

1.2. Derecho de familia

Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes

Patrimonial effects of the regime of separation of goods

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN. El régimen de separación de bienes se caracteriza porque cada cónyuge conserva la titularidad de los bienes adquiridos antes de pactar el régimen o lo que adquiera después vigente el régimen, asimismo, a cada cónyuge le corresponde la administración, goce y libre disposición de los bienes y además, las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. Durante la vigencia del régimen cada cónyuge contribuirá al sostenimiento de las cargas del matrimonio (arts. 1318 y 1438 del Código Civil) tal como hayan acordado las partes y, a falta de pacto, se procederá a la contribución en proporción a los respectivos recursos económicos, siendo el trabajo para la casa un modo de contribución. A la extinción y liquidación del régimen, que puede ser consecuencia de una crisis matrimonial, el trabajo para la casa podrá dar derecho a compensación. El presente estudio se va a centrar en el análisis de lo que representa el sostenimiento de las cargas del matrimonio, vigente el régimen de separación, y tras su extinción y liquidación los efectos patrimoniales que se derivan del mismo.

ABSTRACT. The regime of separation of goods is characterized because every spouse preserves the ownership of the goods acquired before agreeing on the regime or what he acquires later in force the regime, likewise, to every spouse there corresponds to him the administration, possession and free disposition of the goods and in addition, the obligations contracted by every spouse will be of his exclusive responsibility. During the force of the regime every spouse will contribute to the maintenance of the loads of the married (articles 1318 and 1438 of the Civil Code) as the parts have agreed and, for lack of agreement, one will proceed to the contribution in proportion to the respective economic resources, being the work for the house a way of contribution. To the extinction and liquidation of the regime, which can be a consequence of a matrimonial crisis, the work for the house will be able to give right to compensation. The present study is going to centre on the analysis of that there represents the maintenance of the loads of the marriage, in force the regime of separation, and after his extinction and liquidation the patrimonial effects that stem from the same one.

PALABRAS CLAVE. Régimen de separación de bienes. Cargas del matrimonio. Liquidación del régimen. Reembolsos. Rendición de cuentas. Adjudicación de bienes. Contribución al trabajo doméstico.

KEY WORDS. *Regime of separation of goods. Loads of the marriage. Liquidation of the regime. Reimbursements. Surrender of accounts. Adjudication of goods. Contribution to the housekeeping.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL SOSTENIMIENTO DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO: 1. CONCEPTO DE CARGAS DEL MATRIMONIO. 2. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.—III. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE BIENES: 1. SUPUESTOS Y OPERACIONES LIQUIDATORIAS. 2. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO PARA LA CASA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La ordenación de las relaciones económicas y patrimoniales en el matrimonio con efectos *inter partes* y frente a terceros tiene lugar mediante el régimen económico patrimonial que, se reconduce en nuestro ordenamiento a tres tipos: el régimen de sociedad de gananciales caracterizado por la existencia de una masa común de bienes junto a bienes de naturaleza privativa; el régimen de separación de bienes que, cada cónyuge tiene la propiedad de sus bienes y no hay masa común; y, el régimen de participación que, vigente el mismo opera como un régimen de separación —por lo que no hay patrimonio común— y a su liquidación cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias del otro —como un régimen de comunidad—.

Centrándonos en el régimen de separación de bienes, este tiene lugar como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS cuando «cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, de manera que no existe ningún tipo de unión o confusión y tampoco por el mero hecho del matrimonio ningún tipo de comunidad»¹. En la separación de bienes hay un patrimonio privativo de cada cónyuge separados entre sí. De forma que, a cada uno de los cónyuges le corresponde la propiedad, disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes, sin perjuicio de su obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si bien, este régimen no excluye la existencia de bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria; y asimismo, esa libertad de gestión, administración y disposición de los cónyuges tiene excepciones y limitaciones en aras del interés familiar —*v. gr.* el artículo 1320 del Código Civil exige el consentimiento del cónyuge no titular para realizar actos dispositivos sobre la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia—. Así para los matrimonios cuyo régimen económico está sometido al Código Civil, el artículo 1435 establece que existirá separación de bienes entre los cónyuges: 1. Cuando así lo hubieran convenido; 2. Cuando los cónyuges hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales que, no regirán entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por la que hayan de regirse sus bienes. Se trata del régimen legal supletorio de segundo grado; y 3. Cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que la voluntad de los interesados fuese sustituida por otro régimen. Se trata de un régimen que puede pactarse antes o durante el matrimonio². Tal pacto puede contenerse en capitulaciones matrimoniales y constituye el contenido más propio de este —debe formalizarse en documento público tal como disponen los artícu-

los 1315, 1327 y 1280 del Código Civil—. Ahora bien, la titularidad separada de los bienes determina que, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviesen en el momento inicial del mismo y los que adquiera por cualquier título vigente el mismo (art. 1437 del Código Civil)³; si bien, a la liquidación del régimen cabe reembolsos y retribución entre los cónyuges, si se hubiere empleado fondos del otro cónyuge para su adquisición, si bien para los acreedores «únicamente vale la existencia de un título formal de adquisición por el cónyuge deudor»⁴. Si no es posible determinar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponde a manos por mitad en proindiviso (art. 1441 del Código Civil). Se trata de una presunción *iuris tantum* de cotitularidad que, aunque puede entrar en conflicto con las presunciones posesorias, respecto de estas constituye *lex especial*⁵. En consecuencia, no existe entre los cónyuges ningún tipo de comunidad de carácter conyugal —bienes comunes—; lo que no impide que pueda, constituirse alguna cotitularidad sobre bienes concretos, si bien, sería una comunidad ordinaria regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil por lo que, en principio, las cuotas de ambos cónyuges se presumen iguales —por mitad—⁶ y, en cualquier momento cualquiera de los partícipes puede solicitar la división de la cosa común⁷. Por otra parte, conforme el artículo 1437 del Código Civil corresponde a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de sus propios bienes; lo que no impide que, uno de los cónyuges administre sus propios bienes y los del otro; al respecto tendrá las mismas obligaciones y responsabilidad que un mandatario y tendrá que rendir cuentas, salvo que se trate de frutos percibidos y consumidos que se invirtieron en el levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1439 del Código Civil). Y, salvo la existencia de disposición legal al respecto como sucede con la vivienda familiar o los muebles de uso ordinario de familia (art. 1320 del Código Civil), cualquiera de los cónyuges puede disponer de sus bienes sin contar con el consentimiento del otro. En este contexto, ni el hecho que exista una titularidad separada de los bienes ni que cada cónyuge gestione y disponga de sus propios bienes, puede condicionar el cumplimiento de la obligación que para ambos consortes impone el artículo 1318 del Código Civil sea cual sea el régimen económico del matrimonio que se pacte; y el artículo 1438 del mismo cuerpo legal para el de separación de bienes.

Lo cierto es que, la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales aparece precedida en el Código Civil de unas disposiciones generales —normas de carácter imperativo— que son aplicables a todo matrimonio cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado en cuanto pretende garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente en el artículo 32.1 de la Constitución española. Si bien, tales disposiciones, aunque son de índole patrimonial, necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio (arts. 1315 a 1324 del Código Civil). Para LACRUZ BERDEJO se puede definir este régimen primario, como se conoce en la doctrina y por influencia francesa, como «el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados bajo la disciplina del Código Civil y con independencia de si se rigen por un estatuto de comunidad o por uno de separación de bienes»⁸.

De forma que, ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Asimismo, añade el citado artículo 1438 que, el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, esto es, las labores domésticas no retribuidas, han de valorarse como recursos económicos del cónyuge que efectivamente las realiza —sea uno de ellos, o sean los dos

(art. 68 del Código Civil)—, al efectos de calcular el montante de su contribución proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio. Pero, además, tales tareas dan derecho a una compensación que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la fijará el Juez al concluir el régimen de separación. Por otra parte, ambos cónyuges responden de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1440.2 del Código Civil), incluyendo en esta, los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia «conforme al uso del lugar y circunstancias de la misma» (art. 1319 del Código Civil); de manera que, sobre tal base legal, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y, con tal finalidad protectora de terceros acreedores, vincula el patrimonio del cónyuge deudor y los comunes (en caso de existir) y subsidiariamente los del otro cónyuge. Por lo que, de las deudas contraídas por uno de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia, responde frente a los acreedores los bienes del cónyuge que, contraiga la deuda y subsidiariamente los bienes del otro (arts. 1319.2 y 1440.2 del Código Civil)¹⁰. Todo ello, sin perjuicio de los reembolsos exigibles entre los cónyuges respecto lo aportado de más por cualquiera de ellos. Lo que excede de la potestad doméstica —del levantamiento de las cargas del matrimonio— solo responde el patrimonio del cónyuge deudor, pues, como regla general, las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad (art. 1440.1 del Código Civil)¹⁰.

Por otra parte, en este régimen de separación de bienes rige la regla de la libre contratación entre cónyuges, incluso a título gratuito¹¹; si bien, el artículo 1442 del Código Civil remite a la disposición de la ley concursal, cuando sea declarado un cónyuge en concurso; y así el artículo 78.1 de la citada norma concursal presume en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario que, el cónyuge concursado donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por este para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado el año anterior a la declaración del concurso. Esta presunción permite rescindir la adquisición del cónyuge no concursado, con el objeto de integrar tales bienes en la masa activa del concurso. De no probarse la procedencia del dinero con el que se adquirido el bien, se entiende que pertenece a ambos por mitad; y, en consecuencia, rescindir la adquisición e integrar la mitad del bien adquirido en la masa activa. Si bien, como precisa el apartado 2 del citado precepto no regirá esta presunción, cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho.

En este contexto, el artículo 1438 del Código Civil identifica cuatro reglas distintas pero coordinadas entre sí: 1) Que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2) La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 3) Puede contribuirse a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 de la Constitución Española; 4) El trabajo

para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen¹². A estas cuatro reglas añade GUILARTE MARTÍN-CALERO una más como es que, el trabajo doméstico sirva para determinar la procedencia y el *quantum* de la pensión compensatoria en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. En estos casos resulta decisiva la dedicación pasada y futura a la familia para la obtención de esta pensión¹³.

Sobre tales bases, la regla general cualquiera que sea el régimen matrimonial elegido, es que cada cónyuge responda de las deudas por él contraídas, pero cuando se trata de cargas del matrimonio, los dos cónyuges deben contribuir a su sostenimiento, con independencia del cónyuge que ha asumido la deuda¹⁴. Se completa con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1440 del Código Civil relativo a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros en relación con una modalidad de cargas del matrimonio como son las deudas derivadas de la potestad doméstica, indicando cuando se puede dirigir contra el patrimonio del cónyuge contratante o también puede dirigirse en determinadas condiciones contra el patrimonio del consorte que no contrató¹⁵; y, finalmente, con el artículo 1318 del Código Civil que, declara la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio —aunque no exista patrimonio común—, afección de carácter obligacional que, no significa en modo alguno una limitación de las facultades dispositivas del principio de responsabilidad patrimonial universal¹⁶.

El artículo 1438 del Código Civil, pues, constituye una concreción en el régimen de separación de bienes de las normas establecidas en los artículos 1318 y 1319 del Código Civil aplicables a todo matrimonio al margen de cuál sea el régimen matrimonial elegido¹⁷.

Para ÁLVAREZ OLALLA se trata de un deber que no deriva del régimen económico matrimonial sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges; de tal manera que, el régimen económico matrimonial solo fija el modo en que el deber debe cumplirse¹⁸. Es una manifestación de los deberes de mutua ayuda y mutuo socorro que imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil a los esposos. Se trata, en definitiva, de una plasmación de la comunidad de vida, material y espiritual, de esa unión y solidaridad de los miembros del grupo familiar¹⁹.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del sosténimiento de las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes cuya efectividad tiene lugar constante matrimonio y en la extinción y liquidación del mismo y sus consecuencias patrimoniales, haciendo especial referencia a la compensación por el trabajo doméstico.

II. EL SOSTENIMIENTO DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. CONCEPTO DE CARGAS DEL MATRIMONIO

El artículo 1318.1 se caracteriza por ser una norma de carácter general, en tanto se aplica a todo régimen económico matrimonial y sin trascendencia en otras relaciones jurídicas aisladas que, pueden presentarse entre los cónyuges, como la prestación de alimentos, aunque en ocasiones sea difícil fijar el límite²⁰. Igualmente, es una norma de carácter imperativo en un doble sentido: por ser una norma que inspira el orden público sistemático, y porque su aplicación es de

obligado e inexcusable cumplimiento en todos los regímenes económicos matrimoniales²¹; no siendo posible un pacto global que tenga por finalidad excluir por completo el contenido de la norma a uno de los cónyuges, aunque sí un pacto o convenio en el que se concrete la cuantía de contribución de cada uno de los cónyuges que, dependerá del régimen matrimonial y de las concretas circunstancias familiares, asimismo la forma de contribución a las cargas, esto es, las medidas y las condiciones de aportación de cada uno, la distribución interna de responsabilidades entre las distintas masas patrimoniales²² que, podrá constar en capitulaciones matrimoniales, o en otra forma no necesariamente capitular²³; y, por último, representa un deber de inexcusable cumplimiento que, la ley impone expresamente a los cónyuges²⁴.

Su fundamento lo encontramos en la necesaria colaboración entre los cónyuges consecuencia del matrimonio como algo sustancial al mismo, y en la convivencia familiar²⁵. Ni en el artículo 1438 del Código Civil ni en el artículo 1318 del mismo cuerpo legal se da una definición de cargas del matrimonio.

Se entiende por cargas del matrimonio «todos los gastos necesarios, ordinarios y extraordinarios para el sostenimiento de la familia no atribuible a ninguno de sus miembros». Concepto que se deduce del artículo 1362 del Código Civil referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales y del artículo 142 del Código Civil relativo al derecho de alimentos²⁶. Para MONTÉS PENADES «el concepto de cargas del matrimonio debe ser referidos tanto a lo que en la sociedad de gananciales son gastos a cargo del patrimonio ganancial descontando lo que deriva de su mera existencia y necesidad de sostenimiento interno, cuanto los que pueden obtenerse pensando que socialmente se entiende por gastos familiares los provocados por consumo del grupo familiar no atribuibles especialmente a ninguno de sus miembros, así como los específicos de cada uno de ellos que entrarían en el concepto de alimentos». Por lo que de ello resulta para el citado autor que cargas del matrimonio «son sustento, habitación, vestido, y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo y atenciones de previsión acomodadas a los usos y, a las circunstancias de la familia»²⁷. Por su parte, MORENO MOZO las conceptualiza como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»²⁸, mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código Civil en sede de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código Civil. De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del Código Civil), del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados carga del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos²⁹. Asimismo, pueden ser considerados carga

del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son considerados como necesarios por acuerdo de los cónyuges³⁰. Por lo que, el concepto de cargas del matrimonio es más amplio que el de potestad doméstica —deuda doméstica que se identifica con «necesidades ordinarias de la familia»—; de forma que, no toda carga del matrimonio tiene la consideración de deuda doméstica al existir gastos extraordinarios necesarios para el sostenimiento de la familia que, no entrarían en el marco del artículo 1319 del Código Civil³¹. Desde tal perspectiva, para MONFORT FERRERO cargas del matrimonio o sostenimiento de la familia comprenderá «todo lo que, razonablemente, pueda contribuir al desarrollo y expansión en los diferentes campos ligados a la actividad cultural, intelectual o deportiva que desarrolle cualquiera de estos sujetos, incluidos los desembolsos provenientes del simple recreo o esparcimiento, así como los que deriven del mantenimiento de las conductas sociales que vengan impuestas por la posición económica de la familia o del ejercicio de acciones altruistas que la familia considera legítimas»³². Ahora bien, de forma mayoritaria se asimila carga matrimonial al de carga familiar, considerándose ambos términos como sinónimos³³. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006³⁴ señala que, las cargas del matrimonio deben identificarse con el sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges y «abarcán todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar».

Si bien, cada cónyuge puede tener cargas familiares que no coinciden exactamente con las cargas matrimoniales, como sucede si se tienen hijos de un anterior matrimonio. Por lo que, el concepto de cargas familiares puede ser más amplio que el de cargas matrimoniales, al estar aquellas basadas en la relación o vínculo paterno-filial, con independencia de si existe o no vínculo matrimonial³⁵. A tales efectos, hay que entender que, los miembros de la familia cuyos gastos de mantenimiento tienen la condición de carga matrimonial o familiar son los relativos a los cónyuges e hijos comunes³⁶. Respecto a los hijos no comunes que, conviven en la vivienda familiar, en principio, sus gastos no cabe considerarlos como cargas matrimoniales; de manera que, no deben ser atendidos por el cónyuge no progenitor³⁷. Por lo que, aunque tales gastos en un régimen de gananciales se abonen con recursos comunes de ambos cónyuges como son los gananciales (art. 1362.1 del Código Civil) al considerarse deudas de la sociedad de gananciales los gastos de sostenimiento del hijo que vive en el hogar familiar; no sucede lo mismo en un régimen de separación de bienes en el que no hay patrimonio común y tampoco los frutos del patrimonio privativo son comunes (art. 1347 del Código Civil); de forma que, no se puede exigir al cónyuge no progenitor que, tenga que atender dichos gastos proporcionalmente con su patrimonio privativo. Supuesto distinto es que exista un eventual acuerdo entre los cónyuges, aunque sea tácito; pero a falta del mismo, como señala ASÚA GONZÁLEZ no puede exigirse jurídicamente al cónyuge no progenitor el abono de los gastos del hijo no común y que para evitarlo la solución sea la separación o el divorcio³⁸. Por tanto, considerarlo carga del matrimonio supondría que, las necesidades de un hijo tras la ruptura matrimonial serían atendidas por los progenitores —tengan o no atribuida la guarda y custodia— y, además por el cónyuge de su progenitor; lo que no parece razonable en un régimen de separación de patrimonios³⁹. Sin embargo, en la regulación autonómica, el artículo 237.5 del Código Civil catalán determina como gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar, entre los que destaca

los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio. Con respecto a los hijos no comunes que convivan con los cónyuges se incluyen como gastos familiares los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 que dispone que «se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor, y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma».

2. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

El artículo 1318 del Código Civil con carácter general cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, y el artículo 1438 para la separación de bienes, impone el deber de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de acuerdo, señala el citado artículo 1438 se hará proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos⁴⁰. Para ÁLVAREZ OLALLA este deber no deriva del régimen económico matrimonial, sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges, de tal manera que el régimen económico solo fija el modo en que el deber ha de cumplirse⁴¹. En todo caso, se trata de una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que, origina atender a las cargas del matrimonio.

Por lo que, el propio precepto fija dos criterios para el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio: el pactado por los cónyuges y subsidiariamente, el deber de contribución proporcional a los recursos económicos —se aplica el criterio legal de la proporcionalidad—. Ambos operan en la esfera interna al concretar de forma expresa como los cónyuges han de contribuir al pago de los gastos que, tienen la consideración de cargas del matrimonio. Por lo que, no es oponible frente a terceros⁴². Lo importante es como precisa LACRUZ BERDEJO no es quién se obliga y quién responde, sino en cuanto y en cómo se contribuye⁴³. Por tanto, en la esfera externa es donde se determina la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros; de forma que, cuando se trata de un gasto necesario extraordinario que, no es subsumible en el concepto de deuda doméstica aunque si en el de cargas del matrimonio, responden frente a terceros el cónyuge deudor, quien luego podrá exigir el reembolso al otro cónyuge de las cantidades abonadas que, excedan de lo que proporcionalmente a sus recursos económicos les corresponde⁴⁴.

Tal como hemos precisado, en el esquema económico de contribución a las cargas familiares con carácter preferencial se opta por el acuerdo de los cónyuges, pues, ellos son los que mejor conocen las circunstancias concretas y específicas de su matrimonio. En la doctrina actual se admiten estos convenios o pactos considerando la regulación del Código Civil como de derecho dispositivo y no de *ius cogens*⁴⁵. En todo caso, los acuerdos llevados a cabo por los cónyuges en este ámbito deben respetar los límites generales del artículo 1328 del Código Civil. De forma que, en aquellos casos en que esta libertad de pactos encubre o contribuye a una desigualdad entre cónyuges; tal cláusula debe ser considerada nula por ilícita⁴⁶.

Así tales acuerdos respetando los límites legales, resultan válidos en las relaciones *inter partes*; siendo inoponibles frente a terceros en lo referente a las

cargas del matrimonio que tengan la consideración de deuda doméstica al tener el artículo 1319 del Código Civil naturaleza imperativa⁴⁷. Para la mayoría de la doctrina los cónyuges van a poder determinar básicamente cómo se van a repartir las cargas, qué cantidad tienen que aportar cada uno y de qué manera se va a ejecutar la obligación de contribuir; de forma que, los pactos a los que pueden llegar las partes serán muy variados: establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos (mitad, un tercio, un cuarto); determinación de una cantidad periódica fija susceptible de actualización, o variable en función de las cargas asumidas en los distintos períodos (constante matrimonio o tras la separación)⁴⁸.

En este contexto, admitida la posibilidad de pactos y por tanto, la concreción de los cónyuges de cómo han de subvenir a las cargas del matrimonio, hemos de plantearnos si se exige una determinada forma para estos pactos o acuerdos. Frente a un sector minoritario de la doctrina que, se inclina por exigir la forma pública y más, en concreto, en capitulaciones matrimoniales al suponer una manifestación del régimen económico y como tal debe constar en capitulaciones⁴⁹; la opinión mayoritaria defiende la tesis contraria y entiende que, no es necesario que dichos pactos o convenios reguladores consten en capitulaciones matrimoniales⁵⁰. Aunque nuestra opinión se identifica con este criterio dominante, hemos de precisar que, si el pacto consta en capitulaciones matrimoniales no estamos ante exactamente una estipulación capitular, sino más bien ante un pacto capitular. Como el principio de libertad de forma debe imperar en este campo, tampoco resulta necesario que tales pactos consten en documento público distinto de las capitulaciones matrimoniales ni siquiera en documento privado, incluso puede no constar de forma expresa, sino deducirse del comportamiento cotidiano de los cónyuges —acuerdos tácitos—⁵¹.

Ahora bien, cabe preguntarse sobre la validez de aquellos pactos que exoneran a uno de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, fijen la realización de tal contribución de una manera no proporcional; o, en fin, un pacto por el que se establece que uno de los cónyuges aporte todos sus recursos económicos en el levantamiento de las cargas del matrimonio. En el primer caso, solo uno de los cónyuges se responsabiliza y se hace cargo en exclusiva de las cargas del matrimonio. Se trata de aquellos acuerdos por el que uno de los cónyuges queda completamente exonerado de la obligación de satisfacer las cargas del matrimonio; de modo que, su consorte soporte en exclusiva todas las cargas. Sobre esta cuestión, se advierten posiciones doctrinales muy diversas. Así para un sector doctrinal se considera nulo tal pacto por contrariar los principios fundamentales e imperativos como es el de igualdad de los cónyuges proclamado en el artículo 32 de la Constitución española y en el artículo 1328 del Código Civil⁵²; o simplemente se duda de su validez⁵³. Al respecto señala DE PABLO CONTRERAS que «es muy dudosa la validez del pacto en que uno de los cónyuges no contribuya al levantamiento de las cargas del matrimonio, que algunos autores admiten, al menos, si se realiza en capítulos, bien con meros efectos *inter partes*, pues, aun no considerando obstáculo el tenor del artículo 1328, sí que lo parece el del artículo 1318 que, puesto en relación con los artículos 66 a 68, ha de tenerse como norma imperativa aplicable cual sea el régimen económico del matrimonio»⁵⁴. Sin embargo, otro sector doctrinal se inclina por admitir la validez de estos pactos de exoneración en la esfera interna de las relaciones conyugales sin perjuicio de su eficacia limitada en sus relaciones con terceros⁵⁵. Así, para algunos autores se acepta la viabilidad del acto sin mayores exigencias, entendiendo que los cónyuges tienen libertad para distribuirse responsabilidades conforme a sus propias circunstancias⁵⁶. Otros, sin embargo, solo apoyan la validez de este tipo

de acuerdo cuando se dan determinadas supuestos, por ejemplo, cuando haya causa que lo justifique⁵⁷; o a uno de los cónyuges le sea materialmente imposible contribuir por carecer de recursos económicos⁵⁸; o, en fin, el pacto debe constar en capitulaciones matrimoniales⁵⁹. Como acertadamente, se ha señalado el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, es un deber legal pero no de *ius cogens*; los cónyuges pueden regularlo a su arbitrio *e inter partes*, y exonerar a uno de los cónyuges de su cumplimiento⁶⁰. Cosa distinta es que, incumplido cuando es exigible pueda ser reclamado, pudiéndose agredir los bienes de los bienes de los cónyuges, tal como dispone el artículo 1318 del Código Civil que «no deja de ser una concreción del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, sin que se produzca una afeción real de los bienes»⁶¹. En la línea de admitir la validez de estos pactos exonerativos, LACRUZ BERDEJO precisa que, en ciertos casos estos pactos pueden ser considerados ilícitos⁶²; o, en supuestos de completa liberación de un cónyuge por otro, habría una evidente dosis de gratuitad, con la consecuencia jurídica que de ellos deriva (colación, inoficiosidad, etc.)⁶³. En todo caso, se considera válido el pacto por el que ambos cónyuges acuerden que el levantamiento de las cargas del matrimonio recaiga exclusivamente en uno de los cónyuges mediante su contribución económica, sin perjuicio de poder cumplir el otro cónyuge su obligación con el trabajo doméstico; si bien, su validez opera en las relaciones intraconyugales. Ciertamente, el poder de autorregulación de los cónyuges en sus relaciones económicas y en concreto, de las cargas familiares, debe ser admitido como una manifestación en la esfera interna de la propia privacidad (intimidad) de la familia y de su poder de actuación⁶⁴. Si bien, tal pacto sería inoponible a tercero en lo referente a las cargas del matrimonio que, tengan la consideración de deudas domésticas, al no poderse evitar la aplicación del artículo 1319 del Código Civil dado su carácter imperativo⁶⁵. Ambos cónyuges tiene la obligación *ad extra* de afrontar las cargas del matrimonio con independencia de cuál sea el régimen económico y lo pactado entre ellos en capitulaciones, pues, se trata de un deber común de ambos esposos que, forma parte del régimen primario⁶⁶. Si se trata de carga matrimonial que no tenga la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor (art. 1318 del Código Civil); si, por el contrario, la carga tiene la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor y subsidiariamente el del cónyuge no deudor (art. 1319 del Código Civil).

Ahora bien, admitida de forma mayoritaria por la doctrina la validez del pacto o cláusula de exoneración total de uno de los cónyuges, cabe plantearse la validez de los pactos o cláusulas por los que la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas sea realizada por los esposos de forma distinta al criterio de proporcionalidad. Como señala MONTÉS PENADES (1991, 865-866) el convenio de los cónyuges al respecto puede tener un contenido muy variado: por ejemplo, limitar la contribución de uno de los esposos a una cantidad periódica fija e invariable (mensual o anual); o a una porción o porcentaje preestablecido de los ingresos de cada uno de los esposos, o, en fin, limitarla a una porción de los ingresos personales de cada uno de los cónyuges supliendo el otro el resto, etc.⁶⁷. Todas estas posibles combinaciones tienen de común modalizar el *quantum* de la obligación exigible a cada uno de los esposos. De forma que, como se entiende de forma mayoritaria por la doctrina, no ofrece dudas la admisibilidad de cláusulas de este tipo en que la contribución no sea proporcional⁶⁸. Más discutible es entender como admisibles y válidos los acuerdos sobre contribución no proporcional a las cargas del matrimonio de forma tácita, es decir, deducirse del comportamiento

de las partes, pues, ello implicaría legalizar un incumplimiento de tal obligación y supondría un importante obstáculo a la reclamación futura de reintegros por parte del cónyuge que generosamente contribuye en mayor proporción y vetaría el fundamento mismo de la compensación por el trabajo doméstico⁶⁹. No obstante, no faltan quienes admiten este tipo de pactos en cuanto pueden establecerse incluso a través del comportamiento cotidiano de los cónyuges; si bien, se destaca las dificultades que puede entrañar de cara a futuras pretensiones de reembolso entre cónyuges⁷⁰. Ahora bien, aunque, a nuestro entender, no se considera admisible romper la regla de la proporcionalidad mediante un acuerdo tácito; si consideramos acertado, como señala CUENA CASAS la validez de un acuerdo en que se considere que determinado gasto sea carga del matrimonio cuando se respete el contenido mínimo de las cargas del matrimonio⁷¹.

Además del criterio de lo acordado por los cónyuges, el artículo 1438 consagra la regla de la proporcionalidad a los recursos económicos como subsidiaria de la voluntad de las partes. Lo que, incluye tanto capitales como las rentas, sean estas de trabajo o de capital; y los bienes de los que sean titulares los cónyuges, ya que cada uno de ellos tiene la facultad de disponer libremente de los mismos, como los frutos y rentas que de ellos se derivan⁷². En todo caso, para JIMÉNEZ GALLEGOS se refiere esta regla tanto a recursos como al patrimonio, sin diferenciar ni establecer prioridades entre ambos⁷³.

Tal regla, conviene aclarar, es, igualmente, inoponible a terceros en tanto regla que forma parte de las relaciones internas de los cónyuges⁷⁴. Ahora bien, la proporcionalidad en los respectivos recursos económicos no significa igualdad matemática, ni acudir a un análisis gasto por gasto, sino en términos de gran relatividad, cada cónyuge contribuye al sostenimiento de la familia en proporción a su capacidad económica que puede variar a lo largo de la vida del matrimonio⁷⁵. De forma que, como señala ÁLVAREZ OLALLA se trata de equiparar al cónyuge más débil económicamente respecto a su consorte; de manera que, ambos cónyuges disfrutan del nivel de vida que les permitan los recursos económicos del cónyuge con mejor posición económica; en otras palabras el cónyuge con menores ingresos va a disfrutar de un nivel de vida superior al que corresponde a su propia situación económica⁷⁶. El artículo 1438 del Código Civil habla de proporcionalidad de los recursos económicos —a diferencia de la redacción originaria del citado artículo que se refería a la proporcionalidad de los bienes— englobando rentas del trabajo y de capital, sin establecer un criterio de prioridad o de ordenación entre ambos tipos de recursos, por lo que deben entenderse incluidos los bienes improductivos; de manera que si un cónyuge tiene este tipo de bienes, y el otro solo sus ingresos por trabajo personal, ambos tipos de bienes deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la obligación de contribución de cada uno⁷⁷; llegándose incluso a afirmar que su titular puede ser obligado a venderlos para cumplir su obligación⁷⁸. Todo ello a diferencia de lo que acontece en el artículo 231-6 del Código Civil catalán donde se debe contribuir a los gastos familiares con los recursos procedentes de su actividad, o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y si estos son insuficientes en proporción a sus patrimonios. Según este criterio, rentas e ingresos estarían en idéntico nivel de afección y de exposición que los bienes que forman el patrimonio de los cónyuges. De forma que, el cónyuge que no tiene ingresos suficientes estará abocado a vender parte de sus bienes para hacer frente a su obligación de contribuir que, le es exigida, aunque realmente nos sea necesario en términos económicos, si su consorte se basta por sí solo para sufragar todos esas cargas⁷⁹. Ahora bien, puede no ser económicamente rentable la venta del patrimonio improductivo solo para que el cónyuge titular

pueda abonar su parte. Por lo tanto, en las relaciones entre ingresos o rentas y bienes o capital debe resolverse estableciendo una preferencia de los ingresos o rentas como medio idóneo para hacer frente al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si bien, frente a quienes consideran que lo razonable es que las rentas de capital se tengan también en cuenta para calcular la parte que corresponde abonar a cada cónyuge⁸⁰; otros, en cambio, entienden que debería ser en proporción a los ingresos o rentas de cada cónyuges como habría de calcularse la proporción, sin tomar en consideración el patrimonio improductivo que solo responde subsidiariamente⁸¹. En todo caso, si el abono efectivo de los gastos que se derivan de las cargas del matrimonio no puede producirse por falta de liquidez de uno de los cónyuges, el otro deberá satisfacer los gastos, pagando la parte que le corresponde al otro; lo que genera un derecho de reembolso (art. 1319.3 del Código Civil) que, puede hacerse efectiva en la liquidación del régimen, salvo que hubiese sido exonerado del deber de contribución. Solo en caso de falta de liquidez de ambos cónyuges se podría obligar al cónyuge propietario del patrimonio improductivo a proceder a su enajenación.

III. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE BIENES

1. SUPUESTOS Y OPERACIONES LIQUIDATORIAS

La extinción del régimen económico de separación de bienes tendrá lugar por acuerdo de los cónyuges y la sustitución de un régimen por otro (art. 1315 del Código Civil)⁸²; por el fallecimiento de uno de los cónyuges, o como consecuencia, de la nulidad, separación o divorcio (art. 95.1 del Código Civil)⁸³. Si bien, la reconciliación de los cónyuges no altera la separación de bienes establecida (art. 1443 del Código Civil).

A la liquidación del régimen económico matrimonial se refiere el artículo 91 del Código Civil, pues, entre las medidas a adoptar por el Juez en los casos de nulidad, separación o divorcio, está la liquidación del régimen, sin que se distinga entre los diferentes regímenes matrimoniales existentes. En sede de separación de bienes, tal liquidación encuentra apoyo en el artículo 1438 que se refiere a la compensación por el trabajo para la casa «a la extinción del régimen de separación» y, el artículo 1441 ambos del Código Civil en el caso que, no sea posible acreditar a quien pertenece el bien o pertenezca por mitad a ambos. Por lo que la separación de patrimonios no excluye la posibilidad de liquidar el régimen⁸⁴.

En todo caso, aunque no tiene el mismo sentido liquidar un régimen de gananciales que, el de separación de bienes, como señala la doctrina hay diversas situaciones que, demuestran las necesidades de una liquidación⁸⁵: la existencia de titularidades conjuntas y habrá, en consecuencia, bienes proindiviso que, deberán adjudicarse a uno u otro cónyuge⁸⁶; reclamación de cantidades⁸⁷; los reembolsos entre cónyuges por deudas satisfechas por uno de ellos a terceros que, deberían ser pagadas por ambos en la misma o distinta proporción según se hubiese convenido⁸⁸ o por cantidades invertidas por uno de los cónyuges⁸⁹; aunque algunos de estos créditos tienen relación con el deber de contribuir a las cargas del matrimonio⁹⁰; la existencia de bienes de titularidad dudosa que, se ha de adjudicar a uno u otro cónyuge; la administración o gestión realizada por uno de los cónyuges y la obligación de rendición de cuentas⁹¹; y, en fin, la compensación por el trabajo para la casa⁹².

Como señalamos en líneas precedentes, cuando no es posible determinar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho corresponde a ambos por mitad en pro indiviso, en una suerte de presunción *iuris tantum* de cotitularidad, que adquiere especial relevancia en el momento de extinción y liquidación del régimen económico de separación de bienes, si antes no se ha solicitado la división de la cosa común. Esta presunción también favorece a los acreedores que, pueden actuar sobre la mitad del bien que, pertenece al cónyuge deudor. Por otra parte, aunque la compensación por el trabajo solo puede ser exigible a la extinción del régimen de separación de bienes; sin embargo, los cónyuges no tienen que esperar a este momento para exigirse el uno al otro el cumplimiento de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, por lo que, vigente el régimen, cada cónyuge puede exigir al otro los correspondientes reembolsos, si, precisamente, uno de ellos hubiera atendido al sostenimiento de las cargas de la familia en mayor proporción⁹³. En caso de incumplimiento de tal obligación, se podrá pedir al Juez la adopción de medidas cautelares a las que se refiere el artículo 1319 del Código Civil. Por su parte, de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responden ambos cónyuges en la forma determinada en los artículos 1319 y 1438 (art. 1440.2 del Código Civil). Si bien, como indicamos, los acreedores pueden hacer efectivas tales deudas contraídas por uno solo de los cónyuges sobre su patrimonio y subsidiariamente sobre el del otro cónyuge (art. 1319 del Código Civil), sin perjuicio del derecho a exigir al otro tanto la aportación que le corresponde realizar respecto de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1438 del Código Civil), como el exceso de aportación realizada por uno de los cónyuges. Si se trata de obligaciones exclusivas de los cónyuges responden de ellas con sus propios bienes. En fin, si uno de los cónyuges ha administrado el patrimonio del otro deberá rendir cuentas, pero no respecto de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que, no los invirtió en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

Ahora bien, de la contribución a las cargas del matrimonio, nos hemos referido en el anterior apartado, ahora corresponde analizar la compensación por el trabajo doméstico.

Si bien, antes de proceder a ello, resulta necesario determinar, si el procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial previsto en el artículo 806 a 810 de la LEC se puede aplicar al régimen de separación de bienes. La postura mayoritaria de la doctrina se pronuncia en contra de la aplicación del artículo 806 de la LEC⁹⁴; si bien, no faltan autores que se inclinan por tal aplicabilidad⁹⁵. De todas formas, se puede sustanciar la liquidación en el proceso declarativo correspondiente⁹⁶.

2. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO PARA LA CASA

La compensación por el trabajo doméstico se define por GUILARTE MARTÍN-CALERO como «aquella compensación económica que tienen derecho a percibir el cónyuge que, habiéndose dedicado al cuidado del hogar y de la prole, en exclusiva o en mejor proporción que el otro, de su cónyuge o de los herederos de este, si durante la vigencia del régimen de separación, su patrimonio privativo experimentó un incremento debido a la actividad económica o patrimonial desarrollada por aquél»⁹⁷. Desde tal concepto dos elementos integran el concepto de compensación por el trabajo doméstico: el trabajo para la casa de uno; y el incremento patrimonial procedente de la actividad económica y profesional del

otro. Por su parte, ÁLVAREZ OLALLA considera que, el establecimiento legal de la compensación no es sino una mera concreción o reiteración del derecho de reintegro del artículo 1319.3 del Código Civil, la cual se regirá por las mismas reglas que los reembolsos procedentes en los demás casos de aportaciones desproporcionadas. Habrá de compensar ese trabajo cuando su valor excede de la cuantía en que al cónyuge que la realiza le corresponderá contribuir. Y, asimismo, afirma esta autora que «admitir esa “compensación” al finalizar el régimen al margen de la disciplina de contribución a las cargas supondría la introducción de una verdadero enclave comunitario en el régimen de separación, poco adecuado teniendo en cuenta los principios en los que el mismo se inspira: equiparación del nivel de vida de ambos cónyuges, en tanto existe comunidad de vida, con ausencia de consecuencias patrimoniales ulteriores, derivadas del propio régimen económico»⁹⁸. A la compensación por el trabajo doméstico se refiere el artículo 1438 del Código Civil cuando señala que «el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que, el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. En lo que se refiere a la naturaleza jurídica, hay que señalar que, se trata de una norma de liquidación de bienes cuya finalidad es compensar el desequilibrio patrimonial que provoca el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges»⁹⁹. Se trata de «un mecanismo corrector de la independencia patrimonial del régimen de separación de bienes de carácter legal y subsidiario de la previsión de la voluntad de los cónyuges que podrá neutralizar la falta de solidaridad conyugal del régimen con la adquisición conjunta de bienes durante la vigencia del mismo o con la fijación *ex ante* de una compensación por el trabajo para la casa»¹⁰⁰.

Ahora bien, no existe en la doctrina un acuerdo unánime acerca del fundamento de esta compensación. JIMÉNEZ GALLEGOS señala que, existen diversas posiciones: «una participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge, que precisamente las habrá podido obtener porque no ha tenido que dedicarse al cuidado del hogar; una indemnización por el sacrificio de las expectativas profesionales; una compensación por el exceso en la contribución de las cargas, o en su caso, por la mera contribución no excesiva, o sea, una compensación a la que se tiene derecho además de su consideración como contribución a las cargas. Lo primero, aclara el citado autor, convierte el régimen de separación de bienes en un régimen de participación en las ganancias¹⁰¹. En la línea de las propuestas expuestas, ÁLVAREZ OLALLA precisa que, procede cuando el valor del trabajo en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos de ambos¹⁰². Para DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ «el espíritu que debe presidir la inteligencia de la norma es evitar las situaciones de sobrecontribución, cuando además de contribuir mediante la realización de un trabajo, se realizan trabajos para la casa, o para otro esposo, sin retribución o con retribución insuficiente. Es decir, una vez rota la regla de la proporcionalidad, lo que persigue la compensación es restablecer el equilibrio, pero no puede pretenderse pese al deseo de muchos y en particular, de numerosos pronunciamientos judiciales convertir la regla en una sobreaportación de la labor de la casa por encima y, en detrimento, de cualesquiera otras formas de contribución»¹⁰³. No faltan quienes consideran que, cuando el cónyuge ha contribuido en exceso a las cargas, es merecedor de una compensación, pero no por el simple hecho de haber contribuido mediante trabajo doméstico. De alguna manera, lo que el legislador ha querido manifestar es que, también el cónyuge que realiza el trabajo doméstico, puede haber con-

tribuido a las cargas del matrimonio por encima de lo que le corresponda y, si esto es así, tiene derecho a ser compensado¹⁰⁴.

También se ha defendido que el derecho a obtener una compensación por el trabajo se funda en la existencia de un enriquecimiento injusto. Así MORENO-TORRES señala que, la finalidad del artículo 1438 del Código Civil es evitar que el cónyuge que ha ejercido durante el régimen de separación una profesión u oficio se enriquezca a costa del que, entretanto, se ha ocupado de atender las necesidades domésticas¹⁰⁵.

Por su parte, ALBALADEJO entiende que, la compensación sería una especie de indemnización por paro que, englobaría también sueldos dejados por percibir¹⁰⁶. REBOLLEDO VARELA defiende que, se trata de paliar el principal defecto que se ha señalado en el régimen de separación de bienes que, no hace participar a ambos cónyuges de las ganancias del matrimonio, pensándose así en la situación del cónyuge que se dedica al hogar y no realiza actividad remunerada; lo que no justifica que se le reconozca legalmente el derecho a una compensación económica; por lo que se busca solventar, por una vía equivocada, el problema de la desprotección del cónyuge que no tiene ingresos propios, que no participa en las ganancias de su cónyuge y con un sistema sucesorio ideado para la sociedad de gananciales, les confiere una legítima muy reducida; y añade, «los propios cónyuges que han pactado el régimen tienen en sus manos los medios jurídicos suficientes para evitar el principal inconveniente del régimen: la posible situación de precariedad a su extinción del cónyuge que ha permanecido dedicado a las actividades de la casa, y ellos sin necesidad de compensación legal»¹⁰⁷.

También se justifica como fundamento de esta compensación la pérdida de expectativas laborales o profesionales, promoción profesional o laboral y, en definitiva, la pérdida de oportunidades de incrementar con el trabajo o actuación, realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio¹⁰⁸. Así LASARTE ÁLVAREZ señala que, quizá pudiera encontrar explicación la norma «en la generalizada minusvaloración del quehacer doméstico y en la pretensión del legislador de beneficiar a aquel de los cónyuges que sacrifica su capacidad laboral o profesional en favor del otro cónyuge sobre todo cuando existe separación de bienes y por tanto, quien no genera ingresos, no puede participar de las propias de su consorte»¹⁰⁹.

Sobre tales bases, en el ámbito de la jurisprudencia menor se fundamenta la compensación por el trabajo doméstico por algunas resoluciones en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas del matrimonio¹¹⁰; asimismo, en la existencia de una desigualdad peyorativa para quien desempeña tareas domésticas con una significativa labor asistencial a favor de la familia, pues su inexistencia supondría denegar la pensión cuando el 100% del salario del otro cónyuge se destina al levantamiento de las cargas del matrimonio¹¹¹; en la necesidad de reequilibrar de forma equitativa la situación del cónyuge más perjudicado y tratar de resarcir de algún modo el tiempo invertido¹¹²; también en la propia desigualdad que se observa al final del matrimonio, pues, el que ha podido disponer de tiempo para desarrollarse profesionalmente se encuentra en una situación mucho más ventajosa que el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas¹¹³; y, en fin, se dispone que, la exigencia de la dedicación al trabajo debería hacerse de forma exclusiva y excluyente —solo con el trabajo realizado para la casa—, aunque esto implique un incumplimiento del deber del matrimonio de compartir las tareas domésticas (art. 68 del Código Civil), y, excluyéndose, por tanto que, sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge¹¹⁴.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 —en unificación de doctrina—¹¹⁵ fija como doctrina jurisprudencial lo siguiente. «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que, se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge»¹¹⁶. Asimismo, en sentencia de este Alto Tribunal de la Sala de lo Civil, de 26 de marzo¹¹⁷ —Pleno— y, de 14 de abril de 2015¹¹⁸ se inclinan por el trabajo doméstico con el carácter de exclusivo no excluyente. Lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que le reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial o en jornada completa y no exclusiva; y, asimismo, cuando esta dedicación siendo exclusiva la realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa. Al respecto, dispone la citada Sentencia de 14 de abril de 2015, reiterando la doctrina jurisprudencial expresada en las Sentencias de esta Sala, de 14 de julio de 2011, de 31 de enero de 2014 y de 26 de marzo de 2015 que, en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil hay que señalar que, «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina ha podido suscitar en la decisión en algunas Audiencias Provinciales, ha señalado lo siguiente «por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa y no excluirla de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues, la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento, 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 —STS de 14 de julio de 2011—». Añadiendo «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. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de

separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial, pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código Civil, como es el caso del artículo 232-5 del Código Civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso («sustancialmente»), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino «la colaboración o retributiva o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional». Por lo que se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge»¹¹⁹. Con posterioridad, la Sentencia de este mismo Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015¹²⁰ precisa en su *Fundamento de Derecho tercero* que «(...) Lo cierto es que la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges, y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chófer pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la «dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor de la prole, que difícilmente forma parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico». Esta Sala ha recordado que, la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, «pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento», como ocurre en este caso».

Asimismo, en esta línea, señala a su vez la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015¹²¹ que «se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación y que pueda hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente».

Sobre tales bases, hay que manifestar que, la Sala Primera ha mantenido una reiterada doctrina jurisprudencial en la que se ha venido exigiendo para el reconocimiento de dicha compensación económica que, la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico fuera «exclusiva», esto es, solo con el trabajo realizado para la casa; lo que ha impedido el reconocimiento del citado derecho en aquellos supuestos en el que el cónyuge que lo reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar,

a tiempo parcial o en jornada completa. Doctrina esta que ha sido matizada en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2017¹²² en la que se atendió para denegar esta compensación económica a que el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena».

De nuevo, el Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de abril de 2017 se pronuncia para interpretar la expresión «trabajo para la casa del artículo 1438 del Código Civil». Al efecto señala en su *Fundamento de Derecho séptimo* que, la regla sobre compensación contenida en el citado precepto, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que, se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. No obstante, en la realidad social actual (art. 3.1 del Código Civil), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización doméstica y familiar. Y, así en el concreto caso examinado, se destaca por la sentencia que, la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por todo ello, la Sala declara que, la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa a los efectos de la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el citado precepto, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostentimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

De la doctrina jurisprudencial expuesta, si un cónyuge asume la dirección de la vida familiar, realizando por sí las tareas domésticas o llevándolas a cabo bajo su dirección, tiene derecho a una compensación. Se exige para ello que, la dedicación a las tareas domésticas sea en «exclusiva». Si bien, se mantiene la compensación cuando el otro cónyuge colabora ocasionalmente en las tareas del hogar sobre la base de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Civil, o se ayuda el cónyuge acreedor de un tercero para la realización de las tareas domésticas; lo que puede tenerse en cuenta para la cuantificación de la compensación, pero no en el derecho a percibir tal compensación¹²³. Por el contrario, si el cónyuge además de realizar las tareas de la casa, desempeña un trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a la compensación. Sin embargo, para la jurisprudencia menor, la *ratio* del artículo 1438 del Código Civil no exige una contribución «exclusiva, excluyente y directa», sino que la desigualdad que, se trata de corregir no solo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida; de ahí que, tendrían derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014 han excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que, debe pagar la compensación del trabajo doméstico; lo que contrasta con lo dispuesto en el artículo 232-5 del Código Civil catalán que,

establece al respecto que, si un cónyuge ha trabajado para la casa más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación, siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen de separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, o en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido, precisamente, un incremento patrimonial superior¹²⁴, y con alguna resolución judicial que lo fundamenta en tal enriquecimiento¹²⁵.

Lo cierto es que, frente a esta posición del Tribunal Supremo, hay que señalar que, ni el trabajo realizado por el cónyuge fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica puede ser motivo para la denegación, pues, lo determinante es la alteración en la regla de la proporcionalidad que determina que, la aportación del cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas o compaginándolas con el trabajo fuera de la casa, supere lo realizado por el otro¹²⁶. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar el régimen de separación de bienes es libre. Asimismo, no es incompatible la realización de una actividad profesional con la dedicación a la casa.

Por otra parte, a la extinción del régimen de separación se puede generar un desequilibrio que tiene lugar tanto en el cónyuge que se ocupa de las tareas de la casa únicamente, como el que, además, realiza un trabajo fuera del hogar. De forma que, tal trabajo en el hogar puede suponer una sobreaportación por parte del cónyuge que se dedica a las tareas domésticas que, ha de ser compensado de forma que, cuando la realización del trabajo para la casa realizado por parte de uno de los cónyuges supere la contribución realizada por el otro, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y los recursos económicos de que disponen los cónyuges. Pero este desequilibrio en las aportaciones puede tener lugar tanto si el cónyuge se dedica en exclusiva a las tareas del hogar, como si lo hace compaginándolo con una actividad profesional o empresarial; o simplemente, recibe ayuda de una tercera persona¹²⁷. Reducirlo exclusivamente a cuando el cónyuge acreedor se dedica al trabajo doméstico, como parece operar el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias supone reducir el campo de aplicación de esta compensación en exceso, perjudicando a quienes —que en la actualidad son la mayoría— compagina el trabajo en el hogar con una actividad profesional o empresarial, esto es, además de aportar ingresos, contribuyen al trabajo doméstico. También con esta forma de proceder se perjudica al cónyuge que, destina la totalidad de los ingresos o la mayor parte de los mismos a atender a los gastos familiares, y sin haber tenido un incremento patrimonial a costa de quien atiende en exclusiva las tareas del hogar, tiene que pagar a este una compensación. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015, aun teniendo la esposa un importante patrimonio, y viviendo en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chófer y servicio doméstico, le corresponde la compensación por el trabajo doméstico, ya que se ha dedicado a la casa en exclusiva, y, además, se alude como un segundo criterio proporcional, el hecho del beneficio económico obtenido por el marido por la realización de su trabajo o actividades empresariales o profesionales; de ahí que, la esposa reclamase en la vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio, o lo que es igual una compensación de 733.056 euros por los 3.984 días de convivencia a razón de 184 euros por día —si bien, el Tribunal Supremo la reduce a doscientos cincuenta mil euros—.

En este contexto, lo que resulta criticable es que de asumir libremente cualquiera de las decisiones apuntadas —asumir y llevar a cabo las tareas del hogar en exclusiva o con ayuda de terceras personas—, se entienda que, el trabajo para

la casa además de computar como contribución a las cargas del matrimonio, sea compensable, si no hay razón para ello. Cosa distinta es la existencia de un desequilibrio en cuanto a la contribución del trabajo para la casa que determina en uno de los cónyuges un exceso de aportación que rompa el criterio de proporcionalidad, esto es, cuando el trabajo realizado en exclusiva por parte de un cónyuge supere a la contribución realizada por el otro, dará lugar a una compensación por el trabajo doméstico.

Por otra parte, resulta, asimismo, criticable la matización a esta doctrina jurisprudencial que, el Tribunal Supremo hace en su Sentencia de 28 de febrero de 2017 en la que se deniega esta compensación económica a que el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena». Sin embargo, en la línea del Código Civil catalán que, en su artículo 232-5.2 reconoce que, hay derecho a la compensación, cuando el cónyuge ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, el Tribunal Supremo ha asimilado la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, con el «trabajo para la casa» a los efectos de reconocimiento del derecho a la compensación económica, lo que supone un importante avance¹²⁸.

De todas formas, el trabajo para la casa o trabajo doméstico no se reduce exclusivamente a las tareas domésticas típicas, sino que es un concepto más amplio que abarca tareas para cuya realización no sería sustituible el cónyuge por un tercero, tales como la atención a los componentes de la familia, adquisición de bienes para los miembros de la familia, en suma, la tarea de dirección de las gestiones domésticas¹²⁹.

Ahora bien, se ha de indicar que, el artículo 1438 del Código Civil no tiene carácter imperativo sino dispositivo, por lo que los cónyuges tienen libertad y autonomía para estipular cómo ha de computarse ese trabajo doméstico, los criterios para su fijación, el *quantum*, las modalidades de pago, para luego concretar el modo o manera de afectar la compensación, la forma y el tiempo. En relación con la cuantía, hay que señalar que, la forma de determinar la misma ofrece algunos problemas. En la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 se señala que, el artículo 1438 del Código Civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, pueden establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. No obstante, esta opción no se utiliza como sería deseable, por lo que corresponderá al Juez la fijación de la misma; si bien, el artículo 1438 del Código Civil no contiene ningún criterio de orientación que, no sea el que resulte de tratarse de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Lo que contrasta con lo previsto en legislaciones forales. Así en el artículo 232-5.3 del Código Civil catalán establece diversos criterios o pautas para determinar la cuantía de la compensación por razón del trabajo como son: la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia, y concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho de que hay incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges¹³⁰.

Por lo que tal labor de concretar los criterios o pautas corresponde a la jurisprudencia, así unas veces se opta por el equivalente al salario mínimo interprofesional, otras por el sueldo que cobraría una tercera persona por realizar ese trabajo; de forma que, se contribuye con lo que se ha dejado de desembolsar o se ha ahorrado por la no necesidad de tener que contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar¹³¹. Si bien, el legislador catalán establece un límite legal máximo, en concreto, de la cuarta

parte de la diferencia existente entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 232-6. No obstante, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial incrementará esta cuantía (art. 232-5.4 del Código Civil catalán)¹³². En todo caso, para MORENO-TORRES la cuantía de la compensación no ha de ser la mitad del valor atribuido a los bienes adquiridos por el cónyuge deudor durante la vigencia del régimen, pues, ello conduciría a la misma situación que, si el régimen económico fuese del de participación¹³³. De todas formas, nada obsta para que, el Juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación¹³⁴, que, conforme establece el citado artículo 1438 del Código Civil, lo hará equitativamente.

De todas formas, no se duda que, la finalidad del artículo 1438 del Código Civil es compensar el exceso que ha aportado quién se ha ocupado del trabajo en el hogar, y que ha de calcularse con respecto a la proporción de recursos económicos que, le corresponde aportar. Por lo que, la compensación para el hogar solo opera cuando el cónyuge que se ha dedicado a tales tareas de forma exclusiva o no y, ha contribuido en más proporción de lo que le corresponde; si bien, la cuantía no debe superar tal proporción que, efectivamente, no podrá exceder de la mitad del incremento patrimonial originado a lo largo de la vigencia del régimen de separación de bienes. En la cuantificación de la compensación de ese trabajo para la casa, se puede utilizar como referencia el salario que pudiera pagarse a una empleada doméstica. Por tanto, la compensación ha de cubrir el exceso en la aportación y no más. En concreto, el ahorro en costes que supone el trabajo para el hogar realizado por uno de los cónyuges ha de compararse con el que correspondería al otro cónyuge aportar en la cobertura de las cargas del matrimonio, y si resulta excesivo o desproporcionado tal ahorro de costes, ha de compensarse. En esencia, habrá de comprobarse lo que aportó uno y otro, en base a sus recursos económicos y compensar la desproporción que no deja de ser un empobrecimiento injusto, esto es, carente de causa¹³⁵. Ahora bien, la misma libertad que tienen los cónyuges para fijar el *quantum* de la compensación, la tienen para determinar la forma de pago de la compensación. Preferiblemente, habrá de hacerse mediante el pago de una cantidad de dinero en un pago único o a plazo¹³⁶, una pensión periódica, en una cantidad a tanto alzado¹³⁷, o también mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los interesados¹³⁸ o porque lo concede el Juez a petición fundada del acreedor¹³⁹.

Respecto a la forma de ese posible acuerdo o convenio de las partes con relación a la compensación puede revestir cualquiera, no es preciso que conste en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al tiempo para hacer efectiva la compensación, tal como establece el Código Civil tendrá lugar a la extinción del régimen de separación de bienes. No obstante, los cónyuges pueden acordar tal liquidación en un momento previo a la extinción, como asimismo, en un momento posterior a la misma.

Por otra parte, es posible como contenido del acuerdo o pacto de los cónyuges, la renuncia a tal compensación. Parece existir un criterio mayoritario en su admisibilidad; renuncia que puede producirse durante la vigencia del régimen y también una vez producida la extinción y llegado el momento de práctica la liquidación del régimen¹⁴⁰. Aunque no faltan quienes consideran la renuncia a tal compensación en capitulaciones como la configuración de un régimen de separación atípico¹⁴¹; o simplemente, niegan su viabilidad¹⁴². En todo caso, sería prudente admitir la ineficacia de tal renuncia, si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron y que no podrían razonablemente

preverse en el momento en que se otorgaron, tal como establece el artículo 231-20 del Código Civil catalán en relación con el artículo 232-5 y se admite en derecho común respecto a la renuncia a la pensión compensatoria¹⁴³.

Ahora bien, se trata del artículo 1438 del Código Civil, como hemos señalado, de una norma de liquidación del régimen, esto es, que opera cuando se extingue el mismo¹⁴⁴. Por lo que cabe señalar que, su ámbito de aplicación se extiende a todos los supuestos posibles en los que se extingue el régimen, y no solo en los casos de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto al procedimiento para su solicitud, mientras que, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 se hace en procedimiento ordinario y como única causa de reclamación; en la sentencia de 11 de diciembre de 2015 del mismo ponente José Antonio SEIJAS QUINTANA se concede la acción de compensación durante el procedimiento de divorcio. Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 29 de febrero de 2016¹⁴⁵ se entiende que no hay ningún inconveniente que, la compensación se pueda solicitar en procedimiento independiente, incluso cuando se reclama cantidad por otro concepto. En este caso, la esposa reclamaba la cantidad por la amortización del préstamo.

Finalmente, señalar que, esta compensación es compatible con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil que, puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación por el trabajo doméstico¹⁴⁶. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 26 de abril de 2017 a la hora de concretar la naturaleza jurídica de la compensación establecida en el artículo 1438 del Código Civil señala en su *Fundamento de Derecho quinto* que, es preciso distinguir la compensación del artículo 1438 del Código Civil, de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil. Así «mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la “dedicación pasada y futura a la familia”. Por otro lado, la compensación del artículo 1438 del Código Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al artículo 1438 del Código Civil solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del artículo 1438 del Código Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo»¹⁴⁷.

Mientras la pensión compensatoria se cuantifica la pérdida de oportunidades profesionales y se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia y la dedicación futura a los hijos; la compensación del artículo 1438 del Código Civil, por su parte, no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia y, solo puede acordarse en el régimen de separación de bienes y para determinar el valor del

trabajo en el hogar, se refiere a la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes.

En todo caso, podría resultar conveniente que, se solicitasesen conjuntamente la pensión compensatoria y la compensación por el trabajo doméstico; y que se determinase primero la cuantía de la compensación, pues, el abono de esta ha de tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria¹⁴⁸.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi.
- (2009) Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.), 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1671 a 1673.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 31-114.
- CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, T. VII, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia. Tirant lo Blanch, 10109 a 10130.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, J. Rams Albesa (dir.), Madrid: Dykinson.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 3.^º, Madrid: Ederesa, 366 a 381.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 5.^a ed., Madrid: Colex, 295 a 303.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I *Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 55 a 78.
- JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *Instituciones de Derecho Privado*, 2.^a ed. Director Víctor Manuel Garrido de Palma, T.IV Familia, vol. 2.^º, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, IV *Familia*, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, T. VI *Derecho de Familia*, décimo quinta edición, Madrid: Marcial Pons, 237-246.
- MARTÍNEZ CORTES, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, *Familia*, vol. 2.^º, Madrid: Civitas.
- MONTÉS PENADES, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 863-869.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre, 107-130.

- REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid: Montecorvo.
- RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *El régimen económico del matrimonio*, J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.), Madrid: Dykinson.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). 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, 209-250.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- ATS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 26 de abril de 2017.
- RDGRN, de 30 de noviembre de 2016.
- SAP Navarra, secc. 2.^a, 31 de julio de 2003.
- SAP Sevilla, secc. 5.^a, 17 de marzo de 2004.
- SAP Granada, secc. 3.^a, 20 de julio de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, 15 de abril de 2008.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, 3 de junio de 2009.
- SAP Alicante, secc. 4.^a, 10 de junio de 2010.
- SAP Castellón, secc. 2.^a, 11 de diciembre de 2012.
- SAP Madrid, secc. 24.^a, 1 de julio de 2013.
- SAP A Coruña, secc. 5.^a, 17 de enero de 2014.
- SAP Murcia, secc. 4.^a, 26 de junio de 2014.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, 27 de enero de 2015.
- SAP Pontevedra, secc. 1.^a, 25 de junio de 2015.
- SAP, Barcelona, secc. 18.^a, 5 de febrero de 2016.
- SAP, Tarragona, secc. 1.^a, 1 de abril de 2016.
- SAP, Asturias, secc. 7.^a, 22 de abril de 2016.
- SAP, Sevilla, secc. 2.^a, 7 de junio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 18.^a, 29 de junio de 2016.
- SAP, A Coruña, secc. 6.^a, 30 de junio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 18.^a, 8 de julio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 12.^a, 27 de julio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 12.^a, 3 de noviembre de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 18.^a, 13 de diciembre de 2016.

NOTAS

¹ DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, Madrid: Tecnos, 215.

² DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los régimenes de separación y participación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, 5.^a ed., Madrid: Edisofer, 296 señala que los casos a los que se refiere el precepto son: «1. Los de conclusión por decisión judicial de la sociedad de gananciales o el régimen de participación (art. 1415) por las causas previstas en el artículo 1393 del Código Civil; 2. El de disolución legal de la sociedad de gananciales en caso de que, solicitado por el acreedor el embargo de bienes comunes por deudas propias de uno de los cónyuges, el otro exija que en la traba se sustituyan tales bienes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal (art. 1373 del Código Civil), si bien en este supuesto el cónyuge deudor puede evitar la aplicación del régimen de separación de bienes optando en documento público, en un plazo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1374 del Código Civil)».

³ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6799) afirma la propiedad exclusiva de la esposa sobre una finca adquirida en virtud de compraventa, inscrita a su nombre en el Registro, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial que consideró que, a pesar de dicha inscripción, la finca correspondía en pro-indiviso a ambos cónyuges. Por su parte, la Sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 9098) declaró la propiedad exclusiva de la esposa de bienes comprados con préstamo personal por la esposa e inscritos a su nombre; no admitiendo como título traslativo el reconocimiento de que el 50% pertenecía al marido. No rige el mecanismo de subrogación real debido a la inexistencia de preceptos legales que, en sede de separación de bienes, así lo determinen. Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.^a, 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 130007); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, 21 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 720).

⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los régimenes de separación y participación, *op. cit.*, 297; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 217.

⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3407); y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.^a, 28 de junio de 2001 (*JUR* 2001, 239613); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.^a, 4 de diciembre de 2008 (*JUR* 2009, 201493); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.^a, 22 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 255507) que, precisa que, la vida en común de los cónyuges puede desdibujar esta regla general de titularidad separada, dando lugar a situaciones de confusión de titularidades, en las que hay dudas razonables o imposibilidad de atribuir la titularidad privativa de un bien o derecho a alguno de los cónyuges. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 11 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 123615).

⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.^a, 22 de julio de 2000 (*JUR* 2001, 15518); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 3.^a, 19 de abril de 2001 (*AC* 2002, 154).

⁷ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 9098); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 17 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 208206); y 2 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 806) en la que, asimismo, se señala que, la atribución judicial del uso no impide la solicitud de la división de la cosa común; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 29 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 79132) división de la vivienda común y adjudicación a un tercero en subasta pública; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.^a, 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 236119).

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, IV Familia, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA Madrid: Dykinson, 123; MARTINEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 2.^o, Madrid: Civitas, 201 considera que «se trata de un conjunto de disposiciones generales, relativamente heterogéneas, aplicables cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado, al que está sujeto un matrimonio».

⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.^a, de 11 de marzo de 2005 (*JUR* 2006, 6517); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.^a, de 30 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 201067).

¹⁰ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 139222); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 97634) cada cónyuge responde de sus deudas. En cuanto a los préstamos hipotecarios deben abonarse conforme a la titularidad plasmada en el correspondiente título al no hallarse ante una carga del matrimonio, sino de deuda.

¹¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.^a, de 2 de mayo de 2006 (*JUR* 2007, 141258); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, de 9 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010, 343794).

¹² *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 14 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5122); y, de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813). Asimismo, RIBERA BLANES B. (2005). Del régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid: Dykinson, 875.

¹³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 59.

¹⁴ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 10109.

¹⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderc (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 865; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 3.^º*, Madrid: Edersa, 367.

¹⁶ DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 367-368.

¹⁷ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10109; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil. T. VI Derecho de Familia*, 15.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 242. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596).

¹⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra. Thomson Reuters Aranzadi, 1672.

¹⁹ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 362.

²⁰ DE LOS MOZOS, J. L. Comentario al artículo 1318 del Código Civil, *op. cit.*, 103, quien observa al respecto que «situación distinta es la que se plantea en la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la sociedad legal de gananciales, en vista de lo dispuesto por el artículo 1368 del Código Civil, pero no es aplicable por analogía la solución que ofrece el artículo citado fuera de los regímenes de comunidad por faltar un acervo común. Criterios distintos se establecen también por el Código, para regular la contribución a las cargas en los casos de separación, nulidad y divorcio y que cuenta también con normas de efectividad especiales por medio de la intervención judicial».

²¹ PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 95-96.

²² PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, *op. cit.*, 103-104; PÉREZ SANZ, A. (1985). Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI, 24.

Aunque para cierto sector doctrinal es posible un convenio de exoneración del deber de contribución a las cargas por alguno de los cónyuges, siempre y cuando exista una causa que lo justifique, esto es, responda a una distribución de responsabilidades respecto del grupo

familiar y conforme a las circunstancias concretas del mismo. En cambio, no se considera válido un pacto mediante el cual se pretenda eludir cargas de cumplimiento imperativo dentro de la familia, o, implique una derogación del principio de contribución a las cargas por ambos cónyuges. Así, DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, 267; REBOLLEDO VARELA, A. L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Madrid: Montecorvo, 416-417.

²³ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1965). Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, *Centenario de la Ley del Notariado, sección 3.^a vol. II*, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 119-120; GARRIDO DE PALMA, V. M. (1982). El matrimonio y su régimen económico, *El nuevo Derecho de Familia español*, Madrid: Reus, 426.

²⁴ ÁLVAREZ OLALLA, M.^a P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi, 88.

²⁵ GARCÍA GARCÍA, M. A. (1984). «El deber de actuar en interés de la familia», *Revista de Derecho Privado*, 243-244; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1989). Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia, *Libro Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 693; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Notas sobre el régimen matrimonial primario, *Documentación Jurídica 1982-1*, núms. 33-36, 304.

²⁶ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10110; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson, 244. Se define de forma expresa las cargas del matrimonio el artículo 9 de la Ley 10/2007, del régimen económico matrimonial valenciano.

²⁷ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864; asimismo, DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 373. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 3502) considera que «las cargas del matrimonio deben identificarse con las de sostenimiento de la familia» y que «abarcán todas las obligaciones y gastos que exijan la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar». Por el contrario «no considera cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues, precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común familiar» (Fundamento de Derecho 3.^a). *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 133591).

²⁸ MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares, 39-40. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 23 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del Código Civil), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 9151), señala que, pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del Código Civil), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código Civil afecta a los bienes de las mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

²⁹ HERRERO GARCÍA, M.^a J. (1991). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 581.

³⁰ COSTAS RODAL, L. (2009). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1563.

³¹ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10110; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 9309.

³² MONFORT FERRERO, M.^a J. (2011). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil Comentado, vol. III*, Madrid: Civitas Thomson Reuters, 829.

³³ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864.

³⁴ RJ 2006, 3502. Y añade que «no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes de matrimonio, pues, precisamente, el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común» (*Fundamento de Derecho tercero*). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 97634) señala que, cargas familiares debe entenderse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, lo que incluye el sustento y la educación de los hijos, la manutención del otro cónyuge y las deudas familiares; lo que comprende los gastos que exige la conservación de los bienes del matrimonio. No se consideran, por tanto, cargas del matrimonio los gastos generados por bienes que aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, al tratarse de un régimen de separación en el que no hay patrimonio común familiar.

³⁵ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 364.

³⁶ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 373.

³⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1654; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 250 señala que, al no existir en el Código Civil disposición similar a lo que se regula en sede de gananciales en el artículo 1362 del Código Civil, resulta aconsejable la existencia de un acuerdo entre los esposos o la posible previsión capitular al respecto. En contra, REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 374 y; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 373 que, estiman que debe seguirse el mismo criterio que establece el artículo 1362 del Código Civil para el régimen de gananciales.

³⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, vol. IV*, Navarra: Thomson-Reuters, 68 y 71; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 58.

³⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 58 precisa, al respecto, que «en el régimen de separación de bienes, o bien se excluirán las cantidades que deba satisfacer el progenitor a su hijo, del cómputo de sus recursos; o bien, si de hecho se va a producir el consumo en común de todos los miembros de la familia, el progenitor deberá aportar al fondo común, destinado a satisfacer los gastos familiares, una cantidad mayor que la que le corresponde teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad».

⁴⁰ RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 51 señala que, al legislador español debemos aplaudirle el haber sabido concentrar en un precepto lo que el legislador francés ha dispuesto en dos normas distintas, si bien, al primero le reprimmos la ubicación de esta norma.

⁴¹ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario al Código Civil, 3.^a ed.*, Navarra: Aranzadi

Thomson Reuters, 1672, quien, asimismo, dentro del concepto de cargas del matrimonio, incluye «los gastos destinados a satisfacer las necesidades *primarias* (art. 142) de la familia, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, salvo que los cónyuges acuerden la elevación o disminución del nivel de vida, acuerdo que podrá ser denunciado por cualquier de ellos, en todo momento». Asimismo, añade, «son cargas del matrimonio los gastos destinados a satisfacer necesidades *secundarias* —hobbies, vacaciones, concertación de seguros— en tanto exista acuerdo de los cónyuges al respecto». En esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 63.

⁴² MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 865; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 395.

⁴³ LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, 261.

⁴⁴ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10114.

⁴⁵ DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 865.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, 261.

⁴⁷ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 866; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 300.

⁴⁸ DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 3.^o, Madrid: Ederesa, 369; RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 53-54; REBOLLEDO VARELA, A. L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid: Montecorvo, 414; MONTÉS PENADÉS, V. L. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1937.

⁴⁹ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 413 alega que, el pacto supone una modificación del régimen económico matrimonial y, por tanto, debe constar en capitulaciones; no obstante, este mismo autor, reconoce también que los pactos no capitulares pueden funcionar por vía de hecho y los cónyuges modificar su contribución legal o convencional; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 101, por su parte, en relación con el pacto de exoneración —o de contribución no proporcional— si no consta en capitulaciones matrimoniales, considera excesivo el otorgamiento del carácter vinculante y derogatorio para el futuro de la regla de la proporcionalidad. Además, entiende que, más que ante un acuerdo, nos hallamos ante una declaración de voluntad unilateral, revocable en el momento en que el cónyuge que la realizó considere oportuno.

⁵⁰ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864; del mismo autor, (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid. Tecnos, 1937; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 370; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 272; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 249; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-abril*, 153.

⁵¹ DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 865; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación» *op. cit.*, 274; ASÚA GONZALEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 75; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 880. *Vid.*

asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, de 20 de junio de 2006 (*JUR* 2006, 248627).

⁵² ÁLVAREZ-SALA WALTER, J. (1981). Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 26 señala que, es un pacto nulo de pleno derecho porque se aparta del criterio de la proporcionalidad de los recursos económicos de los cónyuges; por su parte MIRALLES GONZÁLEZ, I. (1986). El deber de contribución a las cargas del matrimonio, *Revista Jurídica de Cataluña*, 600-601 señala que se trata de una quiebra del principio igualitario; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 878-879, asimismo, considera que «la libertad de pacto que deriva del artículo 1438 del Código Civil no puede conllevar en ningún caso la exoneración de uno de los cónyuges de su obligación de contribuir a las cargas matrimoniales, ni siquiera cuando dicho acuerdo conste en capitulaciones matrimoniales, porque precisamente el único límite que el legislador impone a los cónyuges a la hora de concretar el contenido de las capitulaciones es que no se incluya ninguna disposición que sea contraria a las leyes, o a las buenas costumbres, o sea limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge, pues una estipulación de estas características es nula. Por tanto, si se incluye en capitulaciones matrimoniales un pacto por el que se dispensa a uno de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio por los artículos 1318 y 1328 del Código Civil». En definitiva, concluye «la contribución a las cargas del matrimonio es obligatoria para ambos cónyuges y no puede quedar a la libre voluntad de estos».

⁵³ MONTÉS PENADÉS, V. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1937.

⁵⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 272; sin embargo, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10116 señala que, lo que no cabe es un pacto por el que el cónyuge acuerda que se desentiende absolutamente de las tensiones familiares, pacto que iría, contra el orden público (art. 1328 del Código Civil); ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 76-77 dispone que, semejante acuerdo resultaría contrario al orden público matrimonial, entendiendo que algún tipo de contribución forma parte del mismo.

⁵⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 866.

⁵⁶ DOMENGE AMER, B. (1998). El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes, *Revista Jurídica del Notariado*, 84; GARRIDO DE PALMA, V. (1979). El matrimonio y sus regímenes matrimoniales, *Revista de Derecho Privado*, 426.

⁵⁷ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 416-418.

⁵⁸ PASTORES ÁLVAREZ, M.^a C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, 106.

⁵⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 101.

⁶⁰ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, 244; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 244; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10116.

⁶¹ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10116.

⁶² LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, 261.

⁶³ DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2014). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV (Tomo I) Derecho de Familia*, 11.^a ed., Madrid: Tecnos, 218.

⁶⁴ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 371.

⁶⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 866; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10116.

- ⁶⁶ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 371-372.
- ⁶⁷ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 865-866.
- ⁶⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1673; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 254; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 879, entiende que, el pacto conyugal no tiene que estar únicamente referido a la forma en que cada uno de los cónyuges va a ejecutar su deber de contribución, sino que también puede estar dirigida a determinar el criterio por el que se va a proceder al reparto de cargas entre ellos con la posibilidad de establecer una regla de reparto distinta a la de la proporcionalidad de los recursos económicos de cada cónyuge.
- ⁶⁹ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10117; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 153.
- ⁷⁰ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 866; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 68-69; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). «Los regímenes de separación y de participación», *op. cit.*, 301; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 250; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 880-881 admite los acuerdos tácitos, de modo que, bastaría con el mero acuerdo verbal al que hubieran llegado los cónyuges sin que constase manifiestamente en ningún documento, o incluso implícito que pueda deducirse tácitamente de su comportamiento habitual, esto es, en función del modo en que cada cónyuge ha asumido su deber de contribuir a las cargas del matrimonio.
- ⁷¹ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10117.
- ⁷² RIBERA PLANES, B., La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 91-92; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación, *op. cit.*, 301; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2010). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 218; REBOLLEDO VARELA, A. L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*, *op. cit.*, 430; MONTÉS PENADÉS, V. L. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1937.
- ⁷³ JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes. En: Víctor Manuel Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV *Familia*, vol. 2.^º, Navarra; Civitas Thomson Reuters, 737.
- ⁷⁴ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 395.
- ⁷⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 866; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10.^a ed., Madrid: Edisofer, 193; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10115.
- ⁷⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 89.
- ⁷⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10.^a ed., Madrid: Edisofer, 193; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 148; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 866; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 256 señala al respecto que, los recursos no es solo sinónimo de ingresos o rentas, debiéndose identificar con la capacidad económica de los esposos, incluyendo, por tanto, los bienes que se encuentren improductivos e incluso, la posible capacidad teórica para realizar un trabajo remunerado. Por su parte, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 888 precisa, al respecto que, «con el término recursos el legislador ha dado cabida no solamente al capital con que cuenta la persona, sino también cualquier tipo de ingresos o valor que puede ser atribuido a los cónyuges».

⁷⁸ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, op. cit., 429-430.

⁷⁹ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, op. cit., 376.

⁸⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, op. cit., 1673; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, op. cit., 10115.

⁸¹ MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, op. cit., 376.

⁸² Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1992 (RJ 1992, 10724) al extinguirse la sociedad de gananciales anterior puede someterse el matrimonio al régimen de separación de bienes, si así se acuerda en el convenio regulador.

⁸³ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.^a, de 23 de enero de 2007 (JUR 2007, 157577) la extinción del régimen, a falta de acuerdo, ha de sustanciarse en el proceso declarativo correspondiente.

⁸⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, op. cit., 110.

⁸⁵ La necesidad de realizar inventario, vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 27 de mayo de 2015 (JUR 2005, 21740) formación de inventario de acuerdo a lo previsto en el artículo 809 de la LEC. Valoración y adjudicación del activo y pasivo en ulterior trámite procesal; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 9 de marzo de 2007 (JUR 2007, 314109); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, de 16 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 297287).

⁸⁶ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de enero de 2000 (RJ 2000, 247) local y negocio de pastelería propiedad por mitad de los dos cónyuges. Adjudicación a uno de ellos, pagando la mitad de su valor para evitar su desmerecimiento; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, 17 de abril de 2014 (JUR 2014, 253862) la división puede ser ejercitada en procedimiento ordinario en el que también pueden ventilarse otras cuestiones patrimoniales pendientes entre ellos.

⁸⁷ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.^a, de 2 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 62897); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.^a, de 18 de julio de 2014 (JUR 2015, 61603) se puede reclamar mediante juicio verbal, pues, en este caso el importe no excede de 6000 euros; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.^a, de 19 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 40531) reclamación del 50% de un depósito bancario. No procede al haberse acreditado que, pertenece el depósito al demandado y la cuantía del mismo procedía de su salario por lo que solo a él le corresponde la restitución.

⁸⁸ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 27 de abril de 2005 (JUR 2005, 164305).

⁸⁹ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, de 16 de mayo de 2011 (JUR 2011, 341177) derecho de crédito a favor de esposa por mejoras; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.^a, de 7 de diciembre de 2012 (JUR 2012, 59310); y, de la Audiencia Provincial de Asturias. Secc. 6.^a, de 27 de octubre de 2014 (JUR 2015, 4990).

⁹⁰ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, de 20 de junio de 2005 (JUR 2006, 31182).

⁹¹ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1992 (RJ 1993, 2051); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 23 de junio de 2000 (JUR 2000, 293458).

⁹² JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, op. cit., 802-803; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, op. cit., 110.

⁹³ ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, op. cit., 95; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación, op. cit., 301.

⁹⁴ JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, op. cit., 809; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, op. cit., 110-111. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.^a, 22 de febrero de 2006 (JUR 2006, 130737); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, 28 de abril de 2015 (AC 2015, 1814).

- ⁹⁵ CARBONELL CRESPI, J. A. (2007). La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, *Revista Jurídica del Notariado*, número 63, julio-septiembre, 90. *Vid.*, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 18 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 74183).
- ⁹⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 26 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 217418); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 20 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 1368).
- ⁹⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 62.
- ⁹⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 105-106.
- ⁹⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1673; CUENA CASAS, M. (2013) Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10121.
- ¹⁰⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 63.
- ¹⁰¹ JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.*, 738. Asimismo, en esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 86.
- ¹⁰² ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1673.
- ¹⁰³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 261-262; en esta línea, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10121. Como fundamento de la compensación por el trabajo en el hogar en la sobreaportación, *vid.*, las sentencias del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 10 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 2476); y, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.^a, 20 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 155745); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 20 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 159223); y de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, 9 de diciembre de 2015 (*AC* 2015, 1078).
- ¹⁰⁴ RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 900.
- ¹⁰⁵ MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal*, diciembre, 114. *Vid.*, en este línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2007 (LA LEY 2007, 2417); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.^a, de 23 de septiembre de 1999 (LA LEY 1999, 127291); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 61643), de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 133591); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, de 21 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 221997); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, de 8 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 304663); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.^a, de 5 de junio de 2009 (LA LEY 2009, 143321); y, de la Audiencia provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 7 de mayo de 2010 (LA LEY 2010, 119400).
- ¹⁰⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia, IV Derecho de Familia*, 10.^a ed., Madrid: Edisofer, 194.
- ¹⁰⁷ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 435-438.
- ¹⁰⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 9 de febrero de 2010 (LA LEY 2010, 29351).
- ¹⁰⁹ LASARTE ÁLVAREZ C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 244.
- ¹¹⁰ *Vid.*, las sentencias de la de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 1 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 21 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 238845); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22438); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 14 de octubre de 2014 (*AC* 2015, 1298) que manifiesta al respecto que, la finalidad

no es otra que paliar en lo posible el principal inconveniente que, presenta el régimen de separación de bienes con respecto al cónyuge que, después de dedicarse plenamente a la atención de la casa, no participa de las ganancias que el otro obtiene con su actividad fuera del hogar. La prestación económica a que se refiere el artículo 1438 del Código Civil tiene su fundamento en una previa contribución en especie a las cargas familiares específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destinada a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que, puede determinar este régimen económico especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que, ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica que, ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación de bienes.

¹¹¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 3 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 22438); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 11 de junio de 2009 (*LA LEY* 2006, 179446); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 26 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 279971).

¹¹² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.^a, de 21 de marzo de 2000 (*LA LEY* 2000 63974); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, de 31 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 33912); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1.^a, de 23 de marzo de 2010 (*LA LEY* 2010, 41281).

¹¹³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.^a, de 24 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 44414).

¹¹⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, de 17 de marzo de 2004 (*AC* 2004, 382); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, de 5 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 140188); de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 1 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 263637) no puede afirmarse que se dedicara de forma exclusiva al cuidado de los hijos, ni que se le impidiera desarrollar una faceta laboral o profesional, favoreciendo el éxito profesional; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.^a, de 19 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 167678); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.^a, de 20 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 14469); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 27 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 27 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 12 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 80720); y de la misma Audiencia y sección, de 25 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 175680). Por su parte, se indica como presupuestos para la compensación que, además que, el régimen económico que rija el matrimonio sea el de separación de bienes, que el trabajo para el hogar se realice de forma exclusiva o mayoritariamente por uno de ellos, así, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.^a, de 7 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 274492); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 15542); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 4.^a, de 12 de abril de 2006 (*JUR* 2007, 20510).

¹¹⁵ *RJ* 2011, 5122.

¹¹⁶ En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813) que, en su *Fundamento de Derecho segundo* manifiesta que, esta conclusión de la citada Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011, es consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas que, hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir: 1.^a. Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 2.^a. Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE; 3.^a. 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. Por lo demás y en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 del Código Civil, señala la resolución que «deben excluirse, por

tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que, no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico». Es decir concluye que «la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se haya dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de «desigualdad peyorativa», lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir que, el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe». A las tres reglas se refiere también, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 207569).

¹¹⁷ *RJ* 2015, 1170. En el caso, son hechos probados de la sentencia que fue doña Amparo la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños denominada TACATA) y que trabajara antes para la empresa del esposo Rioja Selección hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo que lo desempeñó o solo durante parte de ese tiempo (*Fundamento de Derecho segundo número 3*).

¹¹⁸ *RJ* 2015, 1528. En el caso, son hechos probados de la sentencia que la esposa desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica que establece el artículo 1438 del Código Civil (*Fundamento de Derecho tercero*).

¹¹⁹ En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 880) que señala al respecto que, la Sentencia de la Audiencia Provincial contradice la doctrina de esta Sala. «En primer lugar, porque toma como argumento para negar la compensación el que expresamente excluye reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es el de «la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por el trabajo doméstico». En segundo lugar, porque ha habido una dedicación exclusiva de la esposa al trabajo para la casa, computable como contribución a las cargas. En tercer lugar, porque en ningún caso el artículo 1438 exige que, para ser merecedor de la compensación haya existido una imposibilidad probada y manifiesta, para poder trabajar fuera casa por parte del cónyuge que solicita la compensación. Lo cierto es que esta situación se ha producido, y lo que sostiene la sentencia sobre la crianza de los hijos y su cuidado en función de la edad es simplemente especulativo. Es lo que es y lo que ha sido en esta relación de matrimonio mantenida hasta el divorcio». Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, de 11 de julio de 2000 (AC 2000, 2592); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, de 5 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 140188); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, de 22 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 118878); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 7 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 224248); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.^a, de 30 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 225805); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 23 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 143160) que ha reconocido a una mujer el derecho a recibir una indemnización de 23.628 euros que habrá de pagar su *ex* marido por el trabajo doméstico que desempeñó durante el periodo de convivencia. La pareja, que se había casado en régimen de separación de bienes, se separó legalmente pero en enero de 2007 reanudó la convivencia, que duró hasta que en mayo de 2013 se dictó la sentencia de divorcio. Establece la Audiencia Provincial en su sentencia que, durante ese segundo periodo de convivencia la mujer abandonó su trabajo para dedicarse en exclusiva a las labores del hogar «haciendo posible que el marido prescindiera del servicio doméstico remunerado que hubo de contratar cuando

estaban separados». Entiende el tribunal que, el marido ha resultado «beneficiado» por esta situación «ya que el cónyuge que se ha dedicado a trabajar fuera del hogar familiar ha podido con sus ingresos aumentar su patrimonio personal, mientras que, el otro ha dedicado su tiempo y esfuerzo a la atención de la familia, no viendo beneficiada su posición económica al final del régimen de separación de bienes». Por ello, la indemnización que se fija «viene a compensar el tiempo efectivamente dedicado al trabajo en el hogar» y, es que, como recuerda la Audiencia Provincial, el fundamento de esta indemnización que, es compatible con una pensión compensatoria «es la previa contribución en especie —el trabajo doméstico— por parte de uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares». Para su liquidación se ha tenido en cuenta el salario mínimo interprofesional reducido en un cincuenta por ciento —dado que «el trabajo prestado también redundó en la satisfacción de las necesidades propias de la actora»—, así como el periodo de convivencia —desde que se dejó sin efecto la separación hasta que se dictó la sentencia de divorcio.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, de 11 de noviembre de 2002 (AC 2002, 1767) señala que, no procede la compensación económica, pues, ambos cónyuges han trabajado durante el matrimonio y hay una ausencia de especial dedicación al hogar y no se han menguado sus expectativas profesionales o económicas. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 23 de diciembre de 2014 (AC 2015, 591) manifiesta que, no resulta acreditado que haya sido la esposa la única que se ha dedicado a las tareas del hogar ni al cuidado de sus hijos menores, ni que esta dedicación haya sido significativamente más relevante que la del esposo; la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.^a, 30 de junio de 2016 (JUR 2016, 225805) señala la falta de prueba de la dedicación esencial o significativa a las tareas domésticas; por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, 16 de abril de 2014 (JUR 2014, 189143) no procede la compensación del artículo 1438 pues ambas partes trabajan y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonio en total detrimento del otro.

¹²⁰ RJ 2015, 5322.

¹²¹ RJ 2015, 5414. *Fundamento de Derecho tercero*.

¹²² RJA 2017, 673.

¹²³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 3 de octubre de 2012 (JUR 2012, 404433). Asimismo, CUENA CASAS, M. Las «sorpresa» del régimen de separación de bienes: la compensación por el trabajo doméstico, *Blog Hay Derecho*, 5 de enero de 2016, p. 2.

¹²⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 5 de febrero de 2016 (JUR 2016, 70753) el 15% de la diferencia patrimonial entre los patrimonios de las partes; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 1 de abril de 2016 (JUR 2016, 134302); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 29 de junio de 2016 (JUR 2016, 213174); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 8 de julio de 2016 (JUR 2016, 213986); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 27 de julio de 2016 (JUR 2016, 237227) dedicación de la esposa al cuidado de los hijos y a la atención del hogar sustancialmente más que el esposo e incremento patrimonial de este superior en el momento del cese de la convivencia: 61.250 euros; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 3 de noviembre de 2016 (AC 2017, 248).

¹²⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1407); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, de 2 de junio de 2004 (JUR 2004, 258769); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.^a, de 22 de marzo de 2013 (JUR 2013, 231377).

¹²⁶ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1407) no puede hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude al artículo 1438 del Código Civil por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservan posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenía durante la vigencia del régimen. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 17 de julio de 2008 (JUR 2008, 314504) no concurre situación de desigualdad patrimonial por la consecuencia que las actividades de la esposa para la casa y en el desarrollo de los negocios del esposo, se

entiende suficientemente compensad con las adjudicaciones del patrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 3 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 22438), dispuso de dos empleadas y trabajó durante el matrimonio como pintora; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, de 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 396982) dispone de ayuda de servicio doméstico interno para la realización de las labores del hogar y cuidado de los hijos, que no priva a la actora de tiempo necesario para completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familiar; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 16 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 189143) ambos cónyuges tiene trabajos remunerados, y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonial en total detrimento del otro.

¹²⁷ En este línea de no exigir la dedicación en exclusiva a las tareas del hogar por el cónyuge acreedor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, de 31 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 2243); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84650); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 15 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 188408); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, de 3 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 404433); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120596),

¹²⁸ *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 18 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 284431).

¹²⁹ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10119; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 868; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, *op. cit.*, 194 dispone al respecto que «el trabajo para la casa no debe ser entendida solo pura actividad material encaminada a satisfacer necesidades de mantenimiento alimenticio (como ir a la compra, cocinar), de arreglo del hogar (como limpiar, hacer las camas, ordenar enseres), de atención a los componentes del grupo (como cuidar de los hijos, asearlos, etc.) y, así otras ocupaciones posibles, si son desempeñadas por un esposo. Diferentemente debe estimarse que también es trabajo para la casa la labor de dirección de la misma cuando de verdad ocupa (lo que ciertamente no consiste solo en dar órdenes)». *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.^a, de 5 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 64637).

¹³⁰ En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona secc. 12.^a, de 17 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 239752); y de la misma Audiencia, secc. 18.^a, de 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 165235). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, de 11 de septiembre de 2009 (LA LEY 2009, 22891) fija como criterios la duración del matrimonio, la falta de cualificación profesional y vida laboral anterior por parte de la esposa; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, de 3 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2235) se refiere como bases para cuantificar las que establece el artículo 97 del Código Civil.

¹³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-abril, 152 en este sentido, señala la posibilidad de acudir al precio del mercado de dicho trabajo, es decir, acudiendo al precio de mercado de los empleados del hogar. Por su parte, VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución*, número 27, enero-diciembre, 244 atiende al salario mínimo interprofesional. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, de 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.^a, de 20 de julio de 2006 (*JUR* 2006, 239825); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 6 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006, 284978); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.^a, de 16 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 295893); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 16 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 283207); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 30 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 241997).

¹³² El artículo 232-6 fija como reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios entre cónyuges las siguientes: a) El patrimonio de cada uno de los cónyuges integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones;

b) Deben añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuado con la intención de perjudicar al otro cónyuge; y c) Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen, y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante la vigencia del régimen se imputarán a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

¹³³ MORENO-TORRES HERRERA M.^a L. (2011). «La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 8, diciembre, 129.

¹³⁴ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5322); y, de 5 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2219) respecto a este último supuesto, precisa que, el Juez habrá de tener 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. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, de 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 207569) la compensación no puede extenderse a la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar ese trabajo del hogar (y cuya cuantía no tiene por qué coincidir con el salario mínimo interprofesional, pues el trabajo del hogar no tiene horario fijo) ya que en este caso no se había contribuido en nada, sino que debe limitarse al exceso que correspondería a cada cónyuge.

¹³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.*, 151.

¹³⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 6 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006, 284978) cuantía que ha de fijarse mediante una suma específica y no como un porcentaje; y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, de 9 de febrero de 2009 (LA LEY 2009, 158069).

¹³⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 21 de diciembre de 2009 (LA LEY 2009, 302033).

¹³⁸ *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5933) en relación con la permuta de varias fincas entre los esposos de carácter privativo todas ellas, en compensación al trabajo doméstico de uno de ellos. Se indica que este acto excede del contenido típico y adecuado al Convenio regulador, teniendo especialidad propia e independiente de este que, exige otorgar la correspondiente escritura pública notarial. Don J.L.M.M. y Doña A.M.F.F. contrajeron matrimonio en 1987, de cuyo matrimonio tuvieron un hijo, en la actualidad mayor de edad. Dicho matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes. Don J.L.M.M. es dueño con carácter privativo de dos viviendas, junto con una plaza de aparcamiento, sitas en el término municipal de Benidorm. Se valora todo ello en 263.854,42 euros. Doña A.M.F.F. es dueña con carácter privativo de 1/314 en una parcela en terreno en Valdefresno de la Sobarrida y el total de otro terreno en igual término, que se valoran en 119.540,88. Acuerdan ambos cónyuges, como hemos señalado, permutar las indicadas fincas y respecto de la diferencia de valor se dice que lo es por compensación que, le corresponde a Doña A.M.F.F. como contribución a las cargas del matrimonio, conforme al artículo 1438 del Código Civil que, se cuantifica en la cantidad de 144.313,54 euros. Por ello, en pago de una deuda generada durante el matrimonio, se adjudica al acreedor tres fincas, mientras que este a su vez transmite al deudor —dentro del mismo negocio jurídico— un inmueble de su propiedad. Al respecto manifiesta el Centro Directivo que, «si bien, es perfectamente posible la incorporación del negocio de dación o adjudicación de uno o varios bienes o derechos en pago de una deuda conyugal dentro de las operaciones inventariadas en un convenio regulador, y esta estipulación puede acceder al Registro, al amparo de lo previsto en el artículo 90 del Código Civil, dicha operación debe ajustarse a lo estrictamente necesario para llevar a cabo la completa liquidación del haber común, así como para el pago de las deudas matrimoniales, pero esta medida, sin embargo, no puede extenderse a actos ajenos a dichas operaciones, por lo que en un caso como el presentado en el que en pago de una deuda se adjudican más bienes de los necesarios para cubrir su

importe, y en exceso la parte acreedora a su vez transmite un bien que le es propio, configura un acto que excede del contenido típico y adecuado para el convenio regulador privado en su vertiente de poder acceder al Registro de la Propiedad, al tener especialidad negocial propia e independiente del convenio, debiendo otorgarse la correspondiente escritura pública notarial para ser susceptible de inscripción. Por ello, el defecto debe mantenerse». En consecuencia, esta Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora.

¹³⁹ RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 903; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, 107, salvo consentimiento del cónyuge deudor; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.^a, de 9 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2379); y del Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.^a, de 17 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 47686), se estima la indemnización ya percibida en forma de copropiedad de tres viviendas adquiridas en Portugal, con dinero procedentes del salario como médico del esposo y tiene a su disposición la cantidad de 22.000 euros que ha retirado de una cuenta común. Asimismo, el artículo 232-8 del Código Civil catalán establece, por un lado, en su apartado 1 que «la compensación debe pagarse en dinero, salvo que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de los herederos del cónyuge deudor, a autoridad judicial puede ordenar su pago total o parcial con bienes», y añade en su apartado segundo la posibilidad de pagarla a plazos o aplazar dicho pago, así dispone que «a petición de los cónyuges o de sus herederos, la autoridad judicial puede aplazar el pago de la compensación u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y el devengo de interés legal a contar del reconocimiento. La autoridad judicial puede, en este caso, ordenar la constitución, si procede, de una hipoteca, de acuerdo con lo establecido por el artículo 569-36, o de otras garantías en favor del cónyuge acreedor». En contra, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 96; y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 836).

¹⁴⁰ REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 439; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 869; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 97. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 71008). Asimismo, el artículo 232-7 del Código Civil catalán que posibilita pactar el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 231-30.

¹⁴¹ EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, A. Cabanillas Sánchez (coord.), T. III, Madrid: Thomson-Reuters, 4571.

¹⁴² ROCA i TRÍAS, E. (2006). Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis, *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, J. M. de Abril de Campoy y M.^a E. Amat Llari (coords.), vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2132-2133.

¹⁴³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.*, 76.

¹⁴⁴ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, 31 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 275635), y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 3 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 188495).

¹⁴⁵ *JUR* 2016, 61584.

¹⁴⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5414) —Fundamento Jurídico tercero—; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, 1 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 123531); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, 18 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 235256).

Asimismo, esta compatibilidad se contiene en el artículo 232-10 del Código Civil catalán cuando señala que «el derecho a la compensación económica por razón del trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar esos derechos y, si procede, para modificarlos». Y añade en cuanto a su reclamación el artículo 232-11 que: “1. En caso de nulidad

del matrimonio, separación o divorcio, la compensación económica por razón del trabajo debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen y en caso de resoluciones o decisiones eclesiásticas, en el proceso dirigido a obtener su eficacia civil. Como cuestión previa, la sentencia matrimonial puede pronunciarse sobre el régimen vigente si las partes hacen cuestión de él.² En caso de extinción del régimen de separación por muerte, la pretensión para reclamar la compensación económica por razón del trabajo prescribe a los tres años desde el fallecimiento del cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento". De todas formas, también se añade como novedad, que si haya bienes en proindiviso propiedad de ambos cónyuges, pueden solicitar su división. Así el artículo 232-12 señala que "en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. 2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos". Asimismo, *vid.*, el artículo 14.2 de la Ley 10/2007 valenciana.

¹⁴⁷ Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.^a, de 9 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2379) después de poner de manifiesto la compatibilidad entre la pensión compensatoria y la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil, señala que, parten ambas de una premisa fáctica que, presenta una coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión «dedicación a la familia» es equivalente en términos esenciales a la de «trabajo para el hogar») el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no solo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimonial, cualquiera que fuera aquél) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico, sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica. En este sentido, la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo. En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

¹⁴⁸ En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1673. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 16 de marzo de y 17 de marzo de 2009 (LA LEY 2009, 148577; y LA LEY 2009, 148576), su fijación ha de ser previa a la pensión compensatoria.