

*Una aportación de Filosofía del Derecho positivo a propósito de la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa y su posibilidad de mediación entre los cónyuges. Algunas reflexiones de Derecho comparado**

A Contribution of Philosophy of Positive Law Regarding Compensation Compensatory for Work for the Home and its Possibility of Mediation Between the Spouses. Some Reflections of Comparative Law

María Isabel Lorca Martín De Villodres** <https://orcid.org/0000-0003-4115-9299>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2521>

* El presente trabajo se incardina dentro del marco investigador del Proyecto I+D de Fondos FEDER (Junta de Andalucía) titulado: "Mediación y Derecho colaborativo: vías emergentes de solución extrajudicial de litigios en la Sociedad digital". Referencia: UMA20-FEDERJA-043, cuya investigadora principal es la Dra. Fontestad Portalés, (Resolución de 28 de octubre de 2021, del Rector de la Universidad de Málaga, por la que se resuelve definitivamente la convocatoria de ayudas en concurrencia competitiva a proyectos I+D+I en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020, publicada en fecha 4 de febrero de 2020).

** La Doctora María Isabel Lorca Martín De Villodres es profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga (España). Es Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (RAJyL). Máster en Abogacía con titulación de Abogada. España . Correo electrónico: milorca@uma.es

Lex





Llegando a Iquitos. Óleo sobre tela 25 cm x 60 cm
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiasanchez@hotmail.com

RESUMEN

Dentro del fecundo marco general de la Filosofía del Derecho Positivo, en su entendimiento como filosofía práctica, se ubica la problemática abordada en este ensayo, esto es la cuestión relativa a la compensación indemnizatoria del trabajo para la casa que se suscita con ocasión de la extinción del régimen de separación de bienes y la importancia de los criterios interpretativos fruto de la doctrina jurisprudencial para su reconocimiento. Asimismo, aunque este estudio se centra en la legislación española, se plantea un breve análisis de Derecho comparado en el que se hace referencia a diversos ordenamientos jurídicos de países de dentro y fuera del entorno europeo. Como cuestión secundaria, pero no menos importante, se aborda la posibilidad de que los cónyuges puedan llegar a un acuerdo en esta cuestión a través de un procedimiento de mediación.

Palabras clave: *separación de bienes, compensación indemnizatoria, trabajo para la casa, cónyuges, solidaridad, igualdad, justicia, equidad, merma de expectativas profesionales, desequilibrio, acuerdos, mediación.*

ABSTRACT

Within the fertile general framework of the Philosophy of Positive Law, in its understanding as a practical philosophy, the problem addressed in this essay is located, this is the question related to the compensation of work for the home and the family that arises on the occasion of the extinction of the regime of separation of property and the importance of the interpretative criteria fruit of the jurisprudential doctrine for its recognition. Likewise, although this study focuses on Spanish legislation, a brief analysis of comparative law is proposed in which reference is made to various countries inside and outside the European environment. As a secondary but no less important issue, the possibility that the spouses can reach an agreement on this issue through a mediation procedure is addressed.

Keywords: *separation of property, compensation, work for the home, spouses, solidarity, equality, justice, equity, reduction of professional expectations, imbalance, agreements, mediation.jurisprudence.*

I. INTRODUCCIÓN

Planteamiento General

Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho es posible realizar un análisis y crítica del Derecho positivo, no sólo como resultado de la obra del legislador, sino también en la fase de su interpretación por el Juez. La crítica axiológica de la Filosofía del Derecho se extiende a ambas fases del desenvolvimiento vital del Derecho, ya sea al nacimiento de la norma jurídica, ya sea en su momento interpretativo por el operador jurídico. La Filosofía del Derecho se separa así de la mera reflexión abstracta y especulativa en torno a qué sea lo justo, para centrarse en la justicia del caso concreto. Se pone así de manifiesto su carácter de Filosofía práctica. Norberto Bobbio lo expresaba de manera muy acertada, al afirmar que la Filosofía del Derecho es la *teoría de la justicia*, “es decir, la teoría de ese especial valor que domina la experiencia jurídica y en base al cual el Derecho empírico, histórico o positivo -que en su aspecto formal es objeto de la teoría general del Derecho y en su aspecto material de las ciencias jurídicas particulares- viene valorado y también, si es preciso, transformado.”¹

Se ha afirmado con acierto que los estudios jurídicos están viviendo un auténtico *giro ético*, es decir, los juristas parecen ocuparse cada vez menos de reglas y cada vez más de principios y valores: en resumen, de ética, entendida como el conjunto de todos los valores prácticos (morales, políticos, jurídicos...): “Incluso quien enseña derecho privado o derecho constitucional se encuentra frente al mismo problema que quien enseña filosofía del derecho o teoría del derecho o doctrina de la justicia: ..., no puede evitar hablar de valores...”²

Desde este enfoque filosófico-jurídico se plantea el objeto de estudio de este ensayo, esto es, la denominada *compensación indemnizatoria* o *indemnización del trabajo para la casa* contemplada en el artículo 1438 del Código civil español, la cual surge con ocasión de la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes. El análisis de este

1. Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres ed., (Valencia: 1980), 86-87.

2. Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero, (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 1.

ensayo se centra de manera principal en el ordenamiento jurídico español, pero también se realiza un breve estudio de Derecho comparado respecto a otros ordenamientos jurídicos estatales. Se analiza así el corpus doctrinal del Tribunal Supremo español sobre el contenido de este precepto y su aplicación, indicándose los criterios hermenéuticos que han sido establecidos por la jurisprudencia. Para finalmente, apuntarse si cabría la posibilidad de que los cónyuges acudieran a un procedimiento de mediación para llegar a un acuerdo, escapando a la estrechez de tales criterios hermenéuticos, antes de que pudiera decidir el juez.

Abordar esta temática desde una perspectiva filosófico-jurídica no parece ser algo inoportuno, debido al contenido ético que preside de manera permanente las relaciones jurídicas en el ámbito de Derecho de Familia, donde los lazos de solidaridad, entre los cónyuges y entre padres e hijos, hacen que la idea de deber u obligación predomine sobre la de derecho o facultad, debido a la existencia de un fin superior al que servir (la familia, el matrimonio, el bienestar de los hijos y demás descendientes).

En efecto, para la correcta interpretación del art. 1438 del Código civil español ha de tomarse por norte la naturaleza ética del Derecho de Familia, pero dentro del marco más amplio que supone el contexto axiológico del Estado Constitucional de Derecho, caracterizado por un *constitucionalismo material*³ que condiciona la legalidad constitucional de las normas y de las resoluciones judiciales, donde la Constitución tiene eficacia jurídica directa, instaurándose una concepción *principlista* del Derecho -el entendimiento del Derecho a través de la prioridad de los principios sobre la ley, en virtud de su carácter informador del ordenamiento jurídico-, y desde la comprensión del Derecho como un proyecto en permanente construcción, y no como la obra concluida, cerrada -fossilizada- del legislador, de un legislador racional y omnisciente. Sino que legislador y juez colaboran en la construcción paulatina del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, se produce la *superación del positivismo legalista*, rechazándose la simple identificación del Derecho con la ley, de manera que la actividad jurisdiccional deja de ser mecanicista, silogística basada solamente en la teoría de la subsunción. En definitiva, la *razón teórica* queda superada por la *razón práctica*, abriéndose en el horizonte un concepto de justicia material, sustantiva, argumentada racionalmente, donde lo razonable será lo justo.

3. Si en la Constitución española de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29/XII/1978) se declara en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político, y en el art. 10. 1 de la misma Norma fundamental se establece que la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social; en la Constitución Política de Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993, (16ª edic. oficial, actualizada a 28 de septiembre de 2022), en el Título II (Del Estado y la Nación), en el art. 43 (Estado democrático de Derecho) se declara que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. Asimismo, en el Título I (De la Persona y De la Sociedad), en el Capítulo I (Derechos Fundamentales de la persona), en el artículo 1 (Defensa de la persona humana) se establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado.”

Tomando como punto de partida estas consideraciones aquí expuestas, se pretende abordar en estas líneas el análisis de la compensación indemnizatoria prevista en el artículo 1438 del Código civil español, con especial referencia a su desenvolvimiento jurisprudencial en la doctrina del Tribunal Supremo. Constituye el objetivo principal de este estudio, por tanto, determinar la línea interpretativa evolutiva seguida en la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el significado de este precepto legal y concretar los criterios hermenéuticos de ponderación que hacen posible su adecuada aplicación para resolver si procede o no la concesión de tal compensación indemnizatoria que en dicho precepto legal se regula. A lo largo de la exposición, y desde una crítica axiológica de filosofía jurídica, se deslizará una crítica respecto a las deficiencias que presenta dicha regulación en el ordenamiento jurídico español.

II. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO POSITIVO COMO FILOSOFÍA PRÁCTICA AL SERVICIO DEL PROGRESO DE LA CIENCIA JURÍDICA

Entre los años 1844-1845, el jurista italiano Antonio Rosmini publicaba su obra *Filosofía del Diritto*⁴, entendiendo la Filosofía del Derecho como “la scienza della giustizia sociale”. Aunque centraba su estudio en la problemática de la justicia, consideraba que estaba constituida por dos saberes: el *Derecho natural* o “Diritto razionale” y la *Filosofía del Derecho positivo*. El primero estudia “il principio di diritto”, aquellos derechos que el hombre posee por su propia naturaleza humana; el segundo estudia en qué manera han de ser elaboradas las leyes positivas vigentes para ser coincidentes con aquellos derechos esenciales, llevando a cabo, así mismo, una crítica de las leyes positivas según respeten o no el contenido de tales derechos propios de la condición humana.

No debe olvidarse que ya algunos años antes, aunque desde un planteamiento bien distinto ubicado en la senda del utilitarismo, el jurista británico John Austin publicaba en 1832 su obra *The Province of Jurisprudence determined*⁵, con el subtítulo *A Philosophy of Positive Law*, compuesta por seis lecciones del curso sobre *Jurisprudence* o *Ciencia jurídica* impartido por J. Austin en la Universidad de Londres. En el mismo subtítulo de dicha obra se refería a la Filosofía del Derecho como *Filosofía del Derecho positivo*, introduciendo así -como se sabe- un estudio propiamente científico del mismo.

Entendiendo, por tanto, que la dimensión predominante de la Filosofía del Derecho es la axiológica, sin olvidar otras dimensiones como la ontológica y la epistemológica, se ha afirmado que “la concepción más coherente con la verdadera posición que el Derecho ocupa dentro del espacio político-moral —precisamente por la centralidad que para él tienen los valores-, esto

4. Antonio Rosmini, *Filosofía del Diritto*, C. Batelli, (Nápoles: 1844-45, I, 19).

5. John Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, Edited by Wilfrid E. Rumble, Vassar College, (New York: Cambridge University Press, December 1995).

es, la concepción postpositivista que llamamos *constitucionalismo* o la visión argumentativa del Derecho, supone trascender ese planteamiento metódico avalorativo del positivismo para concebir la filosofía del Derecho como filosofía práctica integrada con la filosofía moral y política.”⁶

Estas consideraciones de ven además reforzadas por el denominado “retorno a la racionalidad práctica”⁷ que acontece de manera notoria hacia la mitad del siglo XX y se consolida en nuestros días con el triunfo del Estado constitucional. Dicha tendencia es concebida como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico, quedando sustituido el imperio de la razón teórica por el de la razón práctica. Ello supondrá concebir el Derecho como una creación social dinámica, algo que no está definitivamente construido, sino en permanente transformación y perfeccionamiento, donde la actividad jurisdiccional es siempre creadora en alguna medida, sin que el razonamiento jurídico se ajuste escuetamente a un modelo lógico-silogístico basado en la subsunción. Es decir, el Derecho se contempla como un proyecto normativo que se construye paulatinamente en una permanente interrelación con el contexto social en el que actúa.

Este cambio de paradigma jurídico corre paralelo con una evolución en el modelo de Estado de Derecho⁸, desde el Estado de Derecho legislativo de signo liberal al Estado de Derecho Constitucional, con el consiguiente entendimiento del Derecho a través de principios, en donde la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo queda superada, y donde la seguridad jurídica se entiende conforme a criterios de racionalidad argumentativa⁹.

La Filosofía del Derecho desde su dimensión axiológica y centrada en el eterno problema del Derecho justo, no permanece ajena a este nuevo entendimiento de lo jurídico, y ofrece como Filosofía práctica las herramientas necesarias para llevar a cabo una adecuada interpretación de la norma jurídica, así como una crítica al Derecho positivo vigente.

La Filosofía del Derecho positivo, no queda reducida a una mera faceta de abstracción intelectual sobre el Derecho y su problemática, sino que nos provee de los instrumentos necesarios para realizar una provechosa crítica de la legislación vigente, asesorando de manera conveniente cómo deben ser hechas las leyes para ser acordes con los principios de justicia contenidos en los textos constitucionales.

6. Jesús Vega “La Filosofía del Derecho como Filosofía práctica”, en *REVUS, Journal for constitutional theory and philosophy of Law*, (34/2018): párrafo 40. Accesible on line (consultado 3.IX.2023): <https://journals.openedition.org/revus/3990>

7. Benito Castro Cid, Benito De, “El retorno a la racionalidad práctica”, en *Manual de Filosofía del Derecho*, N. Martínez Morán (coordinador), (Madrid: Editorial Universitas,2013): 85-97.

8. Juan Antonio Gómez García, “La crisis del positivismo y el retorno a la razón práctica”, en VV.AA., *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*, J.L. Muñoz De Baena Simón y J.C. Utrera García (Coordinadores), (Madrid: Síndesis, UNED, 2019): 57-71.

9. Juan Antonio Gómez García, op. cit., 63.

Esta importante función de la Filosofía del Derecho, que la sitúa más allá de la mera especulación teórica, supone una valiosa aportación al progreso de la Ciencia jurídica. Pues, no sólo las aportaciones de los juristas prácticos -abogados, jueces y legisladores- ejercen una amplia influencia en la vida jurídica y en particular en la elaboración y perfeccionamiento de los ordenamientos jurídicos estatales, sino que los juristas teóricos, los filósofos del Derecho, desde su análisis crítico del Derecho positivo contribuyen al desarrollo de la Dogmática jurídica. Pues, en torno a la interpretación de la norma jurídica surgen multitud de cuestiones relevantes: la validez y eficacia de la norma, su contenido de justicia, su conformidad con la Constitución, la resolución de posibles antinomias, la necesidad de acudir a la analogía o a procedimientos integradores para colmar lagunas legales, la importancia de construir una sólida argumentación jurídica, el arte de persuadir o convencer a los litigantes y al órgano jurisdiccional superior, etc. En efecto, como ha señalado E. Lalaguna, “la interpretación de la ley, que se presenta como núcleo del concepto de jurisprudencia en una concepción normativista del Derecho, es sólo un aspecto de la cuestión, y por cierto de un interés muy relativo cuando se atiende al modo de producirse las decisiones judiciales. ...La realización de lo que es justo en una situación jurídica singular y el modo de proceder el intelecto en esta tarea son cuestiones de las que no se puede prescindir...”¹⁰.

En efecto, el Derecho no es puro orden normativo, expresión de un deber ser, con una validez independiente de la realidad social que pretende configurar, sino que es un orden normativo observado en la sociedad, en la cual encuentra su origen. Esta perspectiva nos previene del legalismo, es decir de la supervaloración de la ley y de un excesivo apego a los textos legales “con inexcusable olvido de los hechos sociales de realización o aplicación de las normas”¹¹. Algunos juristas eminentes así lo han visto, baste recordar al francés Eugène Lerminier (1803-1857), seguidor entusiasta de F.K. von Savigny, quien definía el Derecho como la vida¹² (“Le Droit, c’est la vie”)¹³, y cuyas doctrinas alcanzaron gran predicamento en la Europa del siglo XIX, así como en América, donde se adoraba al brillante divulgador de Savigny¹⁴.

Dentro del marco general de la Filosofía del Derecho positivo se ubica, por tanto,

10. Enrique Lalaguna Domínguez, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Prólogo de L. Díez-Picazo, Aranzadi, (Pamplona: 1969), 27.

11. Guillermo García-Valdecasas, *La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la Ciencia jurídica*. Discurso de Apertura, Universidad de Granada, Curso MCMLXXIMCMLXXII, (Granada: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1971), 22.

12. María Isabel Lorca Martín de Villodres, *El Concepto de Derecho de un siglo. Su perspectiva iusfilosófica*. Editorial Dykinson, (Madrid: 2017), 75 y ss.

13. Eugene Lerminier, *Introduction générale a l’histoire du Droit*, Seconde édition, (París: Chamerot, Libraire Éditeur, Alex-Gobelet, Libraire, 1835, p. XXIII).

14. Raúl A. Orgaz, “Echeverría y su doctrina”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 3, núm. 7, (septiembre de 1916): 254-264, vid. 260.

la problemática abordada en este ensayo, esto es la cuestión relativa a la compensación indemnizatoria del trabajo para la casa que se suscita a propósito de la extinción del régimen de separación de bienes y la importancia de los criterios interpretativos fruto de la doctrina jurisprudencial para su reconocimiento. Asimismo, se plantea como cuestión secundaria, la posibilidad de que los cónyuges puedan llegar a un acuerdo en esta cuestión a través de un procedimiento de mediación.

III. LA COMPENSACIÓN INDEMNIZATORIA POR TRABAJO PARA LA CASA: EL ART. 1438 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL¹⁵

Ante la habitual minusvaloración de las labores domésticas, en la extinción del régimen económico de separación de bienes el legislador trata de compensar a aquel de los cónyuges, quién sacrificando su formación académica o su vida laboral o profesional, se dedica a tales quehaceres domésticos en beneficio de la familia. Con semejante bienintencionado propósito se regula el trabajo para la casa en el último inciso del artículo 1438 del Código civil (“El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”). Ahora bien, este trabajo para la casa no sólo se reconoce como contribución a las cargas del matrimonio, sino que resulta ser además un título para obtener una compensación o indemnización en el momento de la disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio y la consecuente liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Como ha puesto de manifiesto L. Zarraluqui¹⁶, la compensación del artículo 1438 del Código civil es una prestación económica de naturaleza indemnizatoria porque su finalidad se orienta a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede ocasionar el régimen de separación de bienes para el cónyuge carente de actividad laboral y que se ha centrado en el cuidado de los hijos y del hogar familiar.

15. La parte de este epígrafe relativa a los criterios hermenéuticos fruto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo fueron analizados y expuestos por primera vez en el Trabajo Fin de Máster que presenté para superar los estudios conducentes al *Master Universitario en Acceso a la Abogacía* por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid (España) en el mes de septiembre de 2020.

16. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *Conflictos en torno a los regímenes económicos matrimoniales*, editorial Bosch, (Wolters Kluver), (Madrid: editorial Bosch, -Wolters Kluver- 2019), 381.

Para obtener dicha indemnización o compensación, el cónyuge acreedor deberá probar¹⁷ el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia, no constituyendo un requisito el que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge, y la imposibilidad de haber podido acceder a una formación académica o/y promoción profesional. La prueba en este sentido no siempre resulta fácil.

En la interpretación del artículo 1438 del Código civil la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales ha generado una rica doctrina que se ha desarrollado siguiendo una evolución dinámica y progresiva. Tal evolución –pese a las críticas que aún se vierten mostrando con acierto deficiencias y carencias interpretativas en aras a resolver con mayor equidad desde el respeto a la igualdad de género y en consonancia con las exigencias de la realidad social actual- trata de alcanzar, aunque aún no lo consiga plenamente, una conexión cada vez mayor de la problemática relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes con las circunstancias sociales actuales.

Desde que en el año 1981¹⁸ fuera introducido el artículo 1438 en el Código civil hasta la actualidad, es posible establecer en el momento presente -desde una perspectiva temporal de algo más de cuarenta años- los criterios jurisprudenciales de interpretación que sobre dicho precepto legal ha ido especificado el Tribunal Supremo en sus resoluciones para determinar si procede o no la concesión del derecho a percibir la compensación indemnizatoria del art. 1438 del Código civil.

17. A. Arrébola reconoce que las mayores complejidades en torno a la aplicación del presupuesto de la dedicación exclusiva al hogar, por parte de los jueces y tribunales se concentran en el terreno probatorio, “pues, en muchas ocasiones, según cabe desprender de los datos aportados en sus resoluciones, no existe una auténtica certeza de la efectividad del trabajo supuestamente desempeñado en el hogar.” Indica que la prueba más recurrente en estos asuntos es aquella procedente de declaraciones testificales, y que los testigos podrían ser susceptibles de tacha en muchas ocasiones teniendo en cuenta que en la práctica es común que intervengan como tales los hijos, los amigos o los empleados de las partes involucradas en el proceso, como el personal del servicio doméstico. En este sentido, A. Arrébola explica que la jurisprudencia considera que no tiene fundamento alguno la insistencia sobre la tacha del testigo, ya que dicha pretensión no es posible que prospere en la jurisdicción de familia, en las que los testigos suelen ser solo amigos o familiares, que son los que mejor conocen la situación real de los hechos que se presentan al tribunal competente en cada caso concreto. Incluso, la SAP de Pontevedra de 17 de marzo de 2014, estimó que la prueba consistente en la certificación emitida por la directora del Colegio de los hijos en la que se indicaba quien es la persona que deja y recoge habitualmente a los mismos en el centro escolar, no asegura una dedicación exclusiva a esta clase de tareas (Adrián Arrébola Blanco, *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, prólogo de C. de Amunátegui Rodríguez, (Madrid: Reus, 2019), pp. 244-245).

18. El artículo 1438 del Código civil fue introducido por la *Ley 11/1981, de 13 mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*. Dicha ley fue publicada siendo presidente del Gobierno de España D. Leopoldo Calvo Sotelo, es decir bajo el Gobierno de la Unión de Centro Democrático (UCD) liderada por D. Adolfo Suárez.

En un intento de síntesis, podemos indicar que tales criterios jurisprudenciales de interpretación son fundamentalmente:

1. ¿Exigencia de enriquecimiento o incremento patrimonial del otro cónyuge -cónyuge deudor- durante el matrimonio?

Como ha sido mencionado anteriormente, el artículo 1438 del Código civil fue introducido por la reforma legal 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 plasmaba en dicho cuerpo normativo el principio constitucional de igualdad (art. 14 de la Constitución española) para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. En conformidad al espíritu de aquella reforma, en sus primeras sentencias el Tribunal Supremo consideraba que el trabajo para la casa debía ser computado como contribución a las cargas del matrimonio y daba derecho a obtener una compensación equitativa sólo si el otro cónyuge se hubiere enriquecido durante el matrimonio. Este requisito de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico estaba en el Proyecto de reforma del Código civil de 1981, pero desapareció en el texto definitivo, y se ha encontrado también en el Código de Familia catalán hasta la ley 10/2010, que aprobó el Libro II de dicho Código civil catalán. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, guiada por una interpretación rigorista del precepto legal, exigía así entonces, en las primeras sentencias relativas a este precepto, un requisito que ni siquiera el propio tenor literal del Código civil español llegó a requerir.

Sin embargo, a partir de la sentencia núm. 534/2011, de 14 de julio (ponente Ilma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) las resoluciones del Tribunal Supremo excluyeron que fuera necesario para obtener la compensación que se hubiera producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. Es concluyente en este sentido el Fundamento de derecho quinto de dicha sentencia: “Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el artículo 1438 será necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.” Sentándose definitivamente en el Fundamento de derecho séptimo¹⁹ de esta sentencia dicha doctrina jurisprudencial.

19. “Se sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.” (Fundamento de Derecho séptimo, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 534/2011).

Resulta esclarecedora, asimismo, la glosa relativa a las tres reglas coordinadas que se encuentran implícitamente contenidas en el artículo 1438 del Código civil y que resulta preciso tener en cuenta para apreciar si procede en cada caso la compensación prevista en este precepto legal. Véase en este sentido el Fundamento de derecho tercero de dicha sentencia del Tribunal Supremo 534/2011:

“1ª. Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2ª. Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE. 3ª. Regla. El trabajo para la casa no sólo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.”

2. Requisito de desempeñar el trabajo para la casa en régimen de exclusividad

Otro aspecto fundamental a tratar en este análisis, no exento de cierta polémica, es el relativo a saber si para el reconocimiento de la citada compensación económica del artículo 1438 del Código civil se requiere que la dedicación del cónyuge acreedor al trabajo doméstico sea «exclusiva», esto es sólo con el trabajo realizado para la casa, lo que impediría reconocer el citado derecho en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclamara hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, bien a tiempo parcial o bien en jornada completa. Es decir, se trata de saber, por tanto, si ese trabajo para la casa debe ser exclusivo, es decir en régimen de exclusividad, lo que impediría la realización profesional del cónyuge que llevara a cabo ese trabajo para la casa. Lo cual estaría en contradicción con lo establecido en el artículo 66 del Código civil (“Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”), y con los artículos 14, que proclama la igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, y 32.1 (“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”) de la Constitución española.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha mostrado alguna tímida evolución. Pues, como indica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 de noviembre (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en su Fundamento de derecho segundo: “Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral.” En las primeras sentencias

recaídas sobre la indemnización compensatoria del artículo 1438 del Código civil, el Tribunal Supremo exigía que dicha dedicación a las tareas domésticas del hogar fuera exclusiva, para apreciar más tarde el derecho a la compensación indemnizatoria, aunque se realice fuera de casa un trabajo siempre que sea equiparable a la contribución a las cargas familiares que supone el trabajo mismo para la casa, y no sea por cuenta ajena -como trabajar el cónyuge acreedor en el negocio familiar-, y ello con independencia de que se reciba ayuda en las tareas domésticas o de que se posea un importante patrimonio.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha mantenido, en definitiva, una reiterada doctrina jurisprudencial en la que ha venido exigiendo, para el reconocimiento de dicha compensación económica, que la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico fuera “exclusiva”, esto es, sólo con el trabajo realizado para la casa, lo que impedía el reconocimiento del citado derecho en aquellos supuestos en que el cónyuge que la reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa. En este sentido, es importante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 135/2015 de 26 marzo (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), la cual tomando apoyo en la sentencia de 14 de julio de 2011, tras hacerse eco, en su Fundamento de derecho segundo, de cuáles son -según la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales- las dos líneas interpretativas (literal y sistemática) que son posibles cuando se alude al requisito jurisprudencial de “sólo con el trabajo realizado para la casa” (la primera, la literal, es aquella que indica que el cónyuge acreedor debe haber realizado el trabajo para la casa y no haber desarrollado otras actividades laborales o profesionales fuera de ella; la segunda, la sistemática, es aquella que interpreta que es suficiente el trabajo para la casa del cónyuge acreedor, sin que se precise un incremento patrimonial en el cónyuge deudor), deja claro que la dedicación al trabajo para la casa del cónyuge acreedor ha de ser exclusiva:

“Es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1438 ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pero lo que ha hecho esta Sala en su sentencia de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014, es poner fin a esta controversia diciendo lo que quería decir y no lo que dice la sentencia recurrida. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, (“solo con el trabajo realizado para la casa”), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración 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, lo que se exige en la interpretación jurisprudencial del art. 1438 del Código civil es que el cónyuge acreedor no haya podido realizar una actividad laboral o profesional o no haya podido seguir una formación académica. Es decir, la jurisprudencia del Tribunal Supremo adopta un modelo indemnizatorio que tiende a resarcir al cónyuge acreedor por las oportunidades perdidas por su dedicación al trabajo para la casa en el ámbito tanto profesional como académico. Es decir, se indemniza la dedicación esencial al hogar sin poder trabajar fuera del mismo o formarse académicamente. En este sentido, es importante tener en cuenta el Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2016²⁰, en cuyo Fundamento de Derecho segundo aclara cuáles son los presupuestos para la concesión de la compensación indemnizatoria del art. 1438 del Código civil al explicar que:

“Alega la recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial según la cual contar con ayuda de terceras personas para realizar labores domésticas no es excluyente para la fijación de la indemnización, cuando, como en el caso que nos ocupa, quedó probado primero la existencia de un régimen de separación de bienes, segundo el cuidado de los hijos por la recurrente, tercero la dirección y supervisión del hogar y, cuarto la dedicación esencial al hogar sin poder trabajar fuera del mismo o formarse académicamente, presupuestos estos que hacen que sea procedente que se otorgue la indemnización solicitada.

El motivo debe ser inadmitido, ya que la recurrente parte de la premisa errónea de considerar acreditado que la dedicación a la familia habría impedido su proyección personal, y habría ayudado al otro cónyuge a ejercer su carrera profesional. Sin embargo, la sentencia recurrida hace suya la fundamentación de la sentencia de primera instancia, que sostiene en su fundamento jurídico sexto que la recurrente había tenido todas las facilidades a su disposición si deseaba desarrollarse laboralmente, sin que pueda reclamar una compensación por un supuesto trabajo en el hogar que consta que nunca realizó y que por lo tanto nunca le impidió desarrollar una faceta laboral o profesional.”

3. Realización del trabajo para la casa con la ayuda de terceros o de servicio doméstico. La dedicación al hogar debe ser exclusiva, pero no excluyente

La cuestión acerca de si se tiene derecho a tal compensación indemnizatoria del artículo 1438 del Código civil en el caso de que el cónyuge acreedor haya realizado su contribución del trabajo para la casa ayudado por terceras personas -asistido de servicio doméstico-, resulta aclarado en esta STS núm. 135/2015, en su Fundamento de derecho segundo, donde se afirma

20. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 2 de noviembre de 2016, RJ/2016/5236, Recurso de Casación 2742/2015. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

que el cónyuge acreedor tiene derecho a la compensación indemnizatoria del artículo 1438 sin que sea óbice para ello que en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio ya que:

“el hecho de que se disponga de servicio doméstico, implica la dirección de la economía doméstica, el control del trabajo realizado por las empleadas de servicio doméstico y el pago de sus retribuciones, así como la labor de supervisar y dar instrucciones a éstas sobre la forma de realizar los cometidos que se les encomiendan, y por otro, que la crianza y educación de los hijos, así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación”.

4. Realización del trabajo para la casa cuando se posee un importante patrimonio

Conviene precisar que el artículo 1438 del Código civil no discrimina por razón de la importante cuantía de su patrimonio al cónyuge acreedor que tuviere derecho a la compensación indemnizatoria. En este sentido, es interesante destacar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 de noviembre (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), cuyo supuesto de hecho lo constituía un matrimonio en el que ambos cónyuges gozaban de una elevada posición económica (“matrimonio adinerado”, que vivía en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chofer y servicio doméstico). Tanto en primera instancia como en apelación, se le niega a la esposa el derecho a percibir la compensación indemnizatoria ex artículo 1438 del Código civil. El Tribunal Supremo en el Fundamento de derecho tercero de esta sentencia 614/2015 recuerda que:

“Lo cierto es que la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chofer, pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la “dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, que difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico”. Esta Sala ha recordado que la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, “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”, como ocurre en este caso.”

5. Incompatibilidad entre el trabajo realizado para la casa y una actividad profesional fuera del hogar por cuenta ajena

Con posterioridad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado la posibilidad de compatibilizar por el cónyuge acreedor el trabajo para la casa con una actividad profesional fuera del hogar, estableciendo la incompatibilidad sólo en los casos en que se trate de trabajo por cuenta ajena. En este sentido, es fundamental la sentencia del Tribunal Supremo (Sala

de lo Civil) núm.136/2017, de 28 de febrero (ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en la cual -según su Fundamento de derecho primero- se atendió para denegar esta compensación económica a que el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena».

Precisamente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid en sentencia de fecha 30 de junio de 2021 revocaba una compensación indemnizatoria por trabajo para la casa que según la primera instancia -Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid- le correspondía a la ex esposa por valor de 61.673, 20 euros, porque había trabajado durante el matrimonio fuera de casa, a pesar de haber trabajado para la familia y el hogar común durante los 19 años de vigencia del matrimonio. En este supuesto no había existido el trabajo exclusivo (régimen de exclusividad) para la casa que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para que proceda la indemnización compensatoria del art. 1438 del Código civil.

6. Compatibilidad entre el trabajo realizado para la casa y una actividad profesional fuera del hogar cuando es en el negocio familiar

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, constituye un hito relevante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 252/2017, 26 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en donde la doctrina jurisprudencial acoge la consideración del trabajo desarrollado por el cónyuge acreedor en el negocio familiar como trabajo para la casa. En este caso, el supuesto de hecho lo constituye un matrimonio de 14 años, durante los cuales la esposa trabajó como “falsa autónoma” en el negocio del marido. Se le reconoce la indemnización del artículo 1438 del Código civil por aplicación analógica. Concretamente, en el Fundamento de derecho sexto, se apela a la necesidad de interpretar las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del Código civil), pues si bien se afirma que la regla sobre compensación contenida en el art. 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada, en la realidad social actual es preciso tener presente que:

“más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, 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”.

Así pues, en esta Sentencia núm. 252/2017 que resuelve un supuesto en el que la esposa no sólo trabajaba en el hogar, sino que además trabajaba en el negocio familiar, se establece que:

“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 art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”.

7. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 71/2015, de 6 de abril²¹: la prueba de la desigualdad peyorativa entre los esposos como necesario presupuesto

A mi parecer en este análisis resulta obligado hacer referencia a la resolución judicial de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 71/2015, de 6 de abril, pues en ella –aunque se trate de jurisprudencia menor– se contiene una serie de importantes matizaciones para interpretar adecuadamente el derecho a la compensación indemnizatoria del artículo 1438 del Código civil, pues ha de tenerse siempre en consideración que por el hecho de regirse el matrimonio por el régimen económico de separación de bienes no surge de manera automática este derecho.

A continuación, sintetizo los criterios más relevantes que, según mi criterio, aporta esta resolución judicial (Fundamento de Derecho cuarto), los cuales sientan todos ellos en su conjunto una doctrina sobre la denominada *desigualdad peyorativa*, presupuesto *sine qua non* para la procedencia del derecho a la compensación indemnizatoria:

1. No tiene que producirse incremento patrimonial, pero tampoco puede haber empobrecimiento del cónyuge deudor: “Si de acuerdo con la tesis del Tribunal Supremo no es necesario que el otro cónyuge se enriquezca también será necesario que el derecho de compensación a satisfacer no le suponga pérdidas o un empobrecimiento.”

2. El trabajo para la casa del cónyuge acreedor debe producirle a éste un quebranto en sus expectativas profesionales, y permitiendo al mismo tiempo al otro cónyuge su expansión profesional (*desigualdad peyorativa entre los cónyuges*):

“Para que proceda la compensación es preciso que la aportación con trabajo doméstico al levantamiento de las cargas del matrimonio sea sustancial con 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 dedicación a la familia y tareas del hogar en general. Y que se produzca un quebranto, para el que trabaja en el seno del hogar, de sus expectativas profesionales.”

21. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), núm. 71/2015, de 6 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Salinero Román).

3. La *desigualdad peyorativa* entre los cónyuges es el presupuesto necesario, por tanto, para que surja el derecho a la compensación indemnizatoria, y en consecuencia debe acreditarse: “El presupuesto necesario para el reconocimiento de la compensación se centra en la prueba al respecto de la desigualdad peyorativa”.

4. El trabajo para la casa del cónyuge acreedor debe suponer una *sobreaportación* (que haya sido significativamente más relevante) respecto a lo aportado económicamente por el cónyuge deudor con su actividad laboral o profesional en cuanto al cumplimiento de la obligación de ambos de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio:

“El trabajo en el hogar familiar se computará, a los fines pretendidos, cuando uno de los cónyuges ha contribuido de un modo que se revela desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge al momento de la extinción del régimen de separación. ...si dicho trabajo doméstico y asistencial no ha constituido una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares, no se justifica, entonces el derecho al reembolso económico previsto.”

5. Deberá acreditarse suficientemente la “dedicación directa, exclusiva y excluyente a favor del vínculo familiar”, sin que pueda servir para dar por demostrada esta circunstancia el que no se haya desempeñado actividad laboral alguna fuera del hogar. Habrá de probarse igualmente por parte del cónyuge reclamante la “pérdida de expectativas profesionales y económicas que le hubiesen proporcionado más recursos o tantos recursos al menos como los que pretende se le compensen por la vía del art. 1438.”

6. “Si la dedicación de ambos cónyuges a las cargas del matrimonio ha sido similar o pareja, como se trata de una indemnización compensatoria del desequilibrio basado en el trabajo dedicado al hogar familiar, al no haber tal desequilibrio en la actividad desarrollada por cada uno en el hogar desaparecería el fundamento de la compensación porque no habría nada que compensar.”

8. Criterios empleados para determinar la cuantía de la indemnización compensatoria del artículo 1438 del Código civil.

Según establece la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 noviembre (ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en su Fundamento de derecho cuarto, una de las opciones posibles para determinar la cuantía de la indemnización compensatoria es considerar el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona:

“De modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración,

aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero 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.”

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 300/2016, de 5 de mayo de 2016 (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana) señala igualmente como criterio para determinar el importe de la compensación el salario mínimo interprofesional multiplicado por el número de meses que estuvo vigente el sistema; ponderadas razonablemente las circunstancias por el tribunal de instancia. Al mismo tiempo, la jurisprudencia ha señalado que hay que tener en cuenta las pérdidas que ha podido sufrir el cónyuge “amo de casa”, como consecuencia de su dedicación al hogar y a la familia. Para ello, habrá que tener en cuenta sus posibilidades de trabajo remunerado desaprovechadas, su capacidad de ascenso o promoción en su profesión, preparación o estudios desperdiciados y su potencial de ingresos económicos que no ha podido obtener.

La Audiencia Provincial de Asturias ha indicado reiteradamente que lo correcto será aplicar los importes del SMI correspondientes a cada una de las anualidades (no el del último año) por estimarse que se ajusta más al importe real que hubiera supuesto la contratación de una tercera persona para la realización de dichas labores. Así lo estableció ya la Audiencia Provincial de Asturias en una Sentencia, de fecha 22 de abril de 2016 (Sentencia núm. 179/2016, ponente Excmo. Sr. Terán López).

En este mismo sentido, resulta de interés la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) núm. 37/2017, de 23 de enero de 2017 (ponente: Excma. Sra. Dña. Milagros Martínez Rionda), que usa como criterio el salario mínimo, pero “aplicando una reducción del 50%, en la medida en que el trabajo prestado también redundó en la satisfacción de las necesidades propias de la actora”.

En definitiva, al no determinar la norma jurídica cómo debe hacerse esta compensación económica deberá ser el Juez el que valore todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial, teniendo en cuenta en primer lugar que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que pueda ser participe el otro, y, en segundo lugar, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma. Ambas circunstancias permiten concretar la compensación atendiendo asimismo a los años de convivencia y al apoyo que el cónyuge acreedor ha tenido de terceras personas en la realización de tales menesteres. Es más,

según establece esta sentencia del Tribunal Supremo núm. 614/2015, de 25 noviembre en su Fundamento de derecho cuarto, se debe tener en cuenta en definitiva que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro. En definitiva, es el Juez el que debe determinar en última instancia, a falta de acuerdo, la cuantía de dicha compensación.

En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 357/2023, de 10 de marzo²², se resuelve un interesante supuesto en el que el ex marido había solicitado que se descontasen gastos que en beneficio de su cónyuge (adquisición de un coche, pagos para la amortización de préstamo hipotecario que grava la vivienda de la esposa, gastos de dentista, compra de un colchón, gastos de teléfono, entre otros), que había sufragado durante el matrimonio, del importe de la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa que le correspondía a su ex esposa. En el Fundamento de derecho tercero, el Alto Tribunal reconoce que “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.” Sin embargo, en este supuesto el Tribunal Supremo considera que se trata de gastos que forman parte de las necesidades ordinarias correspondientes a un momento en que no se había disuelto el régimen económico matrimonial y relacionados con la vivienda familiar, además las cuantías de tales pagos eran moderadas en atención a la diferencia de recursos económicos de ambos cónyuges.

8.1 Determinación de la cuantía según la regulación contenida en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña*²³.

Al establecerse la sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial legal supletorio de primer grado, en defecto de pacto entre los cónyuges, y al estar limitada la figura jurídica de la compensación del trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil para el régimen económico matrimonial de separación de bienes, su incidencia en la práctica no es muy amplia en los territorios de Derecho común. Pero, diferente es el panorama en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en donde el régimen económico matrimonial legal supletorio, en defecto de pacto –capitulaciones- entre los cónyuges, es el de separación de bienes. Allí, como ha señalado González del Pozo, “la pretensión de compensación llega con habitualidad a los tribunales y ha generado una acrisolada doctrina y no menos importante jurisprudencia de su Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desempeña funciones de Tribunal Supremo en esta materia dentro de dicha Comunidad.”²⁴

22. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 357/2023, de 10 de marzo (ponente: Excm. Sra. Ángeles Parra Lucán).

23. *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia* (DOGC núm. 5686, de 05/08/2010; BOE núm. 203, de 21/08/2010).

24. Juan Pablo González del Pozo, “La compensación prevista en el artículo 1438 del Código civil”, en VV.AA., *El Derecho de Familia en expansión*, (Dykinson, Madrid: 2009), 13 - 140, concretamente p. 20.

En el artículo 232-5 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia*, se regula ampliamente la denominada “compensación económica por razón de trabajo”, exigiéndose para su aplicación que se haya producido a la extinción del régimen un incremento patrimonial en el cónyuge deudor superior según lo previsto en esta regulación (artículo 232-5, apartado 1). El apartado 3 de dicho precepto legal contiene los criterios para determinar la cuantía económica de dicha compensación, indicándose que “debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.”

Para fijar el límite de dicha compensación económica habrá de calcularse previamente la diferencia entre los incrementos patrimoniales de los cónyuges, de manera que la compensación del trabajo para la casa no podrá exceder de la cuarta parte de dicha diferencia (“La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.”). No obstante, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.

IV. LA MEDIACIÓN COMO VÍA DE ALCANZAR EL ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES²⁵

Recordemos que el tercer inciso del artículo 1438 del Código civil español establece que: “El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.” El tenor literal del precepto permite el acuerdo entre los cónyuges en la determinación de la compensación del trabajo para la casa.

Incluso el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en sentencia 362/2023, de 13 de marzo²⁶, dio eficacia al pacto prematrimonial, recogido en escritura de capitulaciones matrimoniales, en el que de manera preventiva los cónyuges acordaron que, en caso de divorcio, nada se reclamarían por cualquier concepto que pudiera generarse por razón del matrimonio. En este supuesto, por tanto, el Alto Tribunal entendió que no había lugar a establecer pensión compensatoria por desequilibrio a favor de la ex esposa ni tampoco a la indemnización por el trabajo doméstico

25. Algunos de los aspectos contenidos en este epígrafe fueron expuestos por vez primera formando parte del Trabajo Fin de Curso (TFC) que presenté para superar el *Curso de Mediación Civil, Familiar y Comunitaria (válido para la inscripción en el Registro de mediadores del Ministerio de Justicia de España (4ª edición)*, organizado por el Centro Asociado de la UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia) en Teruel (España), del 28 de octubre de 2022 al 20 de abril de 2023, cuyo número de horas asignado a este curso es de 300h.

26. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 362/2023, de 13 de marzo (ponente: Excm. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán).

al amparo de lo establecido en el art. 1438 del Código civil. En la regulación del Código civil español la compensación por desequilibrio económico y la compensación por el trabajo para la casa tienen carácter disponible²⁷, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Los acuerdos sobre estos derechos, y en particular los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 90.2 del Código civil, “serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. Se introduce así con carácter excepcional, como recuerda esta sentencia 362/2023, un denominado *control de lesividad* que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. En el Fundamento de Derecho sexto de esta sentencia 362/2023, se recuerda, asimismo, que la jurisprudencia de esta Sala ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles²⁸.

Dada la compatibilidad entre la pensión compensatoria del art. 97 del Código civil y el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa del art. 1438 del mismo cuerpo legal, y debido al rigor interpretativo de los criterios hermenéuticos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar la procedencia de dicho derecho a la compensación por trabajo para el hogar común, así como la dificultad de prueba de dicha dedicación en exclusiva, a lo que además se sumaría que habitualmente el espontáneo acuerdo entre los cónyuges en esta cuestión no es fácil, podemos intuir que tal vez estemos ante un ámbito donde, debido a su naturaleza disponible, la mediación puede desplegar un interesante potencial, haciendo posible que el cónyuge deudor y el cónyuge acreedor aproximen sus posicionamientos enfrentados, y éste reciba aquello que en justicia le corresponde por haber sacrificado su vida laboral, su promoción profesional o formación académica por el bien de la familia que un tiempo fueron.

27. En el Fundamento de Derecho sexto de la STS 362/2023 se establece que: “Nos encontramos por tanto ante unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 del Código civil) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 del Código civil), en el entendido de que el orden público como límite de la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.”

28. Ello en conformidad, como recuerda esta sentencia, con el principio de libertad contractual (art. 1255 del Código civil) y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el art. 1323 del código civil, en la línea con los principios constitucionales de libertad (art. 1 CE), igualdad (art. 14 CE) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

De prescindir de la vía pacificadora de la mediación, la resolución en vía judicial de la pretensión relativa a la compensación por el trabajo para la casa, no resulta fácil de alcanzar por el cónyuge acreedor. De un lado, porque existen unos rigurosos criterios interpretativos del precepto contenido en el art. 1438 del Código civil establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que condicionan la decisión judicial, tendentes a exigir, como ya se ha explicado, la denominada *desigualdad peyorativa*, que entre otros presupuestos ha de implicar una real pérdida de expectativas laborales o profesionales y/o académicas del cónyuge acreedor. De otro, porque de no solicitarse en el mismo proceso matrimonial, el cónyuge acreedor se arriesga si solicita el reconocimiento del derecho a obtener la compensación del trabajo para la casa en un procedimiento judicial posterior a ser condenado en costas si el Juez no le estimase su pretensión.

En efecto, en relación al cauce procesal para hacer valer la pretensión del cónyuge acreedor relativa al derecho a obtener la compensación indemnizatoria del artículo 1438 del Código civil, resulta concluyente la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 94/2018, de 20 de febrero (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas), en cuyo Fundamento de Derecho primero se establece -tomando apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 678/2015- que:

“la acción relativa al art. 1438 del C. Civil, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario, pero sí posible. La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge.”

Esta sentencia 94/2018 establece, por tanto, que la acción para reclamar la compensación del artículo 1438 C.C es autónoma y, por tanto, se puede solicitar dentro de un proceso matrimonial de separación o divorcio, pero también se puede pedir de forma independiente en el proceso declarativo correspondiente. El Alto Tribunal con esta argumentación casa y declara nula la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sala 6ª) de 22 de diciembre de 2016. Había venido siendo doctrina reiterada de esta Sala de la Audiencia malagueña que la demanda de divorcio, inicial o reconventional no es el cauce para dilucidar dicha pretensión, sino que debe acudir a un juicio declarativo posterior, “pues tal petición excede del objeto del proceso de divorcio”²⁹.

29.Cristóbal Pinto, “¿Solicitud de pensión del art. 1438 CC dentro del proceso matrimonial? El tremendo “zasca” del Supremo a la Audiencia de Málaga”, 2018, accesible on line: <https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2018/03/22/solicitud-de-pension-del-art-1438-cc-dentro-del-proceso-matrimonial-el-tremendo-zasca-del-supremo-a-la-audiencia-de-malaga/#comments> (consultado 9.XII.2022).

Se ha afirmado acertadamente que uno de los inconvenientes que presenta tal precepto legal contenido en el artículo 1438 del Código civil reside en la dificultad de prueba en sede judicial de la certeza del trabajo realizado en pro de la familia. De manera que “tanto beneficia la norma (y su aplicación judicial) a la abnegada mujer de clase baja o media que en verdad trabajó duramente... como a la que frecuentó de continuo gimnasios, peluquerías y centros de belleza, mientras que una tropa de empleados del hogar...se ocupan de los fogones, los niños y de limpiar el polvo.”³⁰

En definitiva, todo ello (exigencias de los criterios interpretativos, dificultad de prueba, reticencia del cónyuge deudor a reconocer espontáneamente la dedicación a la familia por parte de su cónyuge como algo cuantificable en dinero, la posibilidad de no reconocimiento en vía jurisdiccional si se solicita en un juicio posterior y ser condenado en costas...) hace recomendable acudir a la vía de la mediación, pues parece ser el cauce más idóneo para encontrar un espacio de concurrencia entre el cónyuge acreedor y el cónyuge deudor, que permita solventar con justicia esta cuestión tan importante como es compensar adecuadamente la dedicación de uno de los cónyuges a la familia, hasta tal punto que le ha impedido desarrollarse profesionalmente, mientras que el otro cónyuge sí que ha tenido la posibilidad de evolucionar laboral o profesionalmente gracias precisamente a aquella dedicación que le ha permitido apartarse de estos quehaceres y obligaciones domésticas diarias.

Por otro lado, acudir al procedimiento de mediación para resolver esta cuestión estaría más en consonancia con las últimas reformas legislativas en la materia. Es decir, la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio* supuso la desaparición del sistema causalista, es decir la desaparición de las anteriores causas de separación y divorcio establecidas en la *Ley 30/1981, de 7 de julio*, bastando ya la voluntad libre de uno cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge. Como indica la Exposición de Motivos de esta norma, “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio.” Es más, aprobada la *Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria*, se ha reducido la función del Juez a los casos puramente jurisdiccionales, permitiéndose la materialización del divorcio o la separación de mutuo acuerdo mediante la intervención del Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) o el Notario, a elección de los cónyuges, cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada

30. Pilar Gutiérrez Santiago, “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código civil español”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (IDIBE), núm. 3 ter, diciembre, (2015): 52-88, vid. p. 56. Accesible on line: www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/4_Pilar_Gutierrez_Santiago.pdf (consultado 25.III.2023); vid. también de la misma autora: “Disfunciones en la interpretación jurisprudencia 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”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17, 538-599.

judicialmente que dependan de sus progenitores. Así pues, actualmente el divorcio o la separación de mutuo acuerdo pueden instrumentarse mediante sentencia judicial, formulación de convenio ante el secretario judicial o escritura pública notarial. Estas reformas han dado lugar, en definitiva, a un nuevo entendimiento de la institución del matrimonio, donde la comunidad de vida de los esposos puede fácilmente llegar a su fin, de manera libremente decidida ya sea de común acuerdo o por la sencilla voluntad de uno, sin tener que alegar una causa concreta y sin acudir a un complejo procedimiento judicial.

La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes puede realizarse, de mutuo acuerdo, en el mismo momento del divorcio, separación o nulidad, en el convenio regulador, o, si es de manera contenciosa, en un proceso posterior específico de liquidación. En este último caso el procedimiento será largo y costoso debido a la falta de acuerdo entre las partes. La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial se producirá en defecto de acuerdo entre los consortes, siguiendo el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 806 a 811.

Es preferible, por tanto, proceder de mutuo acuerdo. En el convenio regulador (art. 90 del Código civil) deberán contenerse los acuerdos de los cónyuges relativos a la custodia de los hijos, el uso que se hará de la vivienda habitual, la pensión de alimentos en favor de los hijos comunes, el régimen de visitas del progenitor no custodio respecto de los hijos comunes, la posible pensión compensatoria y, en definitiva, todos los aspectos que sean necesarios regular tras la ruptura, como por ejemplo el derecho a la compensación por trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil.

Pudieran establecerse, en este caso, haciendo un mero esbozo, las fases generales del procedimiento de mediación³¹ para determinar el derecho a la compensación por trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil, donde sus actores serían los cónyuges, cuyos intereses se oponen, pero aceptan voluntariamente someter este asunto a mediación y el mediador, bajo cuya guía y orientación los cónyuges podrían alcanzar un acuerdo en este sentido sobre su reconocimiento y cuantía:

1) Conflicto: situación de desavenencia. Los cónyuges no se ponen de acuerdo en la percepción y determinación de la compensación del trabajo para la casa. El cónyuge deudor no está de acuerdo en abonarla. El cónyuge acreedor exige su derecho por el tiempo de su dedicación en exclusiva a la familia que le impidió su formación académica y/o promoción profesional. Motivo por el cual, tras el divorcio, le resultará difícil, o imposible, acceder al mercado laboral.

31. *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012).

2) **Premediación:** se trata de entrevistas individuales del mediador con cada cónyuge. Donde se le explica a cada uno qué es la mediación y cuáles son las reglas de juego. Se les indica que durante el proceso de mediación deberán hablar en primera persona, respetar el turno de palabra, y guardar la confidencialidad. En esta entrevista cada cónyuge debe exponer su versión de la situación que viven de falta de acuerdo o disenso.

3) **Inicio de la mediación:** Se han de recordar las reglas de juego. El trato debe ser correcto y respetuoso. Se recuerda la importancia de guardar la confidencialidad. La mediación propiamente dicha cuenta con varias etapas o fases:

a) **CUÉNTAME:** los cónyuges se sientan frente a frente, y cada uno explica el problema, da su versión. Ofrece cada uno su punto de vista.

b) **ACLARAR EL PROBLEMA:** se trata de averiguar por qué ha surgido la falta de acuerdo, y unificar las posturas enfrentadas. El cónyuge deudor deberá darse cuenta del tiempo y esfuerzo que supuso la dedicación en exclusiva del otro cónyuge a la familia y cómo ello influyó negativamente en su formación académica y/o desarrollo profesional, mientras que él sí que obtuvo un tiempo que le resultó fructífero, y la tranquilidad necesaria, para que pudiera dedicarse sin asumir obligaciones de tipo doméstico a sus actividades profesionales y/o de negocios.

c) **SENTIMIENTOS:** cada cónyuge debe exponer cómo se siente, y cómo está viviendo esta situación de falta de acuerdo.

d) **PROPONER SOLUCIONES e IDENTIFICACIÓN DE INTERESES DE LAS PARTES:** ambos cónyuges deben proponer soluciones. Se propone la empatía y la cooperación. Ambos cónyuges deben crear opciones o vías de solución (CAUCUS propiamente dicho).

e) **PACTOS:** los cónyuges llegan a unos pactos que son satisfactorios para ambos, y que pacifican su controversia. Respecto a la cuantía económica de la compensación por trabajo para la casa, no sería inoportuno tener presente con carácter orientativo los criterios establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 232-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, que establece:

“3. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.

4. La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con

las reglas establecidas por el artículo 232-6. Sin embargo, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.”

Vemos, por tanto, como en el régimen jurídico civil de Cataluña se contemplan ciertas reglas de cálculo, así como un límite cuantitativo a dicha compensación por el trabajo realizado para la casa, que pudieran resultar de gran utilidad, siempre con un carácter orientativo para guiar un caso de mediación que decidiera estos aspectos.

4) Cierre de la mediación: las partes formalizan por escrito sus acuerdos, ambas firman el acta, junto con el mediador. Las partes se comprometen a cumplir lo pactado. Básicamente el acuerdo debe ser que el cónyuge deudor reconozca el derecho del cónyuge acreedor a percibir la compensación del trabajo para la casa, y lleguen a pactar una cuantía que ambas partes acepten. De esta manera se da sentido al precepto constitucional que establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.” (art. 32.1 CE).

El acuerdo sobre el derecho a la compensación, alcanzado por los cónyuges a través de la mediación formará parte del convenio regulador, que será homologado por el Juez (“Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”, según art. 90.2 párr. 1º, del Código civil).

Téngase presente que la mediación, también aquí en los casos de crisis matrimonial y de liquidación del régimen económico del matrimonio, trata de seguir los cauces de un *modelo transformativo*, que va más allá de las pretensiones de los modelos circular-narrativo, y lineal de Harvard. Es decir, dentro del *modelo transformativo* destaca el empoderamiento, entendido como capacidad que tenemos las personas para afrontar las dificultades y resolver conflictos; y el reconocimiento, en el sentido de que cada parte debe asumir su responsabilidad dentro del conflicto, y ser capaz de comprender la situación de la otra parte. Este modelo se centra, en definitiva, en la mejora de las relaciones humanas, dejando en segundo plano la consecución de acuerdos, siendo la disputa una oportunidad de crecimiento y mejora en las relaciones entre las partes. Especialmente importante, si se trata de excónyuges con hijos en común.

V. ALGUNAS REFLEXIONES DE DERECHO COMPARADO

En el ámbito del Derecho Comparado, procede indicar que tanto el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) o Código civil alemán, como el *Code* civil francés, el *Código civile* italiano y el *Código civil portugués* admiten la computación del trabajo doméstico de uno de los cónyuges como contribución al levantamiento de las cargas familiares.

De acuerdo con el Código civil italiano³², hay dos tipos de régimen económico matrimonial en Italia: el régimen de comunidad de bienes y el régimen de separación de bienes. De conformidad con el artículo 159 del Código civil italiano, en ausencia de un acuerdo entre los cónyuges, el régimen económico matrimonial será de comunidad de bienes. Por tanto, la elección del régimen de separación de bienes debe realizarse, bajo pena de nulidad, mediante un acuerdo en documento público en presencia de dos testigos y firmado en presencia de un notario. La elección del régimen de separación de bienes también podrá realizarse en el acta de celebración del matrimonio (art. 162 Código civil).

En el Código civil italiano el régimen de separación de bienes se regula en los artículos 215 a 230. No se contempla una compensación indemnizatoria similar a la del artículo 1438 del Código civil español, pero sí se trata de un modo de contribuir a las necesidades de la familia (*bisogni della famiglia*), tal como se establece en el párrafo tercero del artículo 143 (Capítulo IV, Título VI, Libro I) del Código civil italiano, donde puede leerse que “ambos cónyuges deben contribuir a las necesidades de la familia, cada uno en relación con sus activos y su capacidad para trabajar profesionalmente o en casa.”³³ Según Ribera Blanes, la igualdad de los cónyuges se traduce en términos de equivalencia, es decir se establece aquí una equivalencia entre el trabajo profesional y doméstico, pues se quiere evitar que la falta de prestación de trabajo extra-doméstico por parte de uno de los cónyuges pueda conllevar la infracción del deber de contribuir a las cargas del matrimonio. Es decir, se trata de reconocer la equivalente dignidad del trabajo doméstico respecto a cualquier otro, atribuyéndole una relevancia económica y jurídica³⁴.

En el Derecho alemán, la temática relativa al Derecho de familia se regula en el Libro IV del *Bürgerliches Gesetzbuch*³⁵ (BGB). La *comunidad de ganancias acumuladas* es el régimen económico matrimonial legal por defecto de pacto entre los cónyuges, y consiste en una separación de bienes, de manera que los bienes de los cónyuges no pasan a ser bienes gananciales, no forman un patrimonio común. La ley permite también optar por otros regímenes matrimoniales como la separación de bienes (parágrafo 1414 del BGB) o el de comunidad de bienes (parágrafo 1415 del BGB).

En el parágrafo 1378 del BGB se regula el denominado *crédito de participación*, por el cual, si las ganancias de un cónyuge son mayores que las del otro, le corresponde a este último la

32. *Codice Civile Italiano*, RD 16 marzo 1942, n. 262 “Approvazione del testo del Codice Civile, pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale”, n. 79 del 4 aprile 1942. Accesible on line: www.jus.unittn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html (consultado 2.IX.2022).

33. “Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.” (Art. 143, párrafo tercero).

34. Begoña Ribera Blanes, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004):45.

35. *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código civil*. Traducción de Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, (Madrid: 2013).

mitad del exceso como crédito de participación. La cuantía del crédito de participación resulta limitada por el valor del patrimonio a la extinción del régimen de bienes, una vez deducidas las obligaciones. El crédito de participación nace en el momento de la extinción del régimen de bienes y desde entonces es transmisible por causa de muerte e inter vivos. El crédito de participación prescribe en tres años, el plazo comienza en el momento en que el cónyuge conoce la extinción del régimen de separación de bienes.

En todo caso, el crédito prescribe como máximo a los treinta años de la extinción del régimen de bienes (parágrafo 1378 BGB). Es decir, el derecho de indemnización surge cuando termina el régimen económico matrimonial y es heredable y transferible a partir de ese momento.

Por tanto, en virtud del *régimen económico matrimonial de ganancias acumuladas*, puede uno de los cónyuges reclamar una compensación. Es decir, el cónyuge cuyas ganancias acumuladas durante el curso del matrimonio superen las ganancias del otro cónyuge está obligado a pagar la mitad del exceso a este. Las ganancias individuales se calculan deduciendo el patrimonio inicial del final. La igualación que un cónyuge puede reclamar está limitada al patrimonio existente de dicho cónyuge tras la deducción de las deudas. Así, las ganancias acumuladas que los cónyuges adquieran en el matrimonio se igualan si se da por concluida la comunidad de ganancias acumuladas (parágrafo 1363.2 BGB). Sin embargo, en virtud del régimen de separación de bienes, no existe igualación de ganancias acumuladas.

Pero, en referencia al objeto central de esta exposición, es preciso recordar que es en el parágrafo 1360 del BGB donde aparece la referencia a las cargas de la familia. El término utilizado es el de *Familienunterhalt*. En virtud de este precepto los dos cónyuges están obligados al sostenimiento de la familia, sin que ello implique que sus contribuciones tienen que ser idénticas. Según Ribera Blanes, en el mantenimiento de la familia “se integran tres tipos de conceptos: los gastos del hogar, las necesidades personales de los cónyuges y las exigencias vitales de los hijos comunes.”³⁶

En el Derecho civil francés, el artículo 1400 de su Código civil³⁷ dispone que, a falta de contrato matrimonial, los cónyuges quedan sujetos al régimen de comunidad regulado en los artículos siguientes. El artículo 1387 establece el principio de libertad de los cónyuges con respecto a la regulación de sus relaciones conyugales. Los cónyuges pueden optar por una comunidad convencional (art. 1497 y ss.); comunidad universal, conforme a la cual todos los bienes y deudas se comparten (art. 1526); separación de bienes, conforme a la cual no existe

36. Begoña Ribera Blanes, op. cit. 33

37. *Código civil francés*, Edición bilingüe. Traducción de Álvaro Núñez Iglesias. Estudio Preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias. Prólogo de Antonio Garrigues Walker y Coordinación de Rafael Domingo (Madrid: Marcial Pons, 2005).

comunidad (art. 1536 y ss); régimen de participación en ganancias, conforme a la cual no existe comunidad pero cada cónyuge tiene derecho a recibir una compensación monetaria en caso de divorcio o fallecimiento en el supuesto de que hubiera acumulado menos riqueza que el otro cónyuge durante el matrimonio (art. 1569 y ss). Para el caso³⁸ en que los cónyuges no establezcan un régimen mediante las correspondientes capitulaciones, que deberá ser uno de los previstos en el Código, o que no excluyan el régimen legal previsto que es el de comunidad o lo modifiquen mediante pactos, entrarán en juego las reglas establecidas en la primera parte del capítulo II que formarán el Derecho común de Francia, según lo prescrito en el artículo 1393. Téngase presente que todas las capitulaciones se otorgarán en documento público notarial, en presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas que sean parte en ellas o sus representantes (art. 1394).

En cualquier caso, los cónyuges nunca pueden excluir la aplicación del régimen primario (arts. 212 y ss), que se aplica por el mero hecho del matrimonio (art. 226). Dentro de estos preceptos de derecho matrimonial primario, de obligada aplicación, sea cual sea el régimen económico que rija el matrimonio, merece destacarse el artículo 213 del Código civil francés que establece que “los esposos juntos aseguran la dirección moral y material de la familia. Proporcionan la educación de los niños y preparan su futuro”, así como el 223 que dispone que “cada cónyuge puede ejercer libremente una profesión, cobrar sus ganancias y salarios y disponer de ellos después de haber pagado los gastos del matrimonio.”³⁹

En el Código civil francés el término empleado es *charges du mariage* tal como aparece en el artículo 223 citado, así como en el artículo 214, el cual configura el principio de contribuir a las cargas del matrimonio estableciendo que si los convenios matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a los gastos del matrimonio, lo aportarán en proporción a sus respectivas facultades⁴⁰, y si uno de los cónyuges no cumple con sus obligaciones, el otro podrá obligarlo a hacerlo en las formas previstas en el Código de procedimiento civil. Como afirma Ribera Blanes, el artículo 214 supone la prolongación y determinación de la referencia hecha por el artículo 213 al concepto de familia, es decir “el legislador indica mediante este texto su voluntad de imponer a los cónyuges, en calidad de efectos directos del matrimonio, un funcionamiento de tipo comunitario para todo lo que se refiera al mantenimiento de la familia y a la educación de los hijos, aunque el régimen matrimonial elegido sea el de separación de

38. Lucía Rozalén Creus, “Régimen económico y pactos matrimoniales en el Derecho Comparado europeo”, en *Cuestiones de Interés Jurídico*, (Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), mayo 2019) 21 páginas. Accesible on line: www.idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/regimen-economico-pactos-matrimoniales-derecho-comparado-europeo/ (consultado 31.VIII.2020).

39. Article 223: “Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s’être acquitté des charges du mariage.”

40. Article 214.1: “Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.”

bienes. De este modo, se impone a los cónyuges la constitución de una comunidad económica: la contribución a las cargas se traduce en la obligación de los dos cónyuges encargados de la dirección material de la familia, de alimentar y mantener a los hijos, de constituir juntos un fondo común de rentas destinadas precisamente a la vida material de la comunidad familiar.”⁴¹

En el Derecho portugués es preciso mencionar el artículo 1676⁴² del Código civil⁴³, en donde se establece que el deber de contribuir a las cargas de la vida familiar recae en ambos cónyuges, según las posibilidades de cada uno, ya sea por asignación de sus recursos a esas cargas, ya sea por el trabajo dedicado al hogar y la educación de los hijos, regulándose un *crédito compensatorio*. Ahora bien, si la contribución de uno de los cónyuges a los costos de la vida familiar excede la parte que le correspondería según los términos del párrafo anterior, porque ha renunciado excesivamente a la satisfacción de sus intereses en favor de la vida en común, tiene derecho ese cónyuge a exigir del otro la *indemnización* correspondiente, otro lado, si no se paga la contribución debida, cualquiera de los cónyuges puede exigir judicialmente que se le entregue la parte de ingresos o ganancias del otro cónyuge que determine el Tribunal.

Conviene realizar una breve referencia al Reglamento UE 2016/1103, de 24 de junio. El Reglamento UE 2016/1103, de 24 de junio⁴⁴ de régimen económico matrimonial, que entró en vigor el 29 de enero de 2019, supone un avance en la uniformización del Derecho de Familia en la Unión Europea, en una materia donde existen diferencias de regulación en los distintos Estados miembros. Este Reglamento de régimen económico matrimonial ha sido adoptado por el mecanismo de la cooperación reforzada del artículo 329.1 del TFUE y son 18 los Estados de la Unión Europea que han participado en el mismo. Sin embargo, el texto está abierto a la firma del resto de los Estados miembros de la Unión. Como explica J. Rodríguez⁴⁵,

41. Begoña Ribera Blanes, op. cit. 25.

42. Artigo 1676:

“1. O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, presume-se a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação.

3. Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.”

43. El Código civil portugués fue aprobado por el Decreto-Ley núm. 47344, de 25 de noviembre de 1966, entrando en vigor el 1 de junio de 1967. Ha tenido revisiones posteriores, tal es el caso de la actualización operada por la Ley 59/1999 de 30 de junio.

44. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (DOUE núm. 183, de 8 de julio).

45. Juliana Rodríguez Rodrigo, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 33-34.

el Reglamento, si bien se aplica a las demandas interpuestas a partir del 29 de enero 2019, si el asunto se refiere a un matrimonio celebrado con anterioridad a esa fecha el Juez competente no puede aplicarlo para determinar el Derecho regulador del régimen económico matrimonial; deberá acudir en este caso a las normas de conflicto existentes en su ordenamiento, que en el caso del ordenamiento jurídico español son los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil.

En consonancia con este Reglamento 2016/1103, los cónyuges o futuros cónyuges pueden elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, para impedir que la ley elegida guarde poca relación con la situación real de los cónyuges, la ley elegida deberá ser la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de los cónyuges o futuros cónyuges o de uno de ellos⁴⁶.

Si en los países mencionados dentro del ámbito europeo se regula el trabajo para la casa como contribución a las cargas del matrimonio, y sólo en algunos casos genera una indemnización, ya se denomine *crédito de participación* (Alemania) o *crédito de compensación* (Portugal), con el fin de igualar los patrimonios de ambos cónyuges, es decir igualar la posición económica del cónyuge que ha desempeñado una profesión con la posición del que ha trabajado para la casa, mencionan también, fuera del continente europeo, los casos de países como Chile, Argentina, México y Perú, en cuyos ordenamientos jurídicos encontramos interesantes peculiaridades al respecto. Es en el ordenamiento jurídico de México donde se regula la figura de un porcentaje de restitución que deberá percibir aquel cónyuge que se haya dedicado al cuidado del hogar y de la familia, ya sea trabajando exclusivamente en casa o compatibilizando su labor en el hogar con un trabajo fuera, normalmente de escaso sueldo y con pocos derechos o garantías laborales.

En efecto, fuera de nuestro entorno europeo, también encontramos la institución jurídica de la compensación por trabajo para la casa. Por ejemplo, en **Chile**, en el artículo 61⁴⁷ de la Nueva Ley del Matrimonio Civil (Ley 19947, de 7 de mayo de 2004)⁴⁸ se regula la figura de la compensación económica como consecuencia de haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. En el artículo 62, párrafo

46. María Inmaculada Espiñeira Soto, “Regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 83, accesible on line: www.elnotario.es (consultado 5/IX/2023).

47. Artículo 61: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o de las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.”

48. Ley 19947, de 7 de mayo de 2004, Nueva Ley del Matrimonio Civil. Publicada el 17 de mayo de 2004. Última actualización por la Ley 21120 de 10 de diciembre de 2018. Esta norma sustituye la Ley de matrimonio Civil de 10 de enero de 1884. Accesible on line en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128 (consultada a 31.IX.2022).

primero, del mismo cuerpo normativo se establecen los criterios para determinar la cuantía de la compensación⁴⁹. En definitiva, como señala Lepin Molina⁵⁰, esta norma jurídica -Ley 19947, de 7 de mayo de 2004- incorporó por primera vez en la legislación chilena el *divorcio vincular*, incorporándose también el derecho a la compensación económica en los artículos 61 a 66, y con ello surge la preocupación por proteger al cónyuge que al momento de la ruptura queda en una precaria situación económica, es decir el principio de protección al cónyuge más débil.

A mi parecer se trata de una figura jurídica semejante a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil español, aunque próxima a la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa del artículo 1438 del mismo cuerpo legal.

En **Argentina**, el trabajo para el hogar tiene un valor económico, resultando ser una aportación al sostenimiento de la familia. En el artículo 455 del Código civil y Comercial de la Nación⁵¹, se regula el deber de los cónyuges de contribuir a los gastos de la familia, estableciéndose que: “Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos.” Y se añade que: “El cónyuge que no dé cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es compatible como contribución a las cargas.” Existen dos tipos de regímenes patrimoniales en el matrimonio: el régimen de comunidad de bienes o gananciales y el de separación de bienes. Si no hay elección, el matrimonio se rige por el régimen de comunidad de bienes. En los arts. 505 y siguientes del mismo cuerpo legal se regula el régimen de separación de bienes, y concretamente en el art. 441 se regula la compensación económica como efecto del divorcio⁵². En dicho art. 441 Código civil se establece que: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por

49. Artículo 62: “Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.”

50. Cristian Lepin Molina, “El Principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. (2013):2, 513-548, vid. 513-514.

51. *Código Civil y Comercial de la Nación*, fecha de sanción 1.10. 2014, y publicado en el Boletín Nacional de 8 de octubre de 2014.

52. Mercedes Robba, y Romina LERUSSI; “Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídico-feminista”, en *Revista Ius et Praxis*, año 24, Núm. 2, (2018): 593-618.

plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.” En este caso estamos ante la figura de la pensión compensatoria, que en el Código civil español se regula en el art. 97, y que trata de compensar el desequilibrio económico que provoca la separación o divorcio.

En **México**, la Cámara de Diputados aprobó a comienzos del año 2022 una reforma para proteger en caso de divorcio a las mujeres que se han dedicado por completo durante el matrimonio al cuidado de los hijos, marido y hogar, renunciando a una actividad laboral o profesional, mientras que el esposo puede realizarse profesionalmente o fructificar con éxito en sus negocios. La mujer en esta situación, con ocasión del divorcio, se enfrenta a la compleja tarea de buscar un empleo sin contar con una formación académica o una experiencia laboral previa, pues volcó todos sus esfuerzos en el cuidado de la familia. Verdaderamente, la esposa en esta situación carece de medios de supervivencia. Por mayoría, el pleno de la Cámara Baja aprobó una reforma del Código Civil Federal⁵³, mediante la que se pretende dar cumplimiento al principio de igualdad de derechos. Así, se aprobó modificar el artículo 273 del Código Civil Federal, para que en el convenio de divorcio se establezca un *porcentaje de restitución*. Es muy interesante poner de manifiesto que en esta legislación también se contempla la percepción de tal restitución en los casos en que la esposa haya desempeñado alguna actividad laboral fuera del hogar y no se ciñe al régimen de separación de bienes, pues en realidad se inserta en el mercado laboral en condiciones desfavorables porque tienen la carga del trabajo doméstico, acogiéndose a empleos flexibles, donde los salarios son bajos sin prestaciones sociales o incluso sin Seguridad social. En definitiva, es una cuestión de justicia social, pues como bien se ha afirmado las mujeres generan riqueza con su trabajo al sostener la vida cotidiana. Corresponderá al juez de familia, examinar caso por caso, y fijar el porcentaje de la compensación.

En **Perú**, en términos generales no existe la figura de la pensión compensatoria por divorcio, salvo en el *divorcio causal*, en que procede una compensación económica. Es decir, el cónyuge inocente puede recibir un monto único en concepto de indemnización por daño moral, pero no una pensión. Mientras en el *divorcio convencional*, aquel basado en la voluntad de los cónyuges, resulta improcedente solicitar una compensación económica. Por tanto, para que proceda una compensación económica por divorcio, han de concurrir dos condiciones: primero, que la compensación económica sea solicitada por el cónyuge inocente; y segundo, que exista un perjuicio grave contra el cónyuge inocente, es decir, que los hechos que hayan determinado el divorcio comprometan gravemente el legítimo interés personal del cónyuge.

Asimismo, aunque por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer, está regulada, para el divorcio causal, la pensión alimenticia en el art. 350, párrafo segundo del

53. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 11-01-2021

Código Civil peruano⁵⁴: “Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de garantías suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvertir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.” Dicha pensión compensatoria puede establecerse de común acuerdo por los cónyuges o por el juez en sentencia tras un proceso de divorcio contencioso.

En cualquier caso, no se regula una figura semejante a la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa en la extinción del régimen de separación de bienes. No obstante, según estudios estadísticos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la mayor parte de las parejas que contraen matrimonio, lo hacen bajo el régimen de separación de bienes o separación de patrimonios, y el mayor número de dichas parejas se da en Lima. En este régimen económico matrimonial, que inicia su vigencia desde su inscripción ante la SUNARP, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, evitando que las deudas de un cónyuge afecten al otro (art. 328 del Código Civil peruano). Se realiza antes de celebrarse el matrimonio civil, aunque también puede elegirse después (sustitución del régimen patrimonial). Se realiza mediante el otorgamiento de escritura pública.

En defecto, de la elección del régimen de separación de bienes, rige la sociedad de gananciales. En cualquier caso, sea cual sea el régimen económico que rija el matrimonio, existe la obligación mutua de los cónyuges de sostener económicamente el hogar (art. 300 del Código civil peruano).

VI. CONCLUSIONES

El art. 1438 del Código civil español fue introducido en dicho cuerpo legal por la reforma producida 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*. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de las Audiencias Provinciales, la que ha ido concretando y determinando tal precepto legal que hace del trabajo para la casa no sólo una contribución a las cargas del matrimonio, sino un título para adquirir una compensación indemnizatoria que trata de reparar la dedicación al hogar del cónyuge acreedor, que le ha impedido obtener una formación académica o acceder a una promoción profesional por dedicar todo su tiempo a cuidar de la casa y de la familia.

54. *Código Civil peruano* (Decreto Legislativo 295). Promulgado el 24 de julio de 1984. Al día siguiente fue publicado en el diario oficial El Peruano. Entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año. El Código Civil ha sufrido diversas modificaciones. La última de ellas fue la publicación de la Ley 31643, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2022, que modificó los artículos 248, 250, 252, 253, 256, 258, 259, 260, 265 y 266; para darle facultad a los notarios para celebrar matrimonios civiles.

El precepto es bienintencionado en su finalidad, pues trata de reparar el desequilibrio que se ocasiona a la extinción del régimen de separación de bienes, pues en este régimen económico matrimonial cada uno de los cónyuges conservan sus bienes propios, por lo que el cónyuge que no ha podido desarrollarse académica o profesionalmente queda en una posición de desventaja y de agravio comparativo respecto del otro cónyuge que ha tenido el tiempo y la tranquilidad para dedicarse a sus negocios o actividades profesionales liberado de tareas domésticas. Esta situación de vulnerabilidad del cónyuge que se ha dedicado al trabajo para la casa no se produce en el régimen económico matrimonial de gananciales, donde tras liquidarse dicho régimen los cónyuges reparten la masa común de bienes por mitad, ni en el régimen económico matrimonial de participación, en el que cónyuge que menor incremento patrimonial ha obtenido participa en las ganancias obtenidas por su cónyuge a la hora de la liquidación de dicho régimen.

Sin embargo, ocurre que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no admite la concesión de semejante compensación indemnizatoria del art. 1438 del Código civil para los casos en que el cónyuge que se dedique al cuidado del hogar y de los hijos desempeñe también una actividad profesional fuera de casa. Lo cual resulta poco coherente con la realidad social actual, donde el cónyuge dedicado a la familia -normalmente es la mujer la que se ocupa del hogar y del cuidado de los hijos- trata de conciliar con gran esfuerzo ambas facetas, sin que ello se considere sobreaportación a las cargas del matrimonio, y no entrando, por tanto, en el supuesto de hecho del precepto legal según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En tales supuestos, es claro que el precepto legal del art. 1438 del Código civil no está siendo interpretado en función de los criterios hermenéuticos del art. 3 del mismo cuerpo legal, en concreto no se está teniendo en cuenta el criterio de carácter sociológico, que se refiere a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, ni se están respetando principios constitucionales como el de igualdad o no discriminación por razón de sexo, ni el contenido axiológico propio del Estado constitucional de Derecho, donde la interpretación de las normas jurídicas ha de ser no cognoscitiva sino atributiva de sentido, y donde interpretar supone *esclarecer y poner en vigencia la norma jurídica*.

Puede resultar pertinente, por tanto, la utilización del procedimiento de mediación en la determinación de la compensación indemnizatoria del trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil, a la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Dicha pertinencia viene marcada por la dificultad que supone hacer valer dicha pretensión en sede jurisdiccional, pues la decisión judicial vendrá condicionada por el rigor y tecnicismo de unos criterios jurisprudenciales de interpretación establecidos por el Tribunal Supremo, que tienden a subrayar como requisito la desigualdad peyorativa en relación al cónyuge acreedor, que es quien se encontraría en una situación de más vulnerabilidad, y por la dificultad de prueba orientada a demostrar la dedicación al hogar y a la familia en régimen de exclusividad por dicho cónyuge acreedor, y el perjuicio sufrido al mismo tiempo en su formación académica y/o desarrollo profesional.

Guiados por la habilidad técnica y la formación específica de un mediador, los cónyuges pueden llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes en este sentido. El cónyuge deudor deberá reconocer cómo esa dedicación al hogar y a la familia en exclusividad ha supuesto un beneficio para él -y los hijos, si los hubiere- en cuanto que le ha permitido desarrollarse profesionalmente, pero ha perjudicado académica, laboral y/o profesionalmente a su cónyuge (cónyuge acreedor), mientras que a él (cónyuge deudor) le ha permitido realizarse en su vida laboral y/o en sus negocios sin obligaciones de tipo doméstico que atender y cumplir a diario, y que es, por tanto, de justicia y equidad que aquel reciba la compensación que le corresponda por el tiempo que dedicó a la familia, mientras perdía expectativas profesionales.

Los cónyuges, a través del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación, y por ser una materia de carácter disponible -pues el Código civil admite la posibilidad de acuerdo entre los cónyuges, sólo en defecto de tal acuerdo decide el órgano jurisdiccional-podrán situarse más allá de la estrechez de los criterios marcados por el Tribunal Supremo y superar esa dificultad de prueba, porque en sus manos está decidir sobre algo que tan sólo a ellos atañe y que conocen mejor que nadie, que es, en esencia, cómo ha sido su vida familiar y las obligaciones y sacrificios que ha comportado.

De esta manera, el acuerdo de los cónyuges obtenido en el procedimiento de mediación podrá dar pleno sentido a lo establecido en el art. 32.1 de la Constitución española, esto es “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Además, mediante su acuerdo podrán salvar toda situación de discriminación, que se haya producido; mientras que, en vía jurisdiccional se produce discriminación cuando se niega la percepción de tal compensación al cónyuge que habiendo desempeñado una actividad profesional fuera de casa también se ha dedicado a cuidar de la familia y del hogar, compatibilizando ambas tareas con sumo esfuerzo.

Para la determinación de la cuantía de tal compensación por trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil podrían los cónyuges, con la ayuda del mediador, hacer uso con carácter orientativo de los criterios contenidos en los apartados 3 y 4 del artículo 232-5 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña*.

En definitiva, la mediación, en los casos de crisis matrimonial y de liquidación del régimen económico del matrimonio, trata de seguir los cauces de un modelo transformativo, que va más allá de las pretensiones de los modelos circular-narrativo, y lineal de Harvard, destacándose el empoderamiento, entendido como capacidad que tenemos las personas para afrontar las dificultades y resolver conflictos; y el reconocimiento, en el sentido de que cada parte debe asumir su responsabilidad dentro del conflicto, y ser capaz de comprender la situación de la otra parte. Este modelo se centra, en definitiva, en la mejora de las relaciones humanas, dejando en segundo plano la consecución de acuerdos, siendo la disputa una oportunidad de

crecimiento y mejora en las relaciones entre las partes. Algo especialmente importante, cuando los excónyuges tienen hijos menores en común.

REFERENCIAS

Bibliografía, normativa legal, resoluciones judiciales y enlaces de interés.

- Arrébola Blanco, Adrián. *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, prólogo de C. de Amunátegui Rodríguez. Madrid:Reus, Madrid: 2019.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence determined*, Edited by Wilfrid E. Rumble, Vassar College. New York: Cambridge University Press, december 1995.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511521546>
- Barberis, Mauro. *Ética para juristas*, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres ed. Valencia: 1980.
- Castro CID, Benito De. “El retorno a la racionalidad práctica”. En *Manual de Filosofía del Derecho*, N. Martínez Morán (coordinador), 85-97. Madrid: Editorial Universitas, 2013.
- *Código Civil Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 11-01-2021
- *Codice Civile Italiano. RD 16 marzo 1942, n. 262* Approvazione del testo del Codice Civile, pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942. Accesible on line:
www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/home.html
(consultado 2.IX.2022).
- *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código civil*. Traducción de Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- *Código Civil francés*. Edición bilingüe. Traducción de Álvaro Núñez Iglesias. Estudio Preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias. Prólogo de Antonio Garrigues Walker y Coordinación de Rafael Domingo. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- *Código Civil portugués*, aprobado por el Decreto-Ley núm. 47344, de 25 de noviembre de 1966.

- *Código Civil y Comercial de la Nación*, Argentina, fecha de sanción 1.10. 2014, y publicado en el Boletín Nacional de 8 de octubre de 2014.
- *Código Civil federal México: Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 11-01-2021
- *Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295)*. Promulgado el 24 de julio de 1984. Al día siguiente fue publicado en el diario oficial El Peruano. Entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año. El Código Civil ha sufrido diversas modificaciones. La última de ellas fue la publicación de la Ley 31643, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2022, que modificó los artículos 248, 250, 252, 253, 256, 258, 259, 260, 265 y 266; para darle facultad a los notarios para celebrar matrimonios civiles.
- *Constitución española* (BOE núm. 311, de 29/XII/1978).
- *Constitución Política del Perú*, promulgada el 29 de diciembre de 1993, (16ª edic. oficial, actualizada a 28 de septiembre de 2022).
- Espiñeira Soto. María Inmaculada. “Regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 83, accesible on line: www.elnotario.es (consultado 5/ IX/2023).
- García-Valdecasas, G. *La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la Ciencia jurídica*. Discurso de Apertura, Universidad de Granada, Curso MCMLXXIMCMLXXII, Secretariado de Granada: Publicaciones de la Universidad de Granada, 1971.
- Gómez García, Juan Antonio. “La crisis del positivismo y el retorno a la razón práctica”, en VV.AA., *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*, J.L. Muñoz De Baena Simón y J.C. Utrera García (Coordinadores), Sínderesis, UNED, 57-71 Madrid: 2019.
- González del Pozo, Juan Pablo. “La compensación prevista en el artículo 1438 del Código civil”, en VV.AA., *El Derecho de Familia en expansión*, Dykinson, 13-140. Madrid: 2009.
- Gutiérrez Santiago, Pilar. “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código civil español”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana (IDIBE)*, núm. 3 ter, (diciembre, 2015): 52-88, vid. 56.

Accesible on line: www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/4_Pilar_Gutierrez_Santiago.pdf (consultado 25.III.2023).

- Gutiérrez Santiago, Pilar. “Disfunciones en la interpretación jurisprudencia 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”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17, 538-599.
- Lalaguna Domínguez, Enrique. *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*. Prólogo de L. Díez-Picazo, Aranzadi, Pamplona, 1969.
- Lepin Molina, Cristian, “El Principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 2 (2013): 513-548. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000200007>
- Lerminier, E., *Introduction générale a l'histoire du Droit*, Seconde edition, Chamerot, Libraire París: Éditeur, Alex-Gobelet, Libraire, París.
- *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio* (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).
- *Ley 19947, de 7 de mayo de 2004, Nueva Ley del Matrimonio Civil. Publicada el 17 de mayo de 2004*. Última actualización por la Ley 21120 de 10 de diciembre de 2018. Esta norma sustituye la Ley de matrimonio Civil de 10 de enero de 1884. Accesible on line en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128 (consultada a 31.IX.2022).
- *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia* (DOGC núm. 5686, de 05/08/2010; BOE núm. 203, de 21/08/2010)
- *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio* (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).
- *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012).
- *Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria* (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).
- Lorca Martín de Villodres, M. I. *El Concepto de Derecho de un siglo. Su perspectiva iusfilosófica*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017.

- Orgaz, Raúl A. “Echeverría y su doctrina”. En *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 3, núm. 7, (septiembre de 1916): 254-264.
- Pinto, Cristóbal. “¿Solicitud de pensión del art. 1438 CC dentro del proceso matrimonial? El tremendo zasca del Supremo a la Audiencia de Málaga”, 2018, accesible on line: <https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2018/03/22/solicitud-de-pension-del-art-1438-cc-dentro-del-proceso-matrimonial-el-tremendo-zasca-del-supremo-a-la-audiencia-de-malaga/#comments> (consultado 9.XII.2022).
- *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales* (DOUE núm. 183, de 8 de julio).
- Ribera Blanes, Begoña. *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Robba, Mercedes, y LERUSSI, Romina. “Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídico-feminista”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, Núm. 2, (2018): 593-618. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000200595>
- Rodríguez Rodrigo, Juliana. *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Rosmini, Antonio. *Filosofía del Diritto*, C. Batelli, Nápoles, 1844-45.
- Rozalén Creus, Lucía. “Régimen económico y pactos matrimoniales en el Derecho Comparado europeo”, en *Cuestiones de Interés Jurídico, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)*, 21 páginas, mayo 2019. Accesible on line: www.idibe.org/cuestiones-de-interés-juridico/regimen-economico-pactos-matrimoniales-derecho-comparado-europeo/ (consultado 31.VIII.2020).
- Vega, Jesús. “La Filosofía del Derecho como Filosofía práctica”. En *REVUS, Journal for constitutional theory and philosophy of Law*, (34/2018): párrafo 40. Accesible on line (consultado 3.IX.2023): <https://journals.openedition.org/revus/3990> <https://doi.org/10.4000/revus.3990>
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *Conflictos en torno a los regímenes económicos matrimoniales*. Bosch, Wolters Kluwer, Madrid: 2019.

Resoluciones judiciales:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 534/2011 de 14 de julio (ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 135/2015 de 26 marzo (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), núm. 71/2015, de 6 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Salinero Román).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 de noviembre (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 179/2016, de 22 de abril (ponente Excmo. Sr. Terán López).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 300/2016, de 5 de mayo de 2016 (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Auto del Tribunal Supremo, ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 2 de noviembre de 2016, RJ/2016/5236, Recurso de Casación 2742/2015. PONENTE: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 136/2017, de 28 de febrero (ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 252/2017, 26 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 94/2018, de 20 de febrero (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 357/2023, de 10 de marzo (ponente: Excm. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 362/2023, de 13 de marzo (ponente: Excm. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán).

RECIBIDO: 05/09/2023

APROBADO: 15/10/2023