

# CONFIGURACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO: *VALORAR LAS TAREAS DE CUIDADO PARA INCENTIVAR LA IGUALDAD DE GÉNERO\**

## QUANTIFICATION AND CONFIGURATION IN THE COMPENSATION FOR HOUSEHOLD WORK: VALUING CARE IN ORDER TO ENCOURAGE GENDER EQUALITY

MARTA VILA SORIANO\*\*

**Resumen:** El número de parejas en que uno de los cónyuges solicita una compensación económica por razón de trabajo está aumentando en España. Mientras la evolución hacia un mayor individualismo en las relaciones impulsa la elección del régimen de separación de bienes, la feminización del trabajo doméstico, la brecha salarial o la sobresocialización de las mujeres en la ética del cuidado siguen originando una asunción desigual en las tareas de cuidado entre hombres y mujeres. La existencia de diversos regímenes de separación de bienes en España ofrece diferentes configuraciones y métodos de cuantificación de la compensación. El objetivo de este trabajo es analizarlas desde una perspectiva de género para proponer una regulación que, además de valorar la inversión específica de una parte en el trabajo familiar *ex post*, también cree incentivos para el reparto igualitario de las tareas entre los cónyuges *ex ante*.

**Palabras clave:** Igualdad de género, trabajo doméstico, tareas de cuidado, matrimonio, compensación.

**Abstract:** The number of divorces in which one of the parties claims a compensation for household work is increasing in Spain. While the evolution to a greater individualism in the relationships boosts the election of the regime of separation of property, the housework feminization, gender pay gap or over socialization of women in the ethics of care still originate an unequal assumption in care tasks between men and women. The existence of different regimes of separation of property in Spain offers different configurations and quantification methods for the compensation for household work. The aim of this paper is analyzing all of them from a gender perspective in order to propose a regulation, which, besides of assessing the specific inversion in familiar work of one party *ex post*, also creates incentives to an egalitarian division of tasks between spouses *ex ante*.

**Keywords.** Gender equality, household work, family care, marriage, compensation.

\* Fecha de recepción: 31 de marzo de 2017.

Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2017.

\*\* Primer premio de la VI edición del Premio Joven Investigador, en la modalidad «Derecho privado, social y económico». Graduada en Derecho y ADE, Universidad Pompeu Fabra. Correo electrónico: m.vilasoriano@gmail.com. El presente trabajo ha sido dirigido por la Dra. Esther Farnós Amorós.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA COMPENSACIÓN EN ESPAÑA: UNA CUESTIÓN DE ACTUALIDAD; 1. Preferencia de los cónyuges por el régimen de separación de bienes; 2. Justificación de la compensación económica por razón de trabajo en el régimen de separación de bienes; 3. ¿Por qué la compensación debe ser analizada desde una perspectiva de género? III. LA CONFIGURACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EN LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXISTENTES EN ESPAÑA; 1. Disparidad de regímenes; A. La compensación en el Código civil español; B. La compensación en el Código civil de Cataluña; C. La compensación en derecho valenciano; D. La compensación en derecho balear; 2. Implicaciones de género de las distintas configuraciones y métodos de cálculo; A. Valor de mercado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo; B. Participación en el incremento patrimonial. La configuración del Código civil de Cataluña; C. Pérdida de oportunidad; IV. PROPUESTA PARA LA ADECUADA CONFIGURACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La compensación económica por razón de trabajo da respuesta a la situación de desigualdad que puede darse entre los cónyuges en el momento de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Cuando uno de los cónyuges se encarga del trabajo doméstico permite al otro centrarse en su carrera profesional, generando un mayor patrimonio y un capital humano que preservará al finalizar el régimen, mientras que la inversión específica en el cuidado familiar de la otra parte no le reportará ni lo uno ni lo otro.

Este es un problema de actualidad dado el aumento en las parejas que en España ven en la autonomía financiera conferida por el régimen de separación de bienes una mejor opción. Esta tendencia se ha visto impulsada por cambios sociales como la evolución en las relaciones de pareja hacia un mayor individualismo o la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral; mientras que otros elementos en la estructura social, como la feminización del trabajo doméstico, la brecha salarial o la sobresocialización de las mujeres en la ética del cuidado siguen propiciando que todavía sea la mujer quien asuma las tareas de cuidado en la mayoría de parejas.

Por tanto, cada vez son más los casos en que la ruptura de un matrimonio dará paso a que uno de los cónyuges tenga derecho a esta compensación, y de su configuración depende no solo que se logre valorar *ex post* esta inversión específica de una parte en las tareas de cuidado, sino también el que se creen incentivos *ex ante* para el reparto igualitario de las tareas entre los cónyuges.

Ante la situación de desigualdad provocada por la dicotomía entre el trabajo realizado en la esfera privada, principalmente por mujeres y de forma no remunerada, y el trabajo llevado a cabo en el libre mercado, centrarse en valorar el cuidado supone una propuesta hacia la igualdad que no ignora el papel de este en la sociedad. En contraposición a quienes

defienden que la solución a este problema pase por que las mujeres consigan la igualdad en el trabajo remunerado, siendo ellas quienes aporten el dinero a la familia y delegando en terceras personas las tareas de cuidado, esta postura no olvida el hecho de que todos somos dependientes en algún momento y que minusvalorar a los cuidadores es, en último término, minusvalorar a los que de ellos dependen.

Mediante la compensación económica por razón de trabajo las instituciones pueden asumir este cambio en los valores, reconociendo el papel del trabajo doméstico, no solo en la generación del patrimonio de los cónyuges, sino como elemento indispensable en el funcionamiento familiar, cuyos vínculos de dependencia requieren de estas tareas.

La existencia de diversos ordenamientos jurídicos en España ofrece dos regulaciones distintas de la compensación en derecho civil español y derecho civil catalán. También el legislador valenciano desarrolló una configuración, que ha sido recientemente declarada inconstitucional por motivos competenciales en sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016. En derecho balear el legislador no reguló el derecho a compensación y actualmente los tribunales están otorgándola por analogía *iuris* con la prevista para parejas estables. Esta disparidad de configuraciones y métodos de cuantificación ofrece la posibilidad de hacer un análisis crítico desde una perspectiva de género, valorando otros factores que deben estar presentes, como la seguridad jurídica o los incentivos creados, y así poder proponer una solución que se adapte a los mencionados objetivos que deben inspirar al legislador a la hora de regular la compensación económica por razón de trabajo.

## II. LA COMPENSACIÓN EN ESPAÑA: UNA CUESTIÓN DE ACTUALIDAD

### 1. Preferencia de los cónyuges por el régimen de separación de bienes

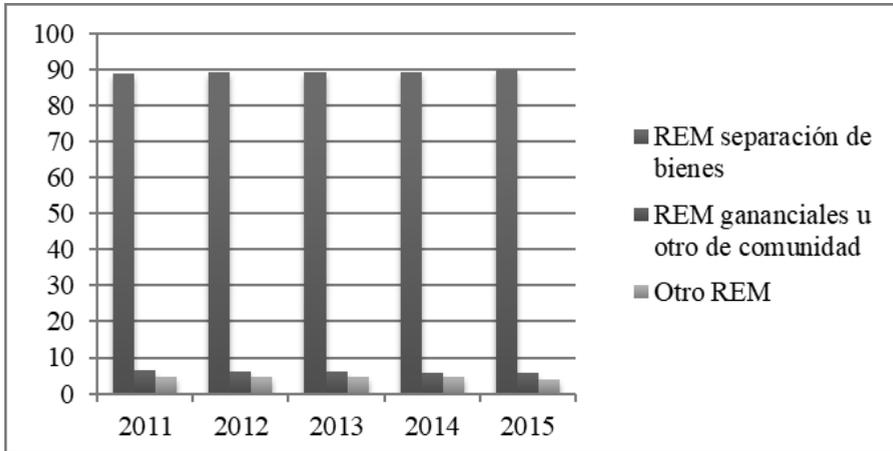
La evolución social de los últimos años, marcada por elementos como un mayor individualismo, la globalización o la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral han dado paso a la decadencia del matrimonio tradicional, dejando paso a una concepción de las relaciones más como vínculos de afinidad por elección que como una obligación que deba mantenerse necesariamente.

En estas relaciones hay más espacio para la negociación de las partes, lo que se ve reflejado en el aumento en el número de parejas que ejercen la autonomía privada en su matrimonio. Así, se observa un aumento en el número de capitulaciones matrimoniales otorgadas en España en los últimos años, que pasaron de representar un 25,2% en relación al total de matrimonios celebrados en 2011 a un 27% en 2014<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Fuente: Centro de información estadística del notariado. Disponible en <<https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>> y el Instituto Nacional de Estadística. Disponible en <<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t20/e302&file=inebase>> [Consultado el 24/5/16].

Las estadísticas son claras en cuanto a cuál es el régimen económico matrimonial preferido por los cónyuges cuando otorgan capitulaciones; en 2015 en un 90,19% de las capitulaciones se pactó el régimen de separación de bienes. Porcentaje que ha venido aumentando desde 2011, cuando ascendía a 88,81%.



Porcentaje de capitulaciones matrimoniales según el régimen económico matrimonial (REM) pactado (Fuente: elaboración propia).

Esta predilección por el régimen de separación de bienes encontraría una de sus causas en el hecho de que el régimen de gananciales limita la autonomía privada familiar hasta el punto de forzar la salida y modificación del régimen al de separación de bienes, el cual prevé e incentiva su ejercicio<sup>2</sup>.

No obstante, al estudiar los datos por Comunidades Autónomas se observa que el hecho de que el régimen supletorio sea el de gananciales incentiva el ejercicio de la autonomía privada para cambiarlo. En estas comunidades cuyo régimen económico matrimonial supletorio es el de gananciales, es decir, todas exceptuando Cataluña, Baleares y la Comunidad Valenciana, un 31,94% de las parejas otorgaron capitulaciones para cambiar de régimen en 2014. Porcentaje significativamente superior al máximo del 5,3%<sup>3</sup> al que habría ascendido

<sup>2</sup> LAMARCA I MARQUÈS, A.; FARNÓS AMORÓS, E.; AZAGRA MALO, A. y ARTIGOT I GOLOBARDES, M., «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2003.

<sup>3</sup> La información proporcionada por el Centro de información estadística del Notariado se limita al desglose por Comunidades de las capitulaciones matrimoniales pactando régimen de separación de bienes. No se encuentra disponible la cifra exacta de capitulaciones pactando régimen de gananciales en Cataluña, Baleares y Comunidad Valenciana en 2014 necesaria para obtener el porcentaje. No obstante, sabiendo que en 2014 el total de capitulaciones matrimoniales pactando régimen de gananciales u otro de comunidad ascendió a 2.570 en toda España, y los matrimonios celebrados en Cataluña, Baleares y la Comunidad Valenciana a un total de 48.422 podemos afirmar que el porcentaje de cambio de régimen de separación de bienes a gananciales ascendería a un máximo del 5,3%.

el cambio de régimen en el caso contrario, es decir, de separación de bienes a gananciales en Cataluña, Baleares y la Comunidad Valenciana.

Por tanto, existe un incremento entre las parejas que ven en la mayor autonomía financiera y administrativa conferida por el régimen de separación de bienes la regulación más adecuada a su matrimonio. Los cambios en la estructura social mencionados preceden esta evolución en la estructuración familiar: un individuo que no ve el matrimonio como una necesidad y aboga por su autorrealización preferirá un régimen que le permita una mayor autonomía y libertad personal respecto su cónyuge, un matrimonio que sea compatible con sus propias aspiraciones de autorrealización. Lo cual, a su vez, incentiva el ejercicio de la autonomía privada mediante capitulaciones matrimoniales con las cuales poder adaptarlo a los concretos intereses de la pareja.

## **2. Justificación de la compensación económica por razón de trabajo en el régimen de separación de bienes**

Esta liberalización del matrimonio puede generar una situación injusta para el cónyuge que contribuye de forma no financiera a las cargas del matrimonio, normalmente la mujer. En el régimen de gananciales la generación de un patrimonio común no discrimina entre las contribuciones salariales y las no salariales al matrimonio, pero en la separación de bienes la atribución de forma privativa de lo generado durante el matrimonio a cada cónyuge genera este efecto indeseado de desvalorizar el trabajo familiar o para el otro cónyuge.

La parte que durante el matrimonio presta servicios a la otra, como el trabajo doméstico o el cuidado de familiares que conviven con la pareja, contribuye de forma imprescindible a la formación del patrimonio familiar pero no obtiene por ello necesariamente una retribución económica.

Para paliar esta situación algunos ordenamientos prevén la compensación económica por razón de trabajo ligada a la extinción del régimen de separación de bienes. Se trata de un derecho que obtiene el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con trabajo para la casa, con el cuidado de familiares que conviven con la pareja o con trabajo no remunerado o remunerado insuficientemente para el otro cónyuge y que por tanto no ha podido obtener un incremento patrimonial equiparable a quien contribuye con trabajo remunerado.

En tanto se puede dar una situación similar en casos de parejas de hecho, algunos ordenamientos, como el catalán en el artículo 234-9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia<sup>4</sup> (en adelante, Código Civil de Cataluña), también lo prevén para su ruptura.

---

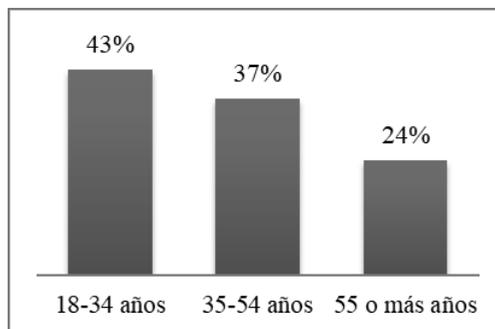
<sup>4</sup> DOGC núm. 5686, de 05/08/2010, BOE núm. 203, de 21/08/2010.

En cuanto al matrimonio homosexual, en nada difiere del matrimonio heterosexual en la configuración de la compensación ya que se tiene en cuenta la mayor carga de trabajo familiar de una parte, independientemente de su género. Otra cosa es que en la práctica una asunción más igualitaria de las tareas de cuidado en las parejas homosexuales dada la inexistencia de desigualdad de roles de género pueda resultar en un menor número de casos en que se obtendrá el derecho a compensación.

### 3. ¿Por qué la compensación debe ser analizada desde una perspectiva de género?

Objetivamente, la configuración de la compensación económica por razón de trabajo tiene una clara perspectiva de género, ya que en la mayoría de matrimonios es la mujer quien obtiene este derecho. Según el último estudio sobre el Empleo del tiempo, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística en 2009-2010, las mujeres dedican en promedio 4:29 horas diarias al hogar y la familia, casi el doble que los hombres, los cuales dedican una media de 2:32 horas a estas tareas<sup>5</sup>.

El reparto igualitario de las tareas incrementa en las parejas más jóvenes y se observa cierta tendencia en este sentido pero la situación actual sigue siendo la desigualdad en un gran número de parejas. Desigualdad que se acentúa cuando hablamos de conciliación. Las mujeres que trabajan fuera de casa se ocupan de las tareas domésticas, de media, entre tres y cuatro veces más que los hombres que también trabajan<sup>6</sup>.



Porcentaje de parejas con reparto igualitario de las tareas según franja de edad.  
Gráfico de elaboración propia.

<sup>5</sup> Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <[http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259925472448&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888](http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472448&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888)> [Consultado el 24/5/16].

<sup>6</sup> Fuente: Metroscopia. Disponible en: <<http://metroscopia.org/2016-los-hombres-tareas-domesticas>> [Consultado el 24/5/16].

Además, el hecho de que las mujeres en España ganen alrededor de un 15%<sup>7</sup> menos por hora que los hombres supone que sea económicamente más favorable para la pareja que quien concilie o incluso renuncie a su trabajo remunerado, con carácter total o parcial, para atender a las necesidades de trabajo familiar sea la mujer. Esta diferencia corresponde al indicador «Brecha salarial entre mujeres y hombres», cuya definición está armonizada en todos los países de la Unión Europea, utilizando la ganancia ordinaria por hora trabajada como base de la comparación salarial. Dado que este primer cálculo matiza variables laborales como el tipo de contrato, la ocupación o la jornada, puede enmascarar diferencias como, por ejemplo, el hecho de que las mujeres trabajan a menudo a tiempo parcial para poder compaginar el desempeño de un trabajo remunerado con sus responsabilidades familiares o la infravaloración de los trabajos donde predominan mujeres<sup>8</sup>. Si lo que se calcula es la diferencia en el salario promedio anual entre hombres y mujeres, esta ascendía al 23,3% en 2014<sup>9</sup>.

Así, al finalizar el régimen económico matrimonial es la mujer quien en la mayoría de los casos se ve en peor situación económica, habiendo acumulado un menor capital humano que el hombre. Esto le conllevará menores ingresos en el futuro, agravando la brecha salarial que a su vez propicia la feminización del trabajo doméstico.

En este sentido, un indicador que recoge el empobrecimiento de la mujer por la división sexual del trabajo es el que proporciona la brecha de género en los ingresos totales. Indicador que recoge no solo la menor retribución salarial sino también el menor número de horas en trabajos remunerados que realizan las mujeres así como las menores tasas de empleo<sup>10</sup>. En España esta brecha ascendía al 35,7%<sup>11</sup> en 2014, por lo que los ingresos de las mujeres a lo largo de sus vidas son significativamente inferiores a los de los hombres si tenemos en cuenta no solo su desigualdad en el mercado laboral sino en el trabajo que asumen en mayor medida que los hombres en la esfera privada y que no les repercute en unos ingresos económicos a lo largo de sus vidas pese a que sí que les supone un mayor trabajo total.

Las mujeres ocupan más tiempo en las tareas domésticas y el cuidado de personas, mientras que son pocos los hombres que se acogen a una baja parental o trabajan a tiempo

---

<sup>7</sup> Fuente: Eurostat. Disponible en:

<<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&pcode=tsdsc340&language=en>> [Consultado el 8/9/17].

<sup>8</sup> “Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea” Luxemburgo, *Unión Europea*, 2014 Disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender\\_pay\\_gap/140319\\_gpg\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/140319_gpg_es.pdf) [Consultado el 8/9/17].

<sup>9</sup> Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Estructura Salarial 2014. Disponible en: <<http://www.ine.es/prensa/np996.pdf>> [Consultado el 8/9/17].

<sup>10</sup> The gender pay gap in Spain, 2015, European Commission. Disponible en: <[http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender\\_pay\\_gap/gpg\\_country\\_factsheet\\_es\\_2015\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/gpg_country_factsheet_es_2015_en.pdf)> [Consultado el 26/5/16]

<sup>11</sup> Fuente: Eurostat. Disponible en: <<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=teqges01&plugin=1>> [Consultado el 8/9/17].

parcial. Aunque los hombres pasan más horas que las mujeres en el lugar de trabajo, si se suman las horas de trabajo remuneradas y no remuneradas que realiza una mujer, el resultado es una jornada laboral considerablemente más larga que la de los hombres.

La división del trabajo en la cual la esposa trabaja para el hogar mientras el hombre para ganar dinero encapsula una división patriarcal del trabajo que afecta a las relaciones entre los miembros de la familia y que aún se ve incentivada a día de hoy por la existente brecha salarial y los roles de género que sobresocializan a la mujer en la ética del cuidado.

Ante la situación de desigualdad provocada por la dicotomía entre el trabajo realizado en la esfera privada, principalmente por mujeres y de forma no remunerada, y el desarrollado en el libre mercado, diversas feministas como Susan Moller Okin o Martha Nussbaum han defendido que las mujeres consigan la igualdad respecto a los hombres en la esfera pública, siendo ellas las que ganen el dinero para mantener a la familia y delegando las labores de cuidado en terceras personas.

Pero, pese a la importancia del trabajo pagado para conseguir una verdadera interdependencia entre hombres y mujeres, esta es una propuesta mal concebida en cuanto minusvalora las tareas de cuidado. Esta concepción liberal es desafiada por quienes abogan por la ética del cuidado, como Carol Gilligan o Virginia Held, proponiendo reconocer la importancia de la dependencia<sup>12</sup> y valorando las capacidades atribuidas por los roles de género a las mujeres.

Este sector del feminismo destaca que las teorías, principios, prácticas y políticas morales tradicionales son deficientes en la medida en que ignoran, trivializan y menosprecian los valores y virtudes culturalmente asociados a las mujeres<sup>13</sup>.

En las últimas décadas, un número sustancial de autores han argumentado desde distintas disciplinas a favor de que la ética de cuidado inspire las políticas sociales. Para esto es necesario un compromiso político en valorar el cuidado y una reforma de las instituciones que refleje este cambio de valores<sup>14</sup>.

Mediante la compensación económica por razón de trabajo las instituciones pueden asumir este cambio en los valores, reconociendo el papel del trabajo doméstico no solo en la generación del patrimonio de los cónyuges, sino como elemento indispensable en el funcionamiento familiar, cuyos vínculos de dependencia requieren de estas tareas. Y de su configuración depende no solo que se logre valorar *ex post* esta inversión específica de una parte en las tareas de cuidado, sino también que se creen incentivos *ex ante* para el reparto igualitario de las tareas entre los cónyuges.

<sup>12</sup> COPP, D., «The Oxford Handbook of Ethical Theory», Oxford (Oxford University Press), 2006.

<sup>13</sup> TONG, R. y WILLIAMS, N., «Feminist Ethics», en ZALTA, E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford (Stanford University Press), 2014.

<sup>14</sup> FEATHERSTONE, B., «Gender, rights, responsibilities and social policy», en WALLBANK, J.; CHOUDHRY, S. y HERRING, J. (eds.), *Rights, gender and family law*, Oxon (Routledge), 2010, pp. 26-42.

### III. LA CONFIGURACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EN LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXISTENTES EN ESPAÑA

#### 1. Disparidad de regímenes

La compensación ha sido calificada como «una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes» (en sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2014 y 11 de diciembre de 2015, entre otras). El artículo 149.1.8ª de la Constitución Española establece la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

El Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó la Resolución 37, de 27 de septiembre de 1978, sobre la igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho civil, por la cual se impulsa una política común sobre igualdad de los esposos en derecho civil. Resolución que se concretó en conseguir un compromiso de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para «asegurar que cada cónyuge tenga, en caso de divorcio o de nulidad del matrimonio el derecho a obtener una parte equitativa de los bienes del ex cónyuge o una suma pecuniaria indemnizatoria de toda desigualdad económica aparecida durante el matrimonio».

Con la reforma que tuvo lugar mediante Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio se introdujo la compensación económica por razón de trabajo del artículo 1438 en el Código Civil, cumpliendo así con este compromiso europeo<sup>15</sup>.

Son diversas las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de régimen económico matrimonial. Cuatro de ellas han regulado el de separación de bienes (Cataluña, Baleares, Valencia, Navarra y Aragón<sup>16</sup>). Aunque la compensación presenta mayor importancia en Cataluña, Baleares y Valencia, en donde el régimen económico matrimonial a falta de pacto es el de separación de bienes. O, más bien, *era* en el caso de la Comunidad Valenciana hasta la declaración de inconstitucionalidad por motivos com-

<sup>15</sup> VERDERA IZQUIERDO, B., «Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal», *Derecho privado y Constitución*, núm. 27, enero-diciembre 2013.

<sup>16</sup> Esta situación se presenta como residual en Navarra, cuyo régimen económico matrimonial supletorio es el de conquistas según dispone la Ley 82 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (CDCFN, en adelante); así como en Aragón, cuyo régimen económico matrimonial es el de comunidad de bienes y ganancias, llamado también régimen de consorciales, según establece el artículo 193 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFA, en adelante). En estos regímenes se contempla la posibilidad de someterse al régimen económico matrimonial de separación de bienes mediante pacto, en cuyo caso según se deriva de los artículos 103.b CDCFN y 187 y 189 CDFA no se reconoce una compensación económica por razón de trabajo.

petenciales en abril de 2016 de su primera regulación en materia de régimen económico matrimonial.

Ante esta disparidad de regímenes, cabe mencionar que la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a la compensación económica por razón de trabajo en supuestos con elementos interregionales<sup>17</sup> es la correspondiente al régimen económico matrimonial, es decir, los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil<sup>18</sup>. El artículo 9.3 confiere una autonomía conflictual limitada a los cónyuges, los cuales podrán elegir la ley aplicable al régimen económico de su matrimonio en las capitulaciones de entre las siguientes: la ley que rija los *efectos del matrimonio*, la de la *nacionalidad* o de la *residencia habitual* de cualquiera de las partes al tiempo de otorgamiento. A falta de pacto, el artículo 9.2 establece un listado de puntos de conexión subsidiarios para determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio<sup>19</sup>. La imperatividad de la norma de conflicto determina que sea la autoridad judicial quien determine la ley aplicable en la sentencia de separación, sin que incida el proceder de las partes en su pretensión compensatoria.

#### A. *La compensación en el Código civil español*

El Capítulo VI del Título III del Libro IV del Código Civil recoge las disposiciones que regulan el régimen de separación de bienes en derecho común, el cual requiere pacto entre los cónyuges. Pero pese a no ser este el régimen legal o defectivo, con el aumento en el número de parejas que optan por el régimen de separación de bienes también lo ha hecho la aplicación del artículo 1438, el cual dispone:

«Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado 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».

Pese a que la compensación económica por razón de trabajo se incorporó al Código en 1981, no ha sido hasta 2011 cuando el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a los requisitos necesarios para obtener este derecho y la forma adecuada para

<sup>17</sup> Como, por ejemplo, la distinta vecindad de los cónyuges o cambios en su residencia que puedan dar lugar a un conflicto de leyes entre los ordenamientos jurídicos coexistentes en esta materia.

<sup>18</sup> También lo será en supuestos con elementos internacionales, dada la inexistencia de un Reglamento europeo en materia de régimen económico matrimonial.

<sup>19</sup> «Los efectos del matrimonio se regirán por la *ley personal común* de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la *ley personal* o de la *residencia habitual* de cualquiera de ellos, *elegida* por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la *residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración*, y, a falta de dicha residencia, por la del *lugar de celebración del matrimonio*».

determinar su cuantía en sentencia de 14 de julio de 2011, probablemente por la tendencia de los cónyuges a escapar del régimen de gananciales en los últimos años.

En esta sentencia se establecen como requisitos para obtener el derecho a la compensación en derecho común que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes y que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Excluyendo el que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge como requisito necesario.

Esta doctrina se reitera en sentencia de 31 de enero de 2014, en la cual se establece que el hecho de que la parte deudora haya destinado la totalidad del salario o beneficio económico obtenido durante el matrimonio al levantamiento de las cargas familiares no justifica su denegación.

En sentencia de 26 de mayo de 2015 el Tribunal Supremo esclarece el sentido de la expresión «solo con el trabajo realizado para la casa», la cual había dado lugar a dos interpretaciones contradictorias por parte de las Audiencias Provinciales:

- *Literal.* Únicamente se puede obtener derecho a compensación cuando la parte acreedora ha realizado *solo* (con exclusividad) trabajo para la casa pero no cuando se han desarrollado además otras actividades (por ejemplo, trabajo fuera de casa).
- *Sistemática.* La compensación se puede obtener *solo* con que la parte acreedora haya desarrollado su trabajo para la casa, sin que sea necesario un incremento patrimonial del otro cónyuge. Según esta interpretación, el Tribunal Supremo nunca habría entrado a resolver si para obtener derecho a compensación la parte acreedora debe haberse dedicado con exclusividad a la casa o si puede haber desarrollado otras actividades económicas.

El Tribunal se decantó por el sentido literal, exigiendo que la dedicación del cónyuge al trabajo para el hogar sea:

- *Exclusiva.* Impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que la reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o a jornada completa.
- *No excluyente.* No se excluye la compensación cuando esta dedicación exclusiva se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa, al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento.

De esta forma, los presupuestos que se han establecido jurisprudencialmente en sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011, 31 de enero de 2014, 26 de mayo de 2015

y 14 de abril de 2015, entre otras, para que el trabajo para la casa otorgue derecho a obtener la compensación económica por razón de trabajo del artículo 1438 del Código Civil son:

- Que los cónyuges hayan pactado un *régimen de separación de bienes*.
- Que se haya contribuido a las cargas del matrimonio *solo* con el trabajo realizado para la casa. Dedicación exclusiva pero no excluyente. Incompatible con la realización de actividades laborales pero no con la colaboración del otro cónyuge en las tareas o la disposición de servicio doméstico.
- Se *excluye el incremento patrimonial* del otro cónyuge como requisito necesario. No se tendrá en cuenta la inexistencia de desigualdad entre los cónyuges por el hecho de haber invertido la parte deudora todo su salario en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

En cuanto al criterio utilizado para la cuantificación, a falta de pacto entre los cónyuges este se deja a discrecionalidad judicial. Si bien, desde que el Tribunal Supremo dictó sentencia de 14 de julio de 2011 en este sentido, la opción del equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar, ha sido la más extendida. Aunque no se descarta utilizar otros criterios, incluyendo la participación en el beneficio obtenido por el otro cónyuge.

Al no tratarse de un derecho indisponible, los cónyuges podrán renunciar o pactar sobre la compensación, respetando los deberes recíprocos de los cónyuges del artículo 68 del Código Civil y sin limitar la igualdad de derechos establecida en el artículo 1328, pudiendo modificarse este acuerdo ante situaciones imprevistas durante la vida conyugal. La renuncia a la compensación puede ser implícita en acuerdos postnupciales al llegar a un acuerdo en el cual se omita su reconocimiento. En este sentido en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 se le niega la compensación a una esposa al considerar que la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad.

### B. *La compensación en el Código civil de Cataluña*

El Código Civil de Cataluña establece como régimen económico matrimonial a falta de pacto el de separación de bienes y contiene una regulación completa de la compensación económica por razón de trabajo en sus artículos 232-5 a 232-11.

Son requisitos legales para obtener este derecho:

- Que el régimen económico del matrimonio sea el de *separación de bienes*, como *de facto* sucede con la mayoría de matrimonios en Cataluña.

- Haber trabajado *sustancialmente más* para la casa que el otro cónyuge o haber trabajado para el otro cónyuge sin retribución o con una retribución insuficiente.
- Que en el momento de extinguirse el régimen el cónyuge deudor haya obtenido un *incremento patrimonial superior*.

Se establecen como criterios legales para determinar su cuantía: la *duración e intensidad* de la dedicación, los *años de convivencia* y, en caso de trabajo doméstico, el hecho de que haya incluido la *crianza de hijos* o la *atención personal* de otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.

La compensación tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges. No obstante, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía. Las reglas para el cálculo de este incremento patrimonial se establecen en el artículo 232-6 de forma detallada.

Este derecho se puede reclamar por cualquier causa de extinción del régimen de separación de bienes, también en caso de extinción por causa de muerte cuando el superviviente sea el cónyuge que tiene derecho a la compensación y no se cubra el importe mediante la sucesión voluntaria o la intestada.

Son válidos los pactos que establezcan un incremento, reducción o exclusión de la compensación. Como en cualquier pacto en previsión de una ruptura, se exige conforme al artículo 231-20.3 que, en la medida en que se excluyan o limiten derechos, el pacto sea recíproco y precise con claridad los derechos que limita o a los que se renuncia.

La compensación debe pagarse en dinero, salvo que los cónyuges acuerden otra cosa. A petición de las partes y por causa justificada la autoridad judicial puede ordenar el pago total o parcial en bienes. También puede, a petición del cónyuge deudor o de sus herederos, aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos con vencimiento máximo de tres años y devengo del interés legal a contar desde el reconocimiento, pudiendo ordenar la constitución de hipoteca u otras garantías a favor del cónyuge acreedor en este caso.

El artículo 232-9 regula la reducción y supresión de los actos en perjuicio del derecho a la compensación en caso de no existir bienes suficientes en el patrimonio del cónyuge deudor para su pago. Estas acciones caducan a los cuatro años de la extinción del régimen y no proceden en caso de adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Se configura como un derecho compatible con los demás derechos de carácter económico que ostenta el cónyuge acreedor, que deberá de tenerse en cuenta para fijarlos o modificarlos. El artículo 233-15.a) establece que la concesión y cuantía de la compensación es uno de los elementos a valorar por el juez cuando determine la prestación compensatoria.

En caso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio, debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen y en caso de resoluciones eclesiásticas en el dirigido a obtener su eficacia civil. En caso de extinción por muerte, la pretensión para reclamar la compensación prescribe a los tres años del fallecimiento del cónyuge. Si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento (art. 232-11).

### C. *La compensación en derecho valenciano*

La Comunidad Valenciana desarrolló por primera vez sus competencias en esta materia con la aprobación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano<sup>20</sup>(en adelante, LREMV), declarada inconstitucional mediante Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 al considerar el Tribunal que en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno la Comunidad no aportó prueba que permitiera acreditar la existencia de las normas consuetudinarias invocadas y así poder distinguirlas de los meros usos sociales o convencionales, requisito para poder legislar un régimen económico matrimonial propio en base al artículo 149.1.8 de la Constitución.

La LREMV regulaba la compensación económica por razón de trabajo en el Capítulo II del Título I, sobre las cargas del matrimonio.

El artículo 12 establecía que, independientemente del régimen matrimonial, constituye una contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio:

- El trabajo para la casa.
- La atención especial para los hijos, discapacitados o ascendientes que convivan de forma dependiente.
- La colaboración en la actividad empresarial o profesional no retribuida o retribuida de forma insuficiente al otro cónyuge.

Precisando el artículo 13.2 que:

«la consideración de estos servicios como colaboración al levantamiento de las cargas del matrimonio determina la *obligación de compensarlos* al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial».

Si bien este derecho podría obtenerse en cualquier régimen, el artículo 14.1 establecía que la compensación queda exceptuada cuando el cónyuge acreedor haya obtenido ventajas económicas equiparables de otra forma a consecuencia del régimen económico matrimonial

<sup>20</sup> BOE núm. 95, de 20/04/2007.

que ordenó el matrimonio. Por tanto, cuando el régimen convenido fuera el de gananciales no se obtendría este derecho.

Para determinar la compensación se establecían los siguientes criterios de valoración, sin perjuicio de lo que pudieran pactar las cónyuges o de la ponderación que pudiera hacer la autoridad judicial:

- El costo de tales servicios en el mercado laboral.
- Los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones.
- Los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.

La compensación se configuraba como compatible con otros derechos de carácter patrimonial con causa diferente. El pago debía hacerse en la cuantía, forma, plazos y con las garantías que acordasen las partes y a falta de acuerdo decidiría el juez y la prescripción de la acción para reclamar el pago se regiría conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

#### D. *La compensación en derecho balear*

En la regulación contenida en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares<sup>21</sup> no se regula el derecho a compensación económica por razón de trabajo.

El hecho de que el régimen económico matrimonial legal en Baleares sea el de separación de bienes ha dado lugar a una discusión jurisprudencial respecto a en qué situación queda el cónyuge que obtendría derecho a compensación de no ser por la falta de regulación del legislador balear.

Se ha planteado si esta situación constituye una laguna legal que deba ser integrada con la aplicación supletoria del artículo 1438 del Código Civil o si, por el contrario, debe hacerse uso de la analogía *iuris* aplicando la fuerza expansiva del artículo 9 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables<sup>22</sup>, que expresamente prevé y determina la compensación económica al momento de la extinción de la convivencia<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> BOIB núm. 120, de 2/10/1990.

<sup>22</sup> BOIB núm. 156, de 19/12/2001, BOE núm. 14, de 16/01/2002.

<sup>23</sup> LOZANO ORTIZ, M.D. «Breve reflexión acerca de la compensación económica por la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes balear, artículos 4 de la compilación, 9 de la ley de parejas estables y la jurisprudencia del TSJ Balear, ¿analogía iuris? La supletoriedad del artículo 1.438 del código civil», en VV.AA., *El futur del Dret de Família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, Barcelona (Societat Catalana d'Advocats de Família), 2016, pp. 105-115.

Ambas configuraciones son muy distintas ya que mientras la Ley de Parejas Estables exige el elemento objetivo de «desigualdad patrimonial» entre los miembros de la pareja, éste ha sido expresamente descartado por el Tribunal Supremo como requisito necesario para la obtención de la compensación económica derivada del artículo 1438 del Código Civil.

También se precisa para la procedencia de la compensación según el régimen de parejas estables balear que la parte acreedora acredite que se ha dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización del trabajo para la familia, sin que sea computable el simple «trabajo para la familia» al que se refiere el artículo 4.1 de la Compilación, que no es sino contribución obligatoria al levantamiento de las cargas del matrimonio. En este último requisito no se contraponen sustancialmente a la configuración en derecho común, que sería más exigente en cuanto concibe como incompatible cualquier trabajo remunerado con el derecho a su obtención.

Desde que el Tribunal Superior de Justicia de Baleares otorgara la compensación al amparo del artículo 9 de la Ley de Parejas Estables en sentencia 2/2010 de 24 de marzo han proliferado las peticiones al amparo del artículo 4 de la Compilación acudiendo a la analogía *iuris*<sup>24</sup>.

## 2. Implicaciones de género de las distintas configuraciones y métodos de cálculo

### A. Valor de mercado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 la compensación se calcula multiplicando el salario mínimo mensual de una trabajadora doméstica (600 euros) por el tiempo de duración del matrimonio.

Si se considera el trabajo para la casa como una sobrecontribución a las cargas del matrimonio que ha generado un enriquecimiento injustificado del cónyuge deudor a costa de la otra parte, es coherente tener en cuenta para la cuantificación de la compensación el salario que cobraría una tercera persona por realizar tales servicios, sustrayendo de este la parte correspondiente a la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares<sup>25</sup>.

Este criterio de cuantificación presenta como primer problema el tener que cuantificar el trabajo familiar no remunerado<sup>26</sup>. Si bien los Tribunales han equiparado su valor al sala-

<sup>24</sup> LOZANO ORTIZ, M.D., «Breve reflexión acerca de la compensación económica...», cit., pp. 105-115.

<sup>25</sup> AGUILERA RULL, A., «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012 (BIB 2012\446).

<sup>26</sup> En relación a la falta de un valor económico en nuestra sociedad del trabajo doméstico y de cuidado y con el objetivo de avanzar hacia su reconocimiento social, el estudio «Quantificació econòmica del treball domèstic i de la cura de persones no remunerat a Catalunya» publicado en febrero de 2017 por el *Observatori Dona*,

rio mínimo que se habría obtenido en el mercado para poder cuantificar la compensación, es obvio que este servicio no comprende la naturaleza incommensurable del cuidado<sup>27</sup>. El salario de una trabajadora doméstica desvaloriza un trabajo ya de por sí poco valorado precisamente por la feminización del sector, agravando así la situación de desigualdad que la asunción del cuidado provoca a las mujeres. Situación que las instituciones deberían tratar de paliar en la configuración de esta compensación.

Además, acoger este criterio de cuantificación en todos los casos supone dejar de lado otras funciones atribuidas a la compensación más allá de la de restitución o la de simplemente mantener el equilibrio en la asunción de obligaciones matrimoniales. Mediante la compensación se puede corregir el hecho de que el rol asumido por uno de los miembros de la pareja le haya reportado unos recursos económicos, mientras que el rol del otro ha sido una inversión específica, que no tiene ningún valor una vez disuelto el vínculo matrimonial. Con independencia de que las contribuciones de ambos cónyuges hayan sido equivalentes, no habría un reparto justo de los costes personales asociados a la asunción de las cargas del matrimonio<sup>28</sup>.

Este sistema sería más adecuado si lo que se tiene que compensar es el trabajo realizado para el otro cónyuge sin retribución o con una retribución inferior a la de mercado. Dado que el trabajo del cónyuge en la actividad profesional del otro se encuadra en una relación laboral o societaria, una valoración según los criterios del mercado laboral está más justificada en este caso, pudiendo incluir en esta cuantía la confianza del colaborador<sup>29</sup>.

En cuanto a los presupuestos establecidos para la obtención de la compensación en derecho común, con el requisito de la dedicación exclusiva el Tribunal Supremo configura la compensación económica por razón de trabajo estableciendo unos incentivos contrarios a la conciliación, pues el cónyuge que se dedique durante el matrimonio al trabajo remunerado perderá cualquier derecho a compensación si realiza un trabajo remunerado.

Las tareas de cuidado dejarán de verse compensadas si se hace el más mínimo esfuerzo en conciliar la vida familiar con la laboral, creando así un riesgo moral tanto para el cónyuge que se especializa en el trabajo doméstico a no intentar generar unos ingresos propios con su trabajo en el mercado como para el cónyuge especializado en el trabajo remunerado a no asumir más responsabilidades en el ámbito familiar una vez haya constatado que el otro

---

*Empresa i Economia de la Cambra de Comerç de Barcelona* estima que el impacto de las tareas domésticas y de cuidado en el PIB de Cataluña en 2015 supondría un incremento de un 23,4%, al reconocer el valor de 50.321 millones de euros de las tareas no remuneradas en ese año.

<sup>27</sup> AGUILERA RULL, A., «La compensació econòmica per raó de treball» a AGUILERA RULL, A. *et al.*, *El Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya: Una perspectiva de gènere*, Barcelona (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), 2012, pp. 56-74.

<sup>28</sup> AGUILERA RULL, A., «La compensació econòmica per raó de treball», *cit.*, pp. 56-74.

<sup>29</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J., «Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent (art. 13 i 31.1)» en VV.AA., *Nous reptes del Dret de família*, Girona (Documenta Universitaria), 2005, pp. 389-391.

cónyuge concilia el trabajo doméstico con el remunerado, pues eso supone que no tendrá que compensar este servicio en caso de liquidación del régimen.

Con esta jurisprudencia se agravan los problemas ya existentes para las mujeres en su mayor dilema entre el mundo laboral y el familiar, que les resulta en menores ingresos totales en sus vidas que los hombres pese a que su trabajo total sea en muchos casos mayor.

La falta de perspectiva de género cuando se concretó el sentido de la expresión «solo con el trabajo para la casa» en la sentencia de 26 de mayo de 2015 dejó sin derecho a compensación a una esposa que fue la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, por el hecho de haber ostentado una pequeña tienda de ropa durante unos años y así incumplir el requisito de la dedicación exclusiva.

Y mientras en este caso se denegó la compensación por el hecho de haber realizado un trabajo remunerado durante el matrimonio, en sentencia de 25 de noviembre de 2015 se afirma «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» (FJ 3º) en un supuesto en el que se reconoce la compensación a una esposa que contó con ayuda externa e incluso chófer, al tratarse de un matrimonio en que ambos cónyuges contaban con un elevado patrimonio.

También se aprecia esta línea de reconocer el trabajo familiar solamente cuando se realiza de forma exclusiva, negándole cualquier valor cuando se concilia con un trabajo remunerado en sentencia de 14 de abril de 2015. En este caso se niega el derecho a compensación a una esposa que se dedicó al cuidado de la familia durante el matrimonio por el hecho de que trabajó en alguna de las empresas de las cuales era administrador el esposo, por lo cual percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, pese a que su especial dedicación al trabajo familiar le generó una importante desigualdad respecto al patrimonio de su cónyuge al finalizar el régimen.

#### *B. Participación en el incremento patrimonial. La configuración del Código Civil de Cataluña*

El Código Civil de Cataluña adopta el método de participación en el incremento patrimonial, estableciendo un incremento patrimonial superior del otro cónyuge como requisito para obtener el derecho a compensación y un límite de la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.

Este método de cálculo comprende el hecho de que el cónyuge que se especializa en las tareas de cuidado permite al otro centrarse en su trabajo profesional, participando así de forma imprescindible en la generación de su patrimonio. En palabras del legislador catalán:

«el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí que los genera. Por ello, basta con acreditar que uno de los dos se ha dedicado a la casa sustancialmente más que el otro».

También se tuvo en cuenta para la adopción de este sistema su objetividad y la seguridad jurídica que proporciona frente a la regulación precedente contenida en el artículo 41 del Código de Familia, la cual había derivado en un elevado margen de discrecionalidad judicial.

Tras la aprobación de la Ley 25/2010 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, la discrecionalidad judicial queda significativamente reducida en tanto no puede prescindirse de las reglas que de forma detallada el artículo 232-6 establece para el cálculo del incremento patrimonial y debe quedar claro cómo se determina la diferencia entre los incrementos patrimoniales y a qué responde el quantum de la compensación (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de marzo de 2014 y 7 de abril de 2014).

El problema de esta configuración, basada en la diferencia de incrementos patrimoniales, es que puede generar el efecto indeseado de penalizar la conciliación del cónyuge que se ha dedicado al cuidado del hogar si esto da lugar a unos incrementos patrimoniales similares, lo cual es precisamente debido a un especial esfuerzo<sup>30</sup>.

Puede darse el caso de que un cónyuge se dedique sustancialmente más que el otro a las tareas domésticas y esto contribuya a generar un incremento patrimonial en el otro cónyuge pero a la vez este primer cónyuge obtenga durante el matrimonio un incremento patrimonial igual o superior, quedando así sin derecho a compensación por no producirse una diferencia entre los incrementos patrimoniales al finalizar el régimen.

En la sentencia de 3 de junio de 2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona se expone este problema:

«No hay correlación entre la compensación económica y el desequilibrio entre las economías. Es posible que uno de los cónyuges haga “doble jornada” (en casa y fuera) o trabaje además de sustancialmente en casa fuera del hogar a tiempo parcial, o dedique tiempo a su formación además de llevar la casa y no por ello tenga derecho a la compensación económica, en tanto sólo si ello ha provocado la configuración de los patrimonios finales de cada cónyuge puede nacer el derecho, que dependerá de la “rentabilización” del esfuerzo de quien trabaja y gana. Si aun con tal actividad extraordinaria no hay tal incremento patrimonial del ausente no habrá derecho a compensación, ni tampoco si la “doble jornada” o la jornada parcial permiten al mismo tiempo al cónyuge que lleva la casa ahorrar igual o más que el otro» (FJ 4º).

<sup>30</sup> AGUILERA RULL, A., «La compensació econòmica per raó de treball», cit., pp. 56-74.

Por otro lado, este sistema puede recibir críticas en cuanto introduce un elemento de participación en las ganancias impropio del régimen de separación de bienes. Si bien al respecto se ha argumentado que, a diferencia que en el régimen de gananciales, en este caso se obtiene el derecho en la medida en que se haya contribuido a generar ese patrimonio mediante el trabajo doméstico o no remunerado<sup>31</sup>.

### C. *Pérdida de oportunidad*

Pese a ser un criterio prácticamente inutilizado por los Tribunales españoles, se ha contemplado como elemento a tener en cuenta por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 25 de noviembre de 2015 se pronunciaba al respecto:

«Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro» (FJ 4º).

En tanto la función de la compensación económica por razón de trabajo también puede ser la de indemnizar las oportunidades perdidas del cónyuge que por dedicarse a trabajar en casa y para la familia ha comprometido sus expectativas de formación profesional y experiencia laboral, cuantificarla conforme al salario dejado de percibir ofrece la posibilidad de resarcir este coste de oportunidad. Es arriesgado para el cónyuge que se especializa en las tareas de cuidado comprometer su potencial de ingresos. Perder su capital humano en términos de experiencia laboral y formación le deja en peor situación frente a incertidumbres futuras como el desempleo o el divorcio.

El problema de este método es que es muy difícil determinar algo tan incierto como qué ingresos habría percibido el cónyuge que se especializó en el trabajo doméstico de no haber dejado de lado su carrera profesional. Una excesiva protección de estas expectativas podría provocar un riesgo de oportunismo, generando un comportamiento estratégico con esfuerzos calculados para obtener un beneficio con la mínima carga.

## **IV. PROPUESTA PARA LA ADECUADA CONFIGURACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Una configuración de la compensación que valore adecuadamente las tareas de cuidado para la familia debe contemplar como único requisito la constatación de que un cónyuge ha prestado estos servicios sin haber sido compensado por ello.

---

<sup>31</sup> AGUILERA RULL, A., «La compensació econòmica per raó de treball», cit., pp. 56-74.

Exigir que la dedicación sea exclusiva, como se ha hecho en derecho común, supone una penalización a la conciliación laboral totalmente injustificada, pues el hecho de haber desempeñado un trabajo remunerado no resta valor a las tareas de cuidado. Desde el punto de vista de los incentivos, el mensaje invita a no conciliar y a dedicarse en exclusiva a las tareas domésticas.

Tampoco debe ser un requisito, en todo caso, la existencia de una diferencia entre los incrementos patrimoniales de los cónyuges al finalizar el régimen, pues puede que esta diferencia no se produzca debido precisamente al esfuerzo de la parte acreedora en conciliar el trabajo remunerado con el de cuidado.

En cuanto al método adecuado para su cuantificación, las múltiples posibilidades que pueden derivar en la obtención de este derecho hacen poco factible que una única fórmula se adapte a cada caso concreto.

La cuantificación conforme a la participación en la diferencia entre los incrementos patrimoniales con un límite ampliable aporta una elevada seguridad jurídica y valora correctamente las tareas de cuidado. No obstante, cuando esta diferencia es inexistente puede dejarse sin compensación a un cónyuge que se haya esforzado en conciliar el trabajo doméstico con el laboral<sup>32</sup>.

La compensación equiparada a su valor de mercado, es decir, calculada conforme al salario mínimo interprofesional o a la retribución que habría obtenido una empleada doméstica, presenta la clara limitación de no ser equiparables a las tareas de cuidado prestadas por un familiar. Sí podría ser el método adecuado para compensar el trabajo no remunerado para el otro cónyuge que de otra forma se habría enmarcado en una relación laboral<sup>33</sup>.

Compensar las oportunidades perdidas es especialmente interesante en casos en que claramente ha habido este coste para la parte acreedora, aunque es un criterio difícil de determinar y cuyos incentivos al oportunismo lo hacen poco aconsejable. Además, el criterio es desaconsejable desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Ante este problema, parece una solución factible aportar flexibilidad a la norma y que sea el juez quien elija el criterio que mejor se adapte al caso concreto. Es decir, una configuración similar a la presentada en la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

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

<sup>32</sup> AGUILERA RULL, A., «La compensació econòmica per raó de treball», cit., pp. 56-74.

<sup>33</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J., «Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre conivent (art. 13 i 31.1)», cit., pp. 389-391.

Igual que para corregir la desigualdad en el ámbito laboral las políticas de empleo tienen como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo; para el logro de una sociedad igualitaria es fundamental que los poderes públicos promuevan la igualdad de género en la órbita de las relaciones entre particulares mediante la configuración de determinadas instituciones jurídicas cuyos incentivos creados repercuten en su efectiva consecución.

Adoptar una configuración de la compensación económica por razón de trabajo que valore en su justa medida el trabajo familiar es, además de legislar a favor de la consecución de una igualdad de género real y efectiva, reconocer el papel imprescindible de este trabajo en el funcionamiento familiar, protegiendo los derechos de quienes se ocupan del trabajo para la casa, la atención especial para los hijos y demás e incontables trabajos no remunerados especialmente dedicados al cuidado de la familia.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, A., «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012 (BIB 2012\446).
- AGUILERA RULL, A., «La compensació econòmica per raó de treball», en AGUILERA RULL, A. *et al.*, *El Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya: Una perspectiva de gènere*, Barcelona (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), 2012, pp. 56-74.
- COPP, D., *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford (Oxford University Press), 2006.
- DIDUCK, A. y KAGANAS, F., *Family Law, Gender and the State*, Oxford-Portland (Hart Publishing), 2012.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre conivent (art. 13 i 31.1)» en VV.AA., *Nous reptes del Dret de família*, Girona (Documenta Universitaria), 2005, pp. 389-391.
- FARNÓS AMORÓS, E., «Separació de béns i compensació econòmica per la dedicació abnegada a la família i a l'empresa del marit: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de febrer de 2013», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2014, pp. 161-178.
- FEATHERSTONE, B., «Gender, rights, responsibilities and social policy», en WALLBANK, J.; CHOUDHRY, S. y HERRING, J. (eds.), *Rights, gender and family law*, Oxon (Routledge), 2010, pp. 26-42.

LAMARCA I MARQUÈS, A.; FARNÓS AMORÓS, E.; AZAGRA MALO, A. y ARTIGOT I GOLOBARDES, M., «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2003.

LOZANO ORTIZ, M.D., «Breve reflexión acerca de la compensación económica por la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes balear, artículos 4 de la compilación, 9 de la ley de parejas estables y la jurisprudencia del TSJ Balear, ¿analogía iuris? La supletoriedad del artículo 1.438 del código civil.», en VV.AA., *El futur del Dret de Família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, Barcelona (Societat Catalana d'Advocats de Família), 2016, pp. 105-115.

MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012.

TONG, R. y WILLIAMS, N., «Feminist Ethics», en ZALTA, E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford (Stanford University Press), 2014.

VERDERAIZQUIERDO, B., «Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal», *Derecho privado y Constitución*, núm. 27, enero-diciembre 2013.