

LA “DESCOMPENSACIÓN” DE LA DOBLE JORNADA
LABORAL VERSUS EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO
DEL CÓNYUGE “DOMÉSTICO”: NECESIDAD DE UN NUEVO
ENFOQUE JURISPRUDENCIAL DEL CONTROVERTIDO
ARTÍCULO 1438 CC

*THE “INBALANCE” OF DOUBLE SHIFT WORKDAY VERSUS THE
UNJUSTIFIED ENRICHMENT OF “DOMESTIC” SPOUSE: NEED
FOR A NEW POINT OF VIEW IN THE CASE LAW OF THE SPANISH
SUPREME COURT IN RELATION TO THE CONTROVERSIAL
ARTICLE 1438 OF THE SPANISH CIVIL CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 112-131

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El artículo aborda la discutible fundamentación de la compensación económica regulada en el artículo 1438 del Código Civil basada en el trabajo para la casa como contribución de carácter personal a las cargas del matrimonio y, en particular, la controvertida Jurisprudencia del Tribunal Supremo español -desde la Sentencia de 14 julio 2011- que olvida la “sobreaportación” de la mujer a la luz de la realidad social española.

PALABRAS CLAVE: Compensación económica; trabajo para la familia o la casa, dedicación exclusiva al hogar; régimen de separación de bienes; cargas familiares; igualdad conyugal; equidad; pérdida de oportunidades profesionales.

ABSTRACT: *The article discusses the debatable foundation of the financial compensation regulated in article 1438 of the Civil Code based on the work for the house as a contribution of personal burdens of marriage and, in particular, the controversial case law of the Spanish Supreme Court –since the leading ruling of July 14th 2011- that forgets the work represented a burden exceeding the share to be bore by that spouse considering the present Spanish social context.*

KEY WORDS: *Economic compensation; work for the family or home, full-time dedication to domestic work; separation of property regime; family responsibilities; marital equality; equity; missed career opportunities.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. LA FUNDAMENTAL FUNDAMENTACIÓN QUE DEBIERA PRESIDIR LA COMPENSACIÓN EN UN RÉGIMEN DISOCIATIVO EX ARTÍCULO 1438 CC.- I. La relegación de la “sobreportación” en la concesión del derecho.- III. LA INJUSTIFICADA JUSTIFICACIÓN DEL DESEMPEÑO EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL TRABAJO PARA LA CASA COMO TÍTULO PARA OBTENER UNA COMPENSACIÓN EN EL MOMENTO DE LA FINALIZACIÓN DEL RÉGIMEN: ¿CARTA BLANCA AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL CÓNYUGE “DOMÉSTICO”?- IV. LA “DESCOMPENSACIÓN” DE LA DOBLE JORNADA LABORAL A LA LUZ DE LA REALIDAD SOCIAL ESPAÑOLA.- V. CONCLUSIONES.-

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La igualdad y solidaridad de los esposos tanto en el plano personal como en el patrimonial distan mucho de conseguirse *de facto*, especialmente en regímenes económico matrimoniales como el de separación de bienes, en los que no parece haber un trato demasiado justo a nivel patrimonial cuando se produce la extinción del régimen y donde el cónyuge económicamente débil no participa de la prosperidad del matrimonio¹. Sin embargo, este mismo cónyuge ha colaborado de algún modo en el desarrollo e incremento de los recursos del otro, lo que es inevitable cuando se ha producido una larga vida en común y, además, sociológicamente frecuente en países como el nuestro, en que gran parte de las esposas atienden mayoritariamente al hogar ya sea exclusivamente o compatibilizándolo con una profesión –la doble jornada laboral– pese a que se está iniciando una tímida modificación de esta tendencia, en crecimiento exponencial, en las generaciones más jóvenes-. La mujer dedicada a sus labores- que en este país todavía son muy numerosas-, que colabora con su marido en la ordenación de la economía conyugal en el ahorro y en la inversión, y que participa en la producción de la ganancia que se obtiene aun cuando la fuente directa del ingreso de ésta sea el marido, sólo ve reconocido parcialmente su derecho si demanda a su esposo la compensación establecida en el art. 1438 CC y se dan los presupuestos para que los tribunales le otorguen la razón. La mujer que se dedica

1 MONTES PENADÉS, V. L.: “El régimen de separación de bienes”, en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (dir. por M. AMORÓS GUARDIOLA et al.), Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1.920.

• **PPilar María Estellés Peralta**

Agregado Doctor Acreditado de Derecho Civil de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”.
Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

al cuidado de la familia y del hogar y que participa en la producción de la ganancia con el salario de su actividad profesional, no².

El objeto de este estudio trata de poner de manifiesto las injustas consecuencias, por poco equitativas, originadas del controvertido entendimiento del art. 1438 CC, y su aplicación práctica, respecto de quienes sometan la economía de su matrimonio a las disposiciones del régimen de separación de bienes³.

II. LA FUNDAMENTAL FUNDAMENTACIÓN QUE DEBIERA PRESIDIR LA COMPENSACIÓN EN UN RÉGIMEN DISOCIATIVO EX ARTÍCULO 1438 CC

El art. 1438 CC establece la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, lo que debiera ponerse en relación con los arts. 1318, 1362 y 142, 103 y 68 CC. Las posibles formas de cumplimiento de esta obligación no quedan suficientemente aclaradas en el precepto que, sin embargo, sí concede que el reparto de dichas cargas podrá ser objeto de pacto entre los esposos, incluso liberando a uno de ellos. A falta de pacto, lo cual será en la práctica más frecuente de lo deseable⁴, el reparto de las cargas no se realizará por partes iguales sino proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, comprendiendo en ellos tanto capitales como rentas. A su vez, esta contribución al sostenimiento de las cargas comporta no sólo la estrictamente económica sino también su aportación en especie mediante la cesión del uso y disfrute de bienes privativos y el trabajo para la casa. Qué duda cabe que la contribución en metálico a las cargas es la forma más necesaria, habitual y lógica de contribuir mediante la aportación de los fondos necesarios para el sostenimiento de la familia. El coste de la alimentación de la familia, vestido, asistencia médica, educación, etc. no puede sufragarse si no es con aportaciones dinerarias de uno o ambos cónyuges aunque también puede contribuirse a las cargas en especie, facilitando el uso de bienes propios de uno de los cónyuges para satisfacer determinadas necesidades familiares, tales como la de vivienda, transporte, etc.⁵. Pero el interés de este

- 2 En este sentido, DIEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 2018, p. 217 ss., para quien, además, en el régimen de separación de bienes la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece de ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer.
- 3 Vid. en este sentido, ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La solidaridad forzada de los regimenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 100-133.
- 4 MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentario a los artículos 1.435 a 1.444 CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, (dir. por C. PAZ-ARES et al.), Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, t. II, pp. 865 y 866: Téngase en cuenta que el pacto sobre el reparto de las cargas matrimoniales no ha de ser necesariamente capitular y puede establecerse, incluso tácitamente, a través del comportamiento cotidiano.
- 5 MORENO VELASCO, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, *La Ley* 3441/2010, para quien se podrá calcular esta aportación en función del precio de mercado de dicho uso, por ejemplo, el alquiler medio en la zona, o el porcentaje de amortización fiscal en el caso de un vehículo, etc.

trabajo se centra en la otra forma de contribución a las cargas del matrimonio en especie que contempla el art. 1438 y del que se deriva un derecho a exigir una compensación del otro cónyuge: el trabajo para el hogar. Nótese que con el trabajo doméstico no se cubren ni abonan todas las cargas del matrimonio mencionadas y que cada cónyuge debe colaborar como pueda en el proyecto común. Existe un infinito catálogo de necesidades familiares cotidianas que hace difícil aplicar la regla de la proporcionalidad de los recursos que establece el precepto estudiado o llevar el inventario de los gastos, dedicación, atenciones y desvelos por la familia. Pero resulta curioso, que tan sólo el trabajo doméstico –y no la contribución en metálico o bien en especie, cediendo una vivienda privativa para su uso como vivienda familiar o de segunda residencia- se tenga en cuenta para tener derecho a exigir una compensación. A mi juicio, la finalidad de la norma que trata de evitar, o en su caso, compensar, la posible “sobreportación” de uno de los esposos en el proyecto familiar común queda desvirtuada por su criticable redacción y la posterior interpretación jurisprudencial.

I. La relegación de la “sobreportación” en la concesión del derecho

La principal fundamentación de la compensación establecida en el art. 1438 CC debería entenderse con la finalidad de otorgar un derecho de reembolso que equilibre el exceso dedicación de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares cuando su aportación resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad⁶ es decir, cuando ha existido “sobreportación”, concepto que frecuentemente invocan la doctrina y jurisprudencia para justificar la compensación. En este sentido, destaca la interesante SAP Navarra 31 julio 2003⁷, que ya entendió muy tempranamente, que existe “sobreportación” cuando el valor de la contribución de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares mediante el trabajo para el hogar, resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad, por lo que se genera a su favor un derecho de reembolso del exceso cuando se extingue el régimen económico matrimonial para evitar casos de enriquecimiento injusto⁸.

Se justificaría así que la dedicación a las tareas de cuidado de la familia y del hogar sirva como título para la contribución a las cargas del matrimonio y evite, a la liquidación del régimen, que el cónyuge que contribuye con su salario profesional pueda reclamar al trabajador doméstico por su falta de contribución dineraria a estas mismas; e incluso, se le compense el exceso de contribución

6 Entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005”, *CCJC*, núm. 70, 2006, p. 147, que para entender si dicha proporcionalidad se respeta habrá que tener en consideración si los dos han contribuido con todo su patrimonio, con todo lo obtenido o ahorrado con su trabajo y con todo lo producido o ahorrado con sus bienes.

7 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ 2003, 745).

8 SAP Madrid 1 febrero 2006 (ROJ 2006, 2125) deniega tal compensación porque los dos cónyuges habían contribuido por igual a las tareas del hogar.

que hubiera podido aportar por esta vía el cónyuge doméstico, en aplicación del principio de igualdad y en la exigencia de paridad a nivel personal basada en sus contribuciones equitativas en favor de la familia. Sin embargo, a mi juicio, se sobrepasa el reconocimiento de la labor doméstica si se concede, en todo caso, o mayoritariamente, la compensación del art. 1438 CC⁹ sin atender a que la misma es una de las formas de contribución a las cargas del matrimonio, precisamente porque la familia sigue siendo una unidad de trabajo y esfuerzo común de los esposos¹⁰ en la comunidad de vida y amor que debe ser el matrimonio.

Entonces, ¿cómo debería entenderse la verdadera finalidad del precepto? Un amplio sector doctrinal y jurisprudencial considera que la mayor contribución o "sobreadaptación" de uno de los miembros de la pareja le otorga a éste el derecho a solicitar dicha indemnización a pesar de que pueda tener un trabajo remunerado fuera del hogar en contraposición con la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo¹¹.

Lo bien cierto es que no son pocos los supuestos en la práctica en que uno de los cónyuges contribuye en mayor medida a tales tareas debido a su mayor implicación o porque su trabajo se lo permite, y con ello excede de la contribución a las cargas exigibles¹². En estos casos, el objeto de la compensación regulada en el

-
- 9 En opinión de AMENGUAL BUNYOLA, G. A.: "La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, p. 12, podría entenderse que se trata de compensar al trabajador casero el plus de disponibilidad que obtiene el cónyuge que realiza su labor profesional fuera del hogar y que contribuye poco o nada en las tareas domésticas, precisamente porque el otro cónyuge le libera de ello con su dedicación a la familia, obteniendo más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su desarrollo profesional, lo que le permite, en algunos casos, incrementar su patrimonio personal. La compensación se configura, entonces, como un mecanismo corrector del régimen de separación de bienes que modera el desequilibrio patrimonial producido a la extinción del régimen de separación de bienes y que de otro modo resultaría injusto para el cónyuge dedicado al hogar.
- 10 LOPEZ MEDEL, J.: "Familia y régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1880-I, p. 99. A su vez LETE DEL RIO, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal", *RGLJ*, 1976/I, pp. 119-120, destaca que no se trata únicamente de utilizar a la familia, y en concreto, el régimen económico matrimonial como instrumento de satisfacción y cumplimiento de los intereses individuales de sus miembros, sino de entender la familia como comunidad, sin desconocer por ello el valor de la persona. La familia ha de entenderse como comunidad, esto es, como portadora de un interés propio y superior al de los miembros que la componen, denominado *interés de la familia*. Asimismo, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. I^o, Reus, Madrid, 1961, p. 24.
- 11 En tal sentido, REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*, Edersa, Madrid, 1983, p. 441, considera que el sujeto que trabajó fuera del hogar no debe tener derecho a tal compensación.
- 12 Es el criterio seguido por numerosas sentencias de la Audiencias Provinciales que conceden el derecho a la compensación en estos casos. En este sentido, SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ 2009, 13155): "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; en suma, si dicho trabajo doméstico y asistencia no ha constituido una "sobreadaptación" al sostenimiento de las cargas familiares, no se justifica, entonces, el derecho de reembolso económico previsto en el precepto antes mencionado". La sentencia de esta misma Audiencia Provincial SAP Madrid 13 diciembre 2011 (ROJ 2011, 15887) establece: "... late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, ello haya supuesto una sustancial "sobreadaptación" a tal fin, permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de atención a la familia y tareas del hogar en general", y SAP Sevilla 17 marzo 2004 (ROJ 2004, 1145).

art. 1438 CC no sería la contribución que corresponde al cónyuge como carga del matrimonio, que no debe ser compensada, sino exclusivamente lo que exceda de tal aportación. Lo que se debe compensar, es pues, la “sobreadportación”, el exceso de la contribución exigible o lo que se ha venido a denominar “sobrecontribución”¹³. No debería haber compensación cuando la dedicación a las tareas del hogar es equilibrada o paritaria, ni debería haberla, cuando los cónyuges recaban la ayuda de servicio doméstico para realizar todas o la mayoría de las actividades domésticas¹⁴.

Sin embargo, el fenómeno jurídico observado, es que existe una relegación de la “sobreadportación” de uno de los cónyuges, no teniéndose en cuenta esta circunstancia para el reconocimiento del derecho a la compensación que regula el art. 1438 CC. En consecuencia, en tanto se mantenga el genérico y abstracto derecho a una compensación que enuncia el art. 1438 CC y su desarrollo jurisprudencial, no dejarán de producirse algunas situaciones injustas por pretender beneficiar al cónyuge casado en separación de bienes que realiza tareas domésticas en exclusiva, sin tener en cuenta su obligación legal de contribuir a las cargas del matrimonio, o bien tratando injustamente al cónyuge que ha aportado más de lo que proporcionalmente le corresponde a la economía, gestión y cuidado familiar.

Este desempeño del trabajo doméstico en exclusiva como única aportación a las cargas del matrimonio o compaginado con desempeño laboral y/o profesional que puede implicar exceso contribución del matrimonio va a tener también una serie de controvertidos pronunciamientos jurisprudenciales que alejan a nuestros tribunales, en algunos casos, del sentir social: No es el caso de la interesante SAP Navarra 31 julio 2003¹⁵, ya mencionada, que entendió que solo procede la compensación cuando aplicando la regla de proporcionalidad se deduce, que el valor del trabajo para la casa es superior a lo que se debe aportar como contribución a las cargas. En el caso de que la dedicación al trabajo doméstico sea la correspondiente al levantamiento de cargas de manera proporcional, no cabe la compensación. En general, la jurisprudencia menor ha sido favorable a la concesión de la compensación por trabajo doméstico¹⁶, aunque el cónyuge acreedor trabaje fuera del hogar; siempre que se acredite la “sobreadportación”, muy en consonancia con la realidad socio-familiar de los hogares españoles. Y la realidad social española nuevamente es arrolladora, tanto que los datos hablan por sí mismos¹⁷.

13 En el mismo sentido, VERDEIRA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27, p. 236.

14 AMENGUAL BUNYOLA, G. A.: “La compensación”, cit., pp. 16 y 17.

15 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ 2003, 755).

16 SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ 2002, 1544), SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ 2004, 185), SAP Navarra 2 junio 2004 (ROJ 2004, 584), SAP Zaragoza 20 mayo 2005 (ROJ 2005, 1385), SAP Murcia 6 noviembre 2006 (ROJ 2006, 2370), SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ 2006, 797).

17 Vid. <https://www.ine.es/infografias/tasasepa/desktop/tasas.html?t=1&lang=es>, última consulta 25/03/19.

Sin embargo, la opinión que desde 2011 manifestó por vez primera nuestro Tribunal Supremo avalada posteriormente por numerosas sentencias acerca de cómo debía entenderse la compensación por el desempeño del trabajo doméstico ha dado lugar a situaciones verdaderamente injustas y dispares.

El esperado pronunciamiento del Alto Tribunal de 14 de julio de 2011¹⁸ sobre la materia, trajo consigo el establecimiento de unos sólidos requisitos que han venido siendo rigurosamente aplicados hasta la actualidad por parte de nuestros jueces y tribunales entre los cuales se encuentran varios puntos que conviene analizar a la luz de la realidad social actual de nuestro país. La mencionada sentencia de 2011 determinó en su tercer Fundamento de Derecho, que la norma del art. 1438 CC contiene en realidad tres reglas coordinadas que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1ª: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio; 2ª: que puede contribuirse con el trabajo doméstico, no siendo 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 de los arts. 14 y 32 CE; y 3ª: 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. La problemática se genera con la interpretación y aplicación de la segunda y terceras reglas. Veamos:

III. LA INJUSTIFICADA JUSTIFICACIÓN DEL DESEMPEÑO EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL TRABAJO PARA LA CASA COMO TÍTULO PARA OBTENER UNA COMPENSACIÓN EN EL MOMENTO DE LA FINALIZACIÓN DEL RÉGIMEN: ¿CARTA BLANCA AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL CÓNYUGE "DOMÉSTICO"?

El Tribunal Supremo y la mayor parte de la jurisprudencia menor exigen el desempeño activo de los trabajos domésticos en dedicación plena y exclusiva para que tenga lugar el nacimiento del derecho a exigir la compensación establecida en el art. 1438 CC. En la importante STS 14 julio 2011¹⁹, el Tribunal Supremo sentó doctrina, por primera vez, estableciendo los presupuestos que habrían de concurrir para tener derecho a una compensación por el trabajo desempeñado en el hogar constante el régimen de separación de bienes y que, sucesivamente,

¹⁸ STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

¹⁹ STS 14 de julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

han ido plasmándose en sentencias posteriores entre las cabe destacar la STS 26 abril 2017²⁰.

Es significativa la STS 31 enero 2014, que declaró que “basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación” que establece el art. 1438 CC²¹. Así pues, se reconoce un derecho abstracto a la compensación por el hecho solo de haberse dedicado en exclusiva a las tareas del hogar o cuidado de la familiar, en régimen de separación de bienes sin tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como la obtención de un beneficio económico por el otro esposo o cuando todos los emolumentos del cónyuge demandado de compensación se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de “desigualdad peyorativa”²². Se puede producir en ciertos casos, incluso, una situación de enriquecimiento del cónyuge solicitante de compensación cuando su consorte ha estado invirtiendo todos los ingresos obtenidos en atender los gastos familiares y no se ha enriquecido a costa de la dedicación del otro al hogar²³.

Si bien es cierto que la exigencia de una dedicación exclusiva y excluyente a las tareas domésticas nunca fue un tema pacífico sino que ha generado discrepancias

20 STS 26 abril 2017 (ROJ 2017, 1591).

21 Véase GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, diciembre 2015, p. 67, para quien siguen siendo muchos los pleitos en que parece bastar el alegato del cónyuge solicitante de la compensación de que no trabajó fuera, sino que se quedó en casa, para inferir sin más de ello, con escasísimo o nulo soporte probatorio, que efectiva y realmente trabajó en la casa -sin que obren en tal sentido datos objetivos, sólidos y relevantes, y al socaire de meras conjeturas, especulaciones o suposiciones sin fundamento cierto; y en la p. 84, la autora pone de manifiesto lo que ella denomina las “compensaciones descompensadas” y que “acontecerán al aplicar a rajatabla aquella otra parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual la compensación “resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa” -STS 31 enero 2014 (ROJ 2014, 433), FD 2º-, con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no “enriquecimiento” o aprovechamiento alguno de resultados de tal división de tareas y aportaciones. Habrá en concreto compensación descompensada -compensación opuesta a la idea de proporcionalidad en la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas (art. 1438.2 CC)- cuando por virtud de la compensación decretada el cónyuge beneficiario reciba más de lo que le correspondería una vez que se pone en valor monetario su trabajo doméstico, por una parte, y, por otra, también lo que del otro percibió durante el matrimonio para gastos “privativos” suyos que, por rebasar sus necesidades personales, no pudieran contar como gastos o cargas del matrimonio, además de lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido. Si de compensación hemos de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida”.

22 En igual sentido, CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) desde la perspectiva del TS”, *El Derecho.com*, disponible en <https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts>, última consulta 14/09/2108.

23 Mejor entendimiento de la cuestión ha realizado la jurisprudencia menor en algunos casos: En este sentido se pronuncia la SAP Zaragoza 3 marzo 2009 (ROJ 2009, 672), que señala que “... si como en el caso ha sucedido según lo que resulta de lo actuado, la esposa se dedicó al cuidado de la familia y los únicos ingresos que entraron en la casa fueron los obtenidos por el esposo, quien se los entregaba a aquella para atender las cargas familiares, no constando, por otro lado, que el esposo se haya hecho durante el matrimonio con más bienes que los existentes con anterioridad al mismo, debe concluirse que la contribución de ambos cónyuges, uno con el trabajo fuera de la casa y la esposa con el trabajo dentro de ella, merece la misma valoración, y, por ello, que ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento...”.

tanto en la doctrina²⁴ como en la jurisprudencia menor anteriores a la STS 14 julio 2011²⁵, que consideraba suficiente la actividad doméstica en régimen de dedicación mayoritaria compaginada con una actividad fuera del hogar entendiendo que no se exige que aquella actividad en el hogar sea absoluta y exclusiva, bastando que sea predominante frente al otro cónyuge;²⁶ la postura del Tribunal Supremo confirmó su apoyo a la llamada interpretación literal hasta en otras tres ocasiones diferentes a través de las SSTs 26 marzo 2015²⁷, 14 abril 2015²⁸ y 28 febrero 2017²⁹, entendiéndose conforme a dicha jurisprudencia que la compensación *únicamente se puede obtener cuando* quien pretende constituirse en acreedor, ha realizado con exclusividad trabajo para la casa pero no cuando se han desarrollado además otras actividades, como el ejercicio de trabajo o profesión a tiempo parcial o en jornada completa³⁰ excepto si se trata de la realización de trabajo no retribuido o en precario para la empresa familiar.

Las consecuencias de lo antedicho son graves, pero si a ello se suma que la dedicación a las tareas del hogar y cuidado de la familia no precisa la ejecución material del trabajo doméstico, siendo suficiente su dirección y responsabilidad, esto es, las labores de dirección, administrativas o burocráticas dirigidas a una adecuada gestión de los intereses familiares³¹, e insisto, aunque dichas tareas no se ejecuten materialmente por quien reclama como deudor de tal compensación, por contar con la posibilidad de servicio doméstico; si, según las circunstancias, el mero control del servicio doméstico y las atenciones a las relaciones sociales de la familia en según qué casos, así como la atención de los hijos, puede computarse como una labor susceptible de ser tenida en cuenta como contribución a las cargas matrimoniales³² ¿no se está entregando carta blanca al enriquecimiento

24 Vid. ARRÉBOLA BLANCO, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 13 de julio de 2017, núm. 9020, p. 2.

25 STS 14 de julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

26 Y sin necesidad de probar la imposibilidad para trabajar: STS 14 marzo 2017 (ROJ 2017, 977). Por su parte la SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ 2001, 4332): la compensación regulada en el art. 1438 del CC exige... que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de ellos sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye. Lo determinante para conceder la compensación, en algunos casos, ha sido la mayor aportación de un cónyuge al trabajo para la casa, en proporción muy superior al otro, por lo que es indiferente que el acreedor realice algún trabajo fuera de casa, sea a tiempo total o parcial: en este sentido, SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ 2002, 1544), SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ 1999, 1404), entre otras todas ellas previas a la STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874); Vid. SAP Asturias 2 marzo 2010 (ROJ 2010, 314) y SAP Madrid 25 febrero 2005 (ROJ 2005, 1981).

27 STS 26 marzo 2015 (ROJ 2015, 1490).

28 STS 14 abril 2015 (ROJ 2015, 1693).

29 STS 28 febrero 2017 (ROJ 2017, 714).

30 Incluso se concede el derecho a la misma si esa dedicación exclusiva se compatibiliza con la ayuda ocasional del otro cónyuge o de tercera persona.

31 MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a. P.: "El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREM: análisis comparativo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 363.

32 MORENO VELASCO, V.: "Aspectos prácticos", cit., pp. 5-6. Para una parte considerable de la jurisprudencia existe una equiparación o equivalencia entre el desempeño de las tareas domésticas o trabajo para hogar

injustificado del cónyuge “director doméstico”? Si bien es cierto que algunos pronunciamientos judiciales han excluido la compensación cuando la esposa dispuso de servicio doméstico³³ no así el Tribunal Supremo, que reconoce, aunque modera, el derecho a la compensación en favor de la esposa en su STS 25 noviembre 2015³⁴, Fundamento Jurídico Tercero, pese a que contó 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”. Indudablemente la dirección de los trabajos de limpieza, el interés y amor por la familia es difícilmente sustituible por terceras personas, pero ¿tiene sentido compensar las tareas domésticas a quien ni las realizó ni las sufragó? ¿Acaso el cónyuge que se hizo cargo de todos los gastos carecía de interés y amor por la familia?

Tras el anterior análisis sólo cabe concluir el clamoroso agravio comparativo al que se somete a la mujer que asumiendo la doble jornada –laboral y familiar–, lo que sucede en la mayoría de los hogares españoles, sufre una injusta “descompensación” por esta sobrecarga o “sobreportación” no reconocida.

IV.- LA “DESCOMPENSACIÓN” DE LA DOBLE JORNADA LABORAL A LA LUZ DE LA REALIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

Las mujeres, en España, se han dedicado de forma exclusiva no sólo al cuidado de hijos y mayores sino también a las tareas domésticas derivadas de la atención a la familia. Durante las últimas décadas, sin embargo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo se ha producido de una manera progresiva pero irreversible sin que haya supuesto una paralela democratización de la vida doméstica³⁵. La mujer

y la dedicación a la familia, por ejemplo, llevar y traer los niños al colegio, acompañarles al médico para revisiones, vacunas, etc., vid. SAP Alicante 8 octubre 1999 (ROJ 1999, 3843); SAP Toledo 9 noviembre 1999 (ROJ 1999, 936); SAP Santa Cruz de Tenerife 26 marzo 2004 (ROJ 2004, 591) o la SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ 2001, 4332).

33 SAP Sevilla 27 abril 2007 (ROJ 2007, 2450). Sin embargo, la SAP Alicante 10 junio 2010 (ROJ 2010, 3210) no reconoce la compensación si el servicio doméstico se ocupa de la totalidad de las tareas y el cónyuge demandante tan sólo supervisa y dirige; o la SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ 2009, 13155), entre otras. Otra visión acorde con el Tribunal Supremo encontramos en la SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ 2004, 185): “pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días”, o la STSJ Cataluña 8 julio 2011 (ROJ 2011, 8555), que establece que contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa la dedicación al cuidado de la casa y de los hijos durante los diecisiete años de matrimonio, al igual que la STSJ Cataluña 31 octubre 2011 (ROJ 2011, 10793), que concede tal compensación al acreditarse que la actora se dedicó exclusivamente al cuidado de los hijos y de la familia, siendo indiferente que para ello contase con servicio doméstico: Al igual que la SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ 1999, 1404) y la SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ 2006, 797).

34 STS 25 noviembre 2015 (ROJ 2015, 4897).

35 CREMADES GARCÍA, P.: “El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar”, *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley, 41321/2008, p. 7; y MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “El nuevo papel de la mujer en el Derecho”, *Diario La Ley*, 1982, t. I, Editorial La Ley, La Ley 20023/2001, pp. 1-2.

no ha visto reducidas por ello sus tareas domésticas, asumiendo todas aquellas que no ejecuta el hombre y todas aquellas asistenciales que no proporciona el Estado (centro de atención de niños y de personas mayores)³⁶. Incluso, en más casos de los deseables, se ve obligada a reducir su jornada laboral para poder atender debidamente a sus responsabilidades familiares.

De acuerdo con los datos obtenidos en 2010 –previos a la controvertida STS 14 julio 2011³⁷ en relación con el desempeño de un puesto de trabajo a tiempo parcial para compatibilizarlo con la atención al hogar y la familia, según la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar³⁸, indicaban que el 97,3% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de hijos de 14 o menos años (propios o de la pareja) eran mujeres, y el 53,3% de estas mujeres alegaba como principal razón el alto precio de los servicios del cuidado de niños. Si ampliamos los datos al cuidado de las personas dependientes: en base a la información de este módulo del año 2010, el 89,1% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de personas dependientes (enfermos, familiares o amigos de 15 o más años) eran mujeres. Las principales razones alegadas eran igualmente, el alto precio de estos servicios (37,2%) y la ausencia de servicios de cuidados de personas dependientes (24,3%). Luego, en estos casos, o la economía familiar no era muy boyante o lo que aportaba el otro cónyuge no era mucho en términos económicos para sufragar los gastos comunes³⁹.

Según la información que proporciona la información de submuestra de la EPA del año 2017, 14.100 hombres y 263.900 mujeres trabajaron a tiempo parcial en 2017 por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), es decir el 94,9% eran mujeres. La principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial por el cuidado de personas dependientes (niños, adultos), era el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos⁴⁰. Según datos más recientes proporcionados por la Encuesta de empleo del tiempo y conciliación de

36 INE, *Encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018*, disponible en, https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472720&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888, última consulta 24/03/2019.

37 STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874).

38 Información disponible del módulo del año 2010 de la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar. Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583>, última consulta 01/10/2018. Entre las personas paradas por hacerse cargo del cuidado de hijos, según la información del módulo del año 2010, el 82,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 97,2%. Entre las personas paradas por hacerse cargo de personas dependientes (enfermos, familiares, amigos), según el módulo del año 2010, el 77,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 93,1%. La principal razón alegada entre las personas paradas e inactivas es que los servicios de cuidado de personas dependientes eran muy caros.

39 Vid. ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La solidaridad", cit., p. 123.

40 Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583>, última consulta 24/03/2019.

la vida laboral y familiar de mayo de 2018 del INE, en el año 2017, la principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial como consecuencia del cuidado de personas dependientes sigue siendo el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos (53,4%) y un (3,3%) alega el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores. Poco han cambiado las cosas desde el año 2010.

Asimismo y de acuerdo con la tasa de empleo en España por sexo y edad para 2017, la realidad social indica que la brecha de género en las tasas de empleo⁴¹ para edades comprendidas entre los 20 y 64 años es de 11.9 puntos (prácticamente al mismo nivel que la UE, que es de 11.6) y en 2010 era de 12.9⁴². Estos datos indican que la incorporación de la mujer al mercado laboral es un hecho incuestionable y que cada vez se igualan más dichas tasas con los hombres⁴³. De hecho, de la tasa de empleo del cuarto trimestre de 2018 resulta un 44,45% de las mujeres frente a un 56,15% de los hombres, menos de 12 puntos⁴⁴.

A la vista de los datos facilitados esta interpretación jurisprudencial no tiene ya sentido -tampoco en 2011- dentro de una realidad como la española en que la mujer finalmente ha conseguido acceder al mundo laboral, y en un importante porcentaje desempeña actividades remuneradas a tiempo parcial para poder compatibilizarlas con el cuidado de sus hijos y personas dependientes, sin que esta realidad social parezca tenerse en cuenta en estos pronunciamientos. La interpretación y aplicación de las normas por parte de los tribunales debe tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas y constituye, todavía hoy, uno de los criterios de interpretación válidamente admitidos en el primer apartado del art. 3 del CC⁴⁵.

41 Brecha de género en las tasas de empleo es la diferencia en puntos porcentuales entre las tasas de empleo de los hombres y las tasas de empleo de las mujeres.

42 Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10887>, última consulta 24/03/2019.

43 No obstante, la tasa fluctúa según años, v. gr. en 2013 fue de 9.7 puntos porcentuales.

44 <https://www.ine.es/infografias/tasasepa/desktop/tasas.html?t=1&lang=es>, última consulta 25/03/19.

45 En el mismo sentido, ARRÉBOLA BLANCO, A.: "¿Un avance?", cit., p. 3. Sorprende, sin embargo, que en la STS 25 noviembre 2015 (ROJ 2015, 4897), el Tribunal Supremo mantiene su doctrina sobre que la dedicación a las tareas del hogar debe ser exclusiva pero no excluyente pese a que la esposa, muy adinerada, reclama a su cónyuge la compensación por trabajo doméstico, a pesar de que contaba con ayuda externa e incluso chófer... En su argumentación el Tribunal Supremo entiende que "la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges. Si la demandante hubiera realizado algún trabajo fuera del hogar, quedaría excluida del derecho y no tendría derecho a "nada". Por ello, este derecho a compensación existe con independencia del patrimonio del cónyuge acreedor y de que se encuentre o no en situación de necesidad. Es sorprendente esta doctrina jurisprudencial que conlleva la aplicación objetiva y automática del art. 1438, y que ha sido muy criticada por MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8, p. 3, en relación a la STS 14 julio 2011 (ROJ 2011, 4874), al preguntarse si esta doctrina significa que el cónyuge que haya obtenido los recursos económicos para la familia mediante una actividad laboral retribuida, debe satisfacer una cantidad de dinero al que se ocupó mientras tanto del trabajo doméstico, con independencia de si ello le reportó o no algún beneficio económico exclusivo. Lo cierto es que ambos cónyuges en este caso se han beneficiado recíprocamente de la actividad del otro, ambos contribuyeron al levantamiento de las cargas del matrimonio sólo que de distinta manera: uno mediante los recursos obtenidos a través de una

Los avances en la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, lejos de equipararla a su compañero la sitúan en la denominada doble -y agotadora- jornada femenina. La mujer española, no sólo desarrolla un trabajo por cuenta ajena (o en régimen de autónomo, según los casos), sino que cuando llega a casa, debe efectuar aquellas tareas propias del hogar sin que, por supuesto, este último trabajo sea valorado o considerado, propiamente como tal por los tribunales. La conciliación de la vida familiar y laboral⁴⁶ supone para la mujer un esfuerzo ímprobo y poco reconocido. Esta segunda jornada de la mujer trabajadora no se encuentra valorada económicamente pese a que las tareas domésticas no desarrolladas por la esposa requerirán, frecuentemente, de la contratación de un servicio doméstico al que habrá que remunerar, por lo que, en conclusión, el trabajo doméstico de la mujer ahorra a la cuenta de gastos de la economía familiar.

Es innegable que España ha tendido ligeramente hacia una mayor igualdad en el desempeño del trabajo doméstico entre 2003 y 2010, pero la nota dominante es de una clara y persistente desigualdad que se mantiene tras los últimos datos obtenidos⁴⁷. La mayoría de los estudios demuestran que las parejas donde el varón desempeña una actividad profesional retribuida y la mujer está desempleada, las mujeres dedican muchísimo más tiempo al trabajo doméstico que los hombres.

actividad remunerada y el otro haciéndose cargo de los asuntos domésticos. Que esto sea así, no parece razón suficiente (más allá de la necesidad de revalorizar el trabajo en la casa) que justifique el reconocer automáticamente al cónyuge que se ocupó del hogar un derecho de compensación económica.

- 46 CREMADES GARCÍA, P.: "El reparto", cit., p. 2. En opinión de esta autora, conviene recordar que las reducciones en las jornadas de trabajo para atender a la casa y a los hijos son muy frecuentes en las mujeres. Y todo ello repercute en general en su distinta posición familiar y laboral. A pesar de las medidas que legalmente se van adoptando en el ámbito público, tendentes a evitar situaciones de discriminación tanto de tipo salarial como ocupacional, sin embargo, siguen existiendo dificultades para acceder las mujeres a puestos de responsabilidad en las empresas o para promocionarse, ya que su dedicación profesional está coartada en gran medida por sus responsabilidades domésticas y filiales. Es innegable.
- 47 Datos anteriores del INE de 2010, relativos a la Encuesta de Empleo del tiempo 2009-2010, los varones españoles dedicaban en esas fechas, 2,37 horas diarias a las actividades del hogar, mientras que las mujeres casi duplicaban esta cifra: 4,36 horas diarias. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t25/e447/a2009-2010/p04/i0/&file=4.1.px>. Última consulta 24/03/2019.
- Sin embargo los datos más recientes de la última encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar son de mayo de 2018 y se pueden consultar en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472488&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSL, donde se recogen datos del año 2015. La Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015 proporciona el número de horas a la semana que las personas que trabajan dedican al trabajo principal, a un segundo empleo, a las actividades de trabajo no remunerado (cuidado y educación de sus hijos o nietos, cocinar y realizar tareas domésticas, cuidado de familiares ancianos o con alguna discapacidad, hacer un curso o formación, actividades deportivas, culturales o de ocio, políticas o sindicales, actividades de voluntariado o caritativas) y al desplazamiento desde casa al trabajo y del trabajo a casa. Se proporciona información por sexo, tipo de jornada, tener hijos o no, y según si la pareja trabaja o no. Además, son más largas las jornadas de trabajo (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos) de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos), los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial. Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015, el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. En cuanto a la frecuencia: Un 77,5% de mujeres trabajadoras y un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas.

Ahora bien, cuando es el hombre quien está en paro, y la mujer no, ambos dedican el mismo tiempo al trabajo doméstico. En parejas donde ambos están empleados o ambos están en paro, la contribución del hombre no supera el tercio del volumen de trabajo doméstico del hogar⁴⁸. Toda esta variedad de situaciones conyugales que abarcan los supuestos en los que uno de cónyuges no desempeña trabajo externo retribuido hasta los casos en que ambos tienen jornadas laborales interminables y deben de contar con ayuda externa, deben poner igualmente el foco en la plena aplicación del principio de corresponsabilidad doméstica, estando más justificado, en la práctica, si son ambos cónyuges los que trabajan fuera de casa. Sin embargo, los datos indican que en nuestro país, el varón no acaba de asumir lo que impone con escaso éxito el art. 68 CC⁴⁹. Y la exclusión de compensación en favor del cónyuge que compagina trabajo en el hogar con trabajo retribuido –la mujer en un porcentaje mayoritario- supone, en mi opinión una doble discriminación que se debería reconsiderar.

Según la información que proporciona la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de 2015⁵⁰ en el cómputo global del número de horas a la semana dedicadas al empleo principal, otro empleo, trabajo no remunerado y desplazamientos según sexo y tipo de jornada de las personas empleadas, son más largas las jornadas de trabajo de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos y los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial.

48 Estudio de enero 2015, disponible en https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/Genero-domestico-Tiende-Espana-igualdad_6_345125504.html, última consulta 24/03/2019. En este sentido, ya apuntaba CREMADES GARCÍA, P.: “El reparto”, cit., p. 2, que algo está pasando en nuestra sociedad porque con la pretensión de compartir las tareas domésticas, se intenta superar el abismo en un campo tradicionalmente reservado, el de la ejecución de las tareas domésticas, a las mujeres... Las cifras avalan lo dicho, y según los datos facilitados por el Instituto de la Mujer, las mujeres dedican 3,6 horas diarias al hogar, los hombres apenas dedican 44 minutos a las mismas tareas (datos de 2008).

49 Para CREMADES GARCÍA, P.: “El reparto”, cit., pp. 7 y 8, si los miembros de la pareja han decidido que sea uno de ellos quien aporte los ingresos con su trabajo fuera del hogar, mientras que el otro, se queda en casa, asumiendo las tareas domésticas, ello es una contribución a las cargas del matrimonio por parte de quien las asume, pero será un claro incumplimiento por parte del otro pese a esta supuesta “autorización pactada” de lo contrario, la norma del art. 68 es una mera declaración de principios sin efectos jurídicos. De lo que nadie parece dudar es de que los deberes conyugales en general, tienen un alto contenido ético y moral, y que es imposible su ejecución forzosa. Por tanto, su reparación para el caso de incumplimiento vendría por la concurrencia de daño como consecuencia del referido incumplimiento. Pero para que tenga lugar la reparación del daño a través de la aplicación del art. 1902 CC no basta el incumplimiento de los deberes conyugales, sino que se requiere la existencia de un daño resarcible, el dolo o culpa del agente dañoso, y el nexo de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento.

50 Disponible en <http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/ENCT%202015.pdf>.

Las mujeres también sobresalen en relación con las horas al día dedicadas a actividades de trabajo no remunerado por trabajadores que realizan dichas actividades; el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias frente al porcentaje más alto de hombres que trabajan (36,7%), y que dedican tan sólo dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. El porcentaje más alto de mujeres trabajadoras (43,3%) que realizan tareas domésticas y de cocina dedican dos horas diarias a estas tareas. Por el contrario, el porcentaje más alto de hombres trabajadores (42,5%) dedican una hora diaria a estas mismas tareas.

En relación con la frecuencia con que se realizan actividades de trabajo no remunerado, un 47,4% de mujeres trabajadoras y un 31,5% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos; un 77,5% de mujeres trabajadoras y tan sólo un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas.

Según tipo de hogar, los hombres sin hijos con pareja que trabaja dedican 8,7 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado pero las mujeres sin hijos con pareja que trabaja dedican 16,4 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado. Los hombres con hijos con pareja que trabaja dedican 20,8 horas a la semana a realizar actividades de trabajo no remunerado y las mujeres con hijos con pareja que trabaja dedican 37,5 horas semanales a estas actividades.

A la vista de los datos aportados, sería deseable que la diferente situación actual pueda servir en el futuro para propiciar un giro en la opinión -poco ajustada a la realidad social- del Tribunal Supremo, toda vez que esta realidad social nada tiene ya que ver con aquella de 1981 cuando se promulgó la norma.

Así las cosas, no es fácil entender que el Tribunal Supremo conceda la compensación en los supuestos de dedicación exclusiva para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por "quedarse en casa"⁵¹ y se deniegue a aquéllos que realizan una doble jornada para contribuir económicamente con los rendimientos del trabajo y en especie con su trabajo y desvelos en el ámbito doméstico y que son mayoría. Esta postura supone un estímulo positivo a no trabajar fuera del hogar, ya que si un cónyuge se dedica solo al trabajo doméstico puede pedir compensación y, en cambio, si realiza todas las tareas domésticas y además lo compagina con un

51 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "Paradojas", cit., p. 57, para quien ¿conviene -o hasta se debe- entender que lo que, en último término, da su sentido y razón de ser al art. 1438 *in fine* CC es evitar una suerte de aprovechamiento o "enriquecimiento" injustificado del cónyuge que se benefició del real y efectivo trabajo doméstico del otro? ¿O debemos asumir que nos hallamos ante un larvado sistema de "indemnización" -otro más (si pensamos en algunos supuestos de pensión compensatoria)- para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por "quedarse en casa" (a menudo trabajando en efecto en ella, aunque otras veces poco o incluso nada), ya que con los ingresos del cónyuge se vivía holgada y sobradamente (y hasta había para pagar el servicio doméstico)?

trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a nada⁵². Creemos que debería revisarse la interpretación que hace el Tribunal Supremo de esta norma.

V. CONCLUSIONES

1º) Actualmente, tras la grave crisis económica nacional y mundial, la generalidad de las familias no puede prescindir de una segunda fuente de ingresos para dedicarse exclusivamente al cuidado del hogar, antes al contrario, con la incorporación de la mujer al mercado laboral y su elevada cualificación, en la mayoría de los casos ambos cónyuges desarrollan actividades profesionales y mayoritariamente, la mujer española reduce su jornada laboral para poder compaginar su empleo con la atención y cuidado del hogar y la familia. La realidad social española dista mucho de la finalidad primigenia del precepto y evidencia una interpretación y aplicación del mismo muy alejada de las actuales condiciones laborales y de vida de los hogares españoles.

2º) Mantener la actual interpretación del art. 1438 CC propicia y ampara la injusta situación en favor del cónyuge que compatibiliza ambos cometidos, casa y familia y desempeño profesional extra familiar y beneficia de manera poco equitativa a aquel cónyuge que no trabajando fuera del hogar no contribuye de otra forma al abono de los gastos familiares, porque si la contribución del cónyuge solicitante de compensación es la estrictamente obligada para su justa y equitativa contribución a las cargas del matrimonio y en cumplimiento del principio de corresponsabilidad doméstica, no entendemos qué se le ha de compensar y por qué.

3º) El entendimiento de la compensación regulada en el art. 1438 CC, que no deja de ser una indemnización por la dedicación y los trabajos pasados en pro de la familia que se establece por el legislador para salvaguardar el principio de igualdad entre los cónyuges que debe regir durante la vigencia del matrimonio y evitar situaciones de desequilibrio tras la ruptura matrimonial, puede generar aquello que precisamente pretende evitar: la desigualdad y los desequilibrios patrimoniales en un régimen de separación de bienes que se pacta voluntariamente si no se tiene en cuenta cuál ha sido la verdadera aportación económica a las cargas del matrimonio de cada cónyuge. No tomar en consideración la “doble jornada laboral” de la mujer española de 2019 no es ni equitativo ni acorde con la actual situación socio-familiar y laboral española. En mi opinión, la clave para conceder o

52 En todo caso más derecho tendría el cónyuge que, con una actividad laboral remunerada, se encarga también del trabajo en casa por lo que contribuye de dos maneras al levantamiento de las cargas, sobre todo si se entiende que la *ratio legis* del precepto es evitar el enriquecimiento de uno de los cónyuges en perjuicio de otro o la sobrecontribución de uno de los cónyuges. MONTES RODRIGUEZ, M^a. P.: “El derecho”, cit., pp. 367 y 368.

no la compensación habría que buscarla en la proporcionalidad de la aportación y nada más.

BIBLIOGRAFÍA

AMENGUAL BUNYOLA, G. A.: “La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, pp. 1-61.

ARRÉBOLA BLANCO, A.: “¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?”, *Diario La Ley*, 13 de julio de 2017, núm. 9020, Sección Doctrina.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005”, *CCJC*, 2006, núm. 70.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) desde la perspectiva del TS”, *El Derecho.com*, disponible en <https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts>, última consulta 2/10/2108.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 1º, Reus, Madrid, 1961.

CREMADES GARCÍA, P.: “El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar”, *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley, 41321/2008.

DIEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, Derecho de Familia, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2018.

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

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, diciembre 2015.

LETE DEL RIO, J.M.: “Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal”, *RGLJ*, 1976/I, p. 111 y ss.

LOPEZ MEDEL, J.: “Familia y régimen económico matrimonial”, *RCDI*, 1980-I, p. 95 y ss.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "El nuevo papel de la mujer en el Derecho", *Diario La Ley*, 1982, t. I, Editorial La Ley, La Ley 20023/2001.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentario a los artículos 1.435 a 1.444 CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, (dir. por C. PAZ-ARES et al.), Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, t. II, p. 864 y ss.

MONTES PENADES, V. L.: "El régimen de separación de bienes" en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (dir. por M. AMORÓS GUARDIOLA et al.), Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1914 y ss.

MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: "El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 359-374.

MORENO VELASCO, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, La Ley 3441/2010.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8.

REBOLLEDO VALERA, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*, Edersa, Madrid, 1983.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27.