

## LA INDEMNIZACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES: BALANCE CRÍTICO Y PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

### Nota preliminar

Cuando unos cónyuges eligen el régimen de separación de bienes para que rija la economía de su matrimonio (desde el inicio o después, es indiferente) lo hacen buscando su propia tranquilidad, pues desean ser completamente independientes en cuanto a sus ingresos, bienes y deudas sin que ninguno de los dos resulte perjudicado patrimonialmente, con la salvedad de las cargas familiares que ambos han de asumir y de las adquisiciones que realicen conjuntamente en aras de la comunidad de vida que, inevitablemente, existe entre ellos.

Dando cumplimiento a la extensión máxima del presente estudio, en las próximas páginas no puede pretenderse exhaustividad de la temática objeto del mismo, de modo que se abordará directamente una concreta cuestión, que, según creo, toca ya afrontar normativamente. Para su exposición y la consiguiente reflexión que desearía suscitar en el lector, sólo acudiré a la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y no a los pronunciamientos de otros órganos judiciales, con algunas contadas salvedades. Hacerlo sería sumamente interesante, pero desbordaría considerablemente nuestro propósito, cual es alertar de las disfunciones que pueden existir en el momento de liquidar el régimen de separación de bienes para repensar el art. 1438 del C.c., muchas de las cuales son debidas al órgano judicial al que toque decidir, lo que genera una enorme inseguridad jurídica.

Como veremos, tan ansiada tranquilidad puede tornarse una auténtica pesadilla que puede conducir a uno de los cónyuges a una situación de insolvencia. Lo vemos.

### 1.- EL DEBER CONYUGAL DE CONTRIBUIR A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO (*RECTIUS*: “FAMILIARES”)

Los arts. 1315 a 1324 del C.c. (en su redacción dada por la Ley 30/1981)<sup>1</sup> integran el Capítulo I “*Disposiciones Generales*”, del Título III “*Del régimen económico matrimonial*”, del Libro IV del C.c., por tanto, se ubican en sede de obligaciones y contratos. Dentro del conocido como “régimen primario” se encuentra el art. 1318 del C.c., que, en su primer párrafo, dispone: “*los bienes de los cónyuges están sujetos a las cargas del matrimonio*”. Dado que el legislador no nos proporciona definición alguna, nos preguntamos: ¿qué se entiende por “*cargas del matrimonio*”? Para buscar la respuesta acudimos al art. 1362 del C.c. para el régimen de sociedad de gananciales y al art. 1438 para el de separación de bienes.

La descripción más ajustada de lo que se entiende por “*cargas del matrimonio*” la encontramos en el art. 1362.1ª del C.c., según el cual, “*serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.ª El*

---

<sup>1</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

*sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia (...)*“.

Como puede comprobar el lector, son, básicamente, todos aquellos gastos que se originan bien por el sostenimiento de la familia (alimentación y educación de los hijos -comunes o de un cónyuge-, asistencia sanitaria de cónyuges e hijos, etc.) o bien por la atención del hogar familiar (suministros, impuestos, etc.), lo que conecta con los deberes conyugales de ayuda, socorro mutuo y reparto de responsabilidades domésticas (arts. 67 y 68 del C.c.) y se justifica por la comunidad de vida sobre la cual se sustenta el matrimonio. A la vista de ello, su nombre más adecuado, a mi entender, debería ser el de “*cargas familiares*”.

En tales cargas se incluyen también las litisexpensas, gastos causados en litigios bien contra el otro cónyuge o bien contra cualquier otra persona contemplados por el art. 1318, párrafo 3º del C.c.

Por su parte, el art. 1438 del C.c.<sup>2</sup>, ubicado en sede del régimen de separación de bienes, establece que “*los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos (...)*”. Conforme a ello, la obligación de coadyuvar económicamente al sostenimiento de la vida común no es igualitaria para ambos cónyuges, sino que estos pueden pactar lo que estimen conveniente y, de no hacerlo, contribuirán de manera proporcional con arreglo al caudal de cada uno.

## **2.- LOS CÓNYUGES QUE OPTAN POR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES NO PUEDEN DESCONOCER EL ART. 1438 CC**

Una forma de contribuir al levantamiento de las cargas familiares es el trabajo para el hogar por parte de un cónyuge (el cual, durante mucho tiempo, ha recaído en la mujer), que, al no ser retribuido, es legalmente considerado una aportación en especie al sostenimiento de la familia<sup>3</sup>.

Dicha dedicación familiar es tenida en cuenta como criterio para fijar la pensión compensatoria *ex art. 97 del C.c.* y, además, da derecho a una compensación económica cuando se extingue el régimen de separación de bienes a tenor de lo dispuesto por el art. 1438 del C.c. Es muy importante señalar que dicha indemnización es compatible con la

---

<sup>2</sup> En virtud del art. 1413 C.c., dicho precepto es directamente aplicable al de participación.

<sup>3</sup> Así lo dice expresamente STS de 11 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4080), en su FJ. 3º.

pensión compensatoria del art. 97 del C.c.<sup>4</sup>, con la que no puede confundirse, pues la cuantía del art. 1438 es debida por razón del trabajo doméstico realizado en el pasado, en tanto que la pensión compensatoria procede por el desequilibrio económico futuro en relación con la posición del otro cónyuge que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Claro lo anterior, el trabajo doméstico se computa en una doble dimensión: tanto para el cumplimiento del deber legal de ambos cónyuges de contribuir a las cargas familiares, como para que el cónyuge que se ha dedicado al hogar y a los hijos reciba una compensación por ello al momento de extinguirse dicho régimen. Lo deja bien claro el tenor literal del art. 1438 del C.c.<sup>5</sup>: “(...) *el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*”. El legislador utiliza la conjunción copulativa “y” y no la alternativa “o”, razón por lo cual no existe un ápice de duda.

Al respecto, la STS de 14 de julio de 2011<sup>6</sup>, en su FJ. 3º, afirma con absoluta nitidez, que el art. 1438 del C.c. contiene tres reglas coordinadas, a saber:

1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, de modo que la separación de bienes no les exime de dicho deber legal.

2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. Por tanto, no es necesario que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas familiares, sino que también puede hacerse con el trabajo para la casa y los hijos cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 de la CE.

3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

La parca regulación del Código civil ha obligado a nuestro Tribunal Supremo a ir construyendo, a golpe de sentencia, una doctrina (hoy día bastante consolidada, pero, en algunos puntos, discutible) en cuanto a la indemnización por el trabajo dedicado a la

---

<sup>4</sup> Para una exposición detallada de las diferencias entre la pensión compensatoria y la compensación económica del art. 1438 del C.c. vid. STS de 26 de abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1591).

No puede pasarte por alto, por su enorme relevancia práctica, que la pensión compensatoria es un ingreso no sujeto a retención que tributa en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y es gasto deducible para el deudor, en tanto que la indemnización por trabajo para la casa no tributa en dicho impuesto y no es gasto deducible para quien la abona.

<sup>5</sup> Dicha redacción viene dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio y, según ilustra la STS de 11 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4080), el art. 1438 del C.c. tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978.

<sup>6</sup> ECLI: ES:TS:2011:4874.

familia. Así, para que el cónyuge que ha contribuido a las cargas del matrimonio con su trabajo para la familia tenga derecho a dicha compensación económica, deben concurrir los siguientes presupuestos fijados por el Alto Tribunal<sup>7</sup>:

1. Estar casado bajo el régimen de separación de bienes.
2. Extinción de dicho régimen (bien por cambio a otro distinto o bien por fin del matrimonio).
3. Que el cónyuge solicitante haya dedicado su tiempo al cuidado de la familia y a las tareas domésticas durante la vigencia del régimen. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge.
4. La dedicación del cónyuge ha de ser exclusiva, no excluyente ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar<sup>8</sup>, a tiempo parcial o en jornada completa<sup>9</sup>, ya fuera o dentro de la vivienda familiar<sup>10</sup> (salvo que el cónyuge hubiera trabajado para actividades profesionales o negocios familiares del otro sin retribución o en condiciones laborales precarias<sup>11</sup>) y, de otro, no rechazarla cuando dicha 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 (aun retribuida exclusivamente a costa de los ingresos de aquel), pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración

---

<sup>7</sup> Integran doctrina jurisprudencial sobre la materia, entre otras, las SSTS de 14 de julio de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:4874), 31 de enero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:433), 26 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1490), 14 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1693), 25 de noviembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:4897), 5 de mayo de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1898), 28 de febrero de 2017 (ES:TS:2017:714), 11 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4080), 13 de enero de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:31), 10 de marzo de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:869) y 21 de febrero de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:837).

<sup>8</sup> ¿Y si durante cierto tiempo el cónyuge ha trabajado sin darse de alta laboral? Es el caso enjuiciado por la SAP de Cádiz (Sección 5ª) de 13 de marzo de 2025 (ECLI: ES:APCA:2025:330), en la que la esposa había trabajado sin estar dada de alta durante distintas épocas del matrimonio impartiendo clases de inglés y noruego, y como traductora, guía turístico y profesora de idiomas de una guardería, lo que, además, le había impedido atender con total disponibilidad al hijo, de cuyo cuidado se encargó el ex marido. En primera instancia se deniega la indemnización, pero en apelación se le concede, si bien se calcula un importe de 36.283,56 euros, decidiendo la Audiencia gaditana que le corresponde el 50%, es decir, 18.141,78 euros.

<sup>9</sup> En la STS de 14 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1693) se denegó la compensación económica del trabajo para la casa porque la esposa (en primera instancia se fijó una cantidad 63.498,6 euros que la Audiencia Provincial, en apelación, redujo a 20.000 euros), desde que se pactara el régimen de separación de bienes, vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, percibiendo una retribución que oscilaba en torno a los 800 euros.

<sup>10</sup> Fue el caso del que conoció en casación la STS de 28 de febrero de 2017 (ES:TS:2017:714), en la que revocando lo decidido en primera instancia (en la que se imponía al marido el pago de 45.000 euros) y en apelación (que redujo a 25.000 euros), se deniega la indemnización solicitada por la esposa porque desarrolló una actividad laboral, como administrativa y contable, en la vivienda familiar, a quien tampoco se reconoce el derecho a percibir una pensión compensatoria.

<sup>11</sup> Según la STS de 31 de octubre de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:5357), por sí solos ni la realización de algún trabajo esporádico de limpieza sin estar dada de alta en la seguridad social ni el alta durante 90 días excluyen la procedencia de la compensación por el trabajo de la ex esposa en favor de la familia cuando concurren los requisitos para ello.

para cuantificar la compensación<sup>12</sup>, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento.

A la vista de ello, dos ideas acerca de la compensación por el trabajo doméstico en un régimen de separación de bienes extinto son cruciales: la primera, es compatible con una pensión compensatoria; la segunda, prescinde de la capacidad económica del cónyuge obligado a pagarla y no se requiere que el reclamante se encuentre en estado de necesidad (es más, puede, incluso, contar con un ingente patrimonio), de modo que basta con el hecho objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a solicitarla, sin poder tenerse en cuenta ninguna otra circunstancia<sup>13</sup>.

Así las cosas, el papel del notario en el momento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales<sup>14</sup> al elegir el régimen de separación de bienes es absolutamente decisivo, precisamente, por la existencia del art. 1438 del C.c. El notario debe asegurar la comprensión y libre voluntad de los otorgantes, así como advertirles de las consecuencias jurídicas y económicas del régimen elegido y, en concreto, de las derivadas del art. 1438 del C.c., indicándoles que, en virtud de su autonomía de la voluntad (uno de los principios vertebradores del matrimonio), cabe un pacto conyugal acerca del establecimiento de los parámetros a utilizar para fijar la cuantía compensatoria del trabajo para la familia, la forma de pago<sup>15</sup> o, en su caso, la renuncia anticipada<sup>16</sup>. Ello resulta esencial.

Junto al notario, otro operador jurídico que desempeña un papel determinante en el momento de la liquidación del régimen de separación de bienes y elaboración del convenio regulador en caso de separación o divorcio de mutuo acuerdo (bien vía judicial, bien notarial)<sup>17</sup> es el abogado. El letrado tiene un rol fundamental como garante de la legalidad, como negociador y mediador facilitando diálogos entre los cónyuges para evitar litigios costosos (en tiempo y dinero) y minimizar conflictos emocionales (sobre

---

<sup>12</sup> STS de 11 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4080): “dicho de otra manera, no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico. Cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación”.

<sup>13</sup> Como señala la STS de 31 de enero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:433) en su FJ. 2º, “basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe”.

<sup>14</sup> Vid. art. 147, párrafo 1º, del Reglamento Notarial.

<sup>15</sup> La STS de 11 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4080), en su FJ. 3º, reconoce la posibilidad de que se indemnice mediante una adjudicación de bienes.

<sup>16</sup> Es el caso enjuiciado por la STS de 13 de marzo de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:879), en el que los cónyuges pactaron en capitulaciones matrimoniales que “en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos”. Conforme a ello, el Juzgado de Primera Instancia no estableció pensión compensatoria ni indemnización a favor de la esposa; la Audiencia Provincial acordó a favor de la esposa una pensión compensatoria y una indemnización por dedicación a la casa y familia. El Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el esposo y, dando plena validez a lo pactado, declara que no ha lugar a la prestación compensatoria por desequilibrio ni a la compensación por el trabajo para la casa, condenando a la esposa a devolverle todas las cantidades percibidas por tales conceptos, con los correspondientes intereses legales.

<sup>17</sup> Según la Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD), año 2024, del Instituto Nacional de Estadística, el 79,8% de los divorcios en el año 2024 fueron no contenciosos y el 20,2% contenciosos. El 61,1% lo fueron por sentencia (frente al 59,9% del año anterior), el 25,1% por decreto (25,2% en 2023) y el 13,8% por escritura pública (frente al 14,9%).

todo, cuando hay hijos menores), así como asesor fiscal. En el contexto del Derecho de familia, la labor multifacética que desarrolla no recibe, a mi juicio, el justo reconocimiento que merece, quizás porque la lleva a cabo de manera más silenciosa que en otras áreas jurídicas, aunque con el mismo rigor técnico, en un despacho en el que se vierten no pocas lágrimas y confidencias, colándose en la intimidad de una pareja a la que ha de ayudar a salir adelante con mucha empatía y creatividad jurídica, intentando conseguir que dos personas que ya no se aman logren, por su bien y el de sus hijos, respetarse.

Cuando el divorcio se torna contencioso, es al juez a quien toca decidir.

### **3.- UNA MIRADA ALREDEDOR**

El régimen de separación de bienes rige en varios Derechos civiles vigentes en nuestro territorio, pero no todos admiten la compensación económica por el trabajo para la familia y aquellos que la contemplan no le atribuyen la misma naturaleza, como señala la STS de 14 de julio de 2011<sup>18</sup>.

Así, en Aragón, el trabajo doméstico para la casa no da derecho a obtener una indemnización por el mismo, pues esa dedicación es una forma de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares, tal y como lo ha entendido la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>19</sup>. Por su parte, el art. 1438 del C.c. no es aplicable supletoriamente en Aragón, puesto que el art. 187 de su Código del Derecho foral califica las atenciones al hogar y a los hijos como un medio de contribución a las necesidades familiares, sin derivarse por ello ningún tipo de indemnización al tiempo de la disolución, si bien nada impide a los cónyuges pactarla en capítulos matrimoniales (art. 204 del Código aragonés). Frente a algunas opiniones que reclaman para Aragón una norma semejante al art. 1438 del C.c., BAYOD<sup>20</sup> no la cree necesaria; el Código del Derecho foral de Aragón, al igual que otras legislaciones europeas (vgr. Francia, Italia y Alemania), considera que el trabajo doméstico es sólo un medio de contribución al sostenimiento de las necesidades familiares y no un “título” que la atribuya a los cónyuges el derecho a una compensación económica por el mismo, si bien los esposos pueden acordarlo en capítulos matrimoniales.

---

<sup>18</sup> ECLI: ES:TS:2011:4874.

<sup>19</sup> Por todas, SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 17 de septiembre de 2020 (ECLI: ES:APZ:2020:1380).

<sup>20</sup> BAYOD LOPEZ, C.: “§9. Régimen económico matrimonial de separación de bienes”, pp. 373-374, publicación que puede consultarse en <https://gidda.es/wp-content/uploads/2022/03/07-sepraci%C2%A2n-de-bienes.pdf>.

El art. 4.1 de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares dispone, en términos muy similares al art. 1438 del C.c., que *“los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos; se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo cuando se extinga el régimen de separación”*.

En Navarra, la Ley 101.5 de su Fuero Nuevo (en su redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril) establece: *“Cuando el trabajo realizado para la familia por un cónyuge de forma personal y no retribuida determine un exceso en la contribución a los gastos del matrimonio que proporcionalmente le corresponda en relación con lo aportado económica y personalmente por el otro, deberá ser compensado en el momento de la extinción del régimen.*

*Para determinar la cuantía de la compensación se tendrá en cuenta, dentro del nivel económico y circunstancias de la familia, los años de matrimonio, la duración e intensidad de la dedicación y la atención personal a los hijos y a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges”*. Y añade en su apartado 6º: *“Además, cuando uno de los cónyuges hubiera realizado trabajo en las actividades empresariales o profesionales del otro, tendrá derecho a una compensación proporcional al trabajo realizado, cuando el mismo no haya sido objeto de retribución o lo haya sido con retribución insuficiente, y ello, con independencia de los reembolsos debidos por excesos en el deber de contribución a las cargas del matrimonio”*.

El Código civil catalán, en su art. 232-5, dispone:

*“1. En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección.*

*2. Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente.*

*3. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya*

*incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.*

*4. La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 232-6. Sin embargo, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.*

*5. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería”<sup>21</sup>.*

#### **4.- SU POSIBLE FUNDAMENTO**

La pregunta que, inevitablemente, surge tras una primera lectura del art. 1438 del C.c. es: ¿cuál es el fundamento del derecho a una compensación económica al extinguirse el régimen de separación de bienes cuando el trabajo doméstico ya se valora como contribución a las cargas familiares y el desequilibrio económico que genera la ruptura matrimonial es tenido en cuenta en la pensión compensatoria?

Los posibles fundamentos son:

1. Se compensa el enriquecimiento económico que ha tenido el cónyuge que ha trabajado fuera del hogar, de modo que, si no experimenta ningún incremento patrimonial, no procede ninguna indemnización. Es el criterio legal establecido en Cataluña. Nuestro Tribunal Supremo niega este fundamento al aplicar el art. 1438 del C.c.<sup>22</sup>, de manera que, en Derecho común, aunque el cónyuge deudor no haya incrementado su patrimonio, queda obligado a pagar la compensación al que ha realizado el trabajo doméstico durante la vigencia del régimen de separación de bienes (al que no le es aplicable, por analogía, el de participación en ganancias).

2.- Si lo que se compensa es la pasada dedicación exclusiva a la familia y ello ya es tenido en cuenta como contribución al levantamiento de las cargas, ¿por qué también se

<sup>21</sup> Vid. arts. 232-6 a 232-11 del Código civil de Cataluña.

<sup>22</sup> El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4080) nos ilustra al respecto al señalar que “es necesario tener en cuenta que fue suprimido del proyecto de ley remitido por el gobierno, sobre la redacción del art. 1438 CC, el requisito de subordinar la compensación económica a la circunstancia de que el otro cónyuge se hubiera enriquecido durante la vigencia del régimen de separación”.

indemniza?<sup>23</sup>. ¿No se incurre en una duplicidad de prestaciones derivadas de la misma razón de ser generándose un enriquecimiento sin causa proscrito en nuestro ordenamiento jurídico? Por otro lado, si se indemniza el trabajo doméstico, ¿no habría, entonces, que considerarse que ha sido nula su contribución a las cargas familiares? Y en caso de destinarse a compensar el desequilibrio económico del cónyuge que ha dedicado su trabajo al hogar y a la familia, ¿no existe ya para ello la pensión compensatoria del art. 97 del C.c., para cuya fijación se valora “*la dedicación pasada y futura a la familia*”? Y si procede la compensación por trabajo doméstico cuando el cónyuge también ha trabajado fuera del hogar indemnizándole los años que ha trabajado exclusivamente en casa, ¿dónde está la pérdida de oportunidades laborales? No tenemos respuestas a estos interrogantes, pero esta es, sin duda alguna, la posición adoptada por nuestro Tribunal Supremo<sup>24</sup>.

3. Dado que la contribución al sostenimiento de las cargas familiares es proporcional a los recursos económicos de cada cónyuge, la compensación solo puede tener lugar cuando haya un exceso de contribución a tales cargas por parte del cónyuge que se dedica al hogar y a los hijos. Es el criterio que sigue el Derecho civil navarro, pero no el art. 1438 del C.c., como aclara expresamente la STS de 21 de febrero de 2024<sup>25</sup>. Dicha teoría del exceso de aportación o sobreaportación a las cargas familiares es la que acoge la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, publicada en 2018<sup>26</sup>, la cual formula en su art. 265-5.1 en los siguientes términos: “*El trabajo realizado en el hogar por un cónyuge da derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, la realización de dicho trabajo determine un exceso en la contribución a las cargas del matrimonio, que a ese cónyuge corresponde, según la regla de la proporcionalidad, teniendo en cuenta el nivel de vida de la familia y los recursos económicos y el trabajo en el hogar aportado por el otro cónyuge*”.

---

<sup>23</sup> Según la STS de 10 de marzo de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:869), “el sentido de que en el momento de la extinción del régimen de separación sea exigible frente al otro cónyuge una compensación por el cónyuge por el ‘trabajo para la casa’ es reequilibrar la falta de proporción a los respectivos recursos de las contribuciones de cada uno a las cargas del matrimonio antes de su disolución”.

<sup>24</sup> Según señala la STS de 17 de octubre de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:4408), en su FJ 4º, “la razón de ser de tal compensación por trabajo doméstico deriva de que, en los regímenes económico-matrimoniales en los que no se produce una comunicación de bienes entre los cónyuges, como es el de separación, puede generarse un desequilibrio económico cuando uno de los miembros del matrimonio se dedica al cuidado del hogar familiar y, en su caso, de los hijos o parientes convivientes con ellos, lo que le hace merecedor de una compensación mediante el establecimiento de una compensación en el momento de su extinción”.

<sup>25</sup> ECLI: ES:TS:2024:837.

<sup>26</sup> *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018 (puede consultarse en file:///C:/Users/usuario/Downloads/obra\_completa-2.pdf).

## 5.- LOS PARÁMETROS PARA SU CUANTIFICACIÓN

Lo ideal es que los cónyuges fijen en capitulaciones matrimoniales los parámetros para su fijación y el modo de pago de la compensación (pudiendo, también, estipular su renuncia *ex ante*). Ante la disparidad de criterios de los pronunciamientos de los distintos órganos judiciales vertidos al respecto (incluso, en el seno de un mismo procedimiento), con la consiguiente inseguridad jurídica que ello genera, la opción del acuerdo capitular es, a efectos prácticos, altamente recomendable. También puede ser acordada en el convenio regulador de separación o divorcio, debiendo tenerse en cuenta que su omisión en el mismo, tal y como advierte el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de octubre de 2023<sup>27</sup>, no es obstáculo para su ulterior concesión judicial.

En defecto de estipulación convencional, la compensación será determinada judicialmente y el Código civil guarda absoluto silencio al respecto, de modo que nuestros jueces tienen que realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Como reconoce el propio Supremo en su Sentencia de 5 de mayo de 2016<sup>28</sup>, “es reiterada la jurisprudencia de esta Sala relativa a cuándo procede la indemnización prevista en el artículo 1438 del Código civil. No lo es en cuanto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla, como tampoco lo es en las Audiencias provinciales en las que las discrepancias son evidentes”. Y añade: “la primera regla de determinación es el acuerdo entre los cónyuges al pactar este régimen, como prevé el artículo 1438 CC, pero es evidente que este convenio no existe en la mayoría de los casos como sería deseable, ni es posible suplirlo mediante la fijación de una doctrina jurisprudencial unificadora, como se pretende, dado el evidente margen de discrecionalidad existente para valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación”.

Es preciso reseñar que, en la mayoría de las controversias resueltas judicialmente no se cuestiona si procede la compensación económica por la dedicación a la casa y a la familia, pues basta para ello que concurran los presupuestos normativos, sino su cuantía. Dicho de otro modo, la cuestión litigiosa no gira tanto en torno a la denegación de la indemnización como al aquilatamiento de su importe.

---

<sup>27</sup> En la STS de 17 de octubre de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:4408) el Alto Tribunal sostiene que un convenio regulador en el que los litigantes regulaban las relaciones paternofiliales durante su separación de hecho sin que el matrimonio se hubiera disuelto por divorcio y, por ende, se hubiera extinguido el régimen económico matrimonial, sin constar pacto alguno sobre la indemnización del art. 1438 del C.c. no puede interpretarse como equivalente a una renuncia a su percepción, la cual debe ser expresa, clara y precisa.

<sup>28</sup> ECLI: ES:TS:2016:1898.

Acerca de ello, advierte la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 23 de noviembre de 2020<sup>29</sup>, que “es necesario ser extremadamente prudentes a la hora de cuantificar el derecho que nos ocupa, pues en otro caso se corre el riesgo de desnaturalizar el régimen económico libremente elegido por los litigantes transformándolo en otro similar al de participación”. Es preciso tener claro que el hecho de la dedicación exclusiva a la familia durante la vigencia del régimen de separación de bienes da derecho a la obtención de la indemnización del art. 1438 del C.c. al momento de extinción del mismo. Ni el alta como autónomo en el negocio del cónyuge, ni el trabajo por cuenta ajena y a tiempo parcial durante unos meses excluyen el derecho a percibirla, pero sí pueden considerarse para aquilatar su cuantía<sup>30</sup>. Tampoco el derecho a la compensación por el trabajo doméstico es incompatible con el hecho de haber tenido un trabajo remunerado al principio del matrimonio, si bien es un dato a valorar a la hora de determinar su importe<sup>31</sup>.

También puede haber, como ha señalado el Supremo en varias ocasiones<sup>32</sup>, una "anticipada compensación pecuniaria". De este modo, es razonable exigir que de la compensación se descuente todo aquello que el cónyuge acreedor de la misma haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor.

Claro lo anterior, es criterio de la Sala 1ª que, para calcular el importe por el trabajo desarrollado para la casa por uno de los cónyuges, “*concepto de difícil cuantificación*”, puede partirse de un índice objetivo, entre los que se encuentra el salario mínimo interprofesional. Junto a él, se tiene en cuenta el costo de contratar a una tercera persona para realizar las tareas domésticas, la duración del matrimonio, el número de hijos<sup>33</sup>, etc. La STS de 21 de febrero de 2024<sup>34</sup> despierta gran interés porque en ella se establece a favor de la esposa una pensión compensatoria de 950 euros y una indemnización por trabajo para la casa durante dieciséis años y medio en exclusiva de 100.000 euros (denegada en primera instancia, pero concedida en apelación). El ex marido interpone recurso de casación en el que cuestiona la ponderación realizada por la sentencia recurrida de los criterios del art. 97 del C.c. para fijar la cuantía y no establecer un límite temporal

---

<sup>29</sup> ECLI: ES:APM:2020:14376.

<sup>30</sup> Es el supuesto que ventiló la STS de 13 de enero de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:31).

<sup>31</sup> STS de 21 de febrero de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:837).

<sup>32</sup> Entre las más recientes, las SSTS de 10 de marzo de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:869), que así lo reconoce, pero no admite el descuento de determinados pagos hechos por el recurrente, bien por ser de cuantía moderada o bien por estar relacionados con la vivienda familiar, y la de 31 de octubre de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:5357), que sí tiene en cuenta que la adquisición de la vivienda familiar en copropiedad a partes iguales fue pagada con dinero común procedente de la vivienda anterior, pero también con dinero privativo del marido procedente de herencias percibidas.

<sup>33</sup> Según la STS de 21 de febrero de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:837) en su FJ. 3º, los cónyuges no contaban con ayuda externa pero, al tener una única hija, ello es considerado una ‘dedicación media’.

<sup>34</sup> ECLI: ES:TS:2024:837.

a la pensión compensatoria que se establece a favor de la esposa, así como la interpretación y aplicación del art. 1438 del C.c. a la hora de determinar una indemnización por el trabajo para la casa y su cuantía. En cuanto a la compensación por el trabajo para la casa el Supremo considera que la sentencia recurrida es conforme a la doctrina de la Sala<sup>35</sup> y, en relación a la pensión compensatoria, estima el motivo del recurso que se refiere a la cuantía, al tomar en consideración la compensación por el trabajo para la casa que se reconoce como un elemento que reduce el desequilibrio sufrido por la esposa como consecuencia del divorcio, al afectar a los medios económicos de los cónyuges. Así, repárese en ello, reconoce la incidencia de la indemnización del art. 1438 del C.c. en la cuantía de la pensión compensatoria del art. 97 del mismo Cuerpo legal y, en consecuencia, reduce la cantidad a 600 euros.

## **6.- LAS EVENTUALES SITUACIONES DEL CÓNYUGE DEUDOR DE LA INDEMNIZACIÓN**

En la STS de 25 de noviembre de 2015<sup>36</sup> se concede a la esposa una compensación por su dedicación al hogar y a los hijos durante más de veinte años que asciende a 250.000 euros. Es preciso indicar que la demandante solicitaba una suma de 733.056 euros, contaba con dos empleadas de hogar y un chófer para la realización de tales menesteres, así como con un gran patrimonio. Si bien en las dos instancias se le deniega la compensación solicitada, el Supremo le concede la cuantía de 250.000 euros. No puede pasarse por alto que, en el caso de autos, “el esposo refiere a una situación concursal o preconcursal en que se encuentran sus sociedades, pero lo cierto es que no consta que esta situación de insolvencia, que ha afectado a sus sociedades, haya también afectado de forma sustancial a su importante patrimonio personal, ni a la capacidad para generar nuevos negocios en la actualidad”, afirma.

La STS de 11 de diciembre de 2019<sup>37</sup> se dicta en el procedimiento de divorcio contencioso del presidente de una importante empresa constructora. En primera instancia se establece la custodia compartida de las tres hijas del matrimonio (el esposo tenía otros tres hijos de una relación anterior). Al padre se atribuye la vivienda familiar (había donado a la esposa

---

<sup>35</sup> Como señala en su FJ. 3º, “en la cuantificación de la indemnización parece razonable valorar, como ha hecho la Audiencia, que, si bien la familia no contaba con ayuda externa, el matrimonio tuvo una única hija, lo que, en palabras de la sentencia recurrida supone una ‘dedicación media’. Junto a ello, el esposo ha venido reiterando desde la oposición a la reconvenición, y la esposa lo asumió en su apelación, que anticipó a la esposa 11.300 euros para pagar la residencia de su madre, y ciertamente este concepto no está incluido en el art. 68 C.c., que se refiere a las atenciones de los ascendientes que convivan, pero no a los gastos en que incurra uno de los esposos respecto de sus padres no convivientes. Ponderando estos datos vamos a mantener como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes que regía el matrimonio de los litigantes la suma de 100.000 euros”.

<sup>36</sup> ECLI: ES:TS:2015:4897.

<sup>37</sup> ECLI: ES:TS:2019:4080.

durante la unión matrimonial 3.000.000 de euros, quien con 2.275.000 de euros adquirió una vivienda suntuaria cuya reforma pagó el marido) y se le impone el pago de una pensión alimenticia de 7.000 euros por cada una de las tres hijas, el pago directo de gastos académicos y extras y 100.000 euros anuales a la esposa para “viajes” con las hijas. Se fija una pensión compensatoria a favor de la esposa de 50.000 euros mensuales durante un periodo de cinco años (esto es, 6.000.000 de euros) y se rechaza la compensación del 1438 del C.c.<sup>38</sup> En apelación se mantiene la custodia compartida, se sube la pensión compensatoria a 75.000 euros mensuales a abonar en cinco años y se reconoce una indemnización *ex art.* 1438 del C.c. por un importe de 6.000.000 de euros. Contra la resolución de segunda instancia se interponen sendos recursos de casación por ambas partes, no siendo admitido el formulado por la esposa concerniente a las pensiones de alimentos y compensatoria, de modo que la casación queda circunscrita a la infracción del art. 1438 del C.c. El Supremo estima parcialmente el recurso y considera que, en atención a una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante, durante los diez años del matrimonio, a razón de unos 7.000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840.000 euros, que considera procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes, ponderando, además, otros elementos de juicio como donaciones recibidas de unos 3.000.000 de euros, nivel de vida que disfrutó y pensión compensatoria de 75.000 euros al mes durante cinco años, para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales.

Nos podemos encontrar con la situación enjuiciada por la STS de 17 de octubre de 2023<sup>39</sup>: un matrimonio en régimen de separación de bienes de quince años de duración, de los cuales siete la esposa no trabajó fuera de casa y sí los restantes, encontrándose integrada en el mercado laboral al tiempo del divorcio. La sentencia del Juzgado no le concede la pensión compensatoria, pero sí fija la indemnización por el trabajo para la casa en 100.000 euros ponderada sobre el importe de 600 euros del salario mínimo de los quince años de duración del matrimonio, cuantía que es rebajada a la mitad, 50.000 euros, en segunda instancia y confirmada en casación.

---

<sup>38</sup> Para ello el Juzgado consideró que, en ningún caso, constaba que la esposa se hubiera dedicado, de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa, dado que contaba, para la ejecución de dichas tareas, con 11 empleados, ocupados en actividades tales como jardinería, mantenimiento, limpieza, cocina, chóferes, enseñanza de idiomas, profesores particulares; así como que ambos cónyuges habían colaborado, en la medida de sus posibilidades, en el cuidado y atención de las hijas, unido además a que no existía prueba alguna relativa a que el incremento patrimonial del demandante derivado de la gestión de la empresa, desde el año 2006 hasta el año 2016, fuera debido a la colaboración o contribución de la demandante, ponderando igualmente una anticipada compensación de 3.000.000 de euros, que fue percibida por la esposa, vigente la unión matrimonial.

<sup>39</sup> ECLI: ES:TS:2023:4408.

En la STS de 21 de febrero de 2024<sup>40</sup> la suma indemnizatoria concedida fue de 100.000 euros por una dedicación a la familia durante dieciséis años y medio, junto al pago de una pensión compensatoria de 600 euros mensuales con carácter indefinido.

Como vemos, estamos ante cifras de cientos de miles de euros, a las cuales ha de hacer frente el cónyuge deudor junto con, eventualmente, una pensión compensatoria (temporal o indefinida) y, en su caso, alimenticias (de hijos comunes o puede que de una relación anterior), la atribución de una vivienda en titularidad exclusiva (de la que puede que deba afrontar las cuotas de amortización correspondientes al préstamo hipotecario con el que se adquirió), el pago de gastos por los cuidados de sus ascendientes enfermos o con movilidad reducida e, incluso, haberse declarado en concurso de acreedores. Pensemos en el supuesto de que el deudor tenga una nómina mensual de 2.000 o 2.500 euros y deba abonar un importe de entre 50.000 y 200.000 euros en concepto de compensación económica por el trabajo desarrollado en el hogar por su ex cónyuge durante diez, quince o veinte años, respectivamente, más algunas de las cuantías anteriormente enumeradas. Pues sí, le toca pagar (con frecuencia, en un solo pago y no fraccionado), aunque el cónyuge acreedor sea millonario y el deudor carezca de capacidad económica, viéndose obligado a pedir un préstamo y quedar endeudado de por vida, o bien declararse en concurso de acreedores y solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho (la compensación por trabajo doméstico no es equiparable a la obligación de alimentos y, por tanto, es pasivo exonerable).

El sentido común es un ingrediente esencial del Derecho y del razonamiento jurídico, pues es uno de los mejores criterios para resolver conflictos y dar respuesta a cuestiones que, en nuestro caso, por una deficiente formulación legal, exigen una solución lógica y justa que evite disfunciones o excesos claramente inadmisibles.

## **7.- UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA***

La realidad social actual es muy distinta a la de 1981. La supletoriedad legal del régimen de gananciales en Derecho común ha condicionado durante mucho tiempo la aplicación del art. 1438 del C.c., pues sólo los más atrevidos o bien los que lo hacían por conveniencia profesional se casaban en separación de bienes. Sin embargo, en nuestros días, dicho régimen económico-matrimonial es acordado con enorme frecuencia, hasta tal punto que, en mi modesta opinión, debería pasar a ser, en Derecho común, el régimen

---

<sup>40</sup> ECLI: ES:TS:2024:837.

supletorio en defecto de pacto capitular. La distinta visión social y cultural del matrimonio y la incorporación de la mujer al mundo laboral lo han cambiado todo<sup>41</sup>.

En muchos casos, hoy día, la mujer tiene independencia económica, de modo que el art. 1438 del C.c. no siempre resulta aplicable. Sin embargo, cuando al contraer matrimonio trabajaba fuera del hogar y deja de hacerlo para atender las necesidades familiares, se producen algunas situaciones en las que el cónyuge que ha de compensarle deba pagarle, además de la pensión compensatoria, una indemnización de 80.000, 100.000 euros o, incluso, mucho más alta, lo que puede conducirle a la insolvencia, pues, insistimos, no se valora la capacidad económica del cónyuge deudor para su fijación. Ciertamente es que las consecuencias indeseables que pueden derivarse de la aplicación del art. 1438 del C.c., dado su carácter dispositivo, pueden ser excluidas por los cónyuges, razón por la cual, insisto, adquiere enorme relevancia un buen asesoramiento jurídico por parte de un notario o un abogado.

A la vista de ello, dos son las posibles soluciones que proponemos respecto al art. 1438 del C.c.:

- 1.- Su supresión normativa, sin que nada impida que los cónyuges puedan pactarla. Recordemos que en Aragón no está prevista, ni tampoco en algunas legislaciones europeas.
- 2.- Mantener la norma, pero acogiendo en ella la teoría del exceso de contribución al levantamiento de las cargas familiares (personalmente, prefiero la solución navarra y la propuesta por la Asociación de Profesores de Derecho civil a la catalana) e indicando los criterios para su cuantificación.

Me inclino por la segunda opción por varias razones: existen supuestos de mujeres con dedicación exclusiva a la familia que han de ser atendidos, si bien sin incurrirse en enriquecimientos sin causa; Navarra no contemplaba la indemnización por el trabajo doméstico y lo ha introducido en 2019 en su Fuero Nuevo, por algo será.

---

<sup>41</sup> Como afirma la SAP de Pontevedra (Sección 6ª) de 25 de noviembre de 2022 (ECLI: ES:APPO:2022:2854), en su FJ. 2º, el art. 1438 del C.c. es una norma indirectamente orientada a promover la igualdad de los esposos en la atención de las tareas del hogar, anticipando la idea introducida en la reforma de 2007 y plasmada en el actual art. 68, “porque es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral”.