EDJ 2017/47049 STS Sala 1ª Pleno de 26/04/2017

Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, 26/04/2017, nº 252/2017, rec. 1370/2016

Pte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

1.- Dña. Clara, representada por la procuradora Dña. Pilar Cuartero Rodríguez y asistida del letrado D. Pedro Ramón Ortiz Vico, interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra D. Lucas con intervención del Ministerio Fiscal y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia: «Por la que, estimando esta demanda: »1.º- Declare extinguido el vínculo matrimonial por divorcio con todos sus efectos legales y se adopten las siguientes medidas: »2.º- La Guarda y custodia exclusiva de los hijos menores de edad se adjudique a la esposa sin perjuicio de la patria potestad compartida por ambos progenitores. »3.º- El padre podrá comunicar con sus hijos siempre que lo desee y no interfiera en sus estudios y descanso, y podrá visitarlos y tenerlos en su compañía los fines de semana alternos desde la salida del colegio los viernes hasta el domingo a las 18 horas. Las vacaciones escolares se dividirán por mitad escogiendo la madre el periodo correspondiente los años pares y el padre los impares. »En cuanto a las vacaciones estivales declare la obligación del esposo de poner a la libre disposición de la esposa y de los tres hijos el apartamento sito en la PLAYA000 (Alicante), EDIFICIO000 (documento núm. 21) durante un mes de julio o agosto de cada año, para que lo puedan disfrutar los hijos menores con la madre, como era la costumbre del matrimonio en atención al beneficio y bienestar de los hijos menores y evitar perjuicios innecesarios a los menores. »4.º- El uso exclusivo del domicilio conyugal así como de sus anexos (garaje) sito en Albacete CALLE000, núm. NUM000, piso NUM001, se adjudique a la esposa a cuyo cuidado quedan los hijos menores de edad. »5.º- Como contribución a las cargas del matrimonio el esposo ingresará en la cuenta bancaria domiciliada para el pago de la hipoteca del domicilio conyugal la cantidad de mil quinientos euros mensuales (1500.-¤). »6.º- En concepto de alimentos para sus tres hijos menores de edad el padre ingresará la cantidad de quinientos euros (500.-¤) para cada hijo, lo que en total suma mil quinientos euros mensuales (1500.-¤) a ingresar el esposo en la cuenta bancaria que designe la esposa. »7.º- En atención al grave desequilibrio económico en el que queda la esposa, el marido pagará a la esposa por tiempo indefinido la cantidad de mil euros (1000.- ¤) mensuales en la cuenta bancaria que ella designe. »8.º- Todas las medidas económicas serán revisadas anualmente conforme al índice de precios al consumo que publique el INE y se ingresarán por meses anticipados en los cinco primeros días de cada mes. »9.º- Declarar extinguido el régimen económico de separación de bienes que regía en el matrimonio y fijar en concepto de compensación del art. 1438 CC para la esposa una cantidad equivalente al treinta por ciento del patrimonio generado por el esposo constante el matrimonio, cuyo importe se determinará en ejecución de

sentencia. »10.º- Expresa condena en costas al esposo en caso de oposición a las medidas solicitadas». 2.- El demandado D. Lucas contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Caridad Díez Valero y bajo la dirección letrada de Dña. Mercedes Giménez López, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia: «Declarando: »1.º- El divorcio de los cónyuges autorizándose a residir en distintos domicilios cada uno de ellos, y renunciando a interferir en la vida y actividades del otro. »No obstante lo anterior, ambos progenitores deberán comunicar por escrito cualquier cambio de domicilio, a efectos de asegurar y garantizar la debida comunicación y visitas con los hijos, de igual forma, deberán comunicarse cualquier cambio en los números de teléfono. »2.º- Atribuir el uso y disfrute de la vivienda conyugal, sita en la CALLE000, núm. NUM000, piso NUM001.º, de Albacete, a los hijos menores del matrimonio y a la esposa a cuyo cuidado quedan, pudiendo el padre retirar sus enseres y utensilios personales. »La vivienda que ha sido hasta la fecha domicilio conyugal, se encuentra gravada con una hipoteca, cuya cuota mensual asciende a 779,23 euros, que habrá de ser afrontada por mitad entre los cónyuges, así como todos los demás impuestos y gastos que sean inherentes a la propiedad. »Los gastos corrientes de la vivienda conyugal (agua, luz, gas, comunidad, etc.), deberán ser satisfechos por el cónyuge que esté disfrutando del uso de dicha vivienda. »El vehículo marca Mercedes-Benz, CLK 230, con núm. de matrícula IW....Y, adquirido por el esposo a nombre de su hija Rosana, será puesto a la venta y, con el importe resultante de dicha venta se adquirirán dos vehículos (uno para la madre y otro para el padre) para el desplazamiento de la hija Rosana y sus dos hermanos Alexis y Anibal. »Subsidiariamente, para el caso de que dicha pretensión no sea atendida, y se le asigne el uso de dicho vehículo a la esposa, será ella quien correrá a cargo con los impuestos, reparaciones y suministro del mismo. »3.º- La guarda y custodia de los tres hijos habidos en el matrimonio, se atribuye a la madre, si bien la patria potestad será compartida por ambos progenitores. La patria potestad será ejercida por ambos padres en términos de absoluta igualdad, debiendo consultarse mutuamente cualquier decisión que concierna a la educación de los menores o cualquier otro aspecto que incida en el desarrollo de sus vidas de forma importante, evitando predisponer afecto o inclinación a uno de los padres en detrimento del otro. »4.º- Régimen de visitas. El padre disfrutará del siguiente régimen de visitas y comunicaciones con sus hijos: »a)- Fines de semana alternos, desde el sábado a las 14:00 horas hasta el domingo, a las 21:30 horas. La recogida y entrega de los menores se hará en el que hasta ahora había sido el domicilio conyugal, o en su caso en aquel donde residan los menores con la madre. »b).- Además el padre intersemanalmente podrá gozar de la compañía de sus hijos los martes y jueves, una vez acabada su jornada laboral, desde las 20:30h hasta las 21:30h. »c).- La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, correspondiendo la primera mitad al padre en los años impares y, a la madre en los años pares, y viceversa. »d).- La mitad de las vacaciones de Navidad, comprendiendo un primer periodo desde las 21:30 horas del día 23 de diciembre hasta las 9:00 horas del día 31 de diciembre y, el segundo período desde las 9:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 21:30 horas del día 6 de enero, a elección del padre en los años impares y de la madre en los años pares. Ambos progenitores se comprometerán a que, si no se encuentran fuera de Albacete, los hijos puedan estar el día de Reyes, dos horas como

mínimo, con el progenitor que no los tenga ese periodo. »e).- Los meses de julio y agosto, serán divididos en periodos de 15 días, disfrutando cada progenitor dichos periodos de forma alternativa, correspondiendo la elección del primer periodo al padre en los años impares y a la madre en los años pares. »En cuanto al uso del apartamento sito en Calpe por la madre, mostramos nuestra más absoluta oposición, puesto que como bien sabe la actora dicha vivienda pertenece también al hermano del esposo y, por otro lado, el periodo de estancia vacacional de la familia, constante el matrimonio, siempre ha sido 15 días máximo, por cuestiones laborales, y los hijos seguirán disfrutando de tales días en la playa pero con su padre. »Los progenitores deben de permitir la comunicación telefónica con los hijos y, mantener criterios de sensatez, cordura, cordialidad y buena fe, a fin de poder llevar a buen término el régimen de visitas. »5.º- Pensión de alimentos. El padre abonará en concepto de pensión de alimentos a favor de los hijos, la cantidad de 300 euros mensuales por cada uno de ellos, que ingresará en la cuenta corriente designada por la actora, a tal efecto. Dicha cantidad será actualizada de conformidad al IPC o parámetro que lo sustituya, además de asumir la obligación del pago del 50% de los gastos extraordinarios. »6.º- Pensión compensatoria. No ha lugar a establecer pensión compensatoria por desequilibrio a favor de la esposa, toda vez que el divorcio no provoca desequilibrio alguno en la actora, como ha quedado acreditado con esta contestación a la demanda y la documentación aportada. »Para el improbable caso de no estimarse esta pretensión, se solicita subsidiariamente la limitación temporal a 1 año de la hipotética pensión compensatoria por desequilibrio que no deberá superar la cantidad de 150 euros mensuales, dada las circunstancias que concurren. »7.º- Compensación económica (Art. 1.438 CC). No cabe la aplicación del art. 1.438 del CC, en cuanto al establecimiento de una compensación económica por ningún importe para la esposa, en tanto en cuanto no concurren las circunstancias que el Tribunal Supremo, exige para el establecimiento de dicha compensación. »8.º- Se decrete la disolución del régimen económico de separación de bienes. »9.º- Firme que sea la sentencia se expida mandamiento al Registro Civil para su correspondiente inscripción». 3.- El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes interesando del juzgado se dictara sentencia: «Con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas». 4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Albacete se dictó sentencia, con fecha 24 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo. »Que estimando la demanda formulada por el procurador Dña. Pilar Cuartero Rodríguez en nombre y representación de Dña Clara frente a D. Lucas declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído el día 19 de junio de 2001 inscrito en el Registro Civil de Albacete con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, acordando las siguientes medidas: »1.°- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos a la madre con ejercicio compartido de la patria potestad. »2.°- Se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en Albacete CALLE000 n.° NUM000, NUM001.° y anexos (garaje) mobiliario y ajuar, a los hijos y a la madre; que será quien asumas los gastos de suministro y las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios. »3.°- Se atribuye el uso del vehículo Mercedes Benz a la madre asumiendo ésta los gastos que derivan de su uso (reparaciones, seguros) y el esposo los que derivando la titularidad como el impuesto de circulación. »4.°- Salvo

que lo convengan en otros términos, y siempre que se respeten las rutinas ordinarias y de descanso se establece como régimen de visitas, comunicaciones y permanencias de los hijos con el padre el siguiente: »- Fines de semana alternos desde el viernes a las 20:30 horas al domingo a las 20:30 horas. »- Los martes y jueves, desde las 20:30 horas a las 21:30 horas. »- Mitad de los periodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, que se distribuirán del siguiente modo: »Las de Navidad se dividirán en dos periodos, el primero desde el día 23 de diciembre a las 17 horas hasta las 20:30 horas del día 30 de diciembre; el segundo desde las 20:30 horas del día 30 de diciembre hasta el día 7 de enero a las 20 horas. »El día de Reyes, seis de enero, el progenitor que no tenga al hijo en el segundo periodo, podrá recogerlo en el domicilio en que se encuentre a las 17 horas, reintegrándolos a dicho domicilio a las 20:30 horas. »Vacaciones de Semana Santa. Se entenderá por este periodo el comprendido entre el Viernes de Dolores y el Lunes de Pascua de cada año. Este periodo se dividirá en dos mitades, la primera comprenderá desde las 20 horas del Viernes de Dolores hasta las 20 horas del Miércoles Santo; la segunda desde las 20 horas del Miércoles Santo hasta las 20 horas del Lunes de Pascua. »Si las vacaciones escolares no se corresponden con lo anterior, el total de los días de vacaciones se dividirá por mitad, y si este periodo resultase que lo es en días impares, el día impar se añadirá al primer periodo de vacaciones. »Las vacaciones de verano, se entenderán referidas a los meses de julio y agosto, y se disfrutarán por quincenas alternas. Las quincenas se distribuirán desde las 10 horas del día 1 de los meses de julio y agosto hasta las 12 horas del día 16 de dichos meses y desde las 10 horas de los días 17 de los meses de julio y agosto hasta las 12 horas de los días 31 de dichos meses. »A falta de acuerdo en la elección del periodo correspondiente, elegirá la madre en los años impares y el padre en los pares, debiéndose comunicar el periodo elegido al menos quince días de antelación. »Las recogidas y reintegros de los hijos se llevarán a cabo en el domicilio familiar. »5.°- D. Lucas, abonará en concepto de pensión alimenticia para los hijos, la suma de 1.350 euros mensuales (450 euros para cada hijo), cantidad que se hará efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la madre y se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya. »Los gastos extraordinarios que se devenguen por los hijos se afrontarán al 50%, considerándose como tales: »Los gastos médico-sanitarios, no cubiertos por los sistemas públicos o por seguros privados, siendo necesario el acuerdo previo para cualquier gasto de tal naturaleza, salvo que fueran necesarios o de urgente necesidad, y previa justificación documental para su abono, incluyéndose como tales los de logopeda del hijo Alexis. »Los gastos de índole educativo que no estén cubiertos por la gratuidad en la enseñanza, previa justificación documental. »Los derivados de actividades lúdicas o extraescolares que realizan en la actualidad (fútbol y tenis), previa justificación documental. El resto de actividades que puedan realizar los hijos en el futuro (excursiones, deportes, actividades artísticas clases de refuerzo, academias o similares) se sufragarán por mitad, siempre que mediara el previo acuerdo en la adopción del gasto y justificación documental. »6.°- Se reconoce el derecho de Dña. Clara a la pensión compensatoria en la cantidad de 450 euros mensuales. Dicha cantidad se ingresará por D. Lucas en la cuenta que aquélla designe y se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo

que los sustituya. »7.°- No procede la indemnización del art. 1438 del C.C.. »8.°- Ambos asumirán al 50% las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, y en igual porcentaje deberán asumir las cargas inherentes a la propiedad de la vivienda, como IBI, seguros, si los hubiera, y cuotas o derramas extraordinarias de la comunidad de propietarios para el mantenimiento del inmueble. »No se hace pronunciamiento de condena en costas». SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por ambas representaciones procesales de la parte demandante y demandada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete dictó sentencia, con fecha 29 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallamos: que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones de D. Lucas y de Dña. Clara contra la sentencia dictada por la ilustrísima magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Albacete en fecha 24 de julio de 2015, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en los siguientes extremos: 1) Se modifica el régimen de visitas a favor del padre en lo que concierne a los fines de semana alternos sustituyéndose la recogida de los viernes por los sábados a las 14 horas hasta el domingo a las 21,30 horas; 2) Se fija a la esposa indemnización al amparo del art. 1438 del Código Civil en la cantidad de 27.000 euros, confirmándose los demás extremos de la resolución. No ha lugar a hacer pronunciamiento condenatorio en costas a ninguna de las partes en esta alzada». Y con fecha 18 de marzo de 2016, por la misma sección se dictó auto denegatorio de aclaración en cuya parte dispositiva se acuerda: «No ha lugar a hacer subsanación ni corrección alguna en la sentencia resolviendo el recurso dictado en fecha 29 de febrero de 2016 ». TERCERO.- 1.- Por D. Lucas se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos: Primero y único.- Infracción del art. 1438 del Código Civil, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, fijada en la sentencia 135/2015, de 26 de marzo, sentencia 16/2014, de 31 de octubre y en la sentencia 534/2011, de 14 de julio. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 28 de septiembre de 2016, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. 2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Pilar Cuartero Rodríguez, en nombre y representación de Dña. Clara, presentó escrito de oposición al mismo. A su vez, el fiscal se opone también a la casación y solicita que la sentencia de apelación sea confirmada, informando que: «En el presente caso entendemos que la sentencia de apelación no conculca la doctrina de esa Sala, sino que conoce un supuestos que no es idéntico a los de las sentencias invocadas, pues la mujer ha habido períodos en los que ha trabajado fuera del domicilio familiar y otros en que no lo ha hecho y por ello la Sala de apelación distingue entre los períodos en los que la mujer ha trabajado fuera de casa de aquellos en los que solo ha trabajado en casa y solo ha concedido indemnización conforme a dicha doctrina para los años en que trabajó exclusivamente en casa. La sentencia recurrida ha concedido indemnización solamente para los períodos en que la mujer ha trabajado dentro de casa. Consideramos pues que el supuesto que nos ocupa no es idéntico a los conocidos en las sentencias de esa Sala invocadas por la parte recurrente, en los que la mujer había trabajado fuera de casa durante todo el matrimonio, por lo que al no tratarse de supuestos idénticos, no hay contradicción con las sentencias invocadas, por lo que solicitamos que la sentencia sea confirmada por

no conculcar la doctrina de esta Sala». 3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 24 de enero de 2017, día en que se procedió a su suspensión al considerarse por la sala que ese recurso debía ser deliberado por toda la sala en pleno, señalándose nuevamente para pleno el día 22 de marzo de 2017 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- .-

Antecedentes. El recurso de casación trae causa de la demanda de divorcio promovida por la esposa frente a su marido, con el que compartía un régimen económico matrimonial de separación de bienes y en la que se pretendía, entre otras pretensiones, una compensación económica el art. 1438 CC. Alegaba la esposa haber contribuido durante el matrimonio con su trabajo profesional a la generación del patrimonio del esposo y haberse dedicado al cuidado y mantenimiento del hogar familiar y de los tres hijos en común, Alexis (NUM002 -2002), Anibal (NUM003 -2003) y Rosana (NUM004 -2007). La menor con minusvalía del 97% y el mayor del 37%. En defensa de dicha pretensión alegaba que mientras ella tenía el mismo patrimonio que al contraer matrimonio, el esposo había doblado su patrimonio inicial además de haber constituido una mercantil con capital social superior al medio millón de euros, regentar un negocio de lotería y estanco y disponer de fondos de inversión, acciones y activos financieros sin precisar su importe. Que dejó de trabajar por cuenta ajena cuando nació la tercera hija, con una severa minusvalía, período en el que empezó a trabajar en el negocio regentado por su esposo. El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Albacete estimó parcialmente la demanda ejercitada pero desestimó la pretensión compensatoria efectuada al amparo del art. 1438 CC. Considera la magistrada de primera instancia que el matrimonio duró 14 años, la mujer había trabajado durante el matrimonio por cuenta ajena y, tras el nacimiento del tercero de los hijos, en el negocio de titularidad del esposo con un salario de 600 euros. Por lo que, con remisión a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (en particular de la STS de 14 de julio de 2011), declara: «la esposa no ha contribuido sólo y exclusivamente con el trabajo realizado para la casa pues reconoce que desde joven trabajó por cuenta ajena hasta el nacimiento del segundo hijo y también lo ha hecho en el negocio de titularidad del esposo tras el nacimiento del tercer hijo, por lo que el trabajo para la casa no le impidió trabajar durante el matrimonio». En el recurso de apelación formulado por la esposa, en el que se impugna la desestimación de la pretensión ejercitada al amparo del art. 1438 CC, alega que trabajó desde 2007 como «falsa autónoma» en el negocio del marido, mientras que éste en ese tiempo dobló su patrimonio con la adquisición de hasta cinco fincas urbanas. Añade la esposa, en el escrito de interposición del recurso de apelación, que: «Es evidente por tanto que el cuidado del hogar con tres hijos ha impedido a la esposa desarrollar su vida profesional y por el contrario al liberar al esposo de esa carga éste ha doblado su patrimonio. Consideramos en consecuencia que la escasa actividad laboral desarrollada por la esposa no es de suficiente entidad o importancia para excluir la aplicación del art. 1438 CC, cuya literal aplicación del término "sólo" conllevaría un perjuicio injusto, siendo más acorde con el art. 3.1 CC atender las circunstancias sociales y habida cuenta la escasa actividad e importancia del trabajo desarrollada por la esposa fuera del hogar sea

procedente la compensación solicitada». La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Albacete estimó el recurso formulado por la esposa, en lo relativo a la compensación del art. 1438 CC, al considerar que ésta había trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta el año 2005, y desde el año 2007 figuraba como autónoma en el negocio familiar pues: «...valorando que la esposa ha trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta 2005, plenamente desde 2005 hasta el 2007 y parcialmente desde 2007 aunque haya figurado como autónoma en el negocio familiar resulta obvio que con el trabajo en el hogar ha contribuido a las cargas del matrimonio, se calcula ponderadamente durante aproximadamente 7 años y medio dado que la dedicación durante varios periodos era parcial en función de las circunstancias concurrentes (aproximadamente 90 meses a razón de una compensación de 300 euros mensuales), procediendo fijar dicha indemnización en la suma total de 27.000 euros». Contra la anterior sentencia el marido formula recurso de casación fundado en un único motivo, por infracción del art. 1438 CC, alegando como infringida la doctrina contenida en las sentencias de esta sala 135/2015, de 26 de marzo; 16/2014, de 31 de octubre y 534/2011, de 14 de junio.

SEGUNDO.- .-

Motivo único. Infracción del art. 1438 del Código Civil, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, fijada en la sentencia 135/2015, de 26 de marzo, sentencia 16/2014, de 31 de octubre y en la sentencia 534/2011, de 14 de julio.Entiende la parte recurrente, en síntesis, que la sentencia recurrida infringiría la jurisprudencia de la Sala al haber concedido la indemnización contemplada en el artículo 1438 CCcuando la esposa no ha contribuido «sólo» con el trabajo para la casa sino que, además, trabajaba fuera de ella, lo que resultaría incompatible con el derecho a obtener la citada compensación económica.

TERCERO.- .-

Decisión de la sala. Se desestima el motivo. Analizamos un supuesto (hechos probados) en el que la esposa trabajó durante los primeros años del matrimonio (2001-2005), por cuenta ajena, desde 2005 a 2007 trabajó exclusivamente en el hogar familiar y que desde 2007 hasta 2014 (en el que se produce la ruptura conyugal), ella trabajó en el negocio propiedad de su suegra y regentado por su esposo, dedicado a Administración de Lotería y estanco. El trabajo en el negocio de la familia del esposo se desarrolló a tiempo parcial, con un salario de 600 euros, estando dada de alta como trabajadora autónoma y, por tanto, sin derecho a indemnización por despido. En el presente recurso se suscita como cuestión jurídica la ponderación, en el caso concreto examinado, de si es susceptible de compensación económica en la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, por aplicación del art. 1438 CC, la contribución a las cargas familiares realizada por uno de los cónyuges, cuando éste temporalmente ha contribuido en forma de trabajo en la actividad profesional del otro. Todo ello, teniendo en cuenta la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que ha venido exigiendo, para el reconocimiento de la citada compensación económica, que la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico sea «exclusiva», esto es solo con el trabajo realizado para la casa, lo que impediría reconocer el citado derecho en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial

o en jornada completa (entre otras muchas, por STS 135/2015, de 26 de marzo). Doctrina matizada en la reciente STS 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». La cuestión relativa a la eventual asimilación de la contribución a las cargas familiares realizada por uno de los cónyuges con el trabajo en la actividad profesional del otro, bien por la vía de la interpretación extensiva de la expresión «trabajo para la casa» recogida en el art. 1438 CC, o por la aplicación analógica del precepto, por apreciarse la existencia de identidad de razón entre los dos supuestos examinados, ha merecido un vivo debate doctrinal, defendiendo autores significados la aplicación analógica del precepto pues: «no siempre habrá de calificarse de prestación puramente gratuita o expresión de la mutua ayuda debida entre los cónyuges». En el ámbito autonómico, el ordenamiento civil catalán (art. 232-5.2 CCCat), ha venido a asimilar expresamente el trabajo de un cónyuge para el otro, al régimen de la compensación del trabajo para la casa, si bien partiendo que en Cataluña el régimen legal es el de separación de bienes que es su régimen primario.

CUARTO.- .-

Doctrina jurisprudencial de la sala hasta la fecha. En interpretación del art. 1438 del C. Civil esta sala, a partir de la sentencia 534/2011, de 14 de julio, fijó la siguiente doctrina, recogida en sentencia 185/2017, de 14 de marzo, recurso 893/2015 : «"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 podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, señaló en las sentencias de 135/2015, de 26 de marzo, 136/2015, de 14 de abril y 614/2015, de 15 de noviembre, 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 de 2011 -". »La sentencia de 11 de diciembre de 2015 señala a su vez que se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación».

QUINTO.- .-

Naturaleza jurídica de la compensación establecida en el art. 1438 C. Civil. Es preciso distinguir la compensación del art. 1438 del C. Civil, de la pensión compensatoria establecida en el art. 97 del C. Civil. Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la «dedicación pasada y futura a la familia». Por otro lado, la compensación del art. 1438 del C. Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al art. 1438 C. Civil, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del art. 97 del C. Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del art. 1438 C. Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo.

SEXTO.- .-

Interpretación del art. 1438 del C. Civil . «Trabajo para la casa». Establece el art. 1438 del C. Civil : «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación». De este precepto se deduce que el trabajo para la casa se considera una contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio (arts. 1318 y 1362 del C. Civil). En la sentencia recurrida se entiende que el trabajo efectuado por la esposa colaborando en la empresa regentada por el marido, en régimen de autónomo y con un salario de 600 euros, puede equipararse al «trabajo en el hogar», si bien dado que en otros períodos trabajó ella «por cuenta ajena», pondera la indemnización a conceder declarando: «Valorando que la esposa ha trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta 2005, plenamente desde 2005 hasta el 2007 y parcialmente desde 2007 aunque haya figurado como autónoma en el negocio familiar resulta obvio que con el trabajo en el hogar ha contribuido a las cargas del matrimonio, se calcula ponderadamente durante aproximadamente 7 años y medio dado que la dedicación durante varios periodos era parcial en función de las circunstancias concurrentes (aproximadamente 90 meses a razón de una compensación de 300 euros mensuales), procediendo fijar dicha indemnización en la suma total de 27.000 euros». Cuando se introduce el último apartado del art. 1438 en el Código Civil, se hace bajo la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que plasma el principio constitucional de igualdad (art. 14 de la Constitución) y ello

para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. La regla sobre compensación contenida en el art. 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (art. 3.1 del C. Civil), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia. En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, 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, recogida entre otras en sentencias 534/2011 135/2015, 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".

SÉPTIMO.-

Sentado lo anterior, la 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, cuales eran un trabajo con horario reducido en el negocio familiar, unas cargas domésticas notables y un alta en Seguridad Social como autónoma.

OCTAVO.-

Desestimado el recurso de casación se imponen al recurrente las costas del mismo, con pérdida del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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 de casación interpuesto por D. Lucas contra sentencia de 29 de febrero de 2016, rollo de apelación núm. 596/2015, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete. 2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus extremos. 3.º- Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito 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.