

Régimen de separación de bienes. Compensación económica por trabajo doméstico. Fundamento. Dedicación exclusiva no excluyente. Cálculo indemnización conforme al salario mínimo. SENTIDO DEL FALLO: Desestimación íntegra recurso de casación

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2075/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sr. : Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.423/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 17 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Luis Francisco, representado por la procuradora D^a Natalia Díaz Rico, bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Iglesias Martín, contra la sentencia n.^º 520/2021, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Palencia, en el recurso de apelación n.^º 439/21, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.^º 154/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.^º 3 de Palencia.

Ha sido parte recurrida D^a Melisa, representada por la procuradora D^a M.^a Eugenia Moro Terceño y bajo la dirección letrada de D^a M.^a Cinta Marcos Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D^a M.^a Eugenia Moro Terceño, en nombre y representación de D^a Melisa, interpuso demanda de divorcio contra D. Luis Francisco, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que verse sobre los siguientes extremos:

1. La disolución por divorcio del matrimonio contraído por mi mandante con D. Luis Francisco.
2. Se aprueben judicialmente las medidas solicitadas en el cuerpo de este escrito en concreto:

2-1.- Respecto a la patria potestad de la menor de edad, Rocío será ejercida conjuntamente por el padre y la madre, tal y como dispone el Art. 156 del C.C., debiendo observarse las siguientes especificaciones:

- Se ejercerá siempre en beneficio la hija menor y de acuerdo con su personalidad y siempre bajo un clima de cooperación y colaboración total entre ambos progenitores.

Para el cumplimiento de la obligación que tienen los progenitores de velar por la menor, cuando se encuentre bajo la custodia de uno - guarda y custodia - y otro progenitor - régimen visitas y estancias - deberán informarse mutuamente de cualquier circunstancia que acontezca respecto de la menor y que tenga carácter relevante.

2-2.- Guarda y custodia# de la hija, Rocío, sea concedida a LA MADRE.

2-3.- Régimen de vistas.- Que se conceda al progenitor con el que no conviva LA HIJA, en defecto de acuerdo entre los progenitores, y sin que nunca violente la voluntad de la menor el más amplio régimen de vistas que sea posible y por lo menos, los fines de semana alternos, desde el viernes a las 20,30 horas hasta las 21,30 horas del domingo y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, remitiéndose esta parte no obstante a lo expuesto en el fundamento jurídico quinto de este escrito.

2-4.- Uso del domicilio familiar. En cuanto al uso y disfrute del hasta ahora domicilio familiar sito en la localidad de Palencia CALLE000 NUM000 se atribuya en su totalidad y por tiempo indeterminado, a D. Luis Francisco y a las hijas los períodos que convivan con el mismo.

2-5.- Pensión alimenticia para las HIJAS Marí Juana Y Rocío, dado que ambas se encuentran estudiando y carecen de independencia económica. Se solicita por esta parte que se fije en concepto de alimentos para las hijas, la cantidad de NOVECIENTOS EUROS;//900 EUROS// a satisfacer mensualmente por D. Luis Francisco en concepto de pensión de alimentos para sus hijas pagaderas dentro de los cinco primeros días en la Entidad Bancaria que designe la madre, Dña. Melisa.

2-6.-Que dicha cantidad SE TENGA POR DEVENGADA DESDE la fecha de presentación de esta demanda, cantidad que se adaptará anualmente conforme las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publique periódicamente el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar que le sustituya.

2-7.- Que el padre contribuya al pago del 50% de los gastos extraordinarios que hayan generado y generen las hijas Marí Juana y Rocío previa justificación de los mismos.

2-8.- Se establezca una Pensión compensatoria en favor de Dña, Melisa en la cantidad, como mínimo DE CUATROCIENTOS EUROS MENSUALES://400 Euros//.

2-9. - Que dicha cantidad se devengará desde la fecha de presentación de esta demanda y se adaptará anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de precios consumo que publique periódicamente el Instituto Nacional de Estadística organismo similar que le sustituya:

2-10.- SE RECONOZCA A DOÑA Melisa la indemnización prevenida en Art. 1438 del Código en la cantidad de OCHENTA MIL A CIEN MIL EUROS como consecuencia de que los cónyuges pactaron el régimen separación de bienes y la dedicación exclusiva durante muchos años de Dña. Melisa las tareas domésticas sin retribución alguna.

2-11.- Se acuerde revocación de poderes que hayan podido otorgarse los cónyuges:

2-12.- Declarar extinguido el régimen económico de separación de bienes, y que los cónyuges practiquen de común acuerdo, o en otro caso, la liquidación del mismo por los trámites establecidos al efecto por la L.E.Civil.

3.- Que se impongan las costas del presente procedimiento al demandado".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palencia y se registró con el nº 194/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D^a Natalia Díaz Rico, en representación de D. Luis Francisco, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

[...] se dicte en su día sentencia en virtud de la cual se acuerde el divorcio de los esposos y los siguientes efectos:

1.- Establecer la GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA de la hija menor, Rocío, por considerar que es la solución más idónea para este supuesto concreto, atendiendo siempre al interés superior de los menores de edad que cumplirá 18 años el próximo 21 de enero de 2021. La patria potestad sobre la hija menor, será ejercida por el padre y la madre, tal y como dispone el artículo 156 del código civil, si bien el ejercicio ordinario de la patria potestad lo tiene aquel de los padres con quien en cada momento estén los hijos menores.

2.- Dado que la guarda y custodia de la hija Rocío es compartida entre ambos progenitores, y, atendiendo a su edad y grado de madurez. No se establece una distribución del tiempo o estancia de la menor entre ambos progenitores, ni ningún régimen de visitas entre la menor y los progenitores. Gestionando la menor su tiempo en compañía de ambos progenitores.

3.- La vivienda que fuera el domicilio familiar sita en CALLE000 nº NUM000, Palencia. Es una vivienda propiedad privativa y exclusiva del padre. Cuyo uso y disfrute le pertenece al mismo por propiedad y le extiende a su vez a sus hijas, Rocío y Marí Juana, hasta que estas alcancen la independencia económica de vivir por sus propios medios económicos o pasen a formar su propia unidad familiar.

4.- No se establece ninguna pensión de alimentos. Como el sistema establecido es el de guarda y custodia compartida respecto de la hija menor Rocío, y, cómo el uso y disfrute de la vivienda de CALLE000 nº NUM000, Palencia es asignado al padre y a sus hijas, Rocío y Marí Juana, hasta que estas alcancen la independencia económica de vivir por sus propios medios económicos o pasen a formar su propia unidad familiar. Además, el padre se hará cargo de los siguientes gastos que devenguen sus hijas: Todos los gastos médicos, quirúrgicos, prótesis y cualquier otro que no

estén cubiertos ni por la seguridad social ni por las pólizas ordinarias de seguro voluntario. Todos los gastos de educación, vestido y ocio, en concreto: matrícula de universidad, residencia o piso, con complemento de alimentación, vestido, ocio, de los gastos de transportes que generen sus estudios, así como los gastos de realización de cursos en el extranjero siempre que hayan sido consensuados por el padre y las hijas. Igualmente los gastos que genere la obtención del carnet de conducir como la posible preparación de oposición. Hasta que sus hijas alcancen la independencia económica de vivir por sus propios medios económicos o pasen a formar su propia unidad familiar.

5.- No procede la fijación de ninguna pensión compensatoria al amparo del artículo 97 del Código Civil para alguno de los cónyuges, al no concurrir ningún requisito para su fijación. No hay un desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia, con respecto a la situación que tenían hasta entonces. Los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura -que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores- y el elemento personal, -pues lo que se han de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento. A la esposa no se le priva de trabajar antes, durante y después del matrimonio. Como consta en su vida laboral. La pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de las economías tras la cesación de convivencia.

6.- Se declara disuelto el régimen económico matrimonial de separación de bienes establecido en escritura pública de capitulaciones matrimoniales realizada el 13 de marzo de 2003, ante el Notario D. Juan Carlos García Bertrán, Protocolo 253. Por la que se establece como sistema económico para su matrimonio lo dispuesto en los artículos 1.437 y siguientes del Código Civil. Constando inscripción marginal en el Registro Civil de Palencia.

7.- Denegar la petición de compensación a favor de la esposa solicitada por el artículo 1.438 del Código Civil. Toda vez que no concurren en el presente caso los requisitos exigidos en el citado precepto legal, ni cualquier otra circunstancia relevante, para establecer una compensación al amparo del artículo 1.438 del Código Civil en favor de la actora.

8.- Todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas. Habida cuenta la naturaleza de las cuestiones jurídicas planteadas -que de por sí hacen necesaria una decisión judicial- y conforme a reiterada doctrina de los tribunales".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palencia dictó sentencia de fecha 27 de abril de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D^a María Eugenia Moro Terceño en nombre y representación de D^a Melisa contra D. Luis Francisco representado por la Procuradora D^a Natalia Díaz Rico, debo DECLARAR Y DECLARO la disolución por divorcio del matrimonio celebrado por ambos litigantes el día 6 de junio de 2003 y disuelto el régimen económico matrimonial establecido en capitulaciones matrimoniales el día 13 de marzo de 2003, acordando las siguientes medidas definitivas de la situación que se constituye:

1. No procede establecer ningún régimen de patria potestad, guarda y custodia, y visitas por lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero.
2. No procede fijar pensión de alimentos por los argumentos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto.

"Los gastos extraordinarios, entendiéndose como tales los fijados conforme doctrina jurisprudencial consolidada de la Audiencia Provincial de Palencia han de ser satisfechos

en un 60% por D. Luis Francisco y en un 40% por D^a Melisa.

3. No ha lugar a fijar pensión compensatoria interesada por la parte actora, por no concurrir los requisitos del Código Civil, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto.
4. Procede fijar como compensación por el trabajo para la casa (art. 1438 del Código Civil) a favor de D^a Melisa el importe de 100.000 euros. Cantidad que ha de abonar D. Luis Francisco.
5. Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda sita en CALLE000 núm. NUM000 de Palencia a D. Luis Francisco.

"No se hace especial pronunciamiento en materia de costas procesales".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Luis Francisco e impugnada por la representación de D^a Melisa.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Palencia, que lo trámiteó con el número de rollo 439/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 3 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Que, ESTIMANDO el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Francisco, contra la sentencia dictada el día 27 de abril de 2021 por el Juzgado de 1^a Instancia nº 3 de Palencia, en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala nº 439/21 debemos REVOCAR y REVOCAMOS mencionada resolución, fijando en 50.000 euros la cantidad que como compensación por trabajo en hogar deberá pagar D. Luis Francisco a D^a Melisa sin hacer imposición de costas en ninguna de las instancias".

Con fecha 18 de enero de 2022 se dictó auto por dicha sección de la Audiencia Provincial de Palencia se dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

LA SALA ACUERDA: No ha lugar a subsanar la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2021, dictada en el Rollo de Apelación núm. 439/21, conforme ha interesado la representación del Sr. Luis Francisco y procede complementar dicha resolución en el sentido de que se desestima la impugnación presentada por la Sra. Melisa de la sentencia dictada el 27 de abril de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palencia.

Contra este Auto no cabe Recurso.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D^a Natalia Díaz Rico, en representación de D. Luis Francisco, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

PRIMER MOTIVO DE RECURSO: Infracción del artículo 1438 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Así como de la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y demás Audiencias Provinciales al respecto. Por preclusión de la solicitud de indemnización, por carencia de prueba practicada por la demandante del requisito de la especial contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, por carencia de prueba en el procedimiento por la demandante respecto de la cuantificación y fijación de la indemnización que le solicita, y, por infracción del 1438 CC sobre el modo en que fue resuelta la fijación de la cuantía de indemnización en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la propia Sentencia nº 520/2021 de fecha 3 de diciembre de 2021 a partir de tales elementos.

SEGUNDO MOTIVO DE RECURSO: Infracción del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a que la demandante no acredita con ningún elemento de prueba, por un lado, el requisito de la especial contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, y, por otro lado, tampoco acredita la forma de graduación y el importe exacto de la indemnización que solicita al amparo del artículo 1438 del CC".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de noviembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Francisco contra la sentencia dictada con fecha de 18 de enero de 2022 por la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.^a), en el rollo de apelación nº 439/2021, dimanante del juicio de divorcio nº 154/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palencia.

2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

Contra esta resolución no cabe recurso.

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 12 de septiembre de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisoriales del presente proceso partimos de los siguientes antecedentes relevantes:

1º.- Es objeto del proceso la demanda de divorcio que es interpuesta por D^a Melisa contra D. Luis Francisco. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número tres de Palencia. Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia en virtud de la cual se decretó el divorcio de los litigantes.

En cuanto a los efectos de tal pronunciamiento judicial, no se establecieron medidas personales con respecto a las hijas de los litigantes, al ser ambas mayores de edad; no obstante, se acordó que cada progenitor se hará cargo de los alimentos cuando las tenga en su compañía, lo que se llevará a efecto por semanas alternas. Los gastos extraordinarios se abonarán en un porcentaje del 60% el padre y el otro 40% la madre.

No procede pensión compensatoria, dado que la demandante desde el año 2016 trabaja, y la precitada pensión no constituye un mecanismo de igualación de las posibilidades económicas de cada excónyuge. Se adjudica al demandado la vivienda familiar de su titularidad exclusiva, las cuotas de amortización correspondientes del préstamo hipotecario para financiar su adquisición se pagaron durante la vigencia de la unión.

Los litigantes habían pactado un régimen de absoluta separación de bienes.

En concepto de indemnización del art. 1438 del CC, se fijó a favor de la demandante la cantidad de 100.000 euros, dada su dedicación al cuidado de la familia e hijas comunes.

Para ello, se partió de la base de que el matrimonio con convivencia duró 15 años y 4 meses, puesto que se casaron en junio 2003 y se reputó, como fecha del cese de la convivencia, la firma del convenio de separación de hecho de 29 de octubre de 2019, lo que hace un total de 184 meses, todo ello multiplicado por la suma de 600 euros/mes, equivalente al salario mínimo interprofesional, que hubiera percibido una tercera persona dedicada a las labores de cuidado y atención de un hogar familiar con niños, arroja una suma de 110.400 euros, y comoquiera que en la demanda, por tal concepto, se piden 100.000 euros se condena al demandado a satisfacer dicha suma de dinero.

2º.- Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado recurso de apelación, en el que cuestionó la procedencia de la compensación del art. 1438 CC y, en su caso, la cuantía de la indemnización por trabajo para el hogar, solicitando que, en cualquier caso, no podía ser superior a 6.000 euros.

El conocimiento del recurso fue abordado por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Palencia que dictó sentencia revocatoria de la pronunciada en primera instancia, en el sentido de rebajar el importe de dicha indemnización a la suma de 50.000 euros.

Se razonó que el convenio regulador suscrito por los litigantes no preveía ninguna

indemnización por trabajo para el hogar. Ahora bien, esta circunstancia no se consideró implica la renuncia, por parte de la esposa, a la compensación económica establecida en el art. 1438 del CC. La firma de tal convenio no puede reputarse como manifestación concluyente de la abdicación a dicha pretensión por no reunirse los requisitos necesarios para la aplicación de la invocada doctrina de los actos propios.

A continuación, se procedió a revisar la cuantía de la indemnización, al considerarse procedente su fijación por concurrir los presupuestos normativos, que avalan la compensación económica por trabajo doméstico. Al respecto, se razonó:

"Efectivamente, la sentencia apelada no aporta los datos precisos y básicos para fijar la compensación por el trabajo en el hogar de la demandante, ya que no analiza las circunstancias concretas de cómo se ha desarrollado el matrimonio de los litigantes mientras hubo convivencia y tampoco tiene en cuenta que tal como se desprende de la documental bancaria incorporada al procedimiento, fue el esposo demandado quien asumió en mayor medida las necesidades económicas de la familia, y aunque la hija mayor de los litigantes D^a Marí Juana, dijera que las tareas del hogar las hacia su madre pues su padre siempre trabajó en una empresa familiar paterna en horario de mañana y tarde, también declaró que su madre ha trabajado algún tiempo fuera de casa, es decir que su dedicación al hogar la compatibilizó con su trabajo por cuenta ajena y no fue exclusiva durante el matrimonio. Una indemnización por compensación de la cuantía de 100.000 euros, precisa de alguna prueba sólida que lo justifique, y no sólo fruto del resultado de multiplicar 600 euros por 168 meses, y si hemos dicho que la dedicación de una esposa, aun siendo exclusiva, no puede asimilarse a un empleo por cuenta ajena, y si está acreditado que aproximadamente durante ocho años la esposa trabajó fuera del hogar y obtuvo un salario, no resulta ajustado a las circunstancias del caso compensarla la totalidad de los 168 meses de vigencia y convivencia, con otro salario, por mínimo que sea, como tampoco al apelante por haber sido él quien constante matrimonio contribuyó en mayor medida que su esposa al levantamiento de las cargas familiares.

"Es por lo expuesto que el tribunal va a estimar en parte el recurso de apelación y va a moderar la cuantía de la compensación por trabajo a satisfacer por el apelante a su exesposa, considerando más ajustada a las circunstancias del caso y en aras de que no se produzca un enriquecimiento injusto por la demandante apelada, la cantidad de 50.000 euros, lo que hace innecesario entrar a estudiar el resto de alegaciones del recurso".

3º.- Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto.

El recurso se fundamentó en sendos motivos.

El primero de ellos, por infracción del artículo 1438 del Código Civil, así como de la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y demás audiencias provinciales al respecto.

El segundo, por vulneración del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en tanto en cuanto la demandante no acredita con ningún elemento de prueba, por un lado, el requisito de la especial de contribución en especie al levantamiento

de las cargas familiares, y, por otro lado, tampoco acredita la forma de graduación y el importe exacto de la indemnización que solicita al amparo del artículo 1438 del CC.

TERCERO.- Inadmisión y correlativa desestimación del segundo de los motivos de casación.

Es evidente, que el segundo motivo del recurso de casación no puede ser admitido, toda vez que no se construye sobre la vulneración de un precepto de derecho material o sustantivo, de naturaleza civil o mercantil, como constituye el presupuesto y razón de ser de dicho recurso (sentencias 220/2017, de 4 de abril; 338/2017, de 30 de mayo; 380/2017, de 14 de junio; 487/2018, de 12 de septiembre; 518/2018, de 20 de septiembre; 787/2021, de 15 de noviembre y 361/2023, de 10 de marzo), sino de clara naturaleza adjetiva o procesal, que encontraría, en su caso, su incardinación dentro del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.2. 2º de la LEC concerniente a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en las que está inserto el precitado art. 217 de la LEC relativo la carga de la prueba.

Tampoco es posible fundamentar un recurso de casación con la alegación de motivos heterogéneos, que mezclan cuestiones de hecho y de derecho o sustantivas y procesales (sentencias 760/2011, 4 noviembre, 369/2021, 28 mayo, 913/2021, 23 diciembre y 719/2023, 12 mayo).

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que viene sosteniendo sin fisuras que las causas de inadmisión se convierten, en este trance procesal, en causas de desestimación del recurso de casación; no obstante, para ello, que en su día el recurso de casación fuera admitido a trámite dado el carácter provvisorio de la admisión, que se encuentra sujeta a un examen definitivo en la sentencia que resuelve el recurso (sentencias 97/2011, de 18 de febrero; 548/2012, de 20 de septiembre; 564/2013, de 1 de octubre; 146/2017, de 1 de marzo; 795/2021, de 22 de noviembre; 390/2022, de 10 de mayo; 700/2022, de 25 de octubre y 361/2023, de 10 de marzo, entre otras muchas).

De la misma manera, el Tribunal Constitucional ha afirmado, en numerosas resoluciones, que "[...] la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, sentencias 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

CUARTO.- Examen del primero de los motivos del recurso de casación

En primer término, se sostiene que en el convenio, de fecha 29 de octubre de 2019, en el que los litigantes regulan su separación de hecho, no consta pacto alguno sobre la compensación del art. 1438 del CC, y tal omisión debe interpretarse como equivalente a una renuncia a su percepción, al hallarse sujeta al carácter vinculante de los actos propios de los que no puede

legítimamente desligarse la demandante.

No podemos aceptar tal argumento.

En primer lugar, dado que el contenido de dicho acuerdo extrajudicial tenía por objeto fundamental regular las relaciones paternofiliales durante la separación de hecho de los cónyuges, cuyo matrimonio no se había disuelto por divorcio (art. 85 del CC), y, por ende, no se había extinguido su régimen económico matrimonial.

Si nos fijamos en el contenido de los pactos alcanzados por las partes, éstos se refieren al cese de la vida común y autorización de los cónyuges a vivir en distintos domicilios, regulando fundamentalmente las relaciones con respecto a la hija menor -patria potestad, custodia, visitas, residencia- y los alimentos de las dos hijas del matrimonio, pero no contiene ninguna disposición sobre el régimen económico matrimonial o sobre la indemnización del art. 1438 del CC.

Por otra parte, el mentado precepto norma que el derecho a la compensación se fijará, a falta de acuerdo entre las partes, a la extinción del régimen económico matrimonial, que no se produce con el mentado convenio sino con la sentencia de divorcio.

Por consiguiente, no podemos considerar, como pretende el recurrente, que la suscripción de dicho pacto implique una renuncia a la percepción de la precitada compensación que, en cualquier caso, deberá ser expresa, clara y precisa, sin que tampoco resulte vulnerada, por la sentencia de la audiencia, la doctrina de los actos propios.

En efecto, tal doctrina señala que dichos actos deben ser inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una situación jurídica (sentencias 936/2006 de 6 octubre, 201/2015, de 9 de abril, 519/2015, de 6 de octubre, 500/2020, de 5 de octubre y 1082/2023, de 3 de julio).

Con la finalidad de delimitar el contorno de tal doctrina, señalamos en la sentencia de esta Sala 320/2020, de 18 de junio, ratificada en las sentencias 300/2022, de 7 de abril, 578/2022, de 26 de julio y 338/2023, de 1 de marzo, que señalan al respecto:

"La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 547/2012, de 25 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 9 de diciembre de 2010, RC n.^º 1433/2006, 7 de diciembre de 2010, RC n.^º 258/2007). Como afirmamos en la sentencia de 25 de febrero de 2013, [...], dicha doctrina "significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real".

Pues bien, la firma del precitado convenio extrajudicial de la separación de hecho no podía

generar la confianza en el demandado de que su cónyuge renunciase a una eventual percepción de la compensación del art. 1438 del CC.

El precitado acuerdo está lejos de guardar relación de identidad con el supuesto contemplado en la sentencia de esta sala 363/2023, de 13 de marzo, relativo a un pacto preventivo o de rotura, concertado en una escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que, además de pactar el régimen de separación de bienes, se acordó que:

"[...] en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos".

Procede, pues, descartar dicho primer argumento del recurso y resolver los otros formulados.

En este trance decisorio, es necesario destacar que es legítimo debatir en el procedimiento de divorcio la procedencia y cuantía de la indemnización por trabajo doméstico, una vez constatado que el régimen económico matrimonial de los cónyuges es el de la absoluta separación de bienes; de esta manera, nos pronunciamos en la sentencia 94/2018, de 20 de febrero, que tomando como referente la sentencia 678/2015, de 17 de noviembre, razonó que:

[...] la acción relativa al art. 1438 del C. Civil, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC, no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario pero sí posible.

La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentales como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del art. 1438 del C. Civil.

En otro orden de cosas, el art. 1438 del CC, según redacción vigente, dada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, dispone que:

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.

Preceptos similares, pero con regulación propia, se encuentran en el art. 232.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en que se requiere que el cónyuge deudor haya obtenido un incremento

patrimonial superior al otro consorte; en el art. 4.1 de Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, con una regulación muy parecida al art. 1438 CC, tras reforma por Ley 7/2017, de 3 de agosto; y, también, en el art. 101.5 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de acuerdo con la reforma por Ley 21/2019, de 4 de abril.

La razón de ser de tal compensación por trabajo doméstico deriva de que, en los regímenes económico-matrimoniales en los que no se produce una comunicación de bienes entre los cónyuges, como es el de separación, puede generarse un desequilibrio económico cuando uno de los miembros del matrimonio se dedica al cuidado del hogar familiar y, en su caso, de los hijos o parientes convivientes con ellos, lo que le hace merecedor de una compensación mediante el establecimiento de una compensación en el momento de su extinción.

La sentencia de esta Sala 658/2019, de 11 de diciembre, explica el fundamento al que responde el art. 1438 del CC en los términos siguientes:

Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma.

Este artículo 1438 CC tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, durante la reunión 298, en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, nº 8 i) establece que:

Las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares.

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado que 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 (SSTS 534/2011, 14 julio; 16/2014, 31 enero; 135/2015, 26 marzo; 136/2015, 14 abril entre otras).

Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, introdujo en el art. 68 CC, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes; por lo que, si son satisfechas exclusivamente por uno de ellos, no sorprende se establezca el derecho a la compensación.

Esta dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, atención a los miembros de la familia, cuidados del hogar, dirección de la casa, podrán ser valoradas a los efectos de fijar la compensación del art. 1438 CC. Se ha empleado de forma gráfica, para conceptuar tal derecho, la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada. En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y

hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de convivencia marital, y, por lo tanto, el trabajo para el hogar se configura como una forma de contribución a las cargas del matrimonio, así como un título para obtener en su caso una compensación pecuniaria por normativa aplicación del mencionado art. 1438 CC, al liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

En interpretación del art. 1438 CC esta sala, a partir de la sentencia 534/2011, de 14 de julio, fijó la siguiente doctrina, ratificada en otras ulteriores como, por ejemplo, en la STS 185/2017, de 14 de marzo, 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.

Las posibles dudas interpretativas que dichas resoluciones podían haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, determinó se dictasen las SSTS 135/2015, de 26 de marzo, 136/2015, de 14 de abril y 614/2015, de 15 de noviembre, en las que se fijó la doctrina jurisprudencial de que la aplicación del art. 1438 del CC:

[...] 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.

No obstante, con posterioridad, la importante STS 252/2017, de 26 de abril, del Pleno, complementó la jurisprudencia de este Tribunal, dando una interpretación a la expresión normativa "trabajo para la casa", que no cercena la aplicación del art. 1438 del CC, cuando se trata de actividades profesionales o negocios familiares, precisando que:

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'.

En el caso presente, la sentencia de la audiencia computa los períodos de tiempo en que la demandante se dedicó, de forma exclusiva, al cuidado de su familia e hijas, abordando las tareas domésticas, no aquellos otros en que los compatibilizó con una actividad laboral. Tal proceder no es contrario, ni vulnera la doctrina de esta sala, antes expuesta, sino que es conforme con ella. El tribunal provincial corrige, de esta forma, la sentencia dictada por el juzgado y rebaja el montante compensatorio a la suma de 50.000 euros.

También, hemos considerado que una de las opciones posibles sobre la forma de abordar el cálculo del montante de dicha compensación, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, radica en el equivalente económico al salario mínimo interprofesional, o con el sueldo que cobraría una tercera persona por ejecutar los trabajos domésticos, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Es éste un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado (sentencias 534/2011, de 14 de julio, 614/2015, de 25 de noviembre, 300/2016, de 5 de mayo, y 658/2019, de 11 de diciembre).

En el caso presente, la demandante, durante la convivencia matrimonial que se extendió por un periodo de 15 años y cuatro meses, unos siete años los dedicó, de forma exclusiva, al cuidado de la familia y de las dos hijas comunes del matrimonio.

En ese espacio temporal, de hallarse casados los litigantes en régimen de gananciales, los ingresos del marido procedentes de su trabajo, así como los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales serían comunes (art. 1347.1º de CC), y, de esta manera, pertenecería al consorcio ganancial la parte de la vivienda familiar pagada por el demandado durante el matrimonio con su sueldo o salario, así como también otros bienes adquiridos como un automóvil (arts. 1347.3º, 1354 y 1357 CC); sin embargo, en el caso que nos ocupa, son de su propiedad exclusiva. La demandante no obtuvo rendimiento alguno de su contribución.

La circunstancia de que el demandado destinase su sueldo a satisfacer las cargas del matrimonio no supone que la esposa no tenga derecho a obtener una compensación económica por su exclusivo trabajo doméstico en los términos del art. 1438 del CC.

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

[...] la 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".

Tampoco es verdad que sólo fuera el marido quien contribuyó con sus ingresos a la economía familiar, pues también lo hizo la esposa durante los otros 100 meses que compatibilizó las tareas domésticas con el trabajo por cuenta ajena, y sin que, con los recursos económicos obtenidos con su sueldo, exista prueba alguna de que hubiera adquirido un bien de naturaleza privativa.

La propia parte recurrente efectúa, en su recurso, un cálculo con fundamento en los períodos de tiempo en que la demandante efectuó el trabajo doméstico de manera exclusiva (84 meses) y el salario mínimo vigente durante ellos, que fue variando a lo largo del tiempo y, de esta forma, llega a la suma de 51.228 euros, superior a la establecida por la sentencia de la audiencia, lo que demuestra que la compensación fijada por el tribunal provincial, en ausencia de otros datos, no la podemos considerar arbitraria, injusta o desproporcionada para que merezca su revisión.

Señalar, por último, que el interés casacional no puede fundarse en la cita de sentencias de audiencias, sino en la jurisprudencia de esta sala, salvo la existencia de criterios contradictorios en la decisión del mismo caso entre los distintos tribunales provinciales, para fijar la interpretación procedente de la norma de derecho material o sustantiva civil o mercantil aplicable al caso, lo que igualmente conforma el necesario interés casacional (art. 477.2 3.^º y 3 LEC); pero no es este el supuesto invocado por la parte recurrente, que se limita a citar sentencias de dichos órganos jurisdiccionales en función de apoyo de su recurso y no bajo contexto de confrontación o contradicción para fijar la doctrina procedente que beneficie sus pretensiones.

El recurso de casación no es una tercera instancia, que permita abordar una nueva valoración probatoria, y la alegada infracción del art. 217 de la LEC corresponde al recurso por infracción procesal no interpuesto, como hemos señalado precedentemente.

QUINTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

F A L L O

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandado D. Luis Francisco, contra la sentencia 520/2021, de 3 de diciembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, en el recurso de apelación nº 439/2021.

2.- Condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.