a las cargas del matrimonio hubiera tenido lugar “solo” con el trabajo para la casa, permitiendo en una fase intermedia que tal dedicación fuese “exclusiva, pero no excluyente”, dando entrada así a la posibilidad de colaboración por parte de terceros en la realización de las tareas propias de la llevanza del hogar sin que ello aboque al cónyuge “doméstico” a verse privado del derecho a indemnización, para llegar a una última etapa en la que se permite que el cónyuge que contribuye con su trabajo para la casa pueda también desarrollar un trabajo fuera del hogar, si bien ciertamente limitado por las condiciones de que aquel tenga lugar como apoyo a la actividad empresarial o profesional del otro cónyuge, y con una retribución que pueda considerarse moderada, o incluso insuficiente.

---

<sup>20</sup> CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes del Código Civil”, Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal/ coord.. por Ramón Durán Rivacoba, 2021, p. 165.

<sup>21</sup> ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 2002, p. 187.

## **4.- CUANTIFICACIÓN Y FORMA DE LA COMPENSACIÓN**

### **4.1.- CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN**

La cuestión relativa al método de valoración del trabajo para la casa, a la hora de determinar el montante que supone finalmente la compensación, no ha sido objeto de resolución pacífica, puesto que hay distintos criterios a los que es posible acogerse cuando se trata de llevar a cabo esta tarea, partiendo de la parquedad del precepto al referirse a este apartado, ya que según su tenor literal: "...dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

Por tanto, ante la presumible ausencia de un acuerdo previo entre los esposos sobre este extremo, la redacción del precepto prácticamente deja en manos de los Tribunales la decisión acerca de una cuestión tan delicada y que de manera eventual puede tener tanta incidencia en el patrimonio del cónyuge acreedor. Por tanto, es preciso remitirse a la jurisprudencia, a partir de la cual puede hacerse referencia a distintos criterios cuantificadores.

#### **4.1.1.- EL SALARIO MEDIO DEL SERVICIO DOMÉSTICO.**

Así, en primer lugar, se puede tomar como medio de determinación de la cuantía de la compensación el salario medio del servicio doméstico en el mercado laboral. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 hace suyo este criterio a la hora de calcular la cuantía de la compensación, criterio que ya había sido utilizado por el Juez en primera instancia, esto es, "el sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar". El Tribunal de instancia estableció como sueldo por tales labores el de 600 euros, multiplicándolo por doce meses y, a su vez, por quince años de duración del matrimonio, dando lugar a una compensación de 108.000 euros.

Este criterio podría ser considerado como el más objetivo a la hora de determinar la cuantía de la compensación, al tener en cuenta un dato fácilmente determinable y tangible, como es el salario medio que el servicio doméstico percibe en el mercado laboral, si bien desatiende otros factores que tienen una indudable incidencia en el concepto de trabajo para la casa, que no son tan fácilmente aprehensibles.

Es decir, por muy loable y correcto que sea el trabajo realizado por un profesional de servicio doméstico, cuando tales labores son llevadas a cabo por uno de los cónyuges se añade un elemento diferenciador que dota de un mayor valor a esta, en muchas ocasiones, ingrata tarea, al realizarse desde un especial cariño especialmente cuando haya hijos del matrimonio, de modo que tal dedicación por uno de los esposos redunde en una mayor atención hacia la prole para su adecuado desarrollo y una mayor unidad familiar. Así, ZARRALUQUI señala que limitar la compensación por trabajo para la casa al sueldo de una empleada de hogar es valorar de forma cicatera la función del ama de casa y su dedicación al cuidado de la casa y la familia<sup>22</sup>.

En contraposición, CABEZUELO ARENAS apunta que “todo eso de que el trabajo de una madre dilecta y esposa abnegada no puede equipararse al de individuos a los que solo mueve el vil metal no dejan de ser discursos grandilocuentes que, bajo la apariencia de velar por encumbrar a las amas de casa, lo que realmente persiguen, o por lo menos consiguen, es ¿por qué no decirlo? Escamotear sus derechos. ¿Qué hay de indigno en que a un ama de casa se le pague aproximadamente como a una persona del servicio doméstico si ha trabajado como tal?”<sup>23</sup>. Opiniones tan dispares como válidas que reflejan las dos posturas respecto de una situación controvertida.

No obstante, este método de valoración también plantea la pregunta de si ese sueldo medio de una empleada doméstica debería verse incrementado en una cantidad correspondiente al subsidio por desempleo, puesto que, en este escenario, la extinción del régimen económico matrimonial supondría el fin de una prestación de servicios<sup>24</sup>. También cabe apuntar, como indica VERDERA, que el criterio al que ahora nos referimos puede servir como método válido para cuantificar la compensación, si bien no es el único, pero tal determinación nunca podría hacerse en proporción de los ingresos del cónyuge acreedor<sup>25</sup>. Por otra parte, CARBAJO razona que el criterio del salario medio del servicio doméstico aplicaría más correctamente a la valoración de la aportación realizada por el cónyuge que ha desarrollado las labores de la casa en lugar de a la compensación que recibe como consecuencia de ellas y, en caso de que tal aportación fuera superior a la de su cónyuge, determinar la compensación por el importe que procediese<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENZARRIAGA, L.: *Derecho de Familia y Persona, Tomo VI*, Bosch, 1ª edición, 2007, p. 929.

<sup>23</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L.: “Compensación por trabajo doméstico (STS 14 de julio de 2011)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 89, p. 289.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.L.: op. cit. p. 92.

<sup>25</sup> VERDERA IZQUIERDO, B.: op. cit., p. 243.

<sup>26</sup> CARBAJO GONZÁLEZ, J., op. cit. p. 167.

#### 4.1.2.- PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Otro de los conceptos empleados por los Tribunales a la hora de estimar el montante constitutivo de la compensación del artículo 1.438 es el de “pérdida de oportunidad”, si bien es un método de cálculo que tampoco está exento de interrogantes en cuanto a su uso como definitivo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, n.º 614/2015, ECLI:ES:TS:2015:4897, al abordar la cuantificación de la compensación del artículo 1438 y aclarar la ausencia de orientaciones por parte del legislador al respecto, recoge el criterio del salario medio del servicio doméstico, objeto de estudio en el epígrafe anterior, y añade que “nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro”.

El concepto de pérdida de oportunidad lleva a reconocer el derecho a compensación del cónyuge que ha contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio con el trabajo para la casa por la privación de un eventual desarrollo de su carrera profesional, por la pérdida de proyección que podría haber tenido si, en lugar de “quedarse en casa” llevando a cabo las tareas necesarias para su buena marcha, hubiera podido incorporarse al mercado laboral, con las posibilidades de ascenso que ello pudiera implicar. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, n.º 1484/2022, de 28 de septiembre de 2022, ECLI:ES:APMA:2022:4431, señala que calcular la compensación teniendo en cuenta la pérdida de oportunidad no resulta difícil si se conocen los ingresos que se han dejado de percibir, optando finalmente por el otro criterio, ante la ausencia de datos al respecto.

No obstante, hay que poner de relieve que el hecho de que uno de los miembros del matrimonio se dedique al trabajo para la casa, contribuyendo así al levantamiento de las cargas familiares, no significa necesariamente que esto vaya a implicar el abandono de una carrera plagada de éxitos<sup>27</sup>. Es decir, se estaría tratando de concretar una potencialidad, un futuro, algo que no existe y que, en caso de existir, podría haber tomado muchos caminos distintos, puesto que no se puede determinar con exactitud cómo habría continuado la vida profesional del cónyuge que efectivamente decide permanecer en el hogar<sup>28</sup>. Como señala CARRASCO

---

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. “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”, op. cit. p. 27.

<sup>28</sup> VILA SORIANO, M., op. cit., p. 400.

PERERA, el coste de calcular el interés de confianza es muy alto, al precisarse de juicios hipotéticos sobre cursos históricos pasados que ya no se pueden reproducir ni replicar<sup>29</sup>.

Además, recurrir a la pérdida de oportunidad como forma de estimar la cuantía de la compensación también nos plantea el escenario, no infrecuente, en que uno de los miembros de la pareja decide libremente abandonar su trabajo porque considera, conjuntamente con su cónyuge o no, que el sueldo de la otra parte es suficiente para sufragar todos los gastos que genera el mantenimiento de una familia, lo que puede dar lugar a situaciones harto injustas, porque si bien ese cónyuge contribuiría con su trabajo para la casa, el otro cónyuge tendría que hacer frente a todos los gastos y, además, casi con total seguridad, tener que hacer un desembolso final para satisfacer la compensación a quien, presuntamente, perdió la oportunidad de dedicarse a su desarrollo como profesional. Lo anteriormente dicho no obsta para que en la mayoría de los supuestos el cónyuge que adopta la función de desempeñar ese trabajo para la casa lo haga decididamente y en pro del bienestar de su familia, no por razones de oportunismo o de otra índole.

No obstante, al hilo de la pérdida de oportunidad, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 414/2023, de 28 de abril de 2023, ECLI:ES:APM:2023:6423, la esposa aducía pérdida de expectativas laborales por haber acompañado a su marido al extranjero, cuando había desempeñado un trabajo en el sector de la dirección hotelera y la estancia en el extranjero había tenido una duración de 11 meses, durante los cuales se alojaron en un hotel, sin necesidad de prestar una especial atención a la familia, poniéndose de relieve además que el patrimonio y los ahorros del ex esposo, quien también contribuía en el trabajo para la casa, los había obtenido sin la colaboración de su esposa.

Cabe también citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, n.º 123/2022, de 8 de abril de 2022, ECLI:ES:APC:2022:1269, a propósito de aquellos supuestos en que un cónyuge cesa en su actividad laboral voluntariamente, puesto que el Tribunal señala que “(...) dado que los años que estuvo desempleada ha sido por su propia decisión libre y voluntaria de no querer trabajar, no por una necesidad de la propia familia”.

En relación con este criterio de fijación de la cuantía de la compensación, la Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 658/2019, de 11 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:4080, señala que la sentencia recurrida estima una compensación de 6 millones de euros, en consideración a la “supuesta suma de ingresos dejados de percibir y perspectivas profesionales

---

<sup>29</sup> CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*. Dilex, Madrid, 2006, pp. 130-131.

abandonadas por la esposa después de una exitosa vida profesional”, basándose para ello en el sueldo obtenido por la ex esposa durante los siete meses anteriores al abandono de su actividad profesional. Además, el Tribunal Supremo arguye, para reducir tan exorbitante cuantía, que la litigante cesó en su actividad laboral voluntariamente, pasando a gozar de un altísimo nivel de vida, gracias a la capacidad económica de su esposo.

Por tanto, a la hora de calcular la compensación que haya de corresponder al cónyuge que se ha dedicado a atender las labores domésticas, el criterio de la “pérdida de oportunidad” es uno de los distintos conceptos que se pueden tener en cuenta, si bien presenta distintas dificultades, como la complejidad de valorar pecuniariamente algo intangible, como son las oportunidades que no ha llegado a conseguir el cónyuge que abandonó, o que nunca inició, su actividad profesional (y ello presuponiendo que efectivamente hubieran llegado a existir) o el planteamiento de algunas situaciones de injusticia, en que tal dedicación fue voluntaria, en el sentido de que nada impedía que el esposo que finalmente adoptó tal decisión pudiera desarrollarse profesionalmente, por poder ser atendidas de otro modo las necesidades del hogar o ser asumidas por ambos cónyuges conjuntamente.

#### **4.1.3.- COMPENSACIÓN DE FORMA ANTICIPADA A FAVOR DEL CÓNYUGE DEUDOR.**

Cuando se trata de satisfacer la compensación prevista en el artículo 1.438 del Código Civil, hay que hacer referencia a los supuestos en que aquella se ha visto cubierta anticipadamente, incluso antes de la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes. En este sentido, hay que traer a colación nuevamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2014, que alude a esta cuestión al señalar que “ha habido una anticipada compensación pecuniaria a favor de la esposa, compensación que debe tenerse en cuenta, aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación”.

La misma situación contempla la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2019, en que el marido, constante el matrimonio, había hecho donaciones a su esposa por una sustancial cuantía, cerca de los tres millones de euros, con parte de los cuales ella había adquirido una vivienda correspondiente a la capacidad económica que ostentaba y cuyos trabajos de remodelación fueron financiados igualmente por su esposo. No obstante, el Tribunal

no niega que la esposa tenga derecho a obtener tal compensación, sino que esa aportación que el esposo hizo antes de la extinción del régimen de separación de bienes, cuando aún seguía vigente el matrimonio, ha de tenerse en cuenta a la hora de moderar la cuantía a que ha de ascender la compensación (“...ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas de unos tres millones de euros, nivel de vida que disfrutó...”).

Ahora bien, cabe plantearse en qué condiciones ha de tener lugar esa compensación anticipada para considerar que efectivamente puede equipararse a la compensación a la que se tiene derecho, cuando concurren los requisitos necesarios para ello. En este sentido, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 357/2023, de 10 de marzo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:869, que se hace eco de los dos pronunciamientos citados en el presente epígrafe. En el supuesto enjuiciado, el esposo y recurrente considera que el importe de la compensación debe ser minorado en atención a una serie de pagos y de gastos por él sufragados, puesto que lo fueron en beneficio de la que era su esposa, compartiendo el Tribunal la razonabilidad de tal pedimento (“es razonable exigir que de la compensación se descuenta todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación”).

No obstante, a continuación, procede a analizar cada uno de los gastos cuya deducción de la compensación solicita el ex esposo, considerando que no procede disminuir la cuantía de la compensación debido a tales pagos previos, por ser gastos que “forman parte de las necesidades ordinarias de la familia, aunque se hicieran en relación con la Sra. Eufrasia”; extremo éste algo discutible porque, si bien sería defendible la calificación como gasto necesario para las necesidades ordinarias de la familia el pago de la hipoteca de la vivienda familiar o la compra de un vehículo, no lo es tanto la del gasto de dentista de la esposa o la compra de un colchón para ella, cuando el esposo ya había abandonado la vivienda.

Así, el Tribunal Supremo confirma la postura de la Audiencia, según la cual nada obsta a recurrir a la vía de reclamar tales créditos en el procedimiento declarativo que corresponda, aclarando que la doctrina invocada se refiere a los supuesto en que “el otro cónyuge ha donado a la otra parte determinados bienes o cantidades relevantes de dinero que, por su carácter de liberalidad extraordinaria, podrían ahora considerarse como una entrega anticipada de la repetida indemnización por el trabajo exclusivo en el hogar”.

También se puede traer a colación en relación con este modo de satisfacción de la compensación del artículo 1.438 del Código Civil la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 17 de enero de 2014, n.º 12/2014, ECLI:ES:APC:2014:93, en que el Tribunal considera que la esposa ya ha recibido la indemnización a que tendría derecho en virtud del citado artículo toda vez que es copropietaria de tres viviendas adquiridas con el dinero percibido por el esposo durante la vigencia del matrimonio y, además, ha percibido más de la mitad del dinero existente en una cuenta común de los cónyuges, sin pasar por alto que fue el marido quien satisfizo tanto la cuota agraria como la cuota de autónomos de la esposa durante todo el tiempo en que se mantuvo el vínculo matrimonial.

Plantear una solución distinta y reconocer una compensación a favor de la ex esposa conduciría a materializar el absurdo constituido por el hecho de que, rigiéndose el matrimonio por el sistema de separación de bienes, la esposa recibiera una cantidad mayor que si las relaciones económicas del matrimonio hubieran estado presididas por el régimen legal de sociedad de gananciales, en que la esposa no tendría derecho a una cantidad mayor a la ya percibida.

## **4.2.- FORMAS DE LA COMPENSACIÓN**

A la hora de abordar la forma en que ha de darse cumplimiento a la obligación de satisfacer la compensación, teniendo en cuenta el precepto que la contempla, habría de estarse en primer lugar a lo acordado por los cónyuges. No obstante, en caso de silencio de los esposos en este punto y ante la ausencia de una regulación al respecto, hay que determinar la manera de solventar esta cuestión. La forma más habitual de hacer efectiva la compensación a que tiene derecho uno de los cónyuges a la extinción del régimen de separación de bienes es en metálico, mediante la entrega de una cantidad a tanto alzado al cónyuge acreedor, cuya determinación corresponde a los Tribunales en caso de no haber pacto al respecto, como ya se ha establecido.

En caso de satisfacción pecuniaria de la compensación, cabe plantearse si es posible aplazar o fraccionar el pago de la misma, encontrando distintos pronunciamientos judiciales al respecto. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, n.º 68/2021, de 25 de enero de 2021, ECLI:ES:APMA:2021:160, rechaza la tesis sostenida por el recurrente de aplazar el pago de la compensación, “por cuanto dicha posibilidad no aparece contemplada en el artículo

1.438 CC a diferencia de las distintas posibilidades de pago que ofrece el artículo 97 CC en relación a la pensión compensatoria”, postura que comparte, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, n.º 62/2022, de 3 de febrero de 2022, ECLI:ES:APGU:2022:83 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, n.º 270/2020, de 16 de marzo de 2020, ECLI:ES:APMA:2020:1582, que también rechaza la propuesta de aplazamiento planteada por el recurrente indicando que, en estos supuestos, “*se debe acudir a un establecimiento financiero*”.

No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, n.º 54/2017, de 15 de febrero de 2017, ECLI:ES:APA:2017:666, señala la improcedencia de pronunciarse sobre la forma de pago de la compensación a tanto alzado o mediante pago aplazado, pudiendo considerar que no cercena la posibilidad de diferir en el tiempo el pago de la compensación.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, n.º 211/2016, de 13 de mayo de 2016, ECLI:ES:APA:2016:1809, contempla un supuesto en que se reconoce un aplazamiento del pago de la compensación al momento en que se efectúe la venta de la vivienda familiar, cuyo uso, en tanto ese evento no tenga lugar, se atribuye a la esposa acreedora de la compensación y al hijo común del matrimonio, habiendo pactado los cónyuges que tal atribución de uso no puede entenderse como equivalente a la compensación.

Por tanto, hay distintas corrientes en torno a la posibilidad de aplazar el pago de la prestación compensatoria, si bien la mayoritaria parece ser la de denegar esta opción dado que el precepto regulador de la compensación no la contempla. No obstante, dada la exigua redacción de la norma, hay muchas otras cuestiones que no se contemplan por lo que podría interpretarse esta forma de pago de una manera más laxa para facilitar el cumplimiento de esta obligación a quien, como probablemente suceda en la mayoría de los casos, no tiene patrimonio suficiente para hacer frente a esta deuda en un pago único.

Además, la finalidad de la norma no habría de verse frustrada por el reconocimiento de la posibilidad de aplazar el pago de la compensación. Esta figura tiene por objeto resarcir a uno de los cónyuges por la dedicación pasada al trabajo para la casa y la atención de la familia, pero no la de acabar con el desequilibrio a futuro que en uno de los cónyuges genera la disolución del vínculo matrimonial, como la pensión compensatoria del artículo 97 del mismo cuerpo legal.

Por otra parte, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1989, según la cual el artículo 1438 del Código Civil confiere un derecho a obtener una

compensación, pero no produce el efecto de “atribuir dominio sobre los bienes convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges”. Por ende, se rechaza la posibilidad de atribuir bienes en pago de la compensación, lo cual parece congruente con la dinámica del régimen de separación de bienes, si bien podría entenderse que tampoco habría inconveniente en reconocer tal posibilidad, puesto que la propia figura de la compensación tiene difícil encaje en la naturaleza de tal régimen económico matrimonial y, además, el precepto no lo contempla, pero no lo rechaza expresamente.

En cierta relación con el pago de la compensación mediante la atribución de determinados bienes, cabría plantearse también el pago de aquella mediante un porcentaje o una participación del cónyuge acreedor en las ganancias obtenidas durante la vigencia del matrimonio por el cónyuge deudor, si bien la aceptación de esta tesis ya supondría una mayor deformación de la figura del régimen de separación de bienes y una mayor difuminación de los límites entre este sistema y el régimen de participación en las ganancias.

No obstante, cabe la pregunta de qué es la compensación sino una “participación limitada” en las ganancias del cónyuge que ha desempeñado un trabajo remunerado y debe hacer frente a tal indemnización, como apunta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, n.º 86/2014, de 31 de marzo de 2014, ECLI:ES:APO:2014:855<sup>30</sup>. Por otra parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, n.º 216/2006, de 31 de marzo de 2006, ECLI:ES:APC:2006:1572, prácticamente equipara la compensación a una participación en las ganancias del otro cónyuge, pues señala que “es una medida con la que se trata de paliar el inconveniente, en el régimen de separación de bienes, de la no participación de cada cónyuge en las ganancias del otro (...)”.

Sin embargo, la no participación en las ganancias del otro cónyuge en sede del régimen de separación de bienes, más que un inconveniente, es simplemente una característica configuradora del propio régimen, por lo que al introducir una norma de esta índole se estaría configurando un régimen económico a medio camino entre ambos, pero aquella no tendría verdadero ajuste ni en uno ni en otro. Además, hay que recordar nuevamente que el establecimiento del régimen de separación queda al arbitrio de los esposos dada la

---

<sup>30</sup> “Se trata de evitar que el cónyuge que se ha dedicado en exclusiva a las labores del hogar y a la atención de la familia, se vea claramente perjudicado cuando, tras un más o menos largo matrimonio, tenga lugar el fin de la vida en común y no pueda participar, al contrario de lo que sucede en la sociedad de gananciales, del provecho que ese esfuerzo supuso para su consorte. Aun así concebido, el precepto fue criticado por un sector de la doctrina al introducir un elemento de comunidad en un régimen que se caracteriza por lo contrario, como lo es el de separación, para potenciar una especie de participación limitada en las ganancias del otro cónyuge”.

voluntariedad del mismo, por lo que se trataría de un “inconveniente” que los cónyuges podrían evitar.

Sea como fuere, también cabe hacer referencia a algunos supuestos en los que, en puridad, no se trata de satisfacer la compensación puesto que no se reconoce el derecho del eventual cónyuge acreedor a la misma, pero sí se hace referencia a cómo podría entenderse aquella satisfecha, si efectivamente se hubiera reconocido. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, n.º 22/2023, de 25 de enero de 2023, ECLI:ES:APVA:2023:44, si bien niega que la ex esposa tenga derecho a compensación, sí señala que el hecho de que la esposa continúe residiendo en la vivienda copropiedad de los exesposos, adquirida constante el matrimonio y, probablemente, gracias a los ingresos del marido, supondrían una compensación suficiente, equivalente cuando menos a la que correspondería a la esposa.

Por otra parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, n.º 237/2016, de 8 de noviembre de 2016, ECLI:ES:APBA:2016:906, señala que el matrimonio, a pesar de regirse por el sistema de separación de bienes, funcionó de facto como un régimen de sociedad de gananciales. De este modo, los bienes se distribuyeron entre ambos cónyuges, entendiendo el órgano judicial que la compensación que podría corresponder a la ex esposa y cuya atribución se discutía, ya se podía entender suficientemente satisfecha.

## **5.- RELACIÓN ENTRE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO Y POR EL TRABAJO PARA LA CASA**

Una cuestión susceptible de análisis diferenciado a la hora de abordar la figura de la compensación es la comparación de ésta con una figura parcialmente asimilada, pero con la que presenta notorias diferencias que hacen que nos encontremos ante una institución distinta, la de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil.

No son infrecuentes los supuestos en que, con ocasión de un divorcio, uno de los excónyuges solicita el reconocimiento del derecho tanto a pensión compensatoria como a compensación, lo cual es totalmente factible, dada la compatibilidad que existe entre ambas figuras puesto que, atendiendo a la naturaleza y la finalidad de las mismas, tienen fundamentos diferentes. Así, hay abundante jurisprudencia que ha incidido en esta cuestión, sentando las diferencias existentes entre ambas construcciones.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 252/2017, de 26 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1591, establece lo siguiente respecto a este asunto:

“Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la “dedicación pasada y futura a la familia”.

Por otro lado, la compensación del artículo 1.438 del Código Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro.

Por su parte, en base al artículo 1.438 del Código Civil, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar.

La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico.

Sin embargo, la compensación del artículo 1.438 del Código Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo”.

Por tanto, una diferencia esencial entre ambas figuras viene representada por el hecho de que para determinar el derecho de uno de los ex esposos a compensación, hay que realizar un juicio retrospectivo centrandose en la dedicación pasada que ese cónyuge ha tenido a la familia mientras que, en el caso de la pensión compensatoria, no hay que atender únicamente a esa anterior dedicación (que constituye uno de los criterios establecidos legalmente para determinar la cuantía de la misma), sino que, además, hay que tomar en consideración la futura dedicación de ese cónyuge a su familia, haciendo un juicio prospectivo de las circunstancias.

No obstante, a pesar de la reconocida y largamente reiterada compatibilidad entre ambas figuras, cabría plantearse si, realmente, se estaría produciendo una duplicidad de prestaciones al reconocer que uno de los antiguos miembros del matrimonio tiene derecho a recibir tanto la pensión como la compensación. Es decir, la pensión compensatoria trata de paliar el desequilibrio que la disolución del vínculo matrimonial produce en uno de los esposos, existiendo una serie de criterios a tener en cuenta a la hora de concretar el importe que se ha de percibir por esta vía, pero si se defiende como fundamento de la compensación que su finalidad es resarcir a uno de los cónyuges por su dedicación a la familia y consiguiente pérdida de oportunidades por no haber podido desarrollar su carrera profesional, criterio que también se incluye entre los anteriormente aludidos, ¿no se estaría imponiendo al cónyuge deudor una “doble sanción”?

Además, si la compensación trata que el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas pueda alcanzar cierta estabilidad hasta el momento en que consiga encauzar su vida y poder mantenerse por sí mismo en condiciones óptimas, posición mantenida en distintos pronunciamientos judiciales, la misma finalidad persigue la pensión compensatoria, ya que trata de equilibrar la posición de ambos esposos una vez finalizado el matrimonio, por lo que ambas figuras estarían persiguiendo la misma finalidad, con la consiguiente suficiencia de uno de estos dos institutos para la consecución de aquel fin.

## CONCLUSIONES

I. La figura de la compensación del artículo 1.438 del Código Civil puede considerarse un precepto que representa una anomalía tomando en consideración el régimen económico matrimonial en cuya regulación se encuentra incardinado, puesto que introduce una nota discordante dada la dinámica inherente a tal régimen, ya que la característica fundamental del régimen de separación de bienes es, precisamente, la separación en la propiedad y administración del patrimonio de cada uno de los cónyuges, ya sea el que a cada uno pertenece antes de contraer matrimonio como el adquirido durante la vigencia de éste.

II. Así, ese elemento diferenciador vendría dado por el hecho de reconocer esa suerte de participación de un cónyuge en las ganancias del otro, sin llegar a suponer tampoco una equiparación al régimen de participación en las ganancias también tipificado en nuestro ordenamiento, puesto que aquella se reconoce a modo de indemnización y únicamente ante la concurrencia de una serie de circunstancias.

III. Al hilo de esas condiciones que han de plantearse para reconocer el derecho a compensación, también procede poner de relieve lo que podrían calificarse de incongruencias o, cuando menos, requisitos que podrían conducir a resultados parcialmente injustos, como el hecho de que, para tener derecho a obtener tal compensación, sea necesaria una dedicación exclusiva, pero no excluyente a las tareas del hogar.

Este hecho, como ya se ha expuesto en algún momento a lo largo de este trabajo, puede dar lugar a la situación en que se reconozca esta compensación a un excónyuge que realmente no se ha dedicado a las tareas domésticas, por el nivel de vida sostenido a lo largo de la vida matrimonial gracias al patrimonio del otro cónyuge o por la razón que sea, mientras que daría lugar a la denegación de este derecho a quienes no solo han sido quienes han llevado con exclusividad la carga que supone el trabajo necesario para el adecuado sostenimiento del hogar, sino que lo han compaginado con un trabajo “fuera de casa”, lo cual supone incluso mayor mérito y que no se plantea con tan poca frecuencia, sino que se trata de una tónica bastante habitual.

IV. Además, la fisonomía que se ha ido atribuyendo a esta figura también puede ser considerada como una injerencia ligeramente excesiva en la esfera patrimonial de los cónyuges, especialmente en un régimen caracterizado por la separación patrimonial y cuyo establecimiento tiene carácter puramente voluntario.

En cualquier caso, dada la exigua redacción del precepto que recoge esta figura, se presenta con claridad que ha debido ser objeto de desarrollo por los pronunciamientos de los Tribunales, que han debido ir configurando los rasgos caracterizadores de esta institución, con mayor o menor acierto, si bien eso es predicable respecto de cualquier otra figura, dado que el concepto de lo que es correcto o no dista bastante de unas personas a otras.

V. Pese a las deficiencias que pueda presentar el modo en que se ha ido construyendo la figura de la compensación, lo cierto es que sí parece hacerse necesario un mecanismo corrector en aquellas situaciones en que en un matrimonio regido por la separación de bienes es el esposo quien trabaja fuera de casa e incrementa su patrimonio, a pesar de ser él entonces quien sufraga los gastos que originan las cargas matrimoniales, mientras que la esposa se dedica al cuidado del hogar y de los hijos, siendo ésta en teoría su forma de contribuir a las cargas del matrimonio y entendiéndose por tanto que no debería compensarse mediante indemnización alguna; situación que sigue siendo muy frecuente en la actualidad y no solo en la época en que el precepto se introdujo en nuestro Derecho. Por tanto, sí considero necesaria una figura semejante, pero es innegable la dificultad de articularla de modo que pueda cohererarse perfectamente con el régimen de separación de bienes.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 2002.

ALONSO RODRIGO, E., SERRANO ARGÜESO, M., TOMÁS MARTÍNEZ, G.: “Consideraciones jurídicas en torno al trabajo para la casa. Un estudio laboral, civil y fiscal”, *Diario La Ley*, n.º 5880, 28 de octubre de 2003, Año XXIV.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: “La insuficiencia de la STS de 26 de abril de 2017 para desterrar radicalmente la exclusividad del artículo 1438 CC”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, pp. 73-93.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: “Compensación por trabajo doméstico (STS 14 de julio de 2011)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 89, p. 289.

CAMPO IZQUIERDO, A.L.: “La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) desde la perspectiva del TS”, *Revista de Derecho de Familia El Derecho*, n.º 55, 14 de septiembre de 2017.

CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes del Código Civil”, *Cuestiones relevantes de la economía conyugal*/ Ramón Durán Rivacoba (dir.), 2021, pp. 145-172.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*. Dilex, Madrid, 2006, pp. 130-131.

ESTELLÉS PERALTA, P.Mª.: “La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal”, *Revista Bolivariana de Derecho*, n.º 27, enero 2019, pp.100-133.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., Magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Familia, Madrid: “La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil”, *Derecho de Familia en expansión: la compensación del artículo 1438 del Código Civil: sustracción internacional de menores, filiación, extranjería y familia*, Dykinson, 2009, pp. 19-140.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 (1490/2015) y de 14 de abril de 2015 (1693/2015)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*/ coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 7, 2015, pp. 355-356.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Disfunciones en la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 del Código Civil: el riesgo de duplicidad valorativa del “trabajo para la casa” en el régimen económico matrimonial de separación de bienes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 17, pp. 538-599.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil Español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 52-88.

MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: “Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 1902 y 1101 CC”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2015, pp. 1-42.

MORENO FLÓREZ, R.Mª.: “El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes, ¿exclusivo, o compatible con una actividad remunerada”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018), pp. 233-279.

SANTOS MORÓN, M.J.: “Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2015, pp. 1-50.

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, enero-diciembre 2013.

VILA SORIANO, M.: “Configuración y cuantificación de la compensación económica por razón del trabajo: valorar las tareas de cuidado para incentivar la igualdad de género”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36, 2017.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENZARRIAGA, L.: *Derecho de Familia y Persona, Tomo VI*, Bosch, 1ª edición, 2007.

## ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, n.º 251/2003, de 31 de julio de 2003, ECLI:ES:APNA:2003:755

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, n.º 216/2006, de 31 de marzo de 2006, ECLI:ES:APC:2006:1572

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, n.º 2/2009, de 19 de enero de 2009, ECLI:ES:APTF:2009:2

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 534/2011, de 14 de julio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4874

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, n.º 12/2014, de 17 de enero de 2014, ECLI:ES:APC:2014:93

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 16/2014, de 31 de enero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:433

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, n.º 86/2014, de 31 de marzo de 2014, ECLI:ES:APO:2014:855

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 135/2015, de 26 de marzo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1490

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, n.º 20/2015, de 9 de abril de 2015, ECLI:ES:APNA:2015:117

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 614/2015, de 25 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4897

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, n.º 211/2016, de 13 de mayo de 2016, ECLI:ES:APA:2016:1809

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, n.º 237/2016, de 8 de noviembre de 2016, ECLI:ES:APBA:2016:906

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, n.º 54/2017, de 15 de febrero de 2017, ECLI:ES:APA:2017:666

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 252/2017, de 26 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1591

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 769/2018, de 28 de septiembre de 2018, ECLI:ES:APM:2018:15170

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 927/2019, de 11 de noviembre de 2019, ECLI:ES:APM:2019:15341

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 658/2019, de 11 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:4080

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, n.º 270/2020, de 16 de marzo de 2020, ECLI:ES:APMA:2020:1582

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 497/2020, de 29 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3189

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, n.º 68/2021, de 25 de enero de 2021, ECLI:ES:APMA:2021:160

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, n.º 62/2022, de 3 de febrero de 2022, ECLI:ES:APGU:2022:83

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, n.º 123/2022, de 8 de abril de 2022, ECLI:ES:APC:2022:1269

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, n.º 1484/2022, de 28 de septiembre de 2022, ECLI:ES:APMA:2022:4431

Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 357/2023, de 10 de marzo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:869

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 414/2023, de 28 de abril de 2023, ECLI:ES:APM:2023:6423