



Roj: **STS 31/2022 - ECLI:ES:TS:2022:31**

Id Cendoj: **28079110012022100013**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2022**

Nº de Recurso: **2040/2021**

Nº de Resolución: **18/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TO 144/2021,**
STS 31/2022,
AATS 1089/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 18/2022

Fecha de sentencia: 13/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2040/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE TOLEDO. SECCION 1ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EMGG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2040/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 18/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 13 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por doña Mónica, representada por la procuradora doña Teresa Dorrego Rodríguez y bajo la dirección letrada de don José Francisco Dorrego Rodríguez, contra la sentencia n.º 5/2021, dictada con fecha 20 de enero de 2021 por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) en el recurso de apelación núm. 702/2020, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 570/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000. Ha sido parte recurrida, don Candido, representado por la procuradora doña Montaña Villegas Zapardiel, bajo la dirección letrada de don David Cazorla Maestro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La procuradora doña Teresa Dorrego Rodríguez en nombre y representación de doña Mónica, presentó una demanda de divorcio y medidas provisionales coetáneas frente a su esposo, don Candido.

Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"[...] Se declare el divorcio de los esposos D.ª Mónica y D. Candido, oficiándose al Registro Civil de DIRECCION001 (Toledo), para la anotación de su parte dispositiva en la inscripción del matrimonio, y se acuerden las siguientes medidas definitivas:

"1. Atribución de la guarda y **custodia** de las hijas menores Trinidad y Vanesa a la demandante, quedando la patria potestad **compartida** por ambos progenitores.

" 2. Fijación de un derecho de visitas del demandado conforme al que el progenitor demandado podrá tener en su compañía a las hijas menores:

" Fines de semana: Un fin de semana alterno, desde el viernes a la salida del centro escolar donde cursen sus estudios, hasta el domingo a las 21:00 horas. Los festivos unidos o próximos al fin de semana siempre que el día intermedio sea no lectivo, se entenderán incorporados a éste, permaneciendo las menores con el progenitor al que correspondiera disfrutar de ella el precitado día de la semana.

"Vacaciones escolares:

"Verano: El periodo de vacaciones escolares de verano correspondiente a los meses de julio y agosto se repartirán en dos periodos: el primero comprenderá las dos primeras quincenas de julio y agosto (desde el día 1 de julio a las 12:00 horas hasta el día 15 a las 21 horas) y el segundo las dos segundas quincenas de dichos meses (desde el día 15 a las 21:00 horas hasta el día 31 a las 21:00 horas), que se distribuirán entre los progenitores, a convenir entre éstos con una antelación mínima de un mes. En caso de desacuerdo, la madre elegirá los años impares y el padre los pares el disfrute del período vacacional que corresponda, preavisando a otro con la misma antelación de un mes indicada.

" Navidad: Se partirán en dos periodos, uno desde la salida del centro escolar de las menores el día de inicio de las vacaciones escolares, hasta el día 30 de diciembre a las 12:00 horas y, un segundo período, desde las 12:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 21,00 horas del día anterior al comienzo de la actividad escolar, que igualmente se distribuirán entre ambos padres de común acuerdo, correspondiendo, en caso de desacuerdo, elegir el período a la madre los años impares y al padre los pares, con el mismo preaviso de un mes indicado anteriormente,

" Semana Santa: Las vacaciones escolares de Semana Santa se distribuirán en dos periodos: el primero desde la salida del centro escolar de las menores el día de inicio de las vacaciones escolares hasta las 21:00 horas del miércoles siguiente y el segundo desde las 21:00 horas de dicho día hasta las 21:00 horas del día anterior al inicio de la actividad escolar, pudiendo distribuirse, de común acuerdo entre los progenitores el disfrute de uno u otro período vacacional con las hijas correspondiendo, en caso de desacuerdo, la elección del mismo a la madre en los años impares y al padre los años pares, preavisando al otro con un mes de antelación la elección del período de disfrute.

" 3. El uso de la hasta ahora vivienda familiar le corresponde a D. Candido.

" 4. Sendas pensiones alimenticias, a favor de Trinidad y Andrea, de seiscientos euros mensuales (600,00 €/mes) para cada una, a cargo del demandado D. Candido, pagaderas por meses anticipados, mediante ingreso en la cuenta corriente que designe la madre y actualizables anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, u organismo



oficial que lo sustituya. Los gastos extraordinarios, serán abonados por ambos cónyuges, haciendo frente el demandado al 80 % de los mismos, sufragando el resto la madre.

" 5. Establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la demandante D.^a Mónica de quinientos euros mensuales (500,00 €/mes), durante el plazo de seis años a cargo del demandado D. Candido, pagadera por meses anticipados, mediante ingreso en la cuenta corriente que designe la actora y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, u organismo oficial que lo sustituya.

" 6. Extinción del régimen económico matrimonial, fijando a favor de D.^a Mónica como compensación económica por el trabajo para la familia aportado por la esposa, al haberse extinguido el régimen de separación absoluta de bienes, la cantidad de doscientos veintiséis mil ochocientos euros (226.800,00 €). La referida cantidad deberá ser abonada por el demandado en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de la sentencia que se dicte, momento a partir del cual, si no ha sido abonada devengará a favor de la acreedora el interés legal hasta su completo pago.

"Y todo ello con imposición de costas a la parte demandada en caso de oposición.

A su vez, interesa a través de otrosí, la adopción de medidas provisionales coetáneas derivadas de la admisión a trámite de la demanda.

SEGUNDO. Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de DIRECCION000, se registró como juicio verbal de divorcio contencioso n.º 570/2019. Una vez fue admitida a trámite se dispuso el emplazamiento al cónyuge demandado para que compareciera en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma. Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez dictó sentencia de fecha 26 de febrero de 2020, con el siguiente fallo:

"FALLO:

" Se estima parcialmente la demanda presentada ante este Juzgado a instancia de la procuradora Dña. Teresa Dorrego Rodríguez, en nombre y representación de Dña. Mónica, con la asistencia letrada de D. José Francisco Dorrego Rodríguez, frente a D. Candido, representado por la procuradora Dña. Montaña Villegas Zapardiel y asistido por el letrado D. David Cazorla Maestro, con la intervención del Ministerio Fiscal de manera que

"1. Se declara la disolución por divorcio del matrimonio contraído por Dña. Mónica y D. Candido el 15/09/01, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, en particular, entre otros, la declaración de extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

" Una vez firme la presente, expídase el oportuno mandamiento al Registro Civil a efectos de práctica de la anotación registral correspondiente respecto a la declaración de divorcio contenida en el presente y en relación con la inscripción registral del matrimonio de las partes.

" 2. Se acuerda la adopción de las siguientes medidas definitivas:

"1. Ejercicio compartido por ambos progenitores de la patria potestad sobre las dos hijas menores comunes Trinidad, nacida el NUM000 /03, y Andrea, nacida el NUM001 /06.

"2. Atribución a la madre de la guarda y **custodia** de las dos hijas menores comunes.

"3. Fijación de régimen de visitas del padre a las hijas menores comunes consistente en:

"3.1 Durante los periodos lectivos escolares: fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar, hasta el domingo a las 21:00 horas; los festivos unidos o próximos al fin de semana, siempre que el día intermedio sea no lectivo, se entenderán incorporados a dicho fin de semana, permaneciendo las menores con el progenitor a cuyo cargo estuvieran dicho fin de semana.

"3.2 Durante los periodos vacacionales escolares:

"a) Navidad: se dividirá en dos periodos, uno desde la salida del centro escolar el día de inicio de las vacaciones hasta el 30 de diciembre a las 12:00 horas y el segundo hasta las 21:00 horas del día anterior al comienzo de la actividad escolar; a falta de acuerdo entre los progenitores, corresponde a la madre la elección los años impares y al padre los años pares, con preaviso de un mes.

"b) Semana Santa: se dividirá en dos periodos, el primero desde la salida del centro escolar el día de inicio de las vacaciones escolares hasta las 21:00 horas del miércoles siguiente y el segundo hasta las 21:00 horas del día anterior al comienzo de la actividad escolar; a falta de acuerdo entre los progenitores, corresponde a la madre la elección los años impares y al padre los años pares, con preaviso de un mes.



"c) verano: comprensivo de los meses de julio y agosto, se dividirá en dos periodos, el primero las dos primeras quincenas de julio y agosto (desde el día 1 de julio a las 12:00 horas hasta el día 15 a las 21:00 horas) y el segundo comprenderá las dos segundas quincenas de dichos meses de julio y agosto (desde el día 15 a las 21:00 horas hasta el día 31 a las 21:00 horas); a falta de acuerdo entre los progenitores, corresponde a la madre la elección los años impares y al padre los años pares, con preaviso de un mes.

"4. Atribución al demandado del uso de la vivienda familiar.

"5. Fijación de pensión de alimentos de las dos hijas comunes a cargo del padre por importe de 300,00 euros/mes para cada una de ellas (es decir, un total de 600,00 euros/mes para ambas), a satisfacer por el padre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre, con actualización anual conforme a las variaciones del IPC o índice que lo sustituyera.

"6. Asunción por el padre del 60% de los gastos extraordinarios de las dos hijas comunes y por la madre el 40% restante; a falta de acuerdo, será necesaria autorización judicial; así mismo, a falta de acuerdo, se entenderán incluidos en tal concepto los gastos médicos y de salud no cubiertos por la Seguridad Social, los gastos escolares y de educación, incluidos los de comienzo del curso escolar, y las actividades extraescolares.

"7. Fijación de pensión compensatoria a favor de la actora y a cargo del demandado por importe de 200,00 euros/mes durante un año, a satisfacer dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la actora, con actualización anual conforme a las variaciones del IPC o índice que lo sustituyera.

8. Fijación de compensación a favor de la actora y a cargo del demandado por importe de 122.790,88 euros conforme al artículo 1.438 del Código Civil, a satisfacer por el demandado en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente resolución, sin que proceda acordar el devengo de intereses legales solicitado por la parte actora, quedando a salvo los intereses de la mora procesal conforme al artículo 576 de la LEC.

" No se efectúa expresa imposición de costas procesales".

Con fecha 22 de junio de 2020 se dictó auto de aclaración de la sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

"Se estima íntegramente la solicitud formulada por D.ª Teresa Dorrego Rodríguez, en nombre y representación de Dña. Mónica de complemento de la Sentencia n.º 18/2020, de fecha 26/02/2020 dictada en el presente proceso, de modo que en el número 5 del Fallo relativo a la fijación de pensión de alimentos de los hijos comunes, tras la determinación del importe de la pensión, SE AÑADE "con devengo desde la interposición de la demanda".

TERCERO. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Candido . Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria que se opuso y, a su vez, impugnó la sentencia recurrida. Previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Toledo, correspondiendo la tramitación y resolución del mismo a la Sección Primera, que dictó la sentencia n.º 5/2021 de fecha 20 de enero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO:

"Que estimando el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Candido y desestimando el interpuesto por la representación procesal de Mónica , debemos revocar y revocamos en parte la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de los de DIRECCION000 , con fecha 26 de febrero de 2019, en el procedimiento núm. 570/2019, de que dimana este rollo, y en su lugar absolvemos al demandado de la pretensión de abono de una compensación, por dedicación a la familia, concedida en favor de Mónica , confirmando la sentencia en todo lo demás; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso interpuesto por el demandado, con devolución del depósito para recurrir, y con imposición a la parte actora de las causadas por su recurso".

CUARTO. Contra esta sentencia, la representación procesal de Mónica interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1. Invoca un único motivo para la interposición del recurso extraordinario por Infracción procesal, que introduce con el siguiente encabezamiento:

"Único. - Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración, en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la constitución española, por infracción procesal en relación con la valoración de la prueba".

2. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto por el art. 477, apartado 2, ordinal 3º de la LEC, en relación con el apartado 3, fundamentado en un único motivo que introduce con el siguiente encabezamiento:



"ÚNICO. - Al amparo del artículo 477.2. 3º, en relación con el artículo 477.3, ambos de la LEC, amparado en la existencia de interés casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la infracción de la jurisprudencia que interpreta el artículo 1438 del Código Civil."

QUINTO. Recibidas las actuaciones en esta Sala, por auto de fecha 7 de julio de 2021 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuestos, confiriéndose traslado del citado auto de admisión a la parte recurrida para que formalizara oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, en el que solicita la desestimación íntegra de los dos recursos al considerar que concurren causas de inadmisión y, para el caso de no atenderse esta petición, solicita subsidiariamente la desestimación en cuanto al fondo, declarando la firmeza de la sentencia y con expresa condena en costas a la parte recurrente.

SEXTO. Por providencia de fecha 11 de noviembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 22 de diciembre de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. En la demanda de divorcio que dio inicio al proceso en el que se interpone el presente recurso de casación, D.^a Mónica, que estaba casada en régimen de separación de bienes con D. Candido, solicitó, entre otras medidas definitivas que ahora no son del caso, que se fijara a su favor "[c]omo compensación económica por el trabajo para la familia aportado [...], al haberse extinguido el régimen de separación absoluta de bienes, la cantidad de doscientos veintiséis mil ochocientos euros (226.800,00 €)".

2. El demandado se opuso a la solicitud e interesó que se acordara lo siguiente:

"[N]o corresponde el establecimiento de compensación del artículo 1.438 del Código Civil en favor de la demandante [...]

Subsidiariamente [...] se solicita sea fijada dicha compensación en la cantidad de 3.601'72 euros, [...]"

3. La sentencia de primera instancia dedica su fundamento de derecho séptimo a la solicitud de compensación formulada por la actora.

El juzgado considera, en primer lugar, que, extinguido el régimen económico-matrimonial de separación de bienes:

"[p]rocede atender la referida previsión del artículo 1.438 del Cc".

A continuación, en relación con el *factum* del caso, declara:

"[s]e considera probado trabajo de la actora para la casa en los términos del artículo 1.438 del Cc desde la fecha de celebración del matrimonio en el año 2001 hasta la fecha de incorporación al colegio de la hija menor, es decir, mes de septiembre de 2009, en concepto de trabajo de dedicación total al hogar.

"Así mismo, desde octubre de 2009 hasta la separación de hecho de ambos cónyuges (mayo-junio de 2019 según la actora o 1/07/19 según el demandado) [...], habría sido la actora la que habría asumido de hecho en su mayor parte el cuidado de las dos hijas menores comunes y la atención del trabajo del hogar, compatibilizando tales atenciones con su propio trabajo a partir del 1/12/17, si bien en este segundo periodo desde octubre de 2009 las dos hijas menores comunes asistirían a centro escolar, motivos por los que se considera adecuado valorar en un 70% el trabajo para la casa de la actora en dicho segundo periodo".

Seguidamente, adoptando como referencia la sentencia de la sala 534/2011, de 11 de julio:

"[c]onsidera adecuado fijar la compensación prevista por el artículo 1.438 del Cc tomando como criterio el sueldo que se habría satisfecho a una tercera persona como empleada de hogar, teniendo en cuenta que se trataría del salario mínimo interprofesional correspondiente a cada año, así como la previsión normativa del artículo 8.4 del Real Decreto 1.620/2011 [...]"

Acto seguido, expone las directrices de la cuenta que debe llevarse a cabo:

"[A]sí, respecto al periodo comprendido desde octubre de 2001 hasta septiembre de 2009, se considera que para el cálculo de la compensación procede multiplicar por catorce pagas el importe del salario mínimo interprofesional (en adelante, SMI) mensual correspondiente a cada año de trabajo de la actora para la casa; respecto al año 2001, tratándose de octubre a diciembre, incluida una paga extra, procede multiplicar por cuatro



el importe del SMI mensual; así mismo, respecto al año 2009, tratándose de enero a septiembre, incluida (sic) una paga extra, procede multiplicar por diez el importe del SMI mensual.

"Respecto al periodo comprendido desde octubre de 2009 hasta junio de 2019, conforme a lo expuesto, se considera proporcionada su valoración en el 70% del valor correspondiente según el criterio destacado; respecto al año 2009, tratándose de octubre a diciembre, incluida (sic) una paga extra, procede multiplicar por cuatro el importe del SMI mensual; así mismo, respecto al año 2019, tratándose de periodo de enero a junio, incluía (sic) una paga extra, procede multiplicar por siete el importe del SMI".

Prosigue con los detalles aritméticos de la operación, y, finalmente, concluye que:

"[C]onforme a lo expuesto, se considera que procede fijar la compensación a favor de la actora prevista por el artículo 1.438 del Cc en la cantidad de 122.790,88 euros".

4. Interpuesto recurso de apelación por el demandado e impugnada la resolución por la actora, la Audiencia dicta sentencia en la que, estimando el recurso y desestimando la impugnación, acuerda absolver al demandado:

"[d]e la pretensión de abono de una compensación, por dedicación a la familia, concedida en favor de Mónica".

La razón de la decisión se expone en el fundamento de derecho segundo de la sentencia. En él, tras afirmar que:

"[E]n el fondo ambos recursos coinciden en situar su discrepancia con la sentencia en que se ha producido un error en la valoración de la prueba".

Y también que:

"[A]cerca de la compensación a que, sobre la base del art. 1438 del Código Civil, tiene derecho el cónyuge que casado en régimen de separación de bienes se ha dedicado al cuidado de la familia el T.S. ha establecido ya una doctrina, que se recoge en la sentencia de instancia, de la que es un claro ejemplo la sentencia 136/2017 de 28 de febrero [...]".

La Audiencia declara:

"[A]sí pues, como se ve son dos las condiciones que se han de dar de modo conjunto, la dedicación a la familia y que sea exclusiva, esto es, que no se compagine con ningún tipo de actividad laboral salvo, como señala la sentencia, que se trate de algo esporádico y que se refiera la participación en el negocio que el otro cónyuge regente.

"Pues bien, no le falta razón al demandado recurrente cuando señala que el auto carece de una explicación sobre las bases que la juez a quo ha tomado en consideración para establecer el derecho de la demandante a percibir la compensación por su dedicación a (sic) familia. Así no se indica nada acerca de la actividad laboral que ha desarrollado, ni la incidencia que ello puede tener.

"Si examinamos la documentación que a la demanda se acompaña vemos, que la Sra. Mónica cuenta con un contrato de trabajo desde el cinco de abril de dos mil diecinueve, documento trece. Que según (sic) la vida laboral, documento catorce, desde el 1 de diciembre de 2017 hasta el 27 de junio de 2019 estuvo de alta en el régimen general de trabajadores autónomos en la actividad de venta de carne al por menor, y de forma continuada.

"Es decir, que en este caso no se da la condición de que la contribución a las cargas del matrimonio haya sido solo con su dedicación a la familia por lo que no procede el establecer la indemnización que se ha reconocido".

5. Disconforme con la sentencia anterior la actora-impugnante, ahora recurrente, ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

6. El demandando-apelante, ahora recurrido, ha interesado la desestimación de los dos recursos al considerar que concurren causas de inadmisión del recurso de casación. Y, subsidiariamente, para el caso de desestimarse la solicitud de inadmisión, ha formulado oposición de fondo al recurso de casación.

7. Al alegarse causas de inadmisión del recurso de casación, procede su examen previo, pues conforme a la regla 5.ª del apdo. 1. DF. 16.ª LEC la inadmisión del recurso de casación determinaría la del recurso extraordinario por infracción procesal (sentencias 23/2021, de 25 de enero, 453/2020, de 23 de julio y 147/2020, de 4 de marzo, entre otras).

SEGUNDO. El recurso de casación se funda en un motivo único que denuncia la infracción del art. 1438 CC y la vulneración de la doctrina reflejada en las sentencias 658/2019, de 11 de diciembre, y 252/2017, de 26 de abril, que la recurrente estima conculcada al considerar la sentencia recurrida que "[n]o tiene derecho a la compensación del artículo 1438 que le fue reconocido en la sentencia de instancia por haber estado dada de



alta como autónoma desde el 1 de diciembre de 2017 a 27 de junio de 2019 en la actividad de venta de carne al por menor, es decir en la actividad que ejerce el otro cónyuge, Don Candido , que regenta una carnicería desde el año 1992, o lo que es lo mismo, por estar dada de alta de forma continuada en la actividad del negocio familiar durante el último año y medio de los dieciocho años que duró el matrimonio". La recurrente solicita por ello la casación de la sentencia impugnada con la consiguiente desestimación del recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrido y por ende la confirmación de la sentencia de primera instancia.

El recurrido alega que el recurso de casación es inadmisibile:

(i) Porque el juzgador de primera instancia, no obstante haber acordado durante el acto del juicio dejar fuera del objeto del proceso la petición de compensación que, al amparo del art. 1438 CC, había formulado la recurrida, se pronunció sobre ella en sentido parcialmente estimatorio en la sentencia, produciéndose de esta forma "[u]na incongruencia mayúscula entre lo acordado [...] en el acto de juicio y la sentencia dictada en lo que a ese aspecto concreto se refiere, provocando una clara y también evidente indefensión a esta parte por no respetar la tutela judicial efectiva, juzgando algo que no fue objeto de juicio [...]".

A lo anterior, el recurrido añade que en su recurso de apelación puso de manifiesto estos hechos y que la Audiencia le absolvió de pagar la compensación, pero sin entrar a valorar lo actuado por el juzgado, por lo que "[s]i se accediera por el Tribunal Supremo a dar conformidad a las pretensiones de la otra parte, la indefensión que se [...] le causaría] sería indiscutible, desde todos los puntos de vista. Y por ello, no puede ser admitido como motivo casacional una petición formulada por la otra parte en su escrito de demanda que no fue objeto del procedimiento principal por decisión del Tribunal de Primera Instancia".

(ii) Y, además, porque "[l]a parte recurrente no ha acreditado debidamente el interés casacional que, al amparo del artículo 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite tomar en consideración el motivo de casación, por cuanto ha quedado debidamente fundamentada en la Sentencia de la Audiencia Provincial objeto de recurso la consonancia de la sentencia dictada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la cuestión de fondo, relativa a la compensación fijada por el artículo 1.438 del Código Civil, no dándose por tanto este requisito de interés casacional".

TERCERO. Las causas de inadmisión alegadas se rechazan.

(i) La primera por lo siguiente: el recurrido solicitó en su recurso de apelación que el pronunciamiento condenándole a satisfacer a la actora la suma de 122.790,88 euros, en concepto de compensación del art. 1438, se dejara sin efecto "[p]or haber acordado su señoría, en el acto de la vista, que dicha solicitud no integraba el objeto del proceso objeto de este recurso de apelación"; articulando, como petición subsidiaria de primer grado, "que no corresponde el establecimiento de compensación del artículo 1.438 del Código Civil en favor de la demandante [...]", y además, como petición subsidiaria de segundo grado, para el caso de ser rechazada dicha denegación, "que sea fijada dicha compensación en los términos señalados en este escrito de recurso de apelación", es decir, en la suma de 3601,72 euros.

La Audiencia ha estimado la petición subsidiaria de primer grado y no se ha pronunciado expresamente, tal y como el propio recurrido pone de manifiesto, sobre la petición principal. Que se trate de una desestimación tácita o de una incongruencia por omisión de pronunciamiento, lo mismo da. Lo relevante es que quien fue apelante no es ahora recurrente. El apelante ahora es recurrido porque ha consentido la sentencia y admitido, por lo tanto, que la Audiencia examinará y resolviera, como el juzgado había hecho antes, sobre el fondo de la cuestión. Es decir, sobre la procedencia o no de reconocer a la actora la compensación que pretendía. Tras ello, ya no cabe sostener que "[n]o puede ser admitido como motivo casacional una petición formulada por la otra parte en su escrito de demanda que no fue objeto del procedimiento principal por decisión del Tribunal de Primera Instancia". La Audiencia se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión. El apelante, al no recurrir, ha mostrado su aquiescencia. Por lo tanto, ya no puede excluir que dicho pronunciamiento sea objeto del juicio de casación.

(ii) Y la segunda, porque en el escrito de interposición del recurso de casación se identifica de forma clara y suficiente el problema jurídico planteado y se cita tanto la norma infringida como la doctrina jurisprudencial que, por lo que razonadamente se expone, se considera conculcada. Lo que resulta suficiente para admitir el recurso y examinar si la sentencia impugnada ha incurrido en la infracción legal y en la vulneración de la doctrina jurisprudencial que han sido denunciadas.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO. *Motivo del recurso. Alegaciones del recurrido. Decisión de la sala*

Motivo del recurso



1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en un motivo único que se introduce con el siguiente encabezamiento: "Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración, en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la constitución española, por infracción procesal en relación con la valoración de la prueba".

En su desarrollo, la recurrente alega que: "[d]e los 18 años que duró el matrimonio, conta (sic) documentalmente, en el documento 14 de la demanda, es decir la vida laboral que durante algo más de 16 años [...] no ha ejercido actividad laboral alguna y tan solo consta que durante aproximadamente el último año y medio del matrimonio estuvo de alta como autónoma en la actividad del negocio familiar (venta de carne al por menor o lo que es lo mismo, carnicería)"; y que "[L]a sentencia de la Audiencia Provincial [...] al valorar la vida laboral, documento 14 de la demanda, incurre en un error patente y contrario a la lógica y a la racionalidad [...] puesto que lo que se está diciendo en la sentencia es que [...] no se ha dedicado en exclusiva al cuidado de la familia porque de los 18 años que ha durado el matrimonio, el último (sic) año y medio de ese periodo, ha estado dada de alta de forma continuada en la actividad del negocio del otro cónyuge [...]".

Alegaciones del recurrido

2. El recurrido, en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal, ha planteado su inadmisión como consecuencia de la inadmisión del recurso de casación -que como acabamos de razonar no procede-. Pero no ha formulado ninguna otra alegación.

Decisión de la sala

3. Lo que se alega en el motivo no integra un supuesto de error en la valoración de la prueba. Es más, la Audiencia no disiente de la recurrente cuando consigna, a la vista del documento núm. 14, relativo a su vida laboral, que esta, desde el 1 de diciembre de 2017 hasta el 27 de junio de 2019, estuvo dada de alta como autónoma en la actividad de venta de carne al por menor. En la valoración del documento, por lo tanto, no existe divergencia alguna. En lo que discrepan es en la valoración jurídica del hecho que, a tenor del documento, ambas aceptan como probado. La Audiencia considera que el alta referida es una de las circunstancias que impide que pueda establecerse la compensación del art. 1438 CC a favor de la recurrente. Mientras que esta considera, contrariamente, que no puede privarle de dicha compensación.

Que la compensación proceda o no es el resultado de una valoración jurídica no fáctica. Por lo tanto, la discrepancia no es de hecho, sino de derecho. Lo que se cuestiona es una valoración jurídico-sustantiva que no cabe revisar en el marco impropio del recurso extraordinario por infracción procesal, sino que debe ser examinada y decidida en el propio del recurso de casación, en el que la recurrente reproduce la cuestión.

En conclusión, procede desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación

TERCERO. *Motivo del recurso. Alegaciones del recurrido. Decisión de la sala*

Motivo del recurso

1. Como decíamos, el recurso de casación se funda en un motivo único que denuncia la infracción del art. 1438 CC y la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta y aplica en cuanto establece que "[l]a colaboración en actividades profesionales o negocios familiares puede interpretarse como trabajo para el hogar que da derecho a compensación [...]". La recurrente cita las sentencias de la sala 658/2019, de 11 de diciembre, y 252/2017, de 26 de abril.

Alegaciones del recurrido

2. El recurrido se opone al recurso alegando que "la decisión [...] de cómo iban a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio fue adoptada de mutuo acuerdo en la escritura de capitulaciones matrimoniales [...]"; que "[E]n virtud de ese acuerdo, y por decisión propia, la demandante contribuyó con el trabajo doméstico al levantamiento de las cargas, mientras que [...] él] ha realizado aportaciones económicas procedentes de su trabajo [...]"; que "[h]a sido muy inferior la contribución de la demandante al sostenimiento de las cargas familiares respecto de la participación en las mismas que ha practicado [...] él], no justificándose por tanto el derecho de solicitar la compensación prevista por el artículo 1438 del código Civil, que procede cuando el valor del trabajo en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge [...]"; y que "[e]l trabajo para la casa no tiene por qué generar, por sí solo, un derecho a la compensación, con carácter absoluto y en todos los supuestos; el trabajo doméstico es la contribución de uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio. Se generará ese derecho a ser compensado si se prueba que el cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico ha sufrido un detrimento en su patrimonio,



o en sus expectativas profesionales, consecuencia directa de esa dedicación, o ha contribuido en exceso en comparación con su esposo, situaciones que en este caso no se han producido [...]".

Decisión de la sala

3. Sobre la norma contenida en el art. 1438 CC y, más concretamente, sobre su último inciso, hemos dicho:

En la sentencia 534/2011, de 14 de julio:

"[E]l 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 [...]"

"Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º 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 [...]"

"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 cantidad 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".

En la sentencia 16/2014, de 31 de enero:

"[I]a regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de "desigualdad peyorativa", lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe [...]".

En la sentencia 135/2015, de 26 de marzo:

"[... la sala] por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento".

Y en la sentencia 252/2017, de 26 de abril:

"[E]n la realidad social actual [...] parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia [...]"

"[e]sta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias [...] puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión "trabajo para la casa" contenida en el art. 1438



CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar [...].

"Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta sala [...] al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado "por cuenta ajena".

"[I]a Audiencia Provincial realiza una valoración razonable al tener en cuenta, a efectos de la compensación que reconoce, tanto los períodos en los que la esposa ha contribuido a las cargas familiares con el trabajo para la casa de forma plena, como aquellos en los que ha trabajado en el negocio familiar y que pondera en atención a que su dedicación durante estos períodos era parcial en atención a las circunstancias concurrentes [...]."

4. La aplicación al caso de la doctrina anterior determina la estimación del motivo.

La Audiencia no niega que la recurrente y el recurrido estaban casados en régimen de separación de bienes y que dicho régimen se extinguió al disolverse el matrimonio por divorcio. Ni que, desde la fecha de celebración del matrimonio (el 15 de septiembre de 2001) hasta el momento de la separación de hecho (que tuvo lugar no más tarde del 1 de julio de 2019), la recurrente estuvo dedicada al trabajo para la casa. Ni, tampoco, que dicha dedicación fue exclusiva, al menos, hasta el 1 de diciembre de 2017.

Sin embargo, deniega la compensación, porque la recurrente cuenta con un contrato de trabajo desde el mes de abril de 2019 y porque estuvo dada de alta como autónoma en la actividad de venta de carne al por menor desde el 1 de diciembre de 2017 hasta el 27 de junio de 2019. De lo que concluye que no concurre una de las condiciones necesarias para reconocer el derecho a la compensación del art. 1438 CC: "que la contribución a las cargas del matrimonio haya sido solo con su dedicación a la familia".

El razonamiento soslaya no solo que el alta de la recurrente como autónoma en la actividad de venta de carne al por menor se produjo en el negocio del recurrido, sino también que aquella, no obstante el alta, nunca llegó a trabajar en dicho negocio. Que el alta de la recurrente se produjo como autónoma colaboradora en la carnicería de su marido y que aquella nunca llegó a trabajar en la misma es algo en lo que las partes están conformes, aunque hayan disentido sobre cuál fue la razón de tal alta: que el recurrido pudiera desgravarse determinados gastos, que es lo que sostiene la recurrente, o que esta pudiera aumentar su cotización y de esta forma resultar beneficiada, que es lo que mantiene el recurrido. Es claro, por lo tanto, que el alta en cuestión carece de virtualidad, a tenor de la doctrina anotada, para denegar el derecho a obtener la compensación.

Y lo mismo se debe decir del contrato de trabajo de abril de 2019, puesto que el hecho de que la recurrente no se haya dedicado en exclusiva al trabajo del hogar durante tres meses, lo que ni siquiera ha negado (ya en la demanda afirmó que desde el mes de abril de 2019 estaba trabajando como camarera, por cuenta ajena y a tiempo parcial, los fines de semana, percibiendo por ello un salario de entre 350 y 400 € al mes), se puede considerar para aquilatar la cuantía de la compensación, pero no para determinar la exclusión del derecho a su percepción cuando ha estado dedicada en exclusiva al cuidado de la casa y los hijos durante más de diecisiete años. Lo primero, se ajusta a nuestra doctrina. Pero lo segundo, por irrazonable y desproporcionado, no.

5. Por lo tanto, procede estimar el motivo, casar la sentencia de la Audiencia y asumir la instancia para, conforme a lo pedido por la recurrente, desestimar el recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrido y confirmar la sentencia apelada.

Dice la sentencia de la Audiencia que:

"[n]o le falta razón al demandado recurrente cuando señala que el auto carece de una explicación sobre las bases que la juez a quo ha tomado en consideración para establecer el derecho de la demandante a percibir la compensación por su dedicación la (sic) familia. Así no se indica nada acerca de la actividad laboral que ha desarrollado, ni la incidencia que ello puede tener".

A la vista del fundamento de derecho séptimo de la sentencia de primera instancia, que hemos glosado con anterioridad, hay que concluir, necesariamente, que lo que la Audiencia afirma no se ajusta a la realidad.

El juzgado considera la extinción del régimen de separación que habían convenido los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, al disolverse el matrimonio por divorcio. Considera, también, el trabajo de la recurrente para la casa desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho de los cónyuges, entendiendo que lo desarrolló en exclusiva hasta el 1 de diciembre de 2017 y, a partir de esa fecha, compatibilizándolo con su propio trabajo. Y, finalmente, fija la cuantía de la compensación en función del sueldo que se habría satisfecho a una tercera persona como empleada de hogar -criterio este que representa, como



ya hemos dicho, una de las opciones posibles y admitidas por nuestra doctrina-, pero valorando el trabajo de la recurrente para la casa desde el mes de octubre de 2009 en un 70%, que es lo que considera adecuado teniendo en cuenta, según señala, que las dos hijas menores del matrimonio asistían desde entonces a un centro escolar y que la recurrente compatibilizó la atención dedicada a la casa con su propio trabajo a partir del 1 de diciembre de 2017.

Nada puede reprochar a lo anterior el recurrido.

En primer lugar, porque concurren las condiciones que la norma establece y nuestra doctrina declara para que la recurrente tenga derecho a obtener la compensación del art. 1438 CC, que no cabe negarle apelando a criterios de proporcionalidad vinculados a las aportaciones de uno y otro cónyuge que carecen de virtualidad, puesto que, con arreglo a lo que hemos dicho, 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, bastando con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación, siendo cosa distinta la determinación de su importe.

Y en segundo lugar, porque su cuantía, a falta de acuerdo, ha sido fijada por el juez conforme a un criterio jurisprudencialmente admitido y que, además, por la forma en que ha sido aplicado, diferenciando entre dos periodos, y valorando el trabajo para el hogar en el segundo de ellos en un 70%, no cabe entender perjudicial para el recurrido. Por un lado, porque el juzgado ha entendido que la recurrente compatibilizó la atención a la casa con su propio trabajo desde el 1 de diciembre de 2017; cosa que no ocurrió, por lo que hemos dicho, hasta el mes de abril de 2019. Y la segunda, porque también ha ponderado que desde octubre de 2009 las dos hijas menores del matrimonio asistían a un centro escolar, por lo que la dedicación al hogar ya no era, aunque seguía siendo exclusiva, tan intensa como cuando no lo hacían.

TERCERO. *Costas y depósitos*

1. Al desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal procede imponer las costas de dicho recurso a la recurrente (art. 398.1 y 394.1 LEC).
2. Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).
3. Al desestimarse el recurso de apelación de D. Candido se le imponen las costas de dicho recurso (arts. 398.1 y 394.1 LEC).
4. Se dispone la devolución de la totalidad del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los constituidos para el recurso extraordinario por infracción procesal y para el recurso de apelación (disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9 LOPJ).?

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

- 1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.ª Mónica contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección Primera) el 20 de enero de 2021 (Rollo núm. 702/2020).
- 2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Mónica contra la sentencia anterior en el siguiente sentido.
- 3.º-?Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Candido contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de DIRECCION000 el 26 de febrero de 2020 (Procedimiento de Divorcio Contencioso 570/2019), que confirmamos.
- 4.º Imponer a D.ª Mónica las costas ocasionadas con el recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para interponerlo.
- 5.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes y disponer la devolución a D.ª Mónica del depósito constituido para interponerlo.
- 6.º- Imponer a D. Candido las costas ocasionadas con el recurso de apelación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ