

**REFLEXIONES SOBRE LA STSJA 12/2013 DE 26 DE FEBRERO
Y EL ART. 1438 CC***

***REFLECTIONS ON STSJA 12/2013 OF 26TH OF FEBRUARY
AND THE ARTICLE 1438 OF THE CC.***

CARMEN BAYOD LÓPEZ
*Acr. Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO

I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. EL ART. 1438 CC. SU (IN)APLICACIÓN EN ARAGÓN: LA STSJA NÚM. 12/2013, DE 26 DE FEBRERO. 1. LOS FUNDAMENTOS DEL TSJA PARA APLICAR EL ART. 1438 CC. AL CASO. 2. EL ART. 1438 CC. Y SU APLICACIÓN O NO EN ARAGÓN.- 2.1. *¿Por qué lo aplica el TSJA en este caso?* 2.2. *Los fundamentos de la inaplicación en Aragón del art. 1438 Cc.* 2.2.1 *En la actualidad.* 2.2.2. *La compensación por trabajo doméstico cuando resulta aplicable la Compilación aragonesa (DT 8ª CDFa). Inaplicación supletoria del art. 1438 Cc.* A. *Los argumentos más relevantes de entonces revisados ahora.* a) *Los fines a los que responde la supletoriedad.* b) *El concepto jurídico de laguna* c) *¿Existe una laguna en Compilación al no regular detalladamente el régimen de separación de bienes?* d) *Razones para no aplicar el art. 1438 Cc. supletoriamente en Aragón.* e) *Conclusiones.* B. *Algún argumento más: la vigente regulación.* III. REFLEXIONES SOBRE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS SENTEN-

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado S-29 de la DGA, denominado "Investigación y Desarrollo del Derecho aragonés" (IDDA), que cuenta con financiación de la Unión Europea (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el prof. Dr. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA.

CIAS DEL TS (136/2015, 135/2015, 16/2014 Y 534/2011). 1. La compensación por trabajo doméstico en la actual doctrina del TS. A. *La doctrina jurisprudencial fijada por el TS en la Sentencia 534/2011, de 14 de abril*. B. *Las cuestiones a las que responde el TS (S.534/2011) para fijar la doctrina jurisprudencial en torno al art. 1438 Cc.* 2. El fundamento de las críticas doctrinales: el requisito del exceso de aportación. A. *Las críticas; su razón*. B. *La interpretación que debería ser, a juicio de la doctrina científica*. 3. Reflexiones finales: el ámbito de lo doméstico en el siglo XXI. A. *El contexto del art. 1438 en el siglo XX: un elemento para la desigualdad entre los cónyuges*. B. *El valor del trabajo para la casa en el siglo XXI*. C. *La interpretación exegética del TS y el principio de autonomía de la voluntad*. D. *El art. 1438 Cc. y el Derecho civil aragonés: «Standum est chartae»*.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

No cabe duda que en el Derecho civil aragonés vigente el trabajo para la casa no es un «título» previsto por la ley que permita al cónyuge que lo desarrolla, sea cual sea el régimen económico matrimonial que rijan sus relaciones conyugales, obtener una compensación económica a la disolución del matrimonio.

En Aragón, y con un excelente criterio, el trabajo doméstico no es otra cosa que un mecanismo de contribución en especie a la obligación que tienen ambos cónyuges de sufragar las necesidades familiares, tal y como establece el art. 187 CDFA, aplicable a todos los matrimonios cuyos efectos estén sujetos al Derecho civil aragonés (arts. 16 y 9-2 Cc.)

En razón de ello, los arts. 203 a 209 del CDFA, que regulan el régimen paccionado de separación de bienes, no contienen una norma semejante a la prevista en los arts. 1438 Cc.; 232-5 del Cc. Cat. y 13 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de Régimen Económico Matrimonial valenciano (en adelante Lremvl.)¹; ordenamientos civiles españoles, estos dos últimos, en los que el régimen de separación de bienes se contempla como régimen legal supletorio de la voluntad de los esposos expresada en capítulos matrimoniales (arts. 231-10 Cc.Cat. y art. 6 Lremvl.).

Con todo, la S. 13/2013, de 26 de febrero del TSJA [Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, (RDCA-XIX, marginal 13)] ha aplicado el art. 1438 Cc. a un matrimonio sujeto al Derecho civil aragonés por entender que en los capítulos antenuptiales otorgados el 26 de septiembre de 2002, en los que pactaron el régimen de separación de bienes, debe aplicarse de forma supletoria el Código civil, al no estar regulado en la Compilación aragonesa entonces vigente

¹ Ley declarada inconstitucional por STC de 6 de mayo de 2016.

el régimen de separación de bienes; las razones para tal aplicación, las ofrece la Sala en los Fundamentos Sexto y Séptimo de la referida sentencia, que serán objeto de análisis.

Por otro lado, no ha faltado tampoco alguna voz que reclama actualmente para Aragón una norma semejante al art. 1438 Cc. En este sentido, el Colegio de Abogados de Zaragoza, en la respuesta ofrecida a la Comisión de Seguimiento del Derecho foral (Proposición no de Ley núm. 192/12, sobre la creación de una ponencia especial de seguimiento del Derecho Foral)² manifiesta lo siguiente:

«Entre otras propuestas concretas dentro del ámbito del Derecho de familia, se llama la atención sobre la necesidad de contemplar en el art. 83 CDFA relativo a la **asignación compensatoria**, la posibilidad de indemnización por el trabajo para la casa como ocurre en la regulación del Código civil (prevista en el art. 1438 para el régimen de separación de bienes).

En la indemnización por el trabajo para la casa (basada en el art. 1438 Cc) no resulta trascendente la dedicación futura a la familia ni la existencia de desequilibrio económico, sino la previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares. En el Derecho común ambos derechos –compensatoria e indemnización– son compatibles (AP Valladolid 7-11-11, AP Asturias 21-6-11) mientras que en el CDFA no cabe la segunda. (...)».

El resto de operadores jurídicos consultados (Fiscalía, Colegio de Notarios y Justicia de Aragón)³ no se han hecho eco de esta sugerencia, si bien el Tribunal Superior de Justicia, en contestación a la misma petición de la Comisión de Seguimiento de las Cortes de Aragón incluye bajo la voz «asignación compensatoria» la sentencia 12/2013 objeto de este comentario.

En atención a estos planteamientos, y en razón de haber reflexionado en otros lugares tanto sobre la aplicación supletoria del Código civil en lo que atañe al régimen económico matrimonial en Aragón⁴ así como sobre el régimen de separación de bienes⁵, me he sentido inclinada a manifestar mi opinión en relación con estas cuestiones, e invitar también a la comunidad jurídica aragonesa a reflexionar sobre las mismas, en lo que atañe a las relaciones entre cónyuges en

² Publicada en la *RDCA-XIX*, 2013, págs. 196 a 198.

³ Se pueden consultar estos informes, además de en la página web de las Cortes de Aragón, en la *RDCA-XXII*-2015-2016, en la sección de Materiales.

⁴ BAYOD LÓPEZ, Carmen (1999): «La aplicación supletoria del Código civil al régimen económico matrimonial aragonés», en *Actas de los Octavos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 39-130.

⁵ BAYOD LÓPEZ, Carmen (2012): «Régimen de separación de bienes» en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, 4ª ed. Editado por El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 329 a 334. (= en la 1ª ed. del Manual en 2006).

este siglo XXI, teniendo en cuenta también cómo se valora el trabajo doméstico en otros países de nuestro entorno (Francia, Italia y Alemania, por ejemplo, en los que el trabajo doméstico es sólo un medio de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio).

En la exposición que sigue abordaré, por un lado, si el art. 1438 Cc. es aplicable supletoriamente en Aragón y, por otro, la conveniencia o no, a mi juicio, y con pleno respeto a otras opiniones, de considerar el trabajo para la casa como un título previsto por la ley para conseguir una compensación económica dentro de matrimonio.

II. EL ART. 1438 CC. SU (IN)APLICACIÓN EN ARAGÓN: LA STSJA NÚM. 12/2013, DE 26 DE FEBRERO.

I. LOS FUNDAMENTOS DEL TSJA PARA APLICAR EL ART. 1438 CC. AL CASO

El TSJA, en su sentencia de 26 de febrero de 2013, declara haber lugar al recurso de casación presentado por la mujer (D^a Adriana) contra la sentencia de la APZ, de 10 de julio de 2012, reclamando frente a su marido (D^a Guillermo) la compensación por el trabajo doméstico (350.000 euros) por los ocho años escasos que duró su matrimonio con base en el art. 1438 Cc.; pretensión que le fue denegada en las anteriores instancias.

Sí se le reconoció en Primera Instancia, y se mantuvo en Apelación, por lo que no recurre en casación, la asignación compensatoria (art. 83.2 CDFA) estimada en 750 euros mensuales durante cinco años (se rebaja en Apelación, ya que en Instancia se le habían asignado 1.100 euros al mes y durante el mismo período de tiempo); el uso del domicilio familiar hasta que la hija menor cumpla 16 años y, desde luego, la contribución del padre a los gastos de crianza y educación (arts. 65 y 82 CDFA) a favor de las hijas menores del matrimonio (7 y 9 años de edad) fijada en 2.300 euros mensuales, cantidad que se confirma en Apelación. La custodia de las menores se atribuye a la madre demandante del divorcio, sin oposición por parte del padre.

La esposa funda su recurso de casación en la *infracción del art. 1438 Cc. del Código civil, aplicable en Aragón en virtud del apartado 2 del art. 1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia, contenida, específicamente, en la sentencia de 14 de julio de 2011.* (Antecedente de Hecho Quinto)

El TSJA considera que, efectivamente, dicha norma debe ser aplicada de forma supletoria en Aragón por las siguientes razones:

1º El Derecho aplicable al caso es la Compilación aragonesa, al otorgarse los capítulos matrimoniales, previos a la celebración del matrimonio, en el año 2002.

Ahora bien, la Compilación no regulaba, como ahora lo hace el CDFA, el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

En razón de ello, afirma la Sala, los capítulos deben ser interpretados teniendo en cuenta el art. 23.2 Comp.: «En defecto de tales capitulaciones y pactos o para completarlos, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título»; capítulo III, que en sus arts. 36 a 59 Comp., regula el régimen matrimonial legal de comunidad.

Por ello, afirma el ponente que en la Compilación:

«Se observa así una regulación totalmente respetuosa con la libertad de pacto que inspira toda la regulación aragonesa, y la intención legal de *que las posibles omisiones o lagunas que pueda presentar el acuerdo tomado sean integradas por las normas de la propia Compilación. Estas prevenciones legales obligan, por tanto, en cada caso, al estudio del contenido concreto de las capitulaciones* de que se trate, para determinar su alcance, y también si la naturaleza de lo acordado permite integrar los vacíos de lo pactado mediante la aplicación de la normativa aragonesa, orientada en todo caso hacia el régimen de comunidad». (FD Quinto)

2º En razón de lo anterior, deben interpretarse los capítulos matrimoniales, en particular, el «capítulo» Primero que establece:

«El matrimonio se regirá por el sistema económico de separación de bienes.- En consecuencia cuantos bienes aporten a su matrimonio los esposos, así como los demás que sin aportarlos, al tiempo de casarse, sean propios de uno u otro y, también cuantos en adelante puedan adquirir el marido o la esposa por cualquier título, tanto oneroso como lucrativo, serán siempre de la propiedad exclusiva del cónyuge que los posea o adquiera y nunca tendrá el carácter de consorciales o gananciales, cualquiera que sea su origen o naturaleza.- Asimismo, cada cónyuge conservará no solo la propiedad, sino también el disfrute y la administración de los bienes que actualmente le pertenezcan y de los que adquiera en lo sucesivo.»

Dicho capítulo, que no termina de transcribir el ponente, añadía:

«Los capitulantes renuncian mutua y recíprocamente, al derecho expectante de viudedad foral aragonesa y en su consecuencia al usufructo viudal que pueda corresponderles en los bienes del otro» [Transcrito en el FD 5º de la SAPZ núm. 391/2012, de 16 de julio (JUR 2012 278289), Ponente Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós]

La Sala interpreta el «capítulo» transcrito de la siguiente manera (Fºs. D. Sexto y Séptimo):

- En primer lugar: «en este pacto los interesados no acuerdan la fijación de un régimen atípico o innominado, sino que expresamente se refieren en el primer párrafo al conocido como régimen de *separación de bienes*. Hay, por tanto, una vocación expresa de un concreto sistema económico matrimonial. Y *en la fecha en que las capitulaciones se suscriben (año 2002) la definición de tal régimen no existía en la Compilación, sino en el Código Civil*».
- En segundo lugar, «debe considerarse que *las cláusulas concretas no difieren en su contenido de las previsiones recogidas en el Código Civil general*, pues no hacen sino recoger de modo descriptivo la regulación *del artículo 1437 de tal Código*. La literalidad del documento no presenta, por tanto, una previsión específica, peculiar o singularizada de un especial régimen matrimonial que las partes quisieran establecer. Pues *lo que realmente se observa es una clara referencia al régimen de separación de bienes*, por cuya expresa consecuencia las líneas maestras del sistema económico serán las que pasan a describir».
- En tercer lugar: «Ante tal ausencia de establecimiento completo del régimen económico que se deseaba, debe acudir, necesariamente, no a su mero complemento, sino a su definición esencial. *Las posibilidades que para tal definición ofrece la Compilación, a la que en primer lugar debe estarse por cumplimiento de su artículo 23.2 son realmente ineficaces*. Porque la clara orientación hacia la comunidad de bienes que regulan los artículos de referencia (...) no permiten el complemento de unas capitulaciones como las que ahora se estudian, (...) dota de naturaleza totalmente diferenciada lo pactado de lo regulado en la Compilación (...) *La dificultad expuesta de complemento mediante la Compilación impone, por tanto, acudir al mecanismo supletorio general que preveía la Compilación en su artículo 1.2 de modo que se estará a la aplicación subsidiaria del Código Civil en lo que define y regula de modo completo, coherente y cerrado el régimen de separación de bienes al que, además, y como ya se ha expuesto antes, las propias partes denominaron por el título jurídico empleado por el mismo Código Civil*.
- Por último y en cuarto lugar: «Se concluye así, en contra de lo considerado por la sentencia recurrida, *que es de plena aplicación el régimen de separación de bienes previsto en el Capítulo VI del Título III del Libro IV del Código Civil*. No pactaron las partes, ni se deduce de los escritos alegatorios o prueba practicada que, dentro de tal regulación y sus consecuencias, *fuera excluida en el momento de pacto o después, tácita o expresamente, la aplicación del artículo 1438 del Código*».

Una vez determinada la aplicación al caso del Código civil procede la estimación de la pretensión de la recurrente y, siguiendo la doctrina fijada en la STS

núm. 534/2011, de 4 julio⁶, reconocer el derecho de la misma a la compensación pretendida por el trabajo doméstico.

La esposa solicitaba 350.000 euros, que calcula en atención a los posibles salarios que hubiera percibido de haber trabajado durante los ocho años que duró su matrimonio, pretensión que no asume la Sala y, actuando en este caso como órgano de instancia, afirma que:

«No es admisible valorar el posible salario que la esposa habría percibido, puesto que no existen datos que permitan estimar que la esposa no trabajó por cuenta ajena sólo por causa de dedicarse primera y principalmente a la atención de la casa, ya que es notorio que existen otras variables a considerar al tiempo de determinar si habría tenido la posibilidad de prestar trabajo remunerado la esposa. Igualmente debe rechazarse la pretensión de hacer comunes los incrementos patrimoniales obtenidos por el cónyuge como si estuviéramos ante un régimen de comunidad cuando, contrariamente a ello, lo pactado por ambos interesados fue la separación de bienes. La ausencia de otros datos o argumentos que permitan decidir cuál debe ser la concreta indemnización a percibir conduce, finalmente a fijarla en la cuantía aceptada de modo subsidiario por el recurrido, de 15.150 euros» (FD Octavo).

2. EL ART. 1438 CC. Y SU APLICACIÓN O NO EN ARAGÓN

1. ¿Por qué lo aplica el TSJA en este caso?

Por un lado porque la mujer lo pide y, por otro, porque el marido, aunque sea de forma subsidiaria, no lo niega: le ofrece 15.150 euros, que al final son los que le reconoce el Tribunal Superior de Justicia; reconocimiento del marido que quizás permita a la Sala entender que ambos cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes regulado en el Código civil, sistema foráneo que sí contiene dicha previsión normativa.

Al margen de las especulaciones, creo que de los argumentos que ofrece el TSJA ya transcritos se deduce, y expresamente afirma la Sala en el FD Quinto, que los cónyuges quisieron pactar no un régimen *ad hoc* de separación de bienes, sino el régimen de separación de bienes que se regulaba en el Código civil: este es el régimen, a juicio del TSJA, que de forma voluntaria pactan Dña Adriana y D. Guillermo⁷.

⁶ Recurso de casación 1691/2008 (RJ 2011 5122)

⁷ En los Octavos Encuentros de Foro de Derecho aragonés, celebrados en Zaragoza en 1998, se debatió acerca de la «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», materia de la que fui ponente junto con D. Javier Palazón (Notario) y D. Fernando Solsona (Magistrado).

En dichos Encuentros creo que se justificó sobradamente por los tres ponentes que poca era, ya entonces, la aplicación supletoria del Código civil en Aragón en materia de régimen económico matrimonial, e incluso, como luego recordaré, que no era aplicable supletoriamente en Aragón el

Pues bien, si esta es la explicación del por qué se aplica *en este caso* el art. 1438 Cc., estoy de acuerdo: *se aplica porque los cónyuges han pactado en capítulos matrimoniales el régimen de separación de bienes del Código civil, ya que así lo ha deducido la Sala sin oposición de la parte más perjudicada: el marido.*

Lo anterior me lleva a afirmar y a mantener, como ya hiciera en 1998, que el art. 1438 Cc. no se aplica en Aragón de forma supletoria, sino de forma paccionada cuando los cónyuges incorporaran a sus capítulos la regulación del régimen económico matrimonial del Código civil (art. 9.3 Cc.), o simplemente, acuerdan en los mismos la compensación por el trabajo doméstico, con independencia, incluso, de cuál sea el régimen económico matrimonial, en la forma y manera que lo hace el precepto del Código civil estatal.

Por ello, la fundamentación del recurso de casación en el art. 1.2 de la Compilación alegando la inaplicación del art. 1438 Cc. así como de la doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, a pesar de su éxito y acogida por parte de la Sala, me parece un error: dicha norma no era, y no es, aplicable supletoriamente en Aragón por ser una norma desconocida en nuestro sistema foral, que contradice sus principios, presididos por la libertad de pacto consagrada en el *Standum*.

Si se aplica en Aragón el art. 1438 Cc., no es porque el Código civil sea supletorio en esta materia de la Compilación aragonesa, que no lo es ni lo fue, sino porque los cónyuges pactan el régimen de separación bienes regulado en el Código civil y dicha norma forma parte del sistema pactado por los capitulantes; éste debería haber sido el fundamento en casación: el art. 3 Comp. y su infracción, y no el 1.2 de la misma.

Por lo demás, creo que podemos seguir afirmando que no es necesario acudir al régimen de separación de bienes regulado en el Código civil para integrar unos capítulos matrimoniales aragoneses en los que se ha pactado dicho régimen económico matrimonial, estando vigente la Compilación aragonesa, pues la misma contie-

art. 1438 Cc., lo que ahora se confirma, al no haber asumido la legislación aragonesa una norma semejante en su vigente régimen de separación de bienes.

Pero en apoyo de la postura que mantiene la Sala para aplicar el art. 1438 Cc. a este caso singular, creo que puede citarse a Adolfo Calatayud Sierra en su intervención en el coloquio que manifiesta lo siguiente: «las capitulaciones matrimoniales más habituales en las que se acuerda el régimen de separación de bienes es con sumisión expresa al régimen del Código civil, es el criterio más frecuente», afirmaciones hechas por el notario Calatayud Sierra en 1998, cuando en la Compilación no había una regulación expresa del régimen de separación de bienes (Cfr. pág. 124 de las Actas publicadas en 1999). Posiblemente, sea esto lo que pasa en este caso, a juicio del TSJA, porque de no ser así, no hubiera sido aplicable el art. 1438 Cc., como así ha afirmado de forma reiterada, y con justos argumentos, la APZ, siguiendo a la doctrina aragonesa, y también como lo ha hecho el TSJA, en la que creo una correcta interpretación de la aplicación supletoria del Derecho civil estatal.

ne principios suficientes para integrar la voluntad de los cónyuges en los arts. 41, 43 y 51, tal y como dispone el art. 23.2 del texto legal aragonés desde 1967⁸.

2. Las razones jurídicas de la inaplicación en Aragón del art. 1438 Cc

2.1. En la actualidad

No hay ninguna duda de que dicho precepto no se aplica supletoriamente en Aragón.

Así se afirma en el apartado 18 del Preámbulo del CDFA: «(...) , las previsiones legales sobre el régimen de separación de bienes, contenido en el Título III, se bastan a sí mismas, cerrando el paso a la aplicación supletoria del Código civil», y todavía se añade lo siguiente: «Si el régimen de separación de determinados cónyuges (...) no prevé determinadas consecuencias mediante pactos ni pueden deducirse de los mismos, no habrán que producirse otras que las señaladas en este Título, y, en último término, las que puedan derivar, mediante la aplicación analógica, en lo que proceda, de las normas del consorcio conyugal».

Esta explicación que nos ofrece el Preámbulo del CDFA es fruto de las reflexiones de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (en adelante CADC) que, al debatir estas cuestiones, excluyó expresamente la compensación por el trabajo doméstico de la que sería la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (Lrem.), cuyos preceptos están refundidos en el vigente CDFA, alegando, entre otras causas, que dicha compensación favorece la desigualdad entre los cónyuges⁹.

⁸ En este sentido PALAZÓN VALENTÍN, Javier (1999): «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», en *Actas de los Octavos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 125. En el mismo sentido, señalando los principios que informan el régimen económico matrimonial en Aragón y la aplicación supletoria del régimen de consorciales a los capítulos en los que se pacta la separación de bienes: BAYOD LÓPEZ, en la misma obra que Palazón, págs. 80 a 83.

⁹ La posibilidad o no de incluir en Aragón una norma similar a la prevista en el art. 1438 Cc. fue debatida por la CADC en sus sesiones de 17 de abril de 2002 (Acta 155) y de 24 de abril de 2002 (Acta 156) para rechazar su inclusión en Aragón. El ponente de esta materia, Jesús Martínez Cortés, argumentó su exclusión en base a las críticas que recibe el art. 1438 por parte de la doctrina del Código civil (Acta 155, fol. 6 v.) y sobre todo por encontrarnos ante un régimen paccionado, y no legal, en el que no es propio introducir compensaciones de regímenes de comunidad (Acta 156, fol. 2).

En definitiva, y tras un amplio debate, se rechaza la inclusión en Aragón de la compensación por el trabajo doméstico alegando, además de lo ya dicho por el ponente, que tal inclusión «mantiene o propicia roles o modelos sociales poco deseables. Parece preferible partir de que el matrimonio no perjudica, de entrada, a ninguno de los cónyuges y de que éstos, en su caso, tienen medios para defender sus derechos. No se entiende bien que en la actualidad se estén introduciendo normas pensadas para proteger a uno de los cónyuges. (...) no decir nada al respecto es más acorde con la

MARTÍNEZ CORTÉS, miembro de la CADC y ponente de la misma en esta materia, afirmaba en este mismo sentido lo siguiente: «A la vista de todo lo expuesto, dado el carácter atípico y extraño de una norma semejante en la configuración legal del régimen de separación de bienes, así como los graves problemas de interpretación que plantea y la incertidumbre e inseguridad económico-jurídica que produce en el marco elegido por los esposos para su matrimonio, el legislador aragonés ha optado, con buen criterio, por no incluir en su regulación del régimen de separación de bienes ese derecho a obtener compensación por el trabajo para la casa» y todavía añade en la nota al pie 86 que «el Código Civil no tiene carácter supletorio de la regulación contenida en la Ley 2/2003, cuyas normas se bastan a sí mismas. Por ello, tampoco por esta vía cabe aplicar la norma del art. 1438 del C. Civil en Aragón»¹⁰.

El trabajo para la casa es, como indica el art. 187 CDFa, una forma de contribución a las atenciones legítimas de la familia y en coherencia con ello, si al tiempo de la disolución del matrimonio o de la liquidación del régimen económico matrimonial, hubiéramos de compensárselo al cónyuge, que mediante dicha dedicación contribuyó al sostén de las mismas, resultará que éste en nada socorrió o auxilió a su familia, provocándose con ello, y por obra de la ley, una diferencia injustificada de trato entre ambos cónyuges¹¹.

El trabajo para la casa no es, ni ha sido, en Aragón, salvo pacto expreso, un título que legitime al cónyuge que lo realiza a percibir una indemnización o compensación económica por su desarrollo¹².

igualdad total y absoluta de los cónyuges, que también hay que predicar respecto de las atenciones al hogar y el cuidado de los hijos; que si pudiendo tener un régimen de comunidad, se ha pactado un régimen de separación es para respetar lo pactado» (Cfr. Acta 156, fol. 3).

¹⁰ MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús: (2004): «El régimen económico matrimonial de separación de bienes» en *Actas de los Decimoterceros Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. el Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 139. En el mismo sentido: LACRUZ MANTECÓN, Miguel (2015): «Comentario al art. 203 CDFa» en *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*. Dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por C. Bayod López y J.A. Serrano García, ed. Dykinson, Madrid, págs. 353-354; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2015): «Comentario al art. 187 CDFa» en *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*. Dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por C. Bayod López y J.A. Serrano García, ed. Dykinson, Madrid, pág. 335; SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): «Efectos generales del matrimonio» en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho foral de Aragón*, dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por M. A. Parra Lucán, 4ª ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 295.

¹¹ En el mismo sentido, entre otros, SANTOS MORÓN, María José (2015): «Prestación compensatoria de compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?», en *Indret*, Barcelona, enero-2015, http://www.indret.com/pdf/1109_es.pdf, p. 32.

¹² Así lo manifesté en la 1ª edición (2006) del *Manual de Derecho civil aragonés*, págs. 245 y ss., lo mismo se repite en las posteriores ediciones y en particular en la 4ª edición, y última hasta el momento: *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, 4ª ed. (2012), Dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por M. A. Parra Lucán, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, págs. 329 y ss.

Como indicaba con gran lucidez MARTÍNEZ CORTES¹³: «La Ley pone de esta manera en un plano de igualdad y rango el trabajo, ya sea profesional y remunerado, ya sea trabajo doméstico. Ambas manifestaciones de la aptitud y capacidad de los cónyuges son medios idóneos para entender cumplida la obligación de los cónyuges de satisfacer las necesidades familiares: a través del trabajo externo, ya sea por cuenta propia, ejerciendo una actividad profesional o empresarial, ya sea por cuenta ajena, bajo una relación de dependencia y remunerado, se obtienen unos recursos económicos necesarios para subvenir y atender esas necesidades. Al lado de ello, a través del trabajo en la casa o para la casa, aparte de la atención personal y directa de los cónyuges o de uno de ellos a esas necesidades, se obtiene también un rendimiento económico por la vía del ahorro que ese trabajo doméstico produce para la economía familiar, dado que se evita de esa manera tener que encargarlo a otra persona, con la consiguiente retribución».

2.2. *La compensación por trabajo doméstico cuando resulta aplicable la Compilación aragonesa (DT 8ª C DFA). Inaplicación supletoria del art. 1438 Cc.*

En los Octavos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, celebrados en Zaragoza en noviembre de 1998, defendí junto a Javier Palazón y Fernando Solsona, creo que con buenos argumentos, que el art. 1438 Cc. no se aplicaba de forma supletoria en Aragón, demostrando ya entonces que la Compilación de 1967, modificada en 1985 por las Cortes de Aragón, no estaba tan necesitada de la aplicación supletoria del Código civil como en general se afirmaba; argumentos que fueron acogidos pacíficamente por la casi totalidad de la doctrina científica y por el TSJA casi de inmediato¹⁴.

¹³ MARTÍNEZ CORTES, Jesús: (2004): *Actas de ...*, pág. 187.

¹⁴ La STSJ de Aragón de 26 febrero de 1999 fue la primera en la que se afirma, modificando el criterio hasta entonces seguido por la Sala, que: «A la vista del art. 1 de la Comp., la mención a los arts. 1347 y 1362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los arts. 36 y 37 Comp. es, al menos desafortunada, pues estando previsto en estos últimos el régimen económico del matrimonio en Aragón y el concepto de patrimonio común, huelga toda referencia al Código civil, que no es en esta materia sino de aplicación supletoria [Ponente. Ilmo. Sr. D. Manuel Serrano Bonafonte (RDCA-V, 1999, núm.1, marginal 4)]; también la STSJA de 6 de octubre de 2000: «En materia de régimen económico, y por lo que respecta al activo, no es necesario acudir al Código civil como Derecho supletorio, puesto que la Compilación aragonesa regula con precisión esta materia en sus art. 37 y 38 [Ponente. Ilma. Sra. Dña. Rosa Bandrés Sánchez-Cruzat (RDCA-VI, 2000, núm. 2, marginal 4)], sentencias que cito por ser las más próximas a la Ponencia defendida en 1998. A estas sentencias, y en el mismo sentido, han seguido otras muchas, (vid. Índice de la RDCA), si bien es, a lo que creo, la STSJA de 8 de marzo de 2005, la que expresa de forma excelente el juego de la supletoriedad al afirmar que: *La aplicación supletoria del Código civil procede sólo cuando realmente sea imposible dar respuesta al caso mediante las fuentes aragonesas, incluida la utilización de la analogía, si procede, y siempre de acuerdo con los principios que informan el Derecho civil aragonés; aunque no existiera norma propia una disposición estatal no podrá aplicarse en Aragón si contraviene los principios que informan las normas aragonesas, y ello con la finalidad lógica de evitar una aplicación de los preceptos del Código que puedan tergiversar el sentido*

No es este el lugar de repetir aquellos fundamentos que sigo manteniendo, y pueden leerse en las Actas de Foro publicadas en 1999¹⁵, pero sí considero que puede ser relevante traer aquí, y revisar de presente, los principales argumentos de entonces y añadir algún otro que de forma retroactiva justifica ahora la vigente regulación aragonesa.

A. *Los argumentos más relevantes de entonces revisados ahora*

a) *Los fines a los que responde la supletoriedad.* Debemos recordar que la aplicación supletoria del Derecho del Estado se regula en el art. 149.3 CE y la misma sólo tiene lugar a los efectos de evitar el *horror vacui* que se puede producir en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la atribución de competencias legislativas en favor de las diferentes Comunidades autónomas¹⁶.

Por lo que respecta al Derecho civil, hasta la promulgación de la CE, la supletoriedad del Código civil era una herramienta de unificación del Derecho civil español, más que un método propio de integración de lagunas.

A partir de la CE, la supletoriedad del Derecho del Estado responde a dos objetivos indiscutibles: en primer lugar, evitar la falta de previsión normativa que pudiera producirse en el ordenamiento autonómico como consecuencia de la descentralización política que lleva consigo el reparto de competencias legislativas; en segundo lugar, garantizar el principio de competencia y autonomía, pues en todo caso, antes de recurrir a la supletoriedad del Derecho del Estado, ha de procederse a la previa autointegración del ordenamiento autonómico a través de los principios generales que lo informan; previa autointegración que de forma reiterada exige el TC para garantizar el principio de competencia¹⁷.

de las instituciones aragonesas. [Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez (RDCA-XI-XII, 2005-2006, marginal 4)].

En razón de esta doctrina constante del TSJA, la aplicación del art. 1438 Cc. en la sentencia objeto de comentario sólo se explica entendiéndolo, como parece que afirma la Sala, que los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes del Código civil sin haber excluido la aplicación del art. 1438 Cc.

¹⁵ *Op. cit.* en nota al pie 3.

¹⁶ En relación a la justificación de esta afirmación, pueden consultarse los siguientes trabajos, junto con la bibliografía allí citada: BAYOD LÓPEZ, Carmen (1999): «El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (Especial referencia a Aragón)», en *RDCA-V*, 1999, núm. 2, pp. 75-125; BAYOD LÓPEZ, Carmen y PÉREZ MILLA, José Javier (2011): «Competencia, preferencia, supletoriedad y conflictos internos de Leyes españolas. Reflexiones a la Sentencia 22/2011 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña» en *RDCA-XVII*, págs. 207 a 226.

¹⁷ Así lo manifestó el TC ya en sus primeras sentencias sobre la materia: STC 36/81, de 12 de noviembre (FD 5^a) y 123/84, de 18 de diciembre (FD 3^a) y más recientemente, y entre otras en la STC 90/2012, de 7 mayo (FD 3 y 5) y en particular la STC 157/2004, de 21 de mayo, al afirmar en su FJ 13 con total claridad que: «En definitiva, la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE tiene la «finalidad de evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico»

En definitiva, como pacíficamente ha señalado la doctrina, el concepto de supletoriedad se ha de relacionar con el problema de la falta de previsión jurídica y, por consiguiente, con la integración de lagunas. Misión única a la que puede servir la supletoriedad del Derecho estatal.

Lo que nos lleva a determinar cuándo estamos ante una laguna y, en particular si la falta de regulación del régimen de separación de bienes en la Compilación lo fue.

b) Concepto jurídico de laguna. Para LARENTZ y LACRUZ¹⁸, así como para el resto de la doctrina, una laguna representa un estado incompleto de la norma o del conjunto normativo, en el cual la falta de regulación no está de acuerdo con el sentido, las ideas fundamentales y la ordenación de medios y fines de la normativa total; en definitiva, cuando esa falta de previsión normativa no responde a la teleología del sistema, de manera que *las lagunas se producen cuando la ley no puede resolver problemas planteados por la ley.*

Por ello es conveniente distinguir las verdaderas lagunas, que podrían dar entrada a la supletoriedad del Derecho estatal, de situaciones que, en verdad, no son lagunas del ordenamiento autonómico.

No son verdaderas lagunas aquellas que la doctrina denomina lagunas axiológicas, porque la situación que se califica de laguna deriva de la comparación con un sistema jurídico ideal, como en esta materia podría ser el Código civil estatal.

En estos casos, la regulación que se reclama por este concepto enriquecería el ordenamiento si aparece, pero no tapan un hueco en el tejido legal, hueco que sólo puede existir, cuando la materia tendría que estar expresamente regulada según la lógica interna del propio ordenamiento, y no porque se anhele una nueva ley al comparar la que tenemos con la de otro ordenamiento.

En este punto es necesario también distinguir las llamadas lagunas voluntarias de las involuntarias, cuya diferencia, siguiendo a CARNELITTI¹⁹, se basa en la imputabilidad o no del vacío normativo al legislador.

[STC 62/1990, FJ 10 a)], permitiendo así la integración de ordenamientos diversos, de manera que el aplicador del Derecho pueda rellenar las lagunas que pudieran existir».

¹⁸ LARENTZ (1980): *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Madrid, pág. 363; LACRUZ, (1998) *Elementos de Derecho civil I*, Parte General. Vol. 1º, (Revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría) ed. Dykinson, Madrid, págs. 247 y ss.

¹⁹ CARNELITTI (1941): *Teoría general del Derecho*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid. Esta idea de laguna, que responde al discurso ya dado en 1998, que se sigue manteniendo, y puede verse también en FERRAJOLI [*Principia iuris*, Roma-Bari, ed. Laterza, 2007, vol. I, pág. 685-686)], cuando define la laguna como «il vizio prodotto dall'indebitta omissione della decisioni di una rechista da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l'introduzione della norma macante»; añadiendo todavía que la verdadera laguna no es la que genera cualquier «problema di applicazione, ma

En las llamadas involuntarias, el hueco o deficiencia normativa es imputable al legislador, que no ha previsto la solución a un caso concreto, siendo necesaria tal previsión según la sistemática del ordenamiento; en las llamadas voluntarias, por el contrario, se trata de que el vacío legislativo es querido por el propio legislador que ha decidido no regular determinada situación o institución.

En consecuencia con lo anterior, *sólo son verdaderas lagunas las deficiencias de regulación que se producen en el propio sistema, sin comparación con otros, y que se deben a una falta de previsión involuntaria del legislador.*

En estos casos, la laguna ha de ser colmada por el aplicador del Derecho siguiendo el sistema de fuentes y las demás reglas que el propio ordenamiento determina para conseguir su completud; incluyéndose en estos supuestos la posibilidad de encontrar una solución en el Derecho supletorio, siempre que la misma sea acorde con los principios que informan al Derecho suplido.

En los supuestos de las llamadas lagunas axiológicas y lagunas voluntarias no estamos ante lagunas del ordenamiento, no hay ningún hueco legal que cubrir, pues en el fondo las mismas responden a un espejismo que crea el aplicador del Derecho al comparar diversos ordenamientos jurídicos²⁰.

solo problemi non solubili senza una modifica dell'ordinamento». Cfr. en BULYGIN, Eugenio (2008): «Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *Principia iuris*», en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, págs. 227-232.

²⁰ Esto es lo que creo que le sucede a MIJANCOS GURRUCHAGA, por lo que no comparto su opinión, cuando afirma que «el contenido del art. 1438 CC sí constituye una laguna legal propiamente dicha por ser materia no contemplada por el parlamento balear»; afirmación que fundamenta a través de la discriminación de género, con unos argumentos que tampoco puedo compartir: «durante la vigencia del régimen de separación de bienes, parece razonable que mientras un cónyuge dedica su tiempo a ganar dinero para sí y aumentar su propio patrimonio, y que tan solo una parte del importe de dicho trabajo lo dedica para el levantamiento de las cargas familiares, el otro cónyuge dedica toda o parte de su jornada a la casa y los hijos, por lo que toda la producción de su trabajo no remunerado, pero no por ello menos valioso, redundará en beneficio de los dos; se produce entonces una situación injusta que el derecho tenía que reparar o compensar, máxime cuando a pesar de la incorporación de la mujer al mundo laboral fuera del hogar, las tareas del hogar y el cuidado de los hijos siguen recayendo mayormente sobre ella, lo que impide su incorporación al mundo laboral en igualdad de condiciones y la renuncia en muchas ocasiones a oportunidades laborales de horarios incompatibles o inconciliables con las ocupaciones familiares. Ciertamente, esta descompensación se hace gratuitamente, hasta que se produce la ruptura de la convivencia, es decir, la liquidación del régimen económico matrimonial».

Creo que por todo lo expuesto, no hay ninguna laguna en el Derecho Balear, y otra cosa son los deseos o anhelos de un Derecho que gusta más, pero que no es el propio [Cfr. MIJANCOS GURRUCHAGA, Lilibiana (2015): «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC» en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril-2105, pág. 15 y 20. (http://www.indret.com/pdf/1133_es.pdf Consultada 24/2/2016)].

Por lo demás, y como cita Mijancos en el referido estudio, el TSJIB en su Sentencia 2/2010, de 24 de marzo [Ponente Ilmo. Sr. D. D. Antonio Federico Capó Delgado (recurso de casación 3/2009, RJ 2010 4019)] no aplica supletoriamente el art. 1438 Cc., si bien compensa el trabajo doméstico de la

En ambos casos, la falta de regulación no se produce como consecuencia de una deficiente regulación en el propio ordenamiento, sino en función de tratar de incorporar una institución nueva que aparece regulada en otro ordenamiento.

Esto es, como veremos, lo que sucede con la incorporación al sistema aragonés del art. 1438 Cc.: esta norma no cubre ningún vacío del legislador, pertenece a otro sistema y no debe ser aplicada, ya que de lo contrario, como afirma el TC, se infringe el principio de competencia.

c) ¿Existe una laguna en la Compilación al no regular detalladamente el régimen de separación de bienes? La no regulación expresa en la Compilación del régimen de separación de bienes no supone una ausencia de reglamentación; muy al contrario, dicha regulación existe: el pacto, la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y a ello se ha de estar; integrando la voluntad de los esposos con los principios del ordenamiento civil aragonés y no con los del Código civil, muchas veces contrarios a los principios inspiradores del Derecho civil de Aragón.

El art. 1438 Cc. es una norma de nueva factura que se incorpora al Código civil a través de la ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, dando nueva redacción a los arts. 1314 a 1444 del mismo.

Hasta 1981, ni la doctrina ni la práctica forense consideraron que la Compilación necesitara de la supletoriedad del Código civil en materia de régimen de separación de bienes, entre otras cosas porque el Código civil, hasta la reforma de 1981, no regulaba el régimen de separación de bienes que de forma voluntaria pudieran acordar los cónyuges en capítulos matrimoniales²¹.

En efecto, el Capítulo VI, del Título III, *Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio*, bajo la rúbrica *De la separación de bienes de los cónyuges y de su adminis-*

esposa por aplicación analógica del art. 9.2 de la Ley de parejas de Baleares, que tiene previsto para las mismas tal compensación. Esta sentencia es anterior a los pronunciamientos del TC, que declaró inconstitucional una norma semejante al 9.2 de la Ley de parejas Balear en Navarra (Cfr. Ss.TC 93/2013 y 81/2013 de 11 de abril).

²¹ El Código civil en su redacción originaria no reguló el régimen paccionado de separación de bienes sino que reguló la separación de bienes impuesta legalmente cuando concurrían determinadas circunstancias (arts. 50 y 1432 Cc.). Sólo en 1975 (Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código civil sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges) se introduce en el Código una norma propia del régimen de separación de bienes, no existente hasta entonces, al dar nueva redacción al art. 1435 Cc.: «La separación de bienes no exime a los cónyuges de sus obligaciones en orden al levantamiento de las cargas de la familia»; como consecuencia de la eliminación de la potestad marital: la mujer comienza a dejar de ser considerada como una menor de edad, y por ello se le exige responsabilidad: contribución a las cargas familiares, ya que hasta la entrada en vigor de esta ley del 75, la mujer sujeta al Código civil no podía obligar ni gestionar la comunidad de gananciales, por ello tampoco respondía del levantamiento de las cargas del matrimo-

tración por la mujer durante el matrimonio, no reguló el régimen paccionado de separación de bienes, que quedaba al arbitrio de la voluntad de los novios en sus capítulos matrimoniales (igual que en Aragón: art. 23 Comp.), ya que como afirmaba la doctrina de la época: «Mas (de) esta forma de separación voluntaria no se ocupan los artículos que comentamos, sino solo a la que tiene lugar después de haber regido entre los cónyuges, más o menos tiempo, la sociedad de gananciales, o sea, de la que se acuerda y establece durante el matrimonio, así como también de la que la ley impone por vía de pena en ciertos casos»²².

Lo que verdaderamente reguló el Código civil bajo la rúbrica *de la separación de bienes* no era otra cosa que la separación forzosa, que tenía lugar, *ex art.* 50 Cc., cuando el matrimonio se contraía por un menor de edad sin haber obtenido la licencia paterna; por la viuda sin esperar los 300 días subsiguientes a la muerte de su marido y por el tutor y sus pupilos sin haberse aprobado la cuenta de la tutela (art. 45 Cc./1889-1958), así como los casos de separación judicial, que podía demandar cualquiera de los cónyuges cuando el otro hubiera sido condeñado a una pena que llevase consigo la interdicción civil, o hubiera sido declara-

nio. Pero tampoco en 1975 se reguló en su completud el régimen de separación de bienes por parte del legislador estatal.

En Aragón, los principios eran otros y la situación de la mujer casada también, por ello este precepto tampoco fue aplicable supletoriamente en Aragón, ni supuso novedad alguna con respecto de la situación anterior.

La mujer aragonesa casada, aun antes de esta reforma del Cc. en 1975, tenía facultades de gestión y podía responsabilizar a los bienes comunes (arts. 42 y 48 Comp. en su redacción originaria), pero sobre todo el art. 43.1 afirmaba desde 1967 (hasta su derogación por la Lrem. el 23 de abril de 2003) que: «Los cónyuges en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas, en el apartado primero del artículo cuarenta y uno, si bien en la relación interna responderá cada uno por mitad».

En el régimen civil aragonés, ya en 1967, los bienes de la mujer siempre han respondido por las deudas consorciales, además de por las suyas propias; el art. 43.1 Comp. reguló la responsabilidad de los cónyuges (de ambos) por deudas derivadas de las atenciones legítimas a la familia cuando no había bienes comunes, por ello, esta norma fue perfectamente aplicable al régimen paccionado de separación de bienes (en él no hay bienes comunes) sin necesidad de recurrir a la aplicación supletoria del Código civil, tal y como disponía el art. 23.2 Comp.

Todo ello explica que en materia de separación de bienes no fuera necesario, vigente la Compilación, recurrir al Código civil que, por lo demás, no reguló el régimen económico matrimonial de separación de bienes sino las consecuencias de una separación judicial o la exclusión, como pena, del régimen de gananciales, como dispuso el art. 1432 Cc. (A falta de declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso previsto en el art. 50) vigente hasta la reforma de 1981. [Sobre todas estas cuestiones puede verse BAYOD LÓPEZ (1999): *Actas de los ...*, pág. 84 a 91].

²² QUINTUS MUCIUS SACAEVOLA (1905), *Código civil Comentado y Concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, Tomo XXII, (arts. 1392 a 1444) ed. Reus, Madrid, págs. 487 y ss.; lo mismo se mantiene en la 2ª edición, revisada y puesta al día por José María Reyes Montereal, Tomo XXII, arts. 1392 a 1444, 2ª edición de 1967, Reus, Madrid, págs. 866 y ss.

do ausente, o hubiese dado causa a la separación legal o personal (art. 1433 Cc./1889, 1958, 1975); estas circunstancias traían como consecuencia dejar la administración de los bienes, que hasta entonces habían sido gananciales, en manos de uno de los cónyuges, atendiendo especialmente en estos casos a la situación de la mujer administradora; situación que tampoco era aplicable supletoriamente en Aragón ya que expresamente atendía a ella la Compilación en su redacción de 1967 a través de los arts. 48 a 50.

En razón de ello, la regulación del régimen de separación de bienes en el Código civil por la Ley 11/1981, incorporando el art. 1438 Cc., no puede dar lugar a una laguna: es una norma ajena al sistema aragonés, y el hecho de que la misma pueda parecer acertada o deseable para nuestro sistema civil no la hace aplicable: no hay ninguna laguna que cubrir en el sistema jurídico aragonés.

d) Razones para no aplicar el art. 1438 Cc. supletoriamente en Aragón. Como también señalaba PALAZÓN VALENTÍN, el art. 1438 Cc. no es aplicable en Aragón ya que la solución se encuentra a través del art. 23.2 Comp., aun cuando esta norma remite al régimen legal, diversos preceptos son aplicables al régimen de separación de bienes.

Por un lado, el art. 51 Comp., en sede de gestión de los bienes privativos, es aplicable al régimen de separación de bienes al disponer que: «corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes» y, por otro lado, el art. 43.1, aplicable supletoriamente también al régimen de separación de bienes, al determinar la responsabilidad de los cónyuges en defecto de bienes comunes (que es lo que sucede cuando el régimen es de separación) disponiendo que en la relación externa los cónyuges responden solidariamente por las deudas del art. 41.1 (cargas del matrimonio o atenciones legítimas de la familia²³) y en la relación interna ambos por mitad²⁴.

En atención a ello, afirma PALAZÓN, que: «se podría defender la aplicación de este precepto a unas capitulaciones en las que se pactara la separación de bienes sin especificar más, y que, por tanto, contribuyesen los cónyuges a las

²³ Así lo afirma ahora el art. 189 CDFA, que recoge los principios tradicionales contemplados en el art. 41 Comp. desde 1967. Hoy art. 189 CDFA es aplicable a cualesquiera matrimonios sujetos al Derecho civil aragonés y cualquiera que sea el régimen económico de su matrimonio, también el de separación de bienes, como lo era también el art. 41 Comp.

²⁴ La misma solución ofrece ahora el CDFA: art. 187, 189, 220 y 221 CDFA, aplicables estos dos últimos al régimen de separación de bienes: SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): «Efectos generales del matrimonio» en *Manual de Derecho civil aragonés (...)*, 4ª ed., págs. 297-298; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2012): «Régimen de separación de bienes», en *Manual de Derecho civil aragonés (...)*, 4ª ed. págs. 332 y 333; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2015): «Comentario al art. 189 CDFA» (...) ed. Dykinson, págs. 336-337; MARTÍNEZ CORTES, Jesús (2004): *Actas de los Décimos Terceros Encuentros de Foro (...)*, pág. 132.

cargas del matrimonio por mitad, y no en proporción a sus respectivos ingresos económicos, como resultaría de aplicar el 1438 Cc.»²⁵

e) *Conclusiones.* En mi opinión, creo que estos argumentos de entonces, reflexionados de nuevo, explican sobradamente la inaplicación supletoria *ex art.* 1.2 Comp. del art 1438 Cc. en Aragón por ser una norma extraña al sistema civil aragonés y no cubrir ningún vacío normativo.

Desde la promulgación de la Compilación en 1967 el régimen de separación de bienes se integraba en Aragón aplicando las normas del consorcio conyugal, sin recurrir a la aplicación supletoria del Cc., que tampoco regulaba dicho régimen económico matrimonial; el que lo hiciera el legislador estatal en 1981 no creó ninguna laguna en el sistema Aragonés, ni puedo modificar o influir en la Compilación aragonesa, que desde 1978 dejó de ser una ley estatal sujeta a los principios de jerarquía y posterioridad.

B. *Algún argumento más: la vigente regulación aragonesa.*

El vigente CDFA no supone una ruptura con el pasado sino como se afirmó por la CADC en su Ponencia General.

Esta idea de la Comisión se refleja de forma expresa en los números 15 y 16 del Preámbulo del vigente CDFA, cuando se afirma que «La mayor parte de las normas de Derecho de familia de la Compilación, basadas en la experiencia histórica de siglos, quedan incorporadas a la nueva regulación que proporciona a las mismas un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta. *El Código civil, como Derecho general del Estado, sigue siendo supletorio del Derecho civil de Aragón, pero la nueva regulación tiene buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código civil era más claramente perturbador*, así como de construir un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los enunciados de aquél, de acuerdo con el artículo 1 del presente Código del Derecho Foral».

La actual regulación del régimen de separación de bienes en Aragón es ahora un argumento más que resuelve de forma pretérita las dudas que aún pudieran albergarse sobre la supletoriedad del art. 1438 Cc. en Aragón cuando sea de aplicación a los hechos enjuiciados la Compilación aragonesa (DT 8^a CDFA).

²⁵ PALAZÓN VALENTÍN, Javier (1999): en *Actas ...* pág. 125. En el mismo sentido, señalando los principios que informan el régimen económico matrimonial en Aragón y la aplicación supletoria del régimen de consorciales a los capítulos en los que se pacta la separación de bienes: BAYOD LÓPEZ, en la misma obra que PALAZÓN, págs. 80 a 83.

La ausencia en el Derecho vigente de una compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes constata la continuidad con el pasado y la ausencia de esta previsión normativa, ajena a los principios aragoneses.

Si la Comisión Aragonesa de Derecho Civil debatió sobre su inclusión en el régimen de separación de bienes aragonés, lo fue porque dicha norma no era de aplicación en Aragón y para que lo fuera debía ser promulgada por el legislador aragonés.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil con buen criterio, a mi juicio, prefirió no incluir la compensación por el trabajo doméstico como norma aragonesa.

Por lo demás el CDFa mantiene los mismos principios que inspiraban la economía del matrimonio en Aragón vigente la Compilación aragonesa y que se contemplaban en los arts. 41, 43 y 51 de la misma, cuya esencia se contiene ahora en los arts. 187, 189 y 220 y 221 CDFa; se mantiene también como Derecho supletorio del régimen de separación de bienes pactado en capítulos matrimoniales las normas del consorcio conyugal aragonés (art. 204 CDFa), siguiendo con ello el mismo principio contenido en el art. 23-2 Comp.

Todo ello justifica que tanto entonces como ahora no sea aplicable de forma supletoria en el ordenamiento civil aragonés una norma como la prevista en el art. 1438 del Cc.

Su contenido y aplicación en nuestro sistema civil sólo puede tener lugar bien porque así y de forma expresa lo pacten los cónyuges (*Standum est chartae*) o bien, porque tal situación la impusiera el legislador, a mi juicio con grave error y olvido del principio de autonomía de la voluntad que ha inspirado tradicionalmente la regulación de la familia en Aragón.

Por ello, deben ser los cónyuges los que en sus capítulos matrimoniales regulen estas consecuencias, tal y como se ha hecho siempre.

En efecto, debemos recordar que el contenido propio de los capítulos matrimoniales no sólo ha sido (ni es) establecer el régimen económico matrimonial sino, sobre todo, regular las consecuencias de la disolución del matrimonio; si esta previsión ya la tenían los aragoneses cuando el matrimonio era para toda la vida, con mayor razón habremos de cuidar estas cuestiones en el siglo XXI donde el punto de partida es otro: para toda la vida solo es el divorcio y sus consecuencias económicas²⁶.

²⁶ Vigentes los Fueros de Aragón, y a lo largo de unas cuantas centurias, la regulación de la economía del matrimonio se dejaba al arbitrio de las particulares. Las escasas normas forales al respecto estaban contenidas en diferentes Fueros y Observancias (fundamentalmente en los *De iure dotium*, *De donationibus* y *De vir et uxor*, al margen de algunos otros). En estos Fueros y Observancias se atendía, más o menos, al régimen legal que hoy denominamos de consorciales. Estos Fueros, como ya señalara VIDAL DE CANELLAS, se aplicaban salvo que los esposos *otro paramiento fizieron, aquel para-*

III. REFLEXIONES SOBRE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TS (136/2015, 135/2015, 16/2014 Y 534/2011)²⁷

1. LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO EN LA ACTUAL DOCTRINA DEL TS

A. La doctrina jurisprudencial fijada por el TS en la Sentencia 534/2011, de 14 de abril

El TS ha fijado doctrina «legal» acerca de cómo debe interpretarse, valorarse y aplicarse la proposición segunda del art. 1438 Cc. cuando dispone que: *El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, al falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*, afirmando en el FD Séptimo de la sentencia de 14 de abril de 2011, que *Se sienta la siguiente doctrina jurisprudencial:*

miento debe ser tenido [Fuero *De Iure dotium* (VI, 3-3 y 6)], lo que hacía gala de su naturaleza dispositiva, supletoria y no imperativa.

El contenido de los capítulos atendía fundamentalmente a regular el régimen que debían seguir los bienes aportados al matrimonio (régimen estático de las aportaciones), así como la situación en que quedaban los esposos tras la disolución del matrimonio por la muerte de unos de los cónyuges, única causa de disolución hasta 1981, salvo el pequeño paréntesis en de la II República española.

En los capítulos se pactaban las dotes y el destino de las mismas; la viudedad, que por regla general se convenía como universal; la posibilidad o no de que el cónyuge ya viudo, si tenía descendencia del matrimonio disuelto, pudiera convolar nupcias en la casa (casamiento en casa) y sobre todo, se pactaba qué sucedía, si el matrimonio se covolaba fuera de ella; a qué tenía derecho el viudo tras los años de matrimonio.

En estos casos, si el matrimonio se había contraído «a Fuero de Aragón» podía tener derecho a la mitad de los consorciales y a llevarse parte de la dote que hubiera aportado a la casa; pero si el matrimonio «no era a Fuero de Aragón», expresión que equivalía a lo que hoy llamaríamos separación de bienes, el cónyuge viudo (cualquiera que fuera su género) por regla general no se llevaba nada de la casa, salvo sus ropas, su dote y en ocasiones, que no siempre, un «reconocimiento» que se fijaba ya al tiempo de la boda (¿la compensación por su dedicación pasada a la casa y a la familia?) en los capítulos matrimoniales y que, con buen criterio, no imponía el Fuero. [Cfr. BAYOD LÓPEZ, Carmen (1995): *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, ed. Institución «Fernando el Católico», CSIC-DPZ, Zaragoza, págs. 57 a 93 y notas al pie 99 a 102 en las que se transcriben capítulos matrimoniales en los que se atienden a estas cuestiones. Vid. también: GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel y NAVARRO SOTO, Ana L. (2002): *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena*, en «Colección El Justicia de Aragón, núm. 14», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 133 y 134, doc. 24, en él se detalla que la mujer sólo saca su dote, no comparte ningún bien del marido, ya que no se casa ni a fuero de Aragón ni a costumbre de Cataluña y en las págs. 135 a 139, doc. 26, entre otros, en los que se contienen pronunciamientos similares].

²⁷ STS 534/2011, de 14 de julio [Ponente Excm. Sra. Encarnación Roca Trías, recurso de casación 1691/2008 (RJ 2011 5122)]; STS 16/2014, de 31 de enero [Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, recurso de casación 2535/2011 (RJ 2014 813)]; STS 135/2015, de 26 de marzo [Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, recurso de casación 3107/2012 (RJ 20015 1170)] y STS 136/2015, de 14 de abril [Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, recurso de casación 2609/2013 (RJ 2015 1528)].

«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*».

Esta doctrina jurisprudencial ya consolidada ha contado con el rechazo, casi unánime, de la doctrina civil española²⁸.

El TS ofrece en esta sentencia de 14 de abril de 2011, seguida por otras tres más que la completan y aclaran, una respuesta a diferentes cuestiones que recibían desigual solución por parte de las diversas Audiencias Provinciales españolas, lo que justificó sobradamente su interés casacional.

B. Las cuestiones a las que responde el TS (S.534/2011) para fijar la doctrina jurisprudencial en torno al art. 1438 Cc.

La ponente, Excma. Sra. Dña Encarna ROCA I TRIAS, da respuesta fundada a las siguientes preguntas, que traen como consecuencia la doctrina jurisprudencial ya referida.

1ª Finalidad de la norma: el trabajo doméstico como título para obtener una compensación económica.

Para la Sala, el trabajo doméstico no es sólo una forma de contribución a las cargas del matrimonio, sino también, y *además*, «un título» para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

Textualmente, afirma la Sala en el FD Tercero:

²⁸ A título de ejemplo: CABEZUELO ARENAS, Ana Laura (2012): «Sentencia de 14 de julio de 2011. Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, (CCJC) n°89, mayo-agosto de 2012, págs. 271-290; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2013): «Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal» en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, enero-diciembre, págs. 209 a 250; SANTOS MORÓN, María José (2015): ... *Indret*, 1/2015 [(50 págs.). http://www.indret.com/pdf/1109_es.pdf]; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2015): «Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (paradojas y falacias en la interpretación del artículo 1438 del Código civil). Sentencia de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1170) en *CCJC*, núm. 99, septiembre-diciembre de 2015, Civitas, Madrid, págs. 503 a 559; CUENA CASAS, Matilde (2016): «Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico» en *¿Hay derecho? El blog sobre la actualidad política y jurídica*, [[http://hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/Consulta 9/2/2016](http://hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/Consulta%209/2/2016)].

«Esta norma [el art. 1438] contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

- 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 art. 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. Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional».*

2^a *Requisitos que exige el precepto para que tenga lugar la compensación por trabajo doméstico (o en palabras del TS: «¿Cómo debe interpretarse esta compensación?»)*

El único requisito que cabe exigir es la *dedicación en exclusiva de solo uno de los cónyuges a las tareas del hogar, sin que sea necesario el enriquecimiento patrimonial del otro cónyuge*, adoptando con ello lo que se ha venido en llamar una interpretación objetiva de la norma.

Los argumentos para mantener esta afirmación los deduce la Sala, por un lado, de la inexistencia expresa de este requisito en el texto de la ley, que sí se contenía en Proyecto de reforma del Cc. en 1981, pero que se suprimió en el texto definitivo; y, por otro, por comparación con los regímenes catalán y valenciano, ya declarado inconstitucional (arts. 232-5-1 CC. Cat. y 13.2 Lremvl) que sí establecen de forma expresa determinados requisitos para que tenga lugar la compensación a favor de uno de los cónyuges por el trabajo doméstico [FD Cuarto].

Lo que lleva a la Sala a afirmar en el FD Quinto:

«Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será necesario:

- 1^o que los cónyuges hayan pactado *un régimen de separación de bienes*;
- 2^o que *se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa*.

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».

La Sentencia de 26 de marzo de 2015 aclara qué se ha de entender con la expresión «sólo con el trabajo para la casa»; «sólo» significa que el cónyuge acreedor de la pensión no realiza un trabajo fuera del hogar: contribuye gestionando el ámbito de lo doméstico, y en ello puede ser auxiliado por terceras personas: bien por el servicio doméstico bien por parte del cónyuge deudor, al que no se le libera del pago de la compensación aun cuando colabore en las tareas del hogar, como es su obligación (arts. 1438-1 y art. 68 Cc.)²⁹.

En concreto afirma el FD 4º-1 in fine de la STS 135/2015:

« (...) 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 (...).

3º Criterios de cálculo de la dedicación pasada a la familia

A falta de normas pactadas por los esposos en sus capítulos matrimoniales, y al margen de varias posibilidades de cálculo, a la Sala le parece adecuado tener en cuenta el salario que percibiría un empleado del servicio doméstico³⁰.

El FD Sexto se refiere a esta cuestión:

«A continuación debe examinarse cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación. El art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta can-

²⁹ En razón de esta interpretación las Ss. TS 16/2014, de 31 de enero y 136/2015, de 14 de abril, no reconocen la compensación en favor de la esposa al no dedicarse «sólo» al ámbito de lo doméstico. En la primera de ellas, no se prueba que la mujer tuviera una dedicación esencial o significativa a la familia, además de haber recibido por parte del marido, y antes de la separación, diversos bienes; en la segunda de las sentencias, la mujer colaboró en las empresas del marido percibiendo por ello una retribución económica, lo que es incompatible con el Derecho a percibir la compensación prevista en el art. 1438 Cc».

³⁰ Este criterio fue apuntado por LACRUZ ya en 1981 [Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis (1981): «La economía del matrimonio» en *El nuevo régimen de la familia II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, ed. cuadernos Civitas, Madrid, págs. 145 a 146].

tividad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esta opción y entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación.

La *sentencia recaída en primera instancia* en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de *aplicar los criterios* que se reproducen ahora: «*en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia*».

2. EL FUNDAMENTO DE LAS CRÍTICAS DOCTRINALES: EL REQUISITO DEL EXCESO DE APORTACIÓN

A. Las críticas; su razón

La doctrina civil española ha criticado ampliamente la interpretación que el TS ha hecho sobre art. 1438 Cc. en las anteriores sentencias.

Ciertamente, resulta sorprendente que el cónyuge que cumple con su obligación de contribución a las cargas del matrimonio exclusivamente con su dedicación al cuidado del hogar, disfrutando del nivel de vida, en la mayoría de los casos confortable y holgado, que proporciona el trabajo externo que realiza el otro cónyuge, tenga derecho, además, a percibir una compensación económica, lo que no parece de lo más ecuánime.

En efecto, así las cosas, por un lado, se elimina su deber de contribución, al ser «compensado» por ello a la disolución del régimen y, por otro, aún resulta más «chocante» si se compara su dedicación en exclusiva a la casa con la situación del cónyuge que compagina las tareas domésticas con el trabajo fuera del hogar, razón, esta última que le impide recibir la compensación³¹.

Son estas reflexiones las que han llevado a la mayor parte de la doctrina civil española a interpretar este precepto de forma dogmática y finalista, añadiendo a su texto «la necesidad de exigir *algo más*» para que uno de los cónyuges (en general, la mujer) tenga derecho a percibir la compensación prevista en el art. 1438 Cc.

³¹ En el mismo sentido y entre otros SANTOS MORÓN, María José (2015): *InDret*, Barcelona, enero-2015, pág. 32.

La tesis más defendida por la doctrina³² exige, para tener derecho a la compensación por el trabajo para la casa, que se produzca un *exceso de aportación por parte de uno de los cónyuges*; también se ha defendido, sobre todo por parte de las Audiencias Provinciales españolas que se han pronunciado sobre este precepto, la exigencia de *enriquecimiento injusto* o un *incrementado patrimonial* por parte del otro cónyuge durante la convivencia matrimonial³³.

B. *La interpretación que debería ser, a juicio de la doctrina científica.*

SANTOS MORÓN ofrece una explicación, nada desdeñable, que justifica la necesidad de exigir un exceso de aportación por parte de uno de los cónyuges para que tenga derecho a la compensación valorando el trabajo para la casa no sólo en el art. 1438 sino también en el art. 97 Cc., e interpretando ambos preceptos conjuntamente para que no haya incompatibilidad entre ellos y teniendo en cuenta la realidad social actual, muy diferente a la existente en 1981.

La premisa de la que hay que partir, según la autora, sería la igualdad entre hombres y mujeres, y la decisión libre de cualquiera de ellos para dedicarse a las labores del hogar, que no es ahora una imposición por razón de género. Esta decisión es libre y el cónyuge que así lo decide contribuye con ello a las cargas del matrimonio.

Disuelto el matrimonio, el principio de igualdad de los cónyuges exige pensar que ambos tienen capacidad de mantenerse por sí mismos.

En razón de ello, solo cuando «por la distribución de funciones desarrollada durante el matrimonio haya provocado en uno de los cónyuges: a) una situación de incapacidad, transitoria o indefinida, para mantenerse por sí mismo; o b) una

³² SANTOS MORÓN, María José (2015): *Indret* 1/2015, págs. 35 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, Clara (2011), «El régimen de separación de bienes», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, coordinado por Mariano Yzquierdo y Matilde Cuena, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, pág. 86; CUENA CASAS, Matilde (2013): «Comentario al art. 1348 C.c.», en *Comentarios al Código civil T. VII*, Dirigidos por Rodrigo Bercovitz, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 10121 y ss.; AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina (2009): «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, pág. 261; ÁLVAREZ OLALLA, (1996): *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, págs. 105 y ss. También han exigido este requisito algunas Audiencias Provinciales así, y a modo de ejemplo: SAP Madrid de 29 de enero de 2009 [Ponente Ilmo. Sr. D. José Antonio Chamorro Valdés (JUR 2009 238744)]; SAP Zaragoza de 20 de mayo de 2005 [Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peñas (JUR 2005 155745)].

³³ Diversas sentencias de Audiencias Provinciales e incluso el TS, han exigido un enriquecimiento o incremento patrimonial por parte del otro cónyuge o han justificado la compensación en la pérdida de oportunidades del cónyuge acreedor por su dedicación pasada a la familia así, y entre otras: SAP Zamora de 5 de diciembre de 2002 [Ponente Ilmo. Sr. D. Andrés Encinas Bernardo (JUR 2003 43227)]; STS de 11 de febrero de 2005 [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo (JUR 2005 1407)]; SAP Valencia de 7 de julio de 2001 [Ponente Ilma. Sra. Dña. Carmen Escrig Orengue (JUR 2001 274492)].

pérdida de expectativas u oportunidades laborales con proyección en su futura carrera profesional. (...) debe haber derecho a la prestación compensatoria del art. 97 Cc.»³⁴. y sólo «cuando la aportación llevada a cabo por el cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas supere el valor de las aportaciones del otro cónyuge, de acuerdo con el criterio de la proporcionalidad o el que eventualmente hayan pactado las partes, tiene sentido que exista derecho a compensación»³⁵ prevista en el art. 1438 Cc.

En definitiva, en palabras de esta misma autora, que son lugar común en la opinión de la doctrina civil española, la crítica a esta sentencia de 14 abril de 2011 se sustenta en que su fallo: «(...) vulnera el principio de igualdad de los cónyuges y puede provocar situaciones injustas. Además, en la medida que sólo reconoce derecho a compensación al cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas, genera un claro agravio comparativo respecto de quien combina esta tarea con el trabajo fuera de casa, y, repárese en ello, no incentiva en absoluto la conciliación del trabajo femenino con la vida familiar. Pues es obvio que ante la dicotomía de trabajar fuera de casa y cargar, al mismo tiempo y aunque se cuente con ayuda doméstica, con el peso del cuidado del hogar (que, seamos realistas, suele recaer en mayor medida sobre la mujer) es preferible, aunque se haya pactado separación de bienes, quedarse cómodamente en casa, vivir a costa de la pareja y, en el supuesto de crisis matrimonial, solicitar, con base en la carencia de ingresos propios y, en su caso, un eventual perjuicio para el futuro profesional, la prestación compensatoria del art. 97 C.c. más la compensación prevista en el art. 1438 C.c.»

3. REFLEXIONES FINALES: EL ÁMBITO DE LO DOMÉSTICO EN EL SIGLO XXI

A. *El contexto del art. 1438 en el siglo XX: un elemento para la desigualdad entre los cónyuges.*

El art. 1438 Cc. es hijo de su tiempo y parte de una realidad, que creo debemos ir desechando de nuestro razonamiento, la desigualdad por razón de género, que ciertamente excluye la CE en sus arts. 14 y 32, pero cuya aplicación no pudo tener, ni legal ni sociológicamente, efectos retroactivos.

En efecto, hasta la promulgación de la CE no puede hablarse de igualdad jurídica entre hombres y mujeres. La reforma del Cc. en 1975 por la ley 14/1975, de 2 de mayo, no consiguió (ni pretendió) plena igualdad jurídica entre los cónyuges, sin perjuicio de mejorar la posición de la mujer dentro del matrimonio³⁶.

³⁴ SANTOS MORÓN, María José (2015): *InDret*, Barcelona, enero-2015, págs. 22-23.

³⁵ SANTOS MORÓN, María José (2015): *InDret*, Barcelona, enero-2015, pág. 35.

³⁶ En este sentido, afirma CAÑIZARES LASO, que «no es hasta 1981 cuando se profundiza legalmente en los cambios introducidos en 1975, llegando ya sí a sus últimas consecuencias, ya que pese a

Lo importante de esta reforma fue la posibilidad de capitular constante matrimonio pero sobre la base de un matrimonio indisoluble por el divorcio.

En este contexto, los matrimonios sujetos al Código civil, y cuyo régimen era el legal de gananciales, pudieron capitular constante matrimonio para pactar el régimen de separación de bienes. Las razones de la sustitución del régimen de gananciales por el de separación pueden ser variadas pero fuera cual fuera la causa, estábamos en una situación en la que la mujer contribuía al levantamiento de las cargas del matrimonio *tan solo* con su dedicación a los hijos y al hogar mientras que el varón lo hacía *solo con su trabajo fuera de la casa*; sociológicamente, no legalmente, seguía siendo el jefe de la familia.

En este escenario de diversidad por razón de género no era necesario un factor de corrección para proteger a la mujer: el matrimonio era para toda la vida, sólo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges; de manera, que la esposa, a pesar de que en este régimen no comparta o participe en las ganancias del otro, a la disolución del matrimonio por muerte del marido, tenía derechos legales en su sucesión y, en su caso, pleno exclusivo derecho al cobro de una pensión de viudedad.

Esta situación se ve modificada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, *ya que sea cual sea la forma y el tiempo de la celebración del matrimonio, éste se disuelve por el divorcio* (art. 85 Cc.).

En efecto, la entrada en vigor de la Ley 30/1981 supuso para esos matrimonios celebrados antes de su vigencia un cambio en las reglas del juego: el matrimonio ya no era para toda la vida y, mediando separación de bienes, la mujer que sólo había contribuido a las cargas del matrimonio con su dedicación al hogar se encontraba, sin poder evitarlo, sin derechos sucesorios y acaso compartiendo con otras «esposas subsiguientes» pensiones de «viudedad».

Teniendo en cuenta esta realidad³⁷ se adopta el vigente art. 1438 Cc., en el que sólo se exige el trabajo para la casa para tener derecho a una compensación que fijará el juez, a falta de pacto, a la extinción del régimen de separación.

Como ya señalara LACRUZ, el art. 1438 Cc. estaba pensado para la mujer y en dicha norma la compensación representa «un jornal o sueldo (...) que la mujer puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio».

la aplicación directa de aquélla, algunos aún se lo cuestionaban» Cfr. CAÑIZARES LASO, Ana (2016): *Indret, enero-2016*, págs. 19 a 21.

³⁷ El legislador de 1981 tuvo en cuenta esta realidad y sobre todo la situación de la mujer en el matrimonio. Una buena justificación de esta afirmación, la proporciona la Enmienda 394 al art. 97

Eso sí, añadía «habrá de valorarse entonces el trabajo efectivamente prestado y el contravalor que representa el mantenimiento de la esposa (o del esposo) en el hogar (...)»³⁸.

Sólo en este contexto creo que puede entenderse esta norma, que no admite, literalmente, otra interpretación que la que ha hecho el TS en las referidas sentencias, cuya exégesis no se aleja, a lo que creo, de lo dicho por el maestro LACRUZ; claro que él lo escribió en 1981 y ahora estamos en el año 2016, entonces: *Quid iuris?*

B. El valor del trabajo para la casa en el siglo XXI: las premisas de las que hay que partir.

Frente a las críticas casi unánimes que ha recibido esta doctrina jurisprudencial, quisiera, por mi parte, romper una lanza en favor de lo fallado por el TS, que nos lleve a reflexionar sobre el valor del art. 1438 Cc. en el momento presente y también sobre la oportunidad de incorporar una norma semejante al Código del Derecho foral de Aragón.

En el siglo XXI la interpretación del art. 1438 Cc. tiene como premisa por una lado, el principio de igualdad que debe regir las relaciones matrimoniales sin atender al género de los cónyuges; lo que desde el año 2005 es, además, inevitable al admitirse en nuestro país el matrimonio entre personas del mismo sexo; por otro lado, hemos de tener en cuenta la obligación de compartir las responsabilidades domésticas que impone la ley a ambos cónyuges con indepen-

Cc. efectuada por Juan María Bandrés perteneciente al Grupo Mixto. En ella se proponía una nueva redacción a este precepto del siguiente tenor:

«Las mujeres que durante el matrimonio se hayan dedicado al cuidado del hogar y de la familia, no teniendo fuentes propias de ingresos, recibirán una pensión teniendo en cuenta:

- El convenio de los cónyuges, si lo hubiera.

- Las necesidades de la mujer.

Esta pensión nunca será inferior al salario mínimo interprofesional.

Será el Estado quien deberá hacer efectiva dicha pensión, encargándose a su vez de cobrársela al marido si su salario fuese igual o superior al cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

El Estado se encargará asimismo de dar a la mujer la formación profesional que le permita el acceso al mundo del trabajo».

Vid. *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios II*. Cortes Generales. Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. [1391] § 5.

La enmienda no prosperó, pero da testimonio de la finalidad que entonces perseguían estas normas, también el art. 1438 Cc. La pregunta que debemos hacernos ahora es cómo se deben interpretar estas normas en el momento presente cuando la realidad es ahora otra.

³⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis (1981): «La economía del matrimonio» en *El nuevo régimen de la familia II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, ed. cuadernos Civitas, Madrid, págs. 145 a 146.

dencia de su género (art. 68 Cc.). En corresponsabilidad con lo anterior, el art. 1318 Cc. sujeta los bienes de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas familiares.

Ahora bien, *el cómo se contribuya* a la obligación legal de los cónyuges de atender al levantamiento de dichas cargas y *cómo sea la forma de llevarlo a cabo* que bien puede ser aportando el *trabajo personal para la familia*, bien aportando *dinero y bienes*, o bien aportando *ambas cosas*; queda, en todo caso, a la libre voluntad de las partes, como reflejo de su forma de entender la familia y de atender a sus necesidades económicas.

El valor, la proporción y medida que a esta contribución quieran darle los cónyuges pueden fijarla, sea cual sea el régimen económico de su matrimonio, en capítulos matrimoniales; si nada dicen, será el derecho supletorio el que completará su voluntad en función de las normas legales (pero dispositivas) previstas por el legislador.

Si el régimen aplicable es el legal del Cc., el cónyuge que contribuyó al levantamiento de las cargas del matrimonio *sólo con su trabajo*, tendrá derecho, a la liquidación del régimen, «a la mitad del haber de la sociedad de gananciales», salvo que otra cosa se hubiera pactado³⁹, y esto no nos parece mal, ni nos sonroja.

Si pactaron el régimen de separación de bienes que regula el Código civil, y no añadieron o dijeron nada en contrario, el cónyuge que igualmente contribuyó al levantamiento de las cargas del matrimonio *solo con su trabajo*, tiene derecho a una compensación *que, por falta de pacto, fijará el juez a la extinción del régimen*. Esta norma desde luego que responde a un modelo de familia tradicional y tal vez por ello pueda (o deba) no gustar, pero la interpretación literal llevada a cabo por el TS no es incorrecta, y acaso tampoco deba sonrojarnos; porque si tan mal nos parece, basta con pactar en contrario.

Creo que esta es la clave del sistema y la que hay que explorar en este siglo XXI, presidido por la igualdad conyugal, donde ninguno de los cónyuges debe ser considerado en situación de inferioridad respecto del otro.

Ciertamente, una vez que el TS ha dicho cómo se valora el trabajo doméstico en el art. 1438 Cc., la solución al problema es fácil y está donde siempre ha estado, a saber: en el principio de autonomía de la voluntad.

³⁹ En el Cc. el art. 1404 Cc. se establece el reparto por mitad de la masa líquida de gananciales, pero dicha norma, como todo el régimen de gananciales, se aplica en defecto de pacto *ex art.* 1315 Cc. y un reparto proporcional no perjudica la igualdad de derechos entre los cónyuges *ex art.* 1328 Cc. En Aragón se admite, expresamente en el art. 267-1 CDFA.

C. *La interpretación del TS y el principio de autonomía de la voluntad*

El TS no exige en el art. 1438 Cc. ningún otro requisito que no sea la dedicación a los trabajos del hogar por parte uno de los cónyuges para que tenga lugar la compensación; cualquier otra exigencia contradice el texto de la ley.

Aun cuando pudiera ser razonable, quizás hasta conveniente legalmente, exigir la «sobre aportación» de la que habla la doctrina, la misma no cabe deducirla del texto legal, ni cabe su exigencia dentro de los cánones de interpretación del art. 3 Cc.

Ahora bien, si este es el requisito que creemos que ha de inspirar la compensación por el trabajo doméstico en el siglo XXI, es suficiente con que así lo establezcan los esposos o cónyuges en sus capítulos matrimoniales (el régimen de separación es paccionado y no legal), sin necesidad de modificar lo que dice el vigente texto legal.

En efecto, a mi juicio, creo que esto es que lo dice también el TS en interpretación del art. 1438 Cc., y acaso sea lo que menos hemos querido escuchar y tal vez sea la clave del sistema así como la solución del problema:

«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 CC 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 no retribuida o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional». [FD Segundo 2 de la S.TS 135/2015 de 26 de marzo (RJ 2015 1170 y Recurso de casación: 3107/2012)].

El TS, creo que con acierto, está recordando que en el sistema del Código civil, el régimen de separación de bienes es paccionado y no legal: son los cónyuges los que de forma voluntaria lo eligen y por ello, es a ellos a los que les corresponde determinar con qué recursos y cómo contribuyen al levantamiento de las cargas del matrimonio, pudiendo establecer si procede o no, y en su caso en cuánto y a favor de quién, dicha compensación. Si no lo hacen, debe aplicarse el art. 1438 Cc. en su literalidad.

Si en la actualidad la compensación por el trabajo doméstico nos parece anacrónica e injusta, ya que fomenta la desigualdad entre los cónyuges y responde a un modelo de familia pretérito, que clama porque dicha norma sea abrogada del Código civil, basta por ahora con excluir su aplicación o establecer ponderadamente cómo valorar el trabajo para la casa cuando sólo lo realiza uno de los esposos o lo acomete en mayor medida que el otro.

Desde esta lectura de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 1438 Cc., cobra un papel protagonista el cuerpo de notarios, a los que les va a corresponder una especial tarea de asesoramiento para los esposos que pacten en el futuro en sus capítulos el régimen económico matrimonial de separación de bienes con el objeto de informarles sobre las formas de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y a la posibilidad o no de compensación por el trabajo doméstico.

D. El art. 1438 Cc. y el Derecho civil aragonés: «Standum est chartae»

En el Derecho civil aragonés vigente, al igual que en el pasado, creo que no es necesaria la inclusión de una norma que prevea la compensación por el trabajo doméstico que venga a formar parte de la regulación del Código foral de Aragón.

La separación de bienes en el ordenamiento jurídico aragonés, al igual que en el Código civil, es un régimen paccionado, no legal, y por ello, como ya advirtió la CADC, no deben incluirse factores que lo desnaturalicen; en su caso, y si así lo quieren, deben ser los cónyuges quienes deban preverlo en sus capítulos matrimoniales. Una norma semejante al art. 1438 Cc. en Aragón, más bien contradice los principios tradicionales que informan este ordenamiento jurídico presidido por el principio de autonomía de la voluntad.

A estos efectos, conviene recordar que en Francia, Italia o Alemania, países en los que el régimen de separación de bienes es también paccionado, no existe la compensación por el trabajo para la casa, siendo este tan sólo una forma de contribución a las cargas del matrimonio⁴⁰ y también podemos pensar, que nada

⁴⁰ Art. 1537 Cc. Francés; arts. 215 y ss. Cc. Italiano; § 1414 BGB. En estos regímenes jurídicos, al igual que en el sistema del Código civil, el régimen de separación de bienes es paccionado y no se

impide ni a franceses, italianos o alemanes, pactar, si quieren, una compensación por el trabajo doméstico, acaso si alguno de ellos se dedica solo al ámbito de lo doméstico o acaso en mayor proporción que el otro; de esta posibilidad esto no hay sin ninguna duda en Aragón (art. 204 en relación con el art. 187 CDFA).

Sólo, como también ha recordado el TS, cuando el régimen de separación de bienes es legal, cabe pensar que sea el legislador el que incluya factores de mitigación o compensación de esa independencia económica como hace el legislador catalán o el valenciano (FD Séptimo de la STS de 26 de marzo de 2015) o también recuerda SANTOS MORÓN que sucede en Inglaterra y Gales, donde no hay régimen de comunidad, y llegado el divorcio, es posible con base en *la Matrimonial Causes Act de 1973* redistribuir los bienes adquiridos por uno o ambos cónyuges durante el matrimonio conforme a un principio de división igualitaria con el fin de garantizar la satisfacción de las necesidades familiares⁴¹.

En estos casos, como también dice SANTOS MORÓN, en los que el régimen de separación es legal, puede acaso tener sentido esta compensación prevista por el legislador, pero no tiene sentido, sigue diciendo la autora, cuando este régimen es paccionado: «por qué ha de limitarse la posibilidad de los cónyuges de excluir, de manera voluntaria, recíprocamente de sus ganancias al otro. Y tampoco veo por qué, si la decisión, a la postre, resulta ser equivocada (porque uno de los cónyuges, pese a optar voluntariamente por dicho régimen económico, se dedica al cuidado del hogar), debe protegerse a aquel que tomó una decisión des acertada, a menos que concurren los requisitos necesarios para invalidar, en su caso, las capitulaciones matrimoniales otorgadas (art. 1335 C.c.)»⁴².

Creo, para concluir estas reflexiones, que el legislador aragonés en el año 2003 acertó al no traer a Aragón una norma advenediza que mal encaja en un ordenamiento presidido por el principio de autonomía de la voluntad.

El trabajo para la casa es, en pie de igualdad con el trabajo fuera de ella, una forma de contribución a las cargas del matrimonio; si, además, puede ser un título para obtener una compensación en favor de uno de los cónyuges por su sola o su mayor dedicación a la familia, es algo que deben decidir los cónyuges expresamente en sus capítulos matrimoniales; nada al respecto debe decir el legislador.

prevé ninguna compensación por el trabajo doméstico ni ningún otro sistema de compensación o participación en las ganancias del otro; para ello ya está el régimen de comunidad, que es, como en el Código civil español, el legal.

⁴¹ Vid. Sobre esta situación en Inglaterra y Gales, el análisis de la profesora Santos Morón, de quien he tomado los datos, y la bibliografía por ella indicada. Cfr. SANTOS MORÓN (2015): *Indret 1/2015*, págs. 38 a 41.

⁴² SANTOS MORÓN, María José (2015): *Indret 1/2015*, pág. 41.

Para finalizar, quiero traer a colación la Enmienda Núm. 532, presentada por D. Óscar Alzaga Villamil⁴³, del Grupo Centrista-UCD quien, como primer firmante, en la tramitación parlamentaria del art. 1438 Cc. propuso suprimir la compensación por el trabajo doméstico del art. 1438 Cc. proponiendo la siguiente redacción:

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

Su Justificación fue la siguiente:

«Se debe suprimir la última frase porque aunque la idea es razonable, al hacer esa liquidación o se regula adecuadamente o será una fuente inagotable de litigios y obligará a hacer liquidación del régimen de separación, lo cual es caso ininteligible. Madrid, 18 de octubre de 1979».

El tiempo ha demostrado que no le faltaba razón: ¿de verdad queremos el art. 1438 Cc. para Aragón?

⁴³ Vid. *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios I*. Cortes Generales. Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. [381] §4.