



Roj: **STS 3189/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3189**

Id Cendoj: **28079110012020100494**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2020**

Nº de Recurso: **5628/2019**

Nº de Resolución: **497/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7770/2019,**  
**STS 3189/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 497/2020**

Fecha de sentencia: 29/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5628/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5628/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 497/2020**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 29 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 26/6/2019, dictada en recurso de apelación 748/2018, de la Sección 12.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de DIRECCION002, dimanante de autos de juicio de divorcio 996/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de DIRECCION002; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por Dña. Nicolasa, representada en las instancias por la procuradora Dña. Cristina Borrás Mollar, bajo la dirección letrada de D. Xavier Espina Sayol, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Felipe Juanas Blanco en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Benjamín, representado por el procurador D. Javier Nogales Díaz, bajo la dirección letrada de D. Jorge Parrilla Alaña.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Nicolasa, representada por el procurador D. Carles Vargas Navarro y dirigida por la letrada Dña. Rosa Artigas, interpuso demanda de divorcio contra D. Benjamín, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que:

"1.º- Declare disuelto el matrimonio contraído por la Sra. Nicolasa y el Sr. Benjamín, por causa de divorcio.

"2.º- Acuerde a favor de ambos progenitores el ejercicio conjunto de los derechos y deberes inherentes a la potestad parental.

"3.º- Atribuya a favor de la madre, los derechos de la guarda de los menores Salvadora, Constantino y Damaso.

"4.º- Acuerde el siguiente régimen de comunicación y de estancia con el padre:

"1.º) Que el ejercicio del régimen de comunicación con los hijos que se acuerde por este Juzgado se realice en un punto de encuentro durante un mínimo de seis meses, supeditando su ampliación a la evolución del mismo así como a la terapia familiar.

"2.º) Se sometan necesariamente las partes a terapia a fin de poder controlar este tipo de actuaciones y actitudes y así minimizar al máximo el riesgo inminente del síndrome de alienación parental.

"3.º) Una vez el perito terapeuta comunique a este Juzgado que el Sr. Benjamín está en condiciones de desarrollar el régimen de visitas sin perjudicar a sus hijos, deberá entonces acordarse el desarrollo normal del previsto en el auto de 25 de octubre de 2016, sin la intervención del punto de encuentro, con las modificaciones (especificaciones) que se introducen a continuación:

"Régimen ordinario.-

"Una tarde intersemanal que en defecto de acuerdo sea el miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves a su entrada. Si el miércoles fuera festivo, se hará cargo de los menores desde el miércoles a las 10.00h hasta el jueves a la entrada del colegio.

"Fines de semana alternos: el Sr. Benjamín recogerá a los menores el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo. Si el viernes o el lunes fueran festivos se extenderá el período a cargo del padre a los mismos. Si el viernes fuera festivo se recogerá a los menores a las 10.00h hasta el lunes a la entrada del colegio, si fuera el lunes se hará cargo de los menores desde el viernes a la salida del colegio hasta el martes a su entrada.

"Régimen extraordinario.-

"Los períodos en los que los menores disfruten de vacaciones de acuerdo con el calendario escolar establecido por el Departamento de Educación de la Generalitat de Catalunya, el régimen ordinario descrito quedará en suspenso.

"En los años pares interesa que la primera mitad corresponda a la madre y la segunda al padre, en los años impares, corresponderá la primera mitad del período al padre y el segundo a la madre.

"1.- Vacaciones escolares de Navidad.



"Se disfrutarán por ambos progenitores por mitades iguales y de forma alterna conforme a los siguientes períodos:

"- Primer período: Se iniciará desde el último día lectivo escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre, debiendo recogerlos y acompañarlos el Sr. Benjamín al domicilio materno.

"- Segundo período: Se iniciará a las 20:00 horas del día 30 y finalizará el primer día lectivo a la entrada del colegio. En los años pares este período se disfrutará por la madre y en los impares por el padre.

"2.- Vacaciones escolares de Semana Santa.

"Interesa se disfruten por ambos progenitores por mitades iguales y de forma alterna conforme a los siguientes períodos:

"- Primer período: Se iniciará a la salida del centro escolar el último día lectivo y finalizará el Miércoles Santo a las 10:00 horas.

"- Segundo período: Se iniciará el Miércoles Santo a las 10:00 horas y finalizará el primer día lectivo escolar. En los años pares este período se disfrutará por la madre y en los impares por el padre.

"3.- Vacaciones escolares de Verano:

"Interesa se disfruten por ambos progenitores por mitades iguales y de forma alterna conforme a los siguientes períodos:

"- Primer período: Se iniciará desde el último día lectivo hasta el 30 de junio a las 20 horas.

"- Segundo período: Desde el 30 de junio a las 20 horas hasta el 15 de julio a las 20 horas.

"- Tercer período: Desde el 15 de julio a las 20 horas hasta el 31 de julio a las 20 horas.

"- Cuarto período: Desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el 15 de agosto a las 20 horas.

"- Quinto período: Desde el 15 de agosto a las 20 horas hasta el 31 de agosto a las 20 horas.

"- Sexto período: Desde el 31 de agosto a las 20 horas hasta el primer día lectivo a la entrada del colegio.

"El primer, tercer y quinto período le corresponderán al padre durante los años pares, mientras que el segundo, cuarto sexto a la madre.

"4.- Intercambios en el punto de encuentro: Las entradas y las recogidas se producirán en el punto de encuentro que corresponda.

"5.- Inicio del régimen ordinario: El régimen ordinario de guarda se reanudará el primer día lectivo en que finalice el régimen, correspondiendo el primer fin de semana alterno al progenitor que no haya tenido consigo a los menores el último período vacacional.

"5.º- Acuerde la obligación del Sr. Benjamín de abonar a la Sra. Nicolasa y en concepto de prestación de alimentos para los tres hijos menores, el importe de mil euros mensuales (1.000,00.-€) pensión que deberá de ingresar dentro de los cinco primeros días del mes en el siguiente número de cuenta: NUM000 . Asimismo, se interesa que la pensión de alimentos se actualice anualmente según el IPC de la provincia de Barcelona que establezca el INE o el organismo que lo sustituya debiéndose tener en cuenta para la misma el índice de cada mes de octubre, bajo la consideración que la pensión actual fue acordada por auto de medidas provisionales.

"6.º- Interesa que los progenitores abonen los gastos extraordinarios de los hijos, en la siguiente proporción: 60% la madre, Sra. Nicolasa y 40% el padre, Sr. Benjamín , concretándose estos en:

"a) Los médicos no cubiertos por la Seguridad Social ni por la mutua privada.

"b) Las actividades extraescolares que ambos decidan de común acuerdo, siendo actualmente la actividad de música ( Salvadora y Damaso ), rugby ( Constantino y Damaso ).

"Asimismo, se interesa que los gastos extraordinarios sean liquidados en un período máximo de seis meses ingresando el progenitor que no los hubiera satisfecho el importe que corresponda -según la proporción descrita- en la cuenta corriente del progenitor acreedor.

"7.º- Atribuya el derecho de uso de la vivienda familiar sita en C/ DIRECCION000 núm. NUM001 de DIRECCION001 con los bienes que integran el ajuar familiar a la Sra. Nicolasa por razón de la guarda de los tres hijos en común.

"8.º- Declare disuelta la comunidad proindiviso de la finca urbana sita en DIRECCION000 núm. NUM001 , parcela NUM002 , 08415 de DIRECCION001 (finca núm. NUM003 inscrita en tomo NUM004 , libro NUM005



, folio NUM006 , Registro de Propiedad núm. 2 de DIRECCION002 ) adjudicando a cada parte la mitad indivisa y procediendo a su liquidación forzosa en caso de disconformidad en sede de ejecución de sentencia.

"9.º- Acuerde la obligación del Sr. Benjamín a abonar la mitad del importe cuatro mil quince euros (4.015.-€) en concepto de la liquidación de los bienes muebles adquiridos de forma onerosa (uno de ellos fue financiado y abonado desde la cuenta común) durante la convivencia familiar y se concretan en el Renault Gran Scenic, matrícula ....-TRC , adquirido en el mes de noviembre del 2006; y en el Renault Twingo ....-WBK , adquirido en el mes de junio del 2008.

"Sin imposición de costas dada la naturaleza del procedimiento".

2.- El demandado D. Benjamín , representado por la procuradora Dña. Silvia Molina Gaya y bajo la dirección letrada de D. Jorge Parrilla Alañá, contestó a la demanda e interpuso demanda reconvenzional.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"En la que se acojan las siguientes pretensiones:

"1.- Se acuerde la disolución del matrimonio de ambos cónyuges, por divorcio.

"2.- Se acuerde que la patria potestad de los menores sea compartida, así como la guarda y custodia de los mismos, por ser lo más beneficioso para ellos, de conformidad con lo así dispuesto en los artículos 233.10 y 233.11 del Código Civil de Cataluña.

"3.- Con respecto a la distribución de la guarda y custodia de los menores que se interesa se fije el siguiente régimen:

"- Lunes y martes estarían al cuidado de la madre.

"- Miércoles y jueves al cuidado del padre.

"- Fines de semana alternos entre los progenitores, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el lunes a la entrada del mismo.

"- Vacaciones de Semana Santa: Debido a su corta duración, se solicita que sean disfrutadas completamente por uno de los progenitores, de forma que los años pares correspondan al padre, y los impares a la madre.

"- Vacaciones de Navidad, por mitad para cada uno de los progenitores, alternando cada año, de manera que los años pares la elección corresponda al padre, y los impares a la madre.

"- Vacaciones de verano, por mitad también, pero por periodos alternos de 15 días seguidos, eligiendo dichos periodos los años pares el padre, y los impares la madre.

"4.- Se atribuya el uso de la vivienda familiar a favor del padre y de los menores, por ser los más desfavorecidos por razón de la ruptura matrimonial.

"5.- Se acuerde el siguiente régimen de contribuciones a los progenitores:

"Se fije la suma de 150 euros para cada uno de los progenitores, a fin de cubrir los gastos extraordinarios de los menores, dentro de los 5 primeros días de cada mes, mediante ingreso a la cuenta bancaria que ambos progenitores determinen y comprenderá aquellos gastos acordados de común acuerdo por ambos progenitores, así como los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social. Dicha cantidad, será actualizada anualmente conforme al IPC de Cataluña.

"6.- Se acuerde la división de cosa común respecto de la finca adquirida proindiviso por las partes".

E interpuso demanda reconvenzional en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos finalizó suplicando al juzgado se dictara resolución:

"Por la que estimando íntegramente la demanda se acuerde:

"1.º- Se acuerde una pensión compensatoria a favor de mi representado Benjamín , a cargo de la demandada reconvenzional y por la cantidad de cuatrocientos euros (400.-€).

"2.º- Se acuerde a favor de mi mandante una pensión compensatoria por razón de trabajo que esta parte valora en la cuantía de sesenta mil (60.000.-) euros, a cargo de la demandada reconvenzional.

"3.º- Se condene a la demandada reconvenzional al pago de las costas causadas, habida cuenta su temeridad y mala fé".



3.- El procurador D. Carlos Vargas Navarro en la representación de Dña. Nicolasa contestó y se opuso a la demanda reconvenicional suplicando al juzgado:

"Dikte sentencia desestimando la demanda reconvenicional e imponga las costas de la misma a la parte actora reconvenicional dadas las pretensiones no de orden público que se interesan por el Sr. Benjamín".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION002 se dictó sentencia, con fecha 13 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Carlos Vargas Navarro, en nombre y representación de Dña. Nicolasa, contra D. Benjamín, representado por el procurador de los tribunales Dña. Silvia Molina Gaya, y desestimo la demanda reconvenicional formulada por la representación de D. Benjamín frente a Dña. Nicolasa, y declaro la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre los esposos litigantes el 12 de abril de 2003 en Murcia, con los efectos legales inherentes a esta declaración, acordando la disolución del régimen económico matrimonial de separación de bienes y las siguientes medidas:

"- Se establece la potestad parental de los tres hijos menores en favor de ambos progenitores.

"- Se atribuye la guarda y custodia de los tres hijos menores en favor de la madre Dña. Nicolasa.

"- Se establece el siguiente régimen de visitas en favor del padre y en relación a los tres hijos menores: semanas alternas desde el jueves a la salida del colegio o de las actividades extraescolares de los menores para el caso de que se realizaran ese día, hasta el lunes siguientes, en que el padre reintegrará a los menores en sus centros escolares.

"- Las vacaciones escolares de Semana Santa se dividirán por mitad, con dos períodos: un primer período, desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el Miércoles Santo a las 10 horas, y otro período desde el miércoles santo a las 10 horas hasta el primer día lectivo a la entrada al colegio. Respecto a qué período corresponde a cada progenitor, se estará al acuerdo de las partes; a falta de acuerdo, los años pares corresponderá la primera mitad al padre y la segunda a la madre, y los años impares corresponderá la primera mitad a la madre y la segunda al padre. Las entregas y recogidas se harán en el domicilio materno. El régimen ordinario de guarda y custodia se reanudará el primer día lectivo en que finaliza el régimen, correspondiendo el primer fin de semana alterno al progenitor que no haya tenido consigo a los menores el último período vacacional.

"- Las vacaciones escolares de verano se dividirán de la siguiente manera: cuatro períodos: desde el primer día de inicio de las vacaciones escolares hasta el 1 de julio a las 10 horas; desde el 1 de julio a las 10 horas hasta el 1 de agosto a las 10 horas; desde 1 de agosto a las 10 horas hasta el 1 de septiembre a las 10 horas; y desde el 1 de septiembre a las 10 horas hasta el día anterior al inicio de las clases escolares. Si los menores inician el curso en fechas diferentes, el último día será el que se determine por la fecha del inicio del curso escolar del primer menor que inicie el curso.

"- Estos períodos se disfrutarán por los progenitores de forma alterna, de manera que al que le corresponda el primer período le corresponderá también el tercero, y al que corresponda el segundo período le corresponderá también el cuarto. Respecto a qué períodos corresponden a cada progenitor, se estará al acuerdo de las partes; y a falta de acuerdo, en los años pares corresponderán el primer y tercer períodos al padre y el segundo y cuarto períodos a la madre y en los años impares corresponderán el primer y tercer períodos a la madre y el segundo y cuarto períodos al padre. Las entregas y recogidas se harán en el domicilio materno. El régimen ordinario de guarda y custodia se reanudará el primer día lectivo en que finaliza el régimen, correspondiendo el primer fin de semana alterno al progenitor que no haya tenido consigo a los menores el último período vacacional.

"- Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán por mitad, de la siguiente manera: un primer período, desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el 30 de diciembre a las 20 horas, y un segundo período, desde el 30 de diciembre a las 20 horas hasta el primer día lectivo a la entrada al colegio. Respecto a qué período corresponde a cada progenitor, se estará al acuerdo de las partes; a falta de acuerdo, los años pares corresponderá la primera mitad al padre y la segunda a la madre, y los años impares corresponderá la primera mitad a la madre y la segunda al padre. Las entregas y recogidas se harán en el domicilio materno. El régimen ordinario de guarda y custodia se reanudará el primer día lectivo en que finaliza el régimen, correspondiendo el primer fin de semana alterno al progenitor que no haya tenido consigo a los menores el último período vacacional.

"Finalizados los períodos vacacionales se reanudará el régimen de visitas ordinario, iniciándose el régimen de fines de semana alternos por parte del progenitor que no haya disfrutado del último período vacacional con los



menores, sin que una posible diferencia de calendarios escolares permita iniciar este régimen separando a los menores, que deberán seguir los tres menores siempre el mismo régimen de visitas con el progenitor paterno.

"Se establece una pensión de alimentos a favor de los hijos en común y a cargo del padre en la cantidad de 200 euros al mes por cada hijo (600 euros al mes por los tres). La cantidad fijada como pensión de alimentos será pagadera entre los días 1 a 5 de cada mes en la cuenta corriente que la madre indique al padre, y revisable anualmente conforme al IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

"Los gastos extraordinarios serán pagaderos en la proporción del 70% la madre y el 30% el padre. Nótese que de la interpretación jurisprudencial del concepto de "gastos extraordinarios" (sentencia núm. 486/2013, de 26 de junio, de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; sentencia núm. 579/2014, de 15 de octubre, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; sentencia núm. 416/2014, de 11 de junio, de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; auto núm. 257/2012, de 11 de diciembre, de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona), se entiende que son extraordinarios los gastos que son por naturaleza imprevisibles, su concepto indeterminado, inespecífico, y su cuantía líquida que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso. Dentro de dichos gastos cabe diferenciar aquellos que son necesarios, que no requieren previo consentimiento sino sólo comunicación al otro progenitor (gastos médicos, Odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado que los progenitores tengan contratado), de aquellos no necesarios, que requieren recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento (actividades extraescolares realizadas fuera de la escuela o en ella pero fuera del horario escolar y de forma totalmente optativa y libre). Los gastos escolares no tienen la consideración de extraordinarios y están incluidos en la pensión de alimentos (matrícula de inicio de curso, libros, materiales, etc.).

"- Para el caso de que se llegue a acordar la guarda y custodia de los menores compartida entre ambos progenitores, cada progenitor abonará los gastos de los menores cuando estos estén en su compañía, y los gastos extraordinarios serán abonados por la madre en un 70% y por el padre en un 30%.

"- Ambos progenitores se comprometen a realizar junto con sus tres hijos menores, terapia familiar, cuyo coste será sufragado por la madre en un 70% y por el padre en un 30%.

"- Se establece que a los seis meses del inicio de la terapia familiar, el perito emitirá un informe sobre la evolución de la dinámica familiar, a fin y efecto de evaluar el mantenimiento o la ampliación o cualquier modificación que estime adecuada respecto del régimen de custodia y/o visitas, valorando especialmente la conveniencia o no de pasar a un régimen de custodia compartida.

"- Las partes se comprometen a ampliar, reducir o cambiar el régimen de custodia actual en función de lo informado por el perito.

"- Se atribuye el uso de la vivienda familiar a Dña. Nicolasa, hasta la liquidación de la viviendas que se producirá en un período máximo de seis meses.

"- Las partes acuerdan la disolución del condominio de la vivienda familiar sita en c/ DIRECCION000 núm. NUM001, parcela NUM002, de DIRECCION001. Finca Registral NUM003 inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de DIRECCION002.

"- La Sra. Nicolasa se adjudicará el 50% de la propiedad perteneciente al Sr. Benjamín por el importe que resulte de la tasación efectuada por el perito que se designe por el Juzgado, y que como mínimo será el 50% de la cantidad pendiente de amortización de la hipoteca que grava la vivienda. El precio de la adjudicación será el que determine el perito, deducido el capital pendiente de amortización a fecha 22/01/2018.

"- La Sra. Nicolasa se compromete a no reclamar al Sr. Benjamín ninguna cuota del préstamo hipotecario que se devengue desde el día 22/01/2018.

"- La Sra. Nicolasa en el momento de la adjudicación de la vivienda se compromete a novarse o subrogarse en el préstamo hipotecario de manera que el Sr. Benjamín deje de responder del mismo antes u entidad financiera o ante el BC, a prestar las garantías necesarias para liberar al Sr. Benjamín de dicha deuda hipotecaria.

"- Los honorarios que se devenguen del perito tasador serán abonados al 50% por ambas partes.

"- No procede establecer pensión compensatoria alguna.

"- No procede establecer compensación económica por razón del trabajo en favor de D. Benjamín.

"- No procede establecer nada en relación a la liquidación de dos vehículos cuya titularidad no consta, ni tampoco sus matriculas.

"- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales".



**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada y demandante en reconvenición, la Sección 12.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 26 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: En atención a lo expuesto se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Benjamín contra la sentencia de fecha 13 de abril de 2018 dictada en el proceso 996/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de DIRECCION002 por la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Transversal de Refuerzo núm. 1 de DIRECCION002, la cual se modifica parcialmente en el único sentido de establecer a su favor una compensación por razón del trabajo en el negocio de farmacia de la señora de Nicolasa y a cargo de esta de 50.000.-€.

"Sin especial imposición de las costas de esta alzada".

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. Nicolasa se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC se denuncia la violación del art. 24.2 CE por infracción del art. 218 de la LEC, en el sentido de que la Sala 12.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona "aplica de oficio" normas de un régimen económico matrimonial distinto del invocado y sobre el que no ha discurrido controversia procesal, para otorgar una compensación económica de 50.000 euros a favor del esposo, causando a esta parte una grave indefensión.

Motivo segundo.- Se funda el motivo conforme lo previsto en el art. 469.1.º, 4.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al considerar esta parte que se ha incurrido en un error patente y notorio en la valoración de la prueba documental por infracción de los arts 326.1 de la LEC, cuestión que causa indefensión a esta parte, por lo que de conformidad a la doctrina de esta Sala, se denuncia la infracción al considerarse como un motivo posible dentro de la vulneración de los derechos fundamentales del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva).

Motivo tercero.- Se funda el motivo conforme lo previsto en el art. 469.1.º, 4.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al considerar esta parte que se ha incurrido en un error patente y notorio en la valoración de la prueba documental pública por infracción del art. 319.1 de la LEC, cuestión que causa indefensión a esta parte, por lo que de conformidad a la doctrina de esta Sala, se denuncia la infracción al considerarse como un motivo posible dentro de la vulneración de los derechos fundamentales del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva).

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se interpone al amparo del art. 477.2.3.1 de la LEC y art. 481.1 de la LEC, considerando esta parte que la sentencia impugnada infringe el artículo 1438 del Código Civil, en relación al presupuesto de la compensación económica al equiparar el "trabajo para la casa" al que se refiere la norma, al "trabajo en el negocio de farmacia de la esposa", configurándose éste como único presupuesto para conceder la compensación económica. El trabajo retribuido del esposo en el negocio de farmacia de la esposa sirve de base en la sentencia que se impugna, como presupuesto único para concederle una compensación económica por razón del trabajo por importe de 50.000 euros a cargo de la esposa en liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes (fd2.º infine). El presente recurso presenta interés casacional al vulnerar la sentencia que se impugna, la doctrina jurisprudencial que este Tribunal ha realizado sobre la norma prevista en el art. 1438 del CC en la sentencia de pleno núm. 252/2017, de 26 de abril.

Motivo segundo.- Se interpone al amparo del art. 477.2.3.1 de la LEC y art. 481.1 de la LEC, al considerar esta parte que la Sala de la Audiencia infringe el artículo 1438 del Código Civil, por conceder una compensación económica prevista en la referida norma al esposo que ha mantenido una relación laboral de asalariado en la farmacia de su esposa (fd3.º). El presente recurso presenta interés casacional al oponerse la sentencia que se impugna a la doctrina jurisprudencial que ha interpretado la norma prevista en el art. 1438 del CC, doctrina que ha declarado en sentencia 714/2017, de 28 de febrero, recurso núm. 556/2016 y sentencia de pleno 252/2017, de 26 de abril.

Motivo tercero.- Se interpone al amparo del art. 477.2.3.º y de conformidad al art. 481.1 de la LEC, considerando esta parte que la Sala de la Audiencia infringe el artículo 1438 del Código Civil, al conceder una compensación económica en base al incremento patrimonial del cónyuge deudor (esposa) durante el matrimonio, concretamente desde que adquirió la farmacia hasta el cese de la convivencia. El presente recurso presenta interés casacional al oponerse a la doctrina jurisprudencial de esta Sala primera del Tribunal Supremo referida en la sentencia 534/2011, de 14 de julio, recurso 1691/2008. Sienta doctrina jurisdiccional, referida también en la sentencia 135/2015, de 26 de marzo, recurso 1691/2008, así como reiteradas en la sentencia



136/2015, de 14 de abril, sentencia 614/2015, de 15 de noviembre, y sentencia 185/2017, de 14 de marzo, sentencia 714/2017, de 28 de febrero, recurso 556/2016, y en la sentencia de pleno 252/2017, de 26 de abril, recurso 13870/2016.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 26 de febrero de 2020, se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Javier Nogales Díez, en nombre y representación de D. Benjamín, presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 22 de septiembre de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes.

#### 1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de la demanda de divorcio promovida por la esposa ante los juzgados de DIRECCION002, frente a la que por el esposo se formuló reconvencción. Entre otras medidas, además del divorcio, y tras haber llegado a un acuerdo respecto de las medidas relativas a los hijos en común, el esposo solicitó el reconocimiento de la compensación prevista en el art. 1438 CC por importe de 60.000 euros.

En el caso de autos, ambos cónyuges son farmacéuticos, y trabajaban en farmacias hasta que la esposa, tres años después del matrimonio, adquirió una farmacia, compuesta de tres locales comerciales, a través de créditos hipotecarios. A partir de este momento, ambos cónyuges comenzaron a trabajar en la farmacia adquirida por la esposa, en la que el esposo trabajaría como autónomo, con unas percepciones de unos 1.740 euros mensuales en 2015, que eran ingresados en una cuenta común dedicada a los gastos de familia, en la que también la esposa ingresaba sumas, aunque dedicaba la mayor parte de sus ingresos, que aproximadamente triplicaban a los de su marido, a pagar los créditos hipotecarios y a una cuenta privativa suya. Trascurridos casi diez años en esta situación, tras la separación, el marido dejó de trabajar en la farmacia de su esposa y comenzó a trabajar en otra farmacia en 2016 con un salario de 1.780,48 euros al mes, que luego subió a 1.956 euros.

La sentencia de primera instancia desestimó la petición, formulada con base al art. 232.5 CCCat, al considerar que no se solicitó en la demanda la aplicación específica del art. 1438 del C. Civil, y que las partes habían suscrito en capitulaciones matrimoniales que cada uno de los cónyuges hacía suyos sus propios ingresos, frutos y rentas de sus bienes y trabajo y estableciendo que el régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes del Código Civil estatal. De esta forma, se considera que "no procede aplicar la compensación económica por razón del trabajo del art. 232.5 CCCat, por no ser esta la legislación aplicable al caso de autos".

#### 2.- Sentencia de segunda instancia.

Frente a la citada resolución se interpuso por el marido recurso de apelación, que se estimó parcialmente en el sentido de establecer a su favor una compensación económica con cargo a la esposa por importe de 50.000 euros.

Consideró la sentencia de apelación, en primer lugar, la aplicación del art. 1438 del C. Civil al supuesto de autos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de "trabajo para la casa" en el sentido de que también se referirá al trabajo para el negocio del otro cónyuge sin salario o con salario insuficiente.

Así, entiende la Audiencia Provincial que el despido del esposo se produjo sin que recibiera indemnización alguna, por lo que se considera ajustado a las circunstancias del caso fijar a favor del demandante la cantidad de 50.000 euros, en concepto de compensación por el trabajo para la casa, entendido en este caso como trabajo para el otro cónyuge.

#### 3.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

Frente a la citada sentencia, se interpone por la esposa recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de tres motivos: el primero, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción de los arts. 218 LEC y 24 CE, al entender que se habría





reconocido incongruentemente una compensación económica con arreglo al CC, que nunca habría sido objeto de controversia judicial, pues la petición se habría formulado únicamente con base al CCCat; el segundo, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, al considerar que la sentencia impugnada habría incurrido en un error patente y notorio en la valoración de la prueba documental con infracción del art. 326 LEC, al entender que el esposo nunca habría trabajado como "autónomo", sino como "asalariado" por cuenta ajena, percibiendo un finiquito y una prestación por desempleo; y el tercero, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, al considerar que la sentencia impugnada habría incurrido en error en la valoración de la prueba documental pública, con infracción del art. 319.1 LEC, en cuanto a la valoración de que el esposo trabajó como asalariado, y no como trabajador autónomo, pues percibió la prestación por desempleo.

#### 4.- Recurso de casación.

Por su parte, el recurso de casación se compone de otros tres motivos: el primero, por infracción del art. 1438 CC, al haberse equiparado el "trabajo para la casa" con el trabajo remunerado en la farmacia de la esposa, sin que se haya compatibilizado con aquel; el segundo, por infracción del art. 1438 CC, al reconocerse al esposo compensación económica pese a haber tenido una relación laboral de asalariado en la farmacia de la esposa, y no en condiciones "precarias" y sin que el matrimonio le haya supuesto una pérdida patrimonial, al percibir un salario semejante al percibido en otras farmacias por el mismo trabajo; y el tercero, por infracción del art. 1438 CC, al reconocer la citada compensación económica por razón del trabajo a favor del esposo, atendiendo a la situación económica y patrimonial del cónyuge deudor en relación a la situación económica y patrimonial del cónyuge acreedor.

#### Recurso extraordinario por infracción procesal.

##### SEGUNDO.- *Motivo primero.*

Al amparo del art. 469.1.2.º LEC se denuncia la violación del art. 24.2 CE por infracción del art. 218 de la LEC, en el sentido de que la Sala 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona "aplica de oficio" normas de un régimen económico matrimonial distinto del invocado y sobre el que no ha discurrido controversia procesal, para otorgar una compensación económica de 50.000 euros a favor del esposo, causando a esta parte una grave indefensión.

Se desestima el motivo.

Se alega por la recurrente que la sala de apelación resolvió conforme al art. 1438 del C. Civil, cuando la norma invocada fue la correspondiente del Código civil de Cataluña (CCCat).

En la sentencia de primera instancia se desestimó la petición, al invocarse el art. 232.5 CCCat, entendiendo el juzgado que al vincularse las partes en capitulaciones matrimoniales al Código Civil estatal, no procedía la aplicación de la norma catalana que se invocaba.

En la sentencia de apelación, en aplicación del principio *iura novit curia* (el Juez conoce el derecho) ( art. 218.1 LEC) se entendió que procedía la aplicación del art. 1438 C. Civil, al contemplar "una figura parecida".

La ahora recurrente entiende que el cambio de norma aplicable le genera indefensión, sin embargo no acredita en qué difiere la valoración jurídica de la sentencia de la que podría haber correspondido si se hubiese aplicado la legislación catalana, por lo que no procede estimar la indefensión que invoca.

En definitiva, lo pedido y concedido fue similar.

##### TERCERO.- *Motivos segundo y tercero.*

1.- *Motivo segundo.*- Se funda el motivo conforme lo previsto en el art. 469.1.º, 4.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al considerar esta parte que se ha incurrido en un error patente y notorio en la valoración de la prueba documental por infracción de los arts 326.1 de la LEC, cuestión que causa indefensión a esta parte, por lo que de conformidad a la doctrina de esta Sala, se denuncia la infracción al considerarse como un motivo posible dentro de la vulneración de los derechos fundamentales del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva).

2.- *Motivo tercero.*- Se funda el motivo conforme lo previsto en el art. 469.1.º, 4.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al considerar esta parte que se ha incurrido en un error patente y notorio en la valoración de la prueba documental pública por infracción del art. 319.1 de la LEC, cuestión que causa indefensión a esta parte, por lo que de conformidad a la doctrina de esta Sala, se denuncia la infracción al considerarse como un motivo posible dentro de la vulneración de los derechos fundamentales del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva).

Se desestiman ambos motivos, analizados conjuntamente.



Se alega que en la sentencia recurrida se declara el carácter de autónomo del esposo, durante el matrimonio, cuando en realidad era trabajador por cuenta ajena, con los derechos y garantía inherentes.

Funda la recurrente el error notorio en la declaración de IRPF, nóminas y prestación por desempleo.

Sin embargo consta a los folios 936 a 938 el informe de vida laboral, del que se deduce que desde 2006 a 2015 estuvo de alta como autónomo, período durante el que se mantuvo la convivencia conyugal.

Por otro lado la declaración de IRPF no es incompatible con su condición de autónomo, sin perjuicio de las acciones de la autoridad fiscal.

El hecho de que percibiese prestaciones por desempleo es compatible con los contratos concertados con posterioridad a la ruptura de la relación conyugal, pero no consta que se relacionasen con la relación entre los litigantes.

Por todo ello, no consta error notorio en la valoración de la prueba, al sustentarse la sentencia recurrida en un documento público de indudable valor probatorio, no desvirtuado (Vida laboral de la TGSS), debiendo confirmarse el carácter de autónomo del Sr. Benjamín .

#### **Recurso de casación.**

**CUARTO.-** Motivos primero y segundo.

**1.-** Motivo primero.- Se interpone al amparo del art. 477.2.3.1 de la LEC y art. 481.1 de la LEC, considerando esta parte que la sentencia impugnada infringe el artículo 1438 del Código Civil, en relación al presupuesto de la compensación económica al equiparar el "trabajo para la casa" al que se refiere la norma, al "trabajo en el negocio de farmacia de la esposa", configurándose éste como único presupuesto para conceder la compensación económica. El trabajo retribuido del esposo en el negocio de farmacia de la esposa sirve de base en la sentencia que se impugna, como presupuesto único para concederle una compensación económica por razón del trabajo por importe de 50.000 euros a cargo de la esposa en liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes (fd2.º infine). El presente recurso presenta interés casacional al vulnerar la sentencia que se impugna, la doctrina jurisprudencial que este Tribunal ha realizado sobre la norma prevista en el art. 1438 del CC en la sentencia de pleno núm. 252/2017, de 26 de abril.

**2.-** Motivo segundo.- Se interpone al amparo del art. 477.2.3.1 de la LEC y art. 481.1 de la LEC, al considerar esta parte que la Sala de la Audiencia infringe el artículo 1438 del Código Civil, por conceder una compensación económica prevista en la referida norma al esposo que ha mantenido una relación laboral de asalariado en la farmacia de su esposa (fd3.º). El presente recurso presenta interés casacional al oponerse la sentencia que se impugna a la doctrina jurisprudencial que ha interpretado la norma prevista en el art. 1438 del CC, doctrina que ha declarado en sentencia 714/2017, de 28 de febrero, recurso núm. 556/2016 y sentencia de pleno 252/2017, de 26 de abril.

Se alega por la recurrente que para la concesión de la indemnización que establece el art. 1438 del C. Civil, se declara en la sentencia recurrida que el demandado trabajaba en la farmacia de su esposa con un sueldo precario, en condición de autónomo.

Esta declaración de la sentencia recurrida se hace por entender que el trabajo realizado en la farmacia (en su condición de farmacéutico) debía considerarse como "trabajo para el hogar".

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. Doctrina jurisprudencial sobre el art. 1438 del C. Civil .*

Se estiman los motivos.

Esta sala en sentencia 252/2017, de 26 de abril, declaró:

"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".

A la luz de esta doctrina jurisprudencial debemos declarar que el caso enjuiciado difiere esencialmente de la doctrina jurisprudencial esgrimida, dado que el recurrido Sr. Benjamín no consta que trabajase con mayor intensidad en el trabajo para la casa, por lo que mantuvo intacto su desarrollo profesional.

Tanto la demandante como el demandado atendieron a sus obligaciones familiares, pero sin que conste preponderancia de alguno de ellos, a lo que debe añadirse que el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia fue bajo un salario adecuado, y similar al que luego obtuvo en las otras farmacias que lo contrataron después de la ruptura conyugal.

Por tanto, el recurrido no trabajó prioritariamente en las tareas del hogar, ni fue retribuido precariamente, por lo que procede excluir la aplicación del art. 1438 del C. Civil, lo que nos lleva a casar la sentencia recurrida, confirmando íntegramente la sentencia del juzgado.

No se analiza el motivo tercero, que versa sobre la cuantía de la indemnización, dado que esta se deniega.

**SEXTO.-** *Costas y depósito.*

Se imponen a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ( art. 398 LEC), con pérdida del depósito constituido.

No se imponen las costas del recurso de casación ( art. 398 LEC), con devolución del depósito constituido.

Se imponen al demandado las costas de la apelación ( art. 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 por infracción procesal interpuesto por Dña. Nicolasa contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2019 dictada por la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de DIRECCION002 (apelación 748/2018).

**2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Nicolasa contra la sentencia de 26 de junio de 2019 de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de DIRECCION002 ( apelación 748/2018), en el sentido de casar la sentencia recurrida, confirmando íntegramente el fallo de la sentencia de 13 de abril de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de DIRECCION002 (divorcio contencioso 996/2016).

**3.º-** Se imponen a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido.

**4.º-** No se imponen las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido.

**5.º-** Se imponen al demandado las costas de la apelación.

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.