

# EDJ 2011/146921

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 14-7-2011, nº 534/2011, rec. 1691/2008  
Pte: Roca Trías, Encarnación

## Resumen

*Se estima el recurso de casación formulado por la actora contra sentencia dictada por la AP que revocó el fallo estimatorio de instancia en el que se concedía una pensión compensatoria temporal a su favor en procedimiento de divorcio, ya que la AP no apreció un incremento patrimonial a favor del demandado por dedicación de la esposa a las cargas familiares. Sigue el TS la doctrina que entiende que el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa, con exclusión de que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1483

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	6

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O INJUSTO

SUPUESTOS DIVERSOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concepto

Concesión

Denegación

Límite temporal

Cuantía

Otras cuestiones

RECURSOS

CASACIÓN

Resoluciones recurribles

Interés casacional

SEPARACIÓN DE BIENES

EN GENERAL

LEVANTAMIENTO DE CARGAS FAMILIARES

PRUEBA DE LA TITULARIDAD DE LOS BIENES

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.1483 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.13.2 de Ley 10/2007 de 20 marzo 2007. Régimen Económico Matrimonial Valenciano

Cita art.477.1, art.477.2, art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 11/1981 de 13 mayo 1981. Modifica CC en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico Matrimonial

Cita art.32 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª por Dª Macarena, representada por el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández, contra la Sentencia dictada, el día 23 de abril de 2008, aclarada por Auto de fecha 27 de junio de 2008, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación num. 69/08, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Móstoles en los autos de juicio verbal de divorcio contencioso num. 139/0. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández en nombre y representación de Dª Macarena, en calidad de recurrente. Asimismo comparece la Procuradora Dª María Mercedes Martínez del Campo, en nombre y representación de D. Dionisio, en calidad de parte recurrida. El Ministerio Fiscal es parte interviniente.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número de 6 de Móstoles, interpuso demanda de divorcio Dª Macarena, contra D. Dionisio., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se sirva dictar Sentencia por la que estimando la presente demanda se acuerde la disolución del matrimonio de los litigantes por causa de divorcio con los siguientes efectos inherentes al mismo:

1º) Que se atribuya a la esposa, Doña Macarena, la guarda y custodia de la hija del matrimonio Rocío, de 11 años de edad, siendo la patria potestad compartida por ambos cónyuges.

2º) Que se atribuya el uso del domicilio familiar sito en Villanueva de la Cañada (28691-Madrid), CALLE000 número NUM000 - URBANIZACIÓN000, a la hija del matrimonio, quien residirá en el mismo en compañía de su madre, Doña Macarena.

3º) Que se establezca el siguiente régimen de visitas de la menor con su padre Sr. Dionisio :

Fines de semana alterno desde las 11,00 horas del sábado hasta las 19,00 horas del domingo.

4º) En concepto de pensión alimenticia a favor de la hija menor de edad, el Sr. Dionisio abonará a la Sra. Macarena la suma de DOS MIL CIENTO EUROS (2.100 Eur.) mensuales.

Dicha cantidad deberá ser ingresada en la cuenta que al efecto se designe, dentro de los cinco días primeros de cada mes, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya, siendo la primera actualización en el mes de enero de 2008.

Respecto a los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor serán abonados al 50%, entre ambos progenitores.

5º) Que en concepto de compensación regulada en el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 a favor de la Sra. Macarena y con cargo al Sr. Dionisio se establezca en la suma mensual de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 Eur.).

Dicha suma será abonada y actualizada en la misma forma establecida para la pensión alimenticia.

6º) Que en concepto de indemnización ex-artículo 1438 del Código Civil EDL 1889/1 a favor de la Sra. Macarena con cargo al Sr. Dionisio se establezca la suma total de CIENTO SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS EUROS (167.400 Eur.) que deberá ser abonada en el plazo de TRES MESES a contar desde la fecha de la Sentencia, momento a partir del cual, si no ha sido abonada devengará el interés legal.

7º) Con expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Dionisio, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando : "...se dicte en su día sentencia con estimación de nuestro escrito de contestación a la demanda de divorcio planteada de contrario, procediendo a la desestimación de las medidas solicitadas de adverso que no se ajusten a las interesadas por esta representación, o lo que es lo mismo, que se adopten por más conformes a Derecho los siguientes efectos complementarios a la disolución del matrimonio propugnada recíprocamente, concretándose en los siguientes:

1.- Que se confiera la guarda y custodia de la hija del matrimonio Rocío, a la madre, con la patria potestad compartida por ambos progenitores, cuyas funciones serán ejercidas por cada uno de ellos indistintamente, con la obligación de informar y consultar al padre cuantas cuestiones deban decidirse en relación a la salud, formación y educación de la menor.

2.- Que se atribuya el uso del domicilio familiar a la hija del matrimonio, quien residirá en el mismo en compañía de su madre DOÑA Macarena, hasta que aquélla sea mayor de edad o alcance independencia económica, o fuese instado por el padre en el momento procesal oportuno otro destino por concurrencia de causa legítima que no perjudique los intereses de la menor.

La madre deberá permitir al progenitor no custodio retirar sus objetos personales o de su utilización, si no lo hubiere hecho en sede de medidas provisionales, en el plazo máximo de un mes previo inventario si fuere necesario.

Asimismo, por habitar la madre en la vivienda en compañía de la hija sobre la que ostenta la custodia, deberá hacer frente a todos los gastos que no sean únicos y exclusivos de la propiedad que incumbe al padre como titular dominical de la misma.

3.- Como régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la hija menor con el progenitor no custodio, es decir con el padre, se deje a la voluntad de los padres su establecimiento, con amplia libertad de comunicación y compañía del progenitor no custodio, siempre

y cuando no perjudique los intereses de la menor, ajustado a las necesidades profesionales del padre. En su defecto, se establezca el siguiente:

Fines de semana alternos desde las 11,00 horas del sábado hasta las 19,00 hora del domingo. La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad y quince días en verano, eligiendo el padre los turnos respectivos mientras la madre no trabaje durante el año fijado. Al tiempo de su colocación la elección corresponderá a la madre los años impares y los pares al padre.

4.- Que se fije en la cantidad de 800 EUROS (OCHOCIENTOS EUROS) la pensión alimenticia a satisfacer por el padre para con su hija que se hará efectiva en doce mensualidades anticipadas dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre y que será revisada anualmente con arreglo al IPC.

En cuanto a los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor, serán satisfechos por el padre mientras la madre no trabaje. Cuando se produzca la contingencia del empleo, lo serán por partes iguales (cincuenta por ciento), previa acreditación de su importe y necesidad, bien entendido que los que afectan a la salud, siempre y cuando no se halle cubierta su causa por otro sistema de protección público o privado.

5.- Que se establezca pensión compensatoria del artículo 97 a favor de la madre, y con cargo al Sr. Dionisio en la suma de 450 euros (CUATROCIENTOS CINCUENTA EUROS), abonada de la misma forma que a la menor.

6.- Que no se establezca en concepto de indemnización ninguna suma al socaire del artículo 1438 del Código Civil EDL 1889/1 , por no concurrir la causas que habilitan la concesión de la misma".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a Audiencia Previa, señalándose día y hora a tal efecto, y compareciendo a las mismas debidamente representadas, y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba se acordó señalar día y hora para la celebración del oportuno Juicio Verbal, practicándose en el mismo la pruebas previamente declaradas pertinentes y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia num. 6 de Móstoles, dictó Sentencia con fecha 20 de abril de 2007 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Macarena, representada por el Procurador Sr. Chippirrás Sánchez, contra D. Dionisio, representado por el Procurador Sr. Sampere Meneses, se declara el divorcio del matrimonio con todos los efectos legales, incluida la prohibición de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, quedando revocados los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, con la adopción de las siguientes medidas: 1. Atribución a la esposa de la custodia sobre la hija, sin perjuicio de la patria potestad compartida por ambos progenitores, correspondiendo a la madre y a la hija el uso de la vivienda y ajuar familiar. El demandado dispone de un plazo de 15 días para salir del domicilio familiar retirando su efectos y enseres personales.

2. El progenitor no custodio podrá tener a la hija en su compañía en fines de semana alternos de 11 horas del sábado a 19 horas del domingo, y mitad de períodos vacacionales más quince días durante el verano, correspondiendo elegir los períodos al padre en los años pares, y a la madre en los impares. En todo caso, las entregas y recogidas de las menores se efectuarán en el domicilio del progenitor custodio.

3. Se fija en concepto de pensión alimenticia a favor de la hija, y a cargo del progenitor no custodio la cantidad mensual de 800 Eur., que el obligado al pago entregará en la cuenta bancaria que designe el progenitor custodio en los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE, siendo por mitad los gastos extraordinarios de la hija cuando se extinga la pensión compensatoria, y mientras tanto, los gastos extraordinarios serán por cuenta del padre.

4. Se fija en concepto de pensión compensatoria a favor de la actora la cantidad mensual de 1.000 Eur., que el obligado al pago entregará en la cuenta bancaria que designe la esposa en los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE. Esta pensión tendrá una duración máxima de cinco años.

5. El demandado entregará a la actora la cantidad de 108.000 Eur. en concepto de indemnización prevista en el art. 1438 C. Civil EDL 1889/1 , cantidad que devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago, conforme al art. 576 LEC EDL 2000/77463 , interés que comenzará a devengarse a los veinte días de la notificación de esta resolución.

No procede la condena en costas de ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recursos de apelación D. Dionisio. Sustanciada la apelación, la Sección 24<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2008, que contiene el fallo del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por DON Dionisio, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MARÍA MERCEDES MARTÍNEZ DEL CAMPO, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia num. 6 de MOSTOLES, de fecha 20.04.07, en autos de DIVORCIO num. 139/07; seguidos con DOÑA Macarena, representada por el Procurador D. FRANCISCO DE PAULA MARTÍN FERNÁNDEZ; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la mentada resolución, y en su lugar se establece la vigencia de la pensión compensatoria durante 3 años y revoca la pensión concedida en interés del art. 1438 CC EDL 1889/1 . Se confirman los restantes pronunciamientos y no se hace especial condena en costas".

La representación de D<sup>a</sup> Macarena, presentó escrito solicitando aclaración de Sentencia, dictándose con fecha 27 de junio de 2008, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente : "...Procede aclarar la Sentencia dictada por el Juzgado num. 6 de Móstoles de fecha 23 de abril de 2008, en el sentido de confirmar la cuantía de la pensión de alimentos establecida en 800 euros mensuales en la sentencia apelada".

TERCERO.- Anunciado recurso de casación por D<sup>a</sup> Macarena, contra la Sentencia de apelación el Procurador de los Tribunales D. Francisco de Paula Martín Fernández, lo interpuso ante dicha Audiencia, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del número 1 del art. 477 de la LEC EDL 2000/77463 , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente el art. 1438 CC EDL 1889/1 , que recoge la posibilidad de establecimiento de una compensación a la extinción del régimen de separación de bienes por el trabajo doméstico.

Por resolución de fecha 12 de noviembre de 2008 la Audiencia Provincial acordó la remisión de las actuaciones originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández en nombre y representación de D<sup>a</sup> Macarena, en calidad de recurrente. Asimismo comparece la Procuradora D<sup>a</sup> María Mercedes Martínez del Campo, en nombre y representación de D. Dionisio, en calidad de parte recurrida. El Ministerio Fiscal es parte interviniente.

Admitido el recurso por Auto de fecha 17 de marzo de 2009, y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Mercedes Martínez del Campo, en nombre y representación de D. Dionisio impugnó el recurso formulado de contrario, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la desestimación del recurso de casación interpuesto.

QUINTO.- Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintidós de junio de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D<sup>a</sup> Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º D. Dionisio y D<sup>a</sup> Macarena contrajeron matrimonio el 14 septiembre 1991. En 1995 nació la única hija del matrimonio.

2º En la escritura de capitulaciones matrimoniales de 23 agosto 1991, los futuros cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes.

3º La esposa, D<sup>a</sup> Macarena, era licenciada en derecho, pero nunca había ejercido la profesión, ni había llevado a cabo ningún tipo de actividad económica remunerada. Se dedicó al trabajo del hogar durante la convivencia.

4º En 2007, D<sup>a</sup> Macarena presentó demanda de divorcio, en la que además de pedir lo relativo a la guarda y custodia, alimentos y derecho de visitas de la hija menor, pedía una pensión compensatoria de 1500Eur. mensuales y que "en concepto de indemnización ex artículo 1438 CC EDL 1889/1 a favor de la Sra. Macarena con cargo al Sr. Dionisio se establezca la suma total de 167.400Eur., que deberá ser abonada en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia".

El marido se opuso a estas peticiones.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia num. 6 de Móstoles, de 20 abril 2007, estimó la demanda. Respecto a lo que es objeto de recurso de casación, declaró que: a) la actora nunca había trabajado fuera del hogar, a pesar de ser licenciada en derecho; por tanto, se había dedicado en exclusiva al cuidado de la hija y de la casa, sin haber tenido ayuda de servicio doméstico; b) reconoció una pensión compensatoria por el periodo de cinco años, para que pudiera ponerse al día y conseguir un empleo; c) la compensación económica, señalaba la sentencia, no permite una participación del cónyuge que aportó su trabajo doméstico en el patrimonio privativo del otro; " es una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares", y d) el cálculo de la cuantía habrá de hacerse no "en función del incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el art. 1438 es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado a la casa", porque éste no se retribuye en el seno de las relaciones familiares. La cantidad que se atribuyó fueron 108.000Eur., "que resulta de multiplicar 600Eur., que costaría una empleada del hogar al mes, por doce meses, y multiplicado por los 15 años de duración del matrimonio".

6º Apeló el esposo, D. Dionisio. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 23 abril 2008, estimó parcialmente el recurso de apelación. Dijo que "en el caso que se examina estamos ante un régimen de separación de bienes libremente pactado y no se ha acreditado que la dedicación de la esposa a la familia, de la que forma parte una sola hija, haya permitido un incremento de beneficios a favor del esposo, toda vez que la mayor parte del patrimonio inmobiliario fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio y por lo tanto no entra en los parámetros del art. 1438 CC EDL 1889/1 . Es decir, no cabe apreciar un incremento patrimonial injustamente adquirido por razón de la dedicación por parte de la esposa a las cargas de atención y cuidado de la familia". En consecuencia, se revocó la compensación del art. 1438 CC EDL 1889/1 acordada en la sentencia de primera instancia.

7º D<sup>a</sup> Macarena interpone recurso de casación, al amparo del art. 477.2, 3º LEC EDL 2000/77463 , por presentar el asunto interés casacional.

SEGUNDO.- Enunciado del motivo.

Primer motivo. Infracción del art. 1438 CC. EDL 1889/1 Se articula el presente motivo confrontando dos sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo con dos de la Audiencia Provincial de Madrid. El núcleo central de la discusión lo constituye la respuesta a la pregunta sobre si es necesaria o no la existencia de un incremento patrimonial a favor del cónyuge deudor como consecuencia del trabajo realizado en el hogar por el cónyuge acreedor para obtener la compensación del art. 1438 CC. EDL 1889/1 O si bien es suficiente la dedicación pasada a la familia por parte del solicitante, que ha impedido la propia proyección personal y ha servido de base y ayuda, liberándose al otro cónyuge, que puede ejercer su carrera profesional. Se han producido dos líneas de resolución en las sentencias: una objetiva, de modo que el derecho a la compensación surge únicamente cuando el cónyuge se dedica a las tareas del hogar, con

fundamento en la pérdida de expectativas laborales o profesionales. Frente a esta tendencia, otra línea interpretativa entiende que debe tenerse en cuenta el incremento o enriquecimiento en el patrimonio del esposo.

El motivo se estima.

TERCERO.- La compensación del art. 1438 CC EDL 1889/1 .

La reforma del Código civil EDL 1889/1 que tuvo efecto por ley 11/1981, de 13 mayo EDL 1981/2521 , introdujo el art. 1438 CC EDL 1889/1 en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en aquellos supuestos previstos en el art. 1435 CC. EDL 1889/1 Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.

2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse la principio de igualdad del art. 32 CE. EDL 1978/3879

3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional.

CUARTO.- Las diferentes aproximaciones en el Derecho civil español

El régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio (ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra; Arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares). En cambio, el Código civil EDL 1889/1 catalán, en su art. 232-5.1, establece que "En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre que en el momento de la extinción del régimen (...) el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo que se establece en esta sección". Y una regla parecida es la contenida en el art. 13.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo EDL 2007/12665 , de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que admite la compensación por el trabajo para la casa, que se considera también forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 12) y cuyos criterios de valoración son los siguientes: "1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos".

Finalmente, el art. 1438 CC EDL 1889/1 , que establece que "el trabajo para la casa (...) dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

QUINTO.- El contenido de la compensación ex art. 1438 CC EDL 1889/1 .

Las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, que si bien apareció en el Proyecto de reforma del Código civil EDL 1889/1 en 1981, desapareció en el texto definitivo y que se encontraba también el Código de Familia catalán hasta la ley 10/2010, que aprobó el Libro segundo del Código civil EDL 1889/1 catalán. De aquí que hay que partir de lo que se expone a continuación en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del art. 1438 CC. EDL 1889/1

Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC EDL 1889/1 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.

SEXTO.- La cuantía de la compensación del art. 1438 CC EDL 1889/1

A continuación debe examinarse cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación. El art. 1438 CC EDL 1889/1 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.

#### SÉPTIMO.Doctrina jurisprudencial.

Se sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: 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.

#### OCTAVO.Estimación del motivo.

La estimación del único motivo del recurso de casación por interés casacional interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Macarena contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 23 abril 2008, determina la de su recurso de casación.

Debe reponerse la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia num. 6 de Móstoles, de 20 abril 2007, en su apartado quinto, único que fue objeto del recurso de apelación, habiendo quedado firmes los demás.

#### NOVENO.Costas.

No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

No se imponen las costas del recurso de apelación, por tratarse de una cuestión controvertida, en la que el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez.

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

## FALLO

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D<sup>a</sup> Macarena contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24<sup>a</sup>, de 23 abril 2008, dictada en el rollo de apelación num. 69/2008.

2º En su lugar se repone la sentencia dictada por el juzgado de 1<sup>a</sup> instancia num. 6 de Móstoles, de 20 abril 2007 cuyo fallo dice: " Que estimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Macarena, representada por el Procurador Sr. Chippirrás Sánchez, contra D. Dionisio, representado por el Procurador Sr. Sampere Meneses, se declara el divorcio del matrimonio con todos los efectos legales, incluida la prohibición de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, quedando revocados los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, con la adopción de las siguientes medidas:

5.El demandado entregará a la actora la cantidad de 108.000 Eur. en concepto de indemnización prevista en el art. 1438 C.Civil EDL 1889/1 , cantidad que devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago, conforme al art. 576 LEC EDL 2000/77463 , interés que comenzará a devengarse a los veinte días de la notificación de esta resolución.

No procede la condena en costas de ninguna de las partes".

3º Se sienta la siguiente doctrina jurisdiccional: El derecho a obtener la compensación por haber contribuido 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 ha producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

5º No se imponen las costas del recurso de apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> Encarnacion Roca Trias, 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012011100464