

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 26 DE ABRIL DE 2017 (252/2017)**

Crisis matrimoniales.

**Compensación por trabajo doméstico:
la colaboración en las actividades mercantiles,
industriales o profesionales del otro cónyuge
se considera trabajo para la casa y, por tanto,
no excluye la compensación**

Comentario a cargo de:

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

Catedrática de Derecho civil

Coordinadora del Grupo de Investigación

La protección jurídica de la Familia

Universidad de Valladolid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2017

RoJ: STS 1591/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:1591

ID CENDOJ: 28079119912017100009

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Asunto: Se trata de un juicio de divorcio contencioso en el que, entre otras medidas típicas de este tipo de litigios (guarda y custodia, atribución de la vivienda familiar y establecimiento de pensiones de alimentos y compensatoria), se concede una compensación por trabajo doméstico *ex* artículo 1438 del Código civil a la esposa que, durante el matrimonio, ha trabajado por cuenta ajena y en el negocio titularidad del esposo. Éste interpone recurso de casación por infracción del artículo 1438 del Código civil

y de la jurisprudencia que lo interpreta, que exigía, hasta el momento, que la dedicación al hogar fuera exclusiva (aunque no excluyente), impidiendo su reconocimiento “*en aquellos casos en que el cónyuge que los 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*” (SSTS de 26 de marzo y 14 de abril de 2015).

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el marido y rectifica su doctrina jurisprudencial considerando ahora que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares es trabajo para la casa y, por tanto, no excluye la compensación.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Presupuestos para la concesión de la compensación según reiterada línea jurisprudencial. 5.2. Naturaleza jurídica de la compensación. 5.3. Vías para su cuantificación. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Se trata del divorcio de un matrimonio contraído el 19 de junio de 2001 (14 años de duración) y regido bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes. El matrimonio tiene tres hijos, nacidos en 2002, 2003 y 2007, dos de ellos, el mayor y la pequeña, con un grado de discapacidad del 37% y del 97%, respectivamente. La esposa trabaja por cuenta ajena hasta el nacimiento del segundo hijo y en el negocio familiar titularidad del marido tras el nacimiento del tercer hijo con horario reducido. El esposo presenta una situación económica muy acomodada (negocio familiar de lotería y estanco e importantes ahorros).

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº6 dicta sentencia el 24 de julio de 2015 en la que declara disuelto el matrimonio por divorcio y adopta las siguientes medidas personales y patrimoniales: atribuye la guarda exclusiva de los tres hijos menores a la madre así como el uso de la vivienda familiar, fija un régimen de comunicación y estancia a favor del padre (bastante reducido) y se establecen las pensiones por alimentos (1350 euros) y compensatoria (450 euros). No se concede la compensación por trabajo doméstico solicitada por la esposa, al

considerarse que no concurren los presupuestos exigidos por constante línea jurisprudencial del Tribunal Supremo: *“la esposa no ha contribuido sólo y exclusivamente con el trabajo realizado para la casa pues reconoce que desde joven trabajó por cuenta ajena hasta el nacimiento del segundo hijo y también lo ha hecho en el negocio de titularidad del esposo tras el nacimiento del tercer hijo, por lo que el trabajo para la casa no le impidió trabajar durante el matrimonio”*.

3. Solución dada en apelación

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª) dicta Sentencia el 29 de febrero de 2016 estimando parcialmente el recurso del esposo a quien se concede la petición de restringir (aún más) el régimen de comunicación y estancia (desde el sábado a las 14 h hasta el domingo a las 21,30, en lugar de comenzar el viernes a las 20,30 y finalizar el domingo a las 20,30) por razón de sus ocupaciones laborales. Por lo que se refiere al recurso interpuesto por la esposa, se estima parcialmente y se concede una compensación por trabajo doméstico (27.000 euros). Tiene en cuenta la Sala que la esposa ha trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta el 2005, plenamente desde 2005 hasta 2007 y parcialmente desde 2007 aunque haya figurado como autónoma en el negocio familiar; resulta obvio, a juicio de la Audiencia, que, con tal trabajo en el hogar, ha contribuido a las cargas del matrimonio. Se calcula la pensión ponderadamente durante siete años y medio dado que la dedicación durante varios periodos era parcial en función de las circunstancias concurrentes (300 euros mensuales durante 90 meses).

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Motivo único: Infracción del artículo 1438 del Código civil, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, fijada en las Sentencias 135/2015, de 26 de marzo; 16/2014, de 31 de enero (aunque se alega erróneamente 31 de octubre) y 534/2011, de 14 de julio. Doctrina jurisprudencial que, a grandes rasgos, prescinde del incremento patrimonial como presupuesto de la compensación y exige la dedicación exclusiva, pero no excluyente, al cuidado del hogar y de la familia.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

La sentencia objeto de este comentario rectifica la anterior línea jurisprudencial que restringía la compensación por trabajo doméstico a aquellos supuestos en los que el cónyuge que reclama la pensión no ha realizado actividad

laboral alguna ni ha colaborado en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. La doctrina científica reclamaba un cambio jurisprudencial que interpretara el artículo 1438 del Código civil en clave actual (art.3.1 Cc), extendiendo la concesión de la compensación también a aquellos casos en los que el cónyuge (normalmente la mujer) ha compaginado su dedicación al hogar con una actividad laboral de menor intensidad o más precaria que la del otro cónyuge.

A esta reivindicación responde parcialmente este cambio jurisprudencial que se justifica de la siguiente manera: *la regla sobre compensación contenida en el artículo 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 sólo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (art.3.1 Cc) 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 de la familia.*

Por ello, la Sala declara que **“la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión “trabajo para la casa” contenida en el artículo 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”**.

No parece muy afortunada la justificación que ofrece la Sala al entender que es trabajo para la casa (dedicación doméstica) la colaboración remunerada en los negocios familiares; no lo es. Bastaría atender a la dedicación doméstica (exclusiva o en mayor medida que el otro cónyuge) para entender procedente la compensación, sin perjuicio de su posible ponderación atendidas las circunstancias concurrentes y, sin embargo, el Tribunal Supremo se empeña en caracterizar este trabajo doméstico sobre el que ha hecho girar la compensación y ahora va más lejos y califica de trabajo para la casa la actividad laboral de la esposa. Para fundar su cambio de jurisprudencia no era preciso asimilar el trabajo para la casa con la colaboración remunerada en las actividades profesionales, industriales o mercantiles del otro cónyuge, bastaba la utilización del canon interpretativo propuesto en el artículo 3.1 Cc, al que se ya se había referido con anterioridad.

Este cambio jurisprudencial ha sido bien recibido en la doctrina (ÁLVAZ OLALLA, 2017, p.7; ARRÉBOLA BLANCO, 2017, p.5) pero resulta, a mi juicio, incompleto al no extenderse también a la actividad laboral por cuenta ajena si, como señala el Tribunal Supremo, *se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y de la familia* y que expresamente se excluye en la de 28 de febrero de 2017 y en ésta, aun cuando, sorprendentemente, la reclamante, en este caso, también trabajó dos años por cuenta ajena.

En todo caso, y como se pondrá de manifiesto a lo largo de este comentario, la doctrina sobre el artículo 1438 del Código civil presenta algunas disfunciones que determinarán, sin duda, un nuevo cambio jurisprudencial.

Varias son las cuestiones aludidas en la sentencia objeto de este estudio que deben ser tratadas pormenorizadamente para comprender la interpretación del Tribunal Supremo en materia de compensación por trabajo doméstico; de una parte, los presupuestos que exige el Alto Tribunal para su concesión, en clara conexión con ella, su naturaleza jurídica, y, por último, las vías para su cuantificación.

5.1. *Presupuestos para la concesión de la compensación según reiterada línea jurisprudencial*

Como es bien sabido, el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 14 de julio de 2011 (Ponente Roca Trías), prescinde del incremento en el patrimonio del cónyuge deudor como presupuesto para la concesión de la compensación; la razón se encuentra en la desaparición de la referencia al enriquecimiento patrimonial en la tramitación parlamentaria del artículo 1438 del Código civil que sí preveía el proyecto de reforma (LACRUZ BERDEJO, 1979, pg.93) y que no se recoge en el texto definitivo, lo que ha sido interpretado por los autores como una relajación de la exigencia (BERCOVITZ, 2005, pg.1867; RIBERA BLANES, 2005, pg.899; DE PABLO CONTRERAS, 2013, pg.281; CUENA CASAS, 2013, pg.10119), o incluso como un cambio de su naturaleza jurídica (LACRUZ BERDEJO, 1981, pg.145), cuando, a mi juicio, no es preciso exigirlo de forma expresa porque es consustancial a la dinámica de la solidaridad económico-matrimonial: sólo se comparte, si acaso, lo ganado durante la vigencia del régimen y, en ningún caso, en derecho común, se propaga aquella solidaridad a los patrimonios privativos de los cónyuges. Tal vez pudiera justificarse aquélla supresión, en la consideración de que no era preciso enriquecerse en su sentido más preciso (*hacerse rico*, según la RAE) y bastaría incrementar el patrimonio sin que éste supusiera un enriquecimiento y así procedería la compensación también en estos casos.

Este incremento es exigido, en principio, por una importante mayoría doctrinal que, sin embargo, no llega a un consenso sobre el fundamento de esta compensación; para unos, es la falta de comunicación patrimonial del régimen de separación de bienes y, por tanto, se trataría de un instrumento de corrección, para otros el exceso de contribución a las cargas del matrimonio (tesis acogida en el Proyecto de Código civil elaborado por la APDC) e, incluso, para algunos, la pérdida de oportunidades profesionales (Vid. una síntesis de las distintas posiciones doctrinales en GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, p.4 y 5). La doctrina del Tribunal Supremo, al alejar su interpretación de la lógica sistemática de los regímenes económico-matrimoniales, conduce a un resultado ilógico e injusto como es obtener en régimen de separación de bienes, un rendimiento patrimonial, una atribución patrimonial sin causa justificada

(SANTOS MORON, 2015, pg.42), una participación en el patrimonio privativo del otro cónyuge, que no se obtendría con los regímenes de comunidad y participación en las ganancias; ni se respeta la *ratio* de la compensación prevista en el artículo 1438 del Código civil, ni la voluntad de las partes manifestada en capitulaciones matrimoniales y, ni siquiera, los principios informadores del sistema económico matrimonial que garantizan la solidaridad familiar, pero preservan la integridad de los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges (art.1346 y art.1418 Cc), hasta el punto de reconocer la reintegración del exceso de contribución a las cargas de la familia (art.1319 Cc) y los reintegros privativos con cargo a los bienes gananciales (art.1398.2^a Cc).

Pues bien, al prescindirse de este presupuesto, a mi juicio, *conductio sine qua non* (a favor de prescindir del enriquecimiento en la doctrina, por todos GUTIERREZ SANTIAGO, 2015, pg.23), la concesión de la compensación descansa sobre un único elemento, la dedicación al hogar del cónyuge acreedor y las circunstancias que rodearon su desempeño; este trabajo para la casa deberá reunir las notas exigidas por el Tribunal Supremo, hasta hoy ser exclusivo aunque no excluyente: *que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, (“sólo 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 constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento* (SSTS de 25 de marzo y de 14 de abril de 2015).

Esta exigencia ha determinado, en la práctica, la denegación de la compensación por trabajo doméstico a mujeres que, casadas bajo el régimen de separación de bienes y acreditado el incremento patrimonial en el cónyuge deudor, trabajaron, en algún momento y de forma esporádica, durante la vigencia del matrimonio, bien por cuenta ajena, bien colaborando con las actividades profesionales, mercantiles o industriales del otro cónyuge (SSTS 26 de marzo y 14 de abril de 2015; 28 de febrero de 2017), compaginando esta actividad con la dedicación plena a la familia y descargando a su cónyuge de tales funciones. Si prescindir del enriquecimiento patrimonial ha suscitado algunas críticas en la doctrina, descartar la concesión de la compensación por haber trabajado en algún momento a lo largo del matrimonio, lo ha hecho de forma unánime. A mi juicio, es preciso interpretar las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art.3.1 Cc), y en la actualidad, son muchas las mujeres que se dedican al hogar de forma exclusiva, pero son más las que, divididas entre su vida familiar y laboral, se acogen a medidas de conciliación que pasan por una importante merma de los sueldos y salarios y, en ocasiones, por una ralentización o, incluso, congelación de la

carrera profesional que genera un desequilibrio patrimonial respecto del otro cónyuge. La sentencia objeto de este comentario es una prueba palpable de esta realidad que se hace especialmente difícil cuando concurren situaciones de discapacidad grave en los hijos menores que exigen una dedicación plena y permanente, difícil de conciliar con una actividad laboral, si no es a tiempo parcial o con reducción de jornada.

Por ello, en principio, podría celebrarse la rectificación de esta exigencia por parte del Tribunal Supremo: no excluye la compensación el haber desarrollado actividad laboral durante el matrimonio. Y, sin embargo, nuevamente el Tribunal Supremo, sin justificación alguna y sin reivindicaciones en tal sentido, vuelve a introducir restricciones en la dedicación del cónyuge acreedor, al considerar únicamente aceptable, a efectos de compensación, la colaboración remunerada en las actividades profesionales, industriales o mercantiles del otro cónyuge. Se trata, a mi juicio, de una exigencia discriminatoria al utilizar como criterio determinante de la pensión, sin fundamento alguno, la relación conyugal o familiar con el pagador, lo que implica dejar fuera al resto de mujeres que, en similares condiciones laborales (precariedad, jornada reducida, trabajo parcial), no tendrán compensación por trabajar por cuenta ajena y, no nos engañemos, en peores condiciones, al tratarse de un ámbito laboral ajeno a los posibles requerimientos de la vida familiar.

En el caso enjuiciado en la Sentencia que se comenta, la mujer trabaja; al inicio del matrimonio compagina su dedicación a la familia con un trabajo por cuenta ajena (2001-2005) y en negocio titularidad del marido desde 2007 hasta la ruptura matrimonial. Se desestima el recurso de casación del marido fundado precisamente en esta circunstancia (y con base en SSTs de 25 de marzo y de 14 de abril de 2015) y se aplica la nueva doctrina jurisprudencial que, sin embargo, tampoco cumple la reclamante al haber trabajado un tiempo por cuenta ajena. ¿Por qué el Tribunal Supremo excluye la actividad laboral por cuenta ajena? No se alcanza a comprender.

Parece más razonable exigir que el cónyuge acreedor se dedique en exclusiva al trabajo para la casa o lo haga en mayor medida que el otro en detrimento de su carrera profesional (también CABEZUELO ARENAS, 2012, pg.285-287), de suerte que la asunción de mayores cargas familiares por parte de uno, incida directa o indirectamente en la carrera profesional del otro y, consiguientemente, en un incremento de su patrimonio privativo (opción acogida en el art.232-5.1 Cccat). No se trata de reclamar sin más que se tenga en cuenta aquí la mayor dedicación a las tareas domésticas, como si la finalidad del artículo 1438 fuera retribuir esta dedicación, sino la incidencia de esta mayor dedicación de uno en la carrera profesional del otro y, por ende, en el incremento de su haber privativo (Vid.Auto TS de Abril de 2013).

El caso enjuiciado es un claro ejemplo de la tesitura en la que se encuentran muchas mujeres que se ven obligadas a abandonar el mercado laboral por el nacimiento de su segundo hijo; en este caso, tal y como pone de relieve el propio Tribunal Supremo, la esposa tenía unas cargas domésticas notables

(tres hijos menores, dos de ellos con discapacidad) y un trabajo con horario reducido. Entre tanto, el marido plenamente dedicado al negocio atesora un importante patrimonio muy alejado de los 600 euros que cobraba la esposa en el negocio familiar. El reparto desigual de las funciones de guarda y cuidado de los hijos persiste tras la ruptura conyugal, como acredita la petición del padre de acortar el régimen de comunicación y estancia por razones laborales (con pernocta sólo dos días al mes y una hora dos días a la semana).

A mi juicio, es clara la procedencia de la compensación, su mayor dedicación al cuidado de la familia, ha permitido al otro cónyuge incrementar notablemente su patrimonio. Se dirá que esta es la voluntad de los esposos manifestada en capitulaciones matrimoniales, que no exista comunicación patrimonial, y, sin embargo, la práctica nos enseña que, en muchas ocasiones, la opción del régimen de separación obedece a razones de responsabilidad y riesgo empresarial y no tanto a una falta de voluntad de compartir lo generado durante el matrimonio.

La otra nota que caracteriza el trabajo doméstico es su carácter no excluyente; así se exige, de principio, que esta dedicación a lo doméstico sea real y efectiva, aunque el Tribunal Supremo ha matizado que la contratación de empleados para el apoyo de las tareas domésticas no debe excluir *per se* la compensación; constituirá un indicio de que el cónyuge no ha realizado de forma real y efectiva el trabajo doméstico, pero deberá analizarse en el caso concreto, atendidas las circunstancias de cada familia (Auto TS de 4 de Abril de 2013). En la práctica, la ayuda externa es un factor de moderación del *quantum* compensatorio.

En conclusión, ni el trabajo realizado por el cónyuge acreedor fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica deberían ser motivos de denegación de la compensación, aunque sí podrían constituir un elemento de ponderación o moderación del *quantum* compensatorio. Esto es precisamente lo que hace, como veremos, la sentencia recurrida en casación: ponderar la actividad laboral desempeñada por la esposa durante la vigencia del matrimonio.

5.2. *La naturaleza jurídica de la compensación*

En esta sentencia, al igual que en otras que le han precedido y seguido en el tiempo (STS 25 noviembre de 2015 y 20 de febrero de 2018), se califica la compensación por trabajo doméstico como una regla de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes y se admite como cauce para su concesión el proceso de separación y divorcio; se proponen, asimismo, criterios para su distinción frente a la compensación por desequilibrio económico ex artículo 97 Cc. Expresamente la Sentencia de 20 de febrero de 2018, que reitera la doctrina STS de 25 de noviembre de 2015, afirma que se trata de una *regla de liquidación del régimen económico de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación y que puede hacerse efectiva, bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente.*

Bajo la rúbrica “*naturaleza jurídica de la compensación establecida en el artículo 1438 Cc*”, advierte la Sala la necesidad de distinguir tal compensación de la pensión que, por desequilibrio económico, puede establecerse como consecuencia de la separación o el divorcio. Así, señala que ésta cuantifica el desequilibrio que tras la separación o el divorcio se produce en uno de los cónyuges, *valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios “la dedicación pasada y futura a la familia”*; se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial y se otorga en consideración a la dedicación pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos. En cambio, la compensación por trabajo doméstico tiene su base, según la Sala, en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, que se valora como una contribución a las cargas familiares; sólo se atiende a la dedicación pasada a la familia y no a la dedicación futura, ni a la posible situación de desequilibrio.

Efectivamente, son varias las notas que separan ambas pensiones, aunque también comparten algunos rasgos como su naturaleza compensatoria del desequilibrio patrimonial que provoca el divorcio, en caso de la primera, y del desequilibrio patrimonial que produce el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial en la segunda; su petición se articula, normalmente, en el mismo momento y a través del mismo cauce (disolución matrimonial), de manera que, en ocasiones, se reconoce una y otra, o una u otra, de forma independiente, cuando parece evidente que la percepción de una compensación ex artículo 1438 puede paliar el desequilibrio que se tiene en cuenta en la concesión de la pensión compensatoria y debería fijarse *ex ante* y condicionar la concesión de aquélla.

En el caso enjuiciado se reconoce a la esposa una pensión compensatoria vitalicia de 450 euros que la Audiencia Provincial considera ajustada en función de las circunstancias concurrentes: *posibilidades económicas del esposo, eventual pérdida de la esposa a derecho a pensión derivada de cotización a la Seguridad social del esposo, edad de la esposa y carácter ilimitado de la pensión por la dedicación pasada y necesaria dedicación futura de la esposa a la familia en función de las minusvalías de dos de los hijos y la especial gravedad de las limitaciones funcionales de la hija que imposibilitan que la madre pueda compatibilizar actividad laboral a menos que realice contratación de cuidador*. Además se fija una compensación por el trabajo aportado para la casa que es susceptible, según la Audiencia Provincial, de cuantificación económica al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación en función exclusivamente de la dedicación pasada a la familia.

Se puede observar que se está valorando doblemente el mismo concepto y en el mismo momento: al cónyuge acreedor que trabajó para la casa se le reembolsará el valor de su trabajo y, además, se le reconoce una pensión compensatoria que, entre otros aspectos, atiende a su dedicación pasada a la familia. Y no se olvide que la norma considera, asimismo, este trabajo como contribución a las cargas familiares constante matrimonio (art.1438 Cc).

A pesar de reconocer que se trata de una regla de liquidación del régimen económico matrimonial, su concesión se realiza al margen de la lógica de los regímenes económicos matrimoniales y se hace girar en torno al trabajo doméstico realizado por el cónyuge acreedor sin atender al factor clave en las operaciones liquidatorias y que no es otro que el incremento patrimonial experimentado constante matrimonio.

5.3. *Vías para fijar el quantum indemnizatorio*

Considera adecuada la Sala la ponderación que realiza la Audiencia en atención a las circunstancias concurrentes (trabajo con horario reducido, cargas domésticas notables y un alta en seguridad social como autónoma); queda acreditada la plena dedicación al cuidado de la casa y de la familia que se compagina con el desempeño de actividad laboral por cuenta ajena y en negocio titularidad del marido: se computa 7,5 años de los 14 que dura el matrimonio a razón de 300 euros al mes, lo que arroja una compensación de 27000 euros. No se hace alusión a la vía utilizada para fijar la cantidad inicial (300 euros), tan sólo se explica el tiempo a tener en cuenta para la compensación (90 meses). Sin duda, resulta esto preferible a que se opte por cuantificar la compensación acudiendo al salario de una empleada doméstica, que puede tener su sentido, claro, desde la óptica del Tribunal Supremo que insiste en centrar la compensación en el trabajo para la casa, en lugar de atender al incremento del patrimonio y así determinar, en función de las circunstancias concurrentes, una participación mayor o menor en aquel incremento.

La STS de 14 de julio de 2011 admite esta fórmula, el sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar; solución acogida por la mayoría de la doctrina (por todos BERCOVITZ, pg.1867; en contra GUILARTE, 2016, pg.359 y ss).

El Tribunal Supremo en STS de 25 de noviembre de 2015, estima que este modo de proceder 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. Y añade el Alto Tribunal que el juez debe valorar todas estas circunstancias y procurar hacerlo de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta dos cosas: primera que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial en uno de los cónyuges, del que pueda ser partícipe el otro, y, segunda, 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.*

Desde nuestro punto de vista, no se indemniza el trabajo desempeñado para la casa, sino que por haber trabajado para la casa, nace un derecho a recibir una pequeña parte de las ganancias obtenidas por el otro cónyuge y esa participación la fijará el juez en equidad atendiendo a la dedicación, más o menos intensa al hogar, al cuidado de los hijos y de los ascendientes y a la duración del régimen. En este caso, desde luego, entiendo que debería ser muy superior a la concedida, atendido el importante patrimonio del esposo y la intensísima dedicación de la madre a la familia.

5.4. Conclusión

Este cambio jurisprudencial resulta, a mi juicio, **incompleto** al no extenderse también a la actividad laboral por cuenta ajena si, como señala el Tribunal Supremo, *se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y de la familia* y **discriminatorio** al utilizar como criterio determinante de la pensión, sin fundamento alguno, la relación conyugal o familiar con el pagador, lo que implica dejar fuera al resto de mujeres que, en similares condiciones laborales (precariedad, jornada reducida, trabajo parcial), no tendrán compensación por trabajar por cuenta ajena y, no nos engañemos, en peores condiciones, al tratarse de un ámbito laboral ajeno a los posibles requerimientos de la vida familiar.

6. Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, Edisofer, 2013.
- ALVAREZ OLALLA, P.: “Comentario al artículo 1438”, en Comentarios al Código civil, Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir), Aranzadi Thomson Reuters, 2006.
- Responsabilidad Patrimonial en el Régimen de Separación de Bienes, Aranzadi, 1996.
- “La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a la cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes. Al hilo de la STS de 5 de mayo de 2016”.
- “Comentario a la STS de 26 de abril de 2017”, Revista Aranzadi Civil-Mercantil, n°8, Septiembre 2017.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes” en Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia, Dykinson, Madrid, 2009.
- AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes aplicables y necesidad del mecanismo de adaptación”, INDRET 1/2009.
- ARRÉBOLA BLANCO, A.: ¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico? Diario La Ley, n°9020, Sección Doctrina, 13 de julio de 2017 (La Ley 8486/2017).

- ASUA GONZÁLEZ, C.: “*Separación de bienes*”, Tratado de Derecho de la Familia, YZQUIERDO/CUENA (Dir.), IV, Thomson Reuters, 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la Sentencia de 11 de febrero de 2005”, en C.C.J.C., n°70, pgs.139 y ss.
- BOSCH CAPDEVILLA, E.: “*La configuración de la compensación económica per raó de treball en el llibre segon del Codi civil de Catalunya*” en *Questions actuals del dret català de la persona i de la família*, Jornades de Dret Català a Tossa, 2013, pg.375 y ss.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “*La separación de bienes*” en *Derecho de Familia*, Gemma Diez Picazo (Dir), Civitas Thomson Reuters, 2012.
- CABEZUELO ARENAS, L.: “*Comentario a la Sentencia de 11 de julio de 2011*”, en C.C.J.C., n°89, 2012, pg.265 y ss.
- CRESPO ALLUÉ, F., “*La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes*”, en *Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*, GUILARTE GUTIÉRREZ (Dir), Thomson Reuters Lexnova, 2013.
- CUENA CASAS, M.: “*Comentario al artículo 1438 del Código civil*”, en *Comentarios al Código civil*, T.VII, Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir), Tirant lo blanc, 2013.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, Colex, 2013.
- DIEZ PICAZO, L. – GULLON, A.: *Sistema de Derecho civil, IV*, Madrid, Tecnos, 2006.
- GARCÍA SERRANO, J.A.: “*Notas sobre el trabajo doméstico*”, A.D.C., 1985, pgs.585 y ss
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. et alia: *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Interselia, Cambridge.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “*La indemnización compensatoria por trabajo para la casa prevista en el artículo 1438 del Código civil*”, R.P.J., n°87, pgs.123 y ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “*De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual*”, *Revista de Derecho de familia*, 2015, n°68.
- “*Separación de bienes. Compensación económica del artículo 1438 Cc (Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 y de 14 de abril de 2015)*”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol.7°, 2016, pgs.347 y ss.
- GUTIERREZ SANTIAGO, P., “*Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (Excesos y defectos en la interpretación del artículo 1438 del Código civil)*”, *Revista CEF legal*, CEF, n°178 (noviembre 2015, pg.23.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de Familia, El matrimonio y su economía*, Thomson Reuters Civitas, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et alia: *La Reforma del Derecho de Familia español*, I, Madrid, 1979.
- *El Nuevo Régimen de la Familia*, II, Civitas, Madrid, 1981.
- LASARTE ALVÁREZ, C., *Derecho de Familia*, Marcial Pons, 2013.
- MONTÉS PENADÉS, V.: “*Comentario al artículo 1438*” en *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II, Tecnos, Madrid, 1984.
- MORENO-TORRES HERRERA, M^aL.: “*La compensación por el trabajo doméstico en el Código civil español*”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n°8, 2011.

- REBOLLEDO VARELA, A.: Separación de bienes en el matrimonio, Montecorvo, 1983.
- RIBERA BLANES, B.: La Contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, Tirant lo blanc, 2004.
- “Del régimen de separación de bienes”, en El Régimen Económico del Matrimonio, Dykinson, Madrid, 2005.
- SANTOS MORON, M^aJ.: “*Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿dos caras de una misma moneda?*” Indret, Enero, 2015.
- VERDERA IZQUIERDO, “*La compensación económica derivada del trabajo doméstico*”, Revista Derecho Privado y Constitución, n^o27, 2013, pgs.209 y ss.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “*La compensación del trabajo de casa: la esposa como empleada del hogar*”, Escritura Pública, n^o72, 2011, pgs.56 y ss.

