

Roj: STS 1693/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1693
Id Cendoj: 28079119912015100019
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2609/2013
Nº de Resolución: 136/2015
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante como consecuencia de autos de juicio de separación contenciosa nº 389/2001, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Alcoy, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Ceferino , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Cayetana de Zulueta Luchisinger; siendo parte recurrida doña Carmen , representada por el Procurador de los Tribunales don Ceferino .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Silvia Teroll Calatayud, en nombre y representación de doña Carmen , interpuso demanda de juicio sobre separación matrimonial contra don Ceferino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

a).- Se declare la separación matrimonial de mí poderdante Doña Carmen de D. Ceferino , contraído el día 16 de Marzo de 1.985.

b).- Acordando además como efectos directos de dicha disolución matrimonial los siguientes :

1).- La hija menor del matrimonio, llamada Adelaida , procede continúe bajo la guarda y custodia de su madre Doña Carmen , atribuyendo la patria potestad de forma compartida entre ambos progenitores.

2).- Que se atribuya el uso y disfrute de la vivienda ultimo domicilio conyugal sito en esta ciudad de Alcoy, CALLE000 núm. NUM000 piso NUM001 , y junto con el garaje en la propia edificación, a la esposa Doña Carmen y a la hija menor así como todo el ajuar, muebles y enseres que en la misma se encuentra.

3).- En cuanto al régimen de visitas para el progenitor apartado de la custodia de la hija menor, en este caso para D. Ceferino , y habida cuenta de la edad de la hija, deberá ser la misma quien decida cuando y cuanto quiere permanecer con su padre, sin absolutamente ninguna obligación, ni limitación.

4).- El padre D. Ceferino deberá contribuir en concepto de pensión de alimentos para su hija menor, en la cantidad de SETECIENTOS EUROS MENSUALES (700 €/mes), pagaderos por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes y sujeta automáticamente y de forma anual a los incrementos o disminuciones del IPC que publica anualmente el INE, las que serán ingresadas en la cuenta que la esposa designe al efecto.

Además el Sr. Ceferino deberá abonar la totalidad de los gastos extraordinarios correspondientes a su hija.

5).- Se establezca en concepto pensión compensatoria temporal a favor de Doña Carmen y a satisfacer por D. Ceferino , la cantidad de NOVECIENTOS EUROS MENSUALES (900 € mes) por tiempo de seis años, pagaderos por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes y sujeta automáticamente

y de forma anual a los incrementos o disminuciones del IPC que publica anualmente el INE, las que serán ingresadas en la cuenta que la esposa designe al efecto.

Se peticiona que dicha pensión lo sea con efectos desde la interposición de la presente demanda.

6) Se establezca una pensión indemnizatoria a favor de Doña Carmen y a satisfacer por D. Ceferino, por importe de CIEN MIL EUROS (100.000 #).

7) Una vez firme esta sentencia, se remita testimonio de la misma al Registro Civil de esta localidad, para que se practique la anotación marginal en acta de matrimonio de los litigantes.

c).- Y con imposición de costas al demandado si se opusiere.

2.- La procuradora doña Trinidad Llopis Gomis, en nombre y representación de don Ceferino contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplican al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde:

a) La disolución del matrimonio contraído entre el actor reconviniente don Ceferino y doña Carmen .

b) La patria potestad compartida entre los progenitores sobre la hija habida del matrimonio.

c) Atribuir a la esposa la guarda y custodia de la hija menor, quedando una y otra en el uso y disfrute del domicilio conyugal privativo del esposo, y hasta tanto alcance la hija la mayoría de edad, con establecimiento de la compensación prevista en el art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Presidencia de la Generalitat Valenciana, en la cuantía que prudentemente sea fijada en sede judicial, y autorizando al esposo a retirar de la misma todas sus pertenencias personales.

d) En cuanto al régimen de visitas a favor del padre no custodio, habida cuenta de la edad de la hija, no habrá de sujetarse a ningún tipo de restricción ni limitación, debiendo la misma decidir en tal sentido.

e) Se reconozca a favor de la hija una prestación por alimentos por importe de 700 # mensuales, que será entregada a la madre dentro de los cinco primeros días del mes mediante ingreso en la cuenta bancaria que la misma designe. Dicha cantidad será objeto de revisión cada año en función de la variación que experimente el índice general de Precios al Consumo en el ámbito nacional.

Los gastos extraordinarios escolares y médicos de la hija serán satisfechos por mitad entre los padres.

F) Condenar en costas a la esposa en caso de que medie oposición a la presente demanda.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº uno de Alcoy dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2012 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO: *Que ESTIMANDO PARCIAL la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. Carmen contra don Ceferino, DEBO ACORDAR Y ACUERDO la disolución del matrimonio por divorcio de los expresados, con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:*

1º) *Patria potestad: Se atribuye a la patria potestad conjunta a los progenitores, respecto de la hija común menor de edad Adelaida .*

2º) *Guarda y custodia: Se atribuye a la progenitora doña Carmen .*

3º) *Régimen de visitas a favor del progenitor no custodio Don Ceferino : Se establece con total amplitud.*

4º) *Atribución del uso de la vivienda familiar: Se atribuya a la hija menor y a la progenitora en cuya compañía quede la vivienda sita en la CALLE000, número NUM000, piso NUM001, de Alcoy, así como el ajuar, muebles y enseres, junto con la plaza de garaje en la propia edificación.*

En cuanto a los gastos ocasionados por la vivienda, debe diferenciarse entre los gastos de uso, que se refiere a los suministros como agua, gas, luz, teléfono, entre otros, que se generan por su disfrute, y que deben ser abonados por el usuario de la vivienda, que es quien disfruta de estos servicios, que en este caso será la Sra. Carmen; y por otro lado los gastos de propiedad, como es el IBI y la tasa de recogida de basura, que deberán ser abonados por el propietario sr. Ceferino .

5º) *Pensión de alimentos: El Sr. Ceferino tendrá la obligación de abonar a favor de su hija menor, la cantidad de 700 euros mensuales. Esta cantidad se abonará por el padre en la cuenta corriente que a tal efecto designe la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes y por meses anticipados y se actualizará anualmente según la variación porcentual que experimente el IPC aprobado por el INE u organismo que lo sustituya.*

Los gastos extraordinarios necesarios relativos a la hija menor y los convenientes para su formación de mediar acuerdo o autorización judicial serán satisfechos por mitad entre los progenitores, teniendo esta consideración los gastos de salud no incluidos dentro del seguro médico (dentistas, ópticos y prótesis) y demás de carácter extraordinario, siempre que exista consentimiento de los cónyuges. No tienen la consideración de extraordinarios los gastos de matrícula, libros, uniforme, comedor y material escolar, que se encuentran incluidos dentro de la pensión de alimentos.

6º) *Pensión compensatoria: El Sr. Ceferino abonará a la Sra. Carmen , en concepto de pensión compensatoria, la cantidad de 700 euros por un plazo de 6 años a contar desde la fecha de esta resolución, sin perjuicio de que procediera antes su extinción por aplicación de las causas previstas en la legislación civil.*

La cantidad fijada deberá ser entregada en los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que la esposa indique a la parte contraria. Dicha cantidad se actualizará anualmente con acuerdo a la variación experimentada por el índice general de precios de consumo o índice equivalente, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

7º) *Compensación por trabajo para casa: Se fija en la cantidad 63.498,6 euros, que el Sr. Ceferino deberá abonar a la Sra. Carmen en la cuenta bancaria que esta designe.*

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y por mitad las comunes.

Comuníquese esta resolución, una vez firme el pronunciamiento de divorcio, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Ceferino . La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Ceferino representado por la Procuradora Sra. Mira Erauzquin contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcoy, con fecha 31 de julio de 2012 en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicho resolución en el sentido de fijar la compensación por trabajo favor de doña Carmen en la cantidad de 20.000 euros manteniendo los demás pronunciamientos de la resolución declaración sobre las costas correspondientes a este recurso.*

Dese al depósito constituido recurso el destino legal.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de don Ceferino con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Infracción del art. 1438 del Código Civil y vulneración de la doctrina jurisprudencial que fija la sentencia de 14 de julio de 2011 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de junio de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Julián del Olmo Pastor, en nombre y representación de doña Carmen , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señala para PLENO el día 25 de febrero de 2015.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación de don Ceferino formula un único motivo por errónea aplicación del artículo 1438 del Código Civil , puesto que la actividad laboral por parte de la esposa durante el régimen de separación de bienes, no admite duda, y vulneración de la jurisprudencia sentada por esta Sala en la sentencia de 14 de julio de 2011 , según la cual: "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".

La sentencia del Juzgado reconoció este derecho por considerar que la esposa contribuyó con su trabajo al mantenimiento de la familia y fijó la compensación en la cantidad de 63.498,6 euros; cantidad que calcula aplicando el importe del salario mínimo interprofesional a la duración del mismo, y al hecho de no haber

desarrollado trabajo retributivo que no fuera la mera contratación en alguna empresa familiar, existiendo una clara desigualdad patrimonial entre los cónyuges. La Audiencia Provincial reconoce también este derecho " *pues las partes pactaron el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones matrimoniales de fecha 20 de julio de 1993, y el trabajo desarrollado por la Sra. Carmen era meramente formal en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, dedicándose al cuidado de la familia sin que se haya acreditado otro extremo* ". Sin embargo modifica la compensación fijándola en la suma de 20.000 euros " *de acuerdo a las circunstancias de las partes. "No hay que olvidar - dice- que por su trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, y que en el cuidado de la casa era ayudada algunos días por terceras personas"*.

SEGUNDO.- El recurso se estima, no sin rechazar previamente la causa de inadmisibilidad planteada por la parte recurrida por ser incompetente este Tribunal para conocer del asunto y serlo la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, conforme al artículo 478 de la LEC , al fundarse el mismo en infracción de normas de derecho civil, foral especial propio de dicha Comunidad Autónoma, pues aun cuando se cite en el recurso el artículo 1438 del CC , lo cierto es que "de su contenido se aprecia que la norma en cuestión es la citada pero en relación con los artículos 12 a 15 de la Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Generalitat Valenciana , de Régimen Económico Matrimonial Valenciano". Quien esto invoca es la misma parte que formuló la demanda sin hacer alegación alguna al respecto ni fundamentar las razones de hecho y de derecho que podían justificar la excepción ahora esgrimida, antes al contrario, la pretensión compensatoria se formuló al amparo del artículo 1438 CC y de la jurisprudencia interpretativa del mismo.

La sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2015 -Pleno- ha reiterado su doctrina jurisprudencial expresada en su sentencia de 14 de julio de 2011 , y reiterada en la de 31 de enero de 2014 , en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil , del tenor literal siguiente: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge".

Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina ha podido suscitar en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, ha señalado lo siguiente: "Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio 2011 -".

Añadiendo: "Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 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 retributiva o insuficientemente retribuida" que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional".

TERCERO.- En el caso, son hechos probados de la sentencia que la esposa desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica que establece el artículo 1438 del CC .

CUARTO.- La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de don Ceferino determina que se deje sin efecto la sentencia de la Audiencia en lo que se refiere a la compensación económica del artículo 1438 CC ; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias, ni de las causadas por este recurso, en correcta aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se estima en parte el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Ceferino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, de 13 de septiembre octubre de 2013, dictada en el rollo de apelación núm. 101/2013 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida únicamente en lo que se refiere al pronunciamiento referente a la compensación económica del artículo 1438 CC , que se deja sin efecto, manteniéndola en todo lo demás.

3º Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con 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".

4º No se imponen las costas de ambas instancias a ninguna de las partes litigantes. Tampoco de las causadas por el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz .Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.