



<http://civil-mercantil.com/>

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

*Sentencia 388/2014, de 11 de abril de 2014*

*Sección 22.ª*

*Rec. n.º 267/2013*

### **SUMARIO:**

#### **Separación de bienes. La compensación del 1.438 del Código Civil.**

Esta prestación económica tiene su fundamento en una previa contribución en especies al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, destinada a corregir los desequilibrios que puede determinar este régimen, especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pensada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación. Esta especial naturaleza dota a dicha previsión legislativa de autoría propia respecto de la pensión compensatoria del artículo 97, pese a que ambos preceptos parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza, el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no solo se otorga en consideración a la contribución pasada, sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro en el matrimonio, y que está en conexión con el deber de socorro y asistencia mutua. En contraposición, la indemnización del artículo 1.438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede general para uno de los cónyuges, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación, hasta la extinción del mismo; la conclusión es que es perfectamente compatible el derecho a pensión compensatoria con la indemnización que señala el artículo 1.438, ambos del Código Civil. De otro lado, la compensación se traduce en una cantidad alzada, depende de que exista la desigualdad peyorativa tantas veces referida, pues se exige el desempeño de trabajos domésticos, vigente el matrimonio, es de carácter asistencial y está condicionada a las posibilidades económicas del deudor, partiendo de la premisa de declarar su procedencia.

### **PRECEPTOS:**

Constitución Española, art. 14.

Código Civil, arts. 67, 68, 95, 97 y 1.438.

Ley 1/2000 (LEC), art. 217.

### **PONENTE:**

*Doña María del Rosario Hernández Hernández.*

**N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0002440**

Recurso de Apelación 267/2013



<http://civil-mercantil.com/>

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 22 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 281/2011

Apelante/Demandado: DON Alonso

Procuradora: Doña María Concepción Delgado Azqueta

Apelada/Impugnante: Doña Tamara

Procuradora: Doña María Dolores de Haro Martínez

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández

## **SENTENCIA**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. D. Rosario Hernández Hernández

En Madrid, a once de abril de dos mil catorce.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre COMPENSACION DEL ARTÍCULO 1.438 DEL CODIGO CIVIL , seguidos bajo el nº 281/2011, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Madrid, entre partes:

De una como apelante: D.º Alonso , representado por la Procuradora D.ª M.ª Concepción Delgado Azqueta

De otra como apelada-impugnante, D.ª Tamara , representada por la Procuradora D.ª María Dolores de Haro Martínez.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

#### **Segundo.**

Con fecha 09 de octubre de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Madrid se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales señora María Dolores de Haro Martínez, en nombre y representación de Doña Tamara , contra Don Alonso , en los autos de juicio ordinario número 281/11, debo acordar y acuerdo que el demandado abone a la actora en concepto de compensación por su trabajo para la casa la cantidad de 75.000 euros, que



<http://civil-mercantil.com/>

devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, sin hacer expresa imposición de costas en esta instancia.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

#### **Tercero.**

Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal D.º Alonso , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la representación legal de la parte apelada D.ª Tamara , escrito de oposición e impugnación de la sentencia.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 10 de abril de los corrientes.

#### **Cuarto.**

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Ambos litigantes disienten de la sentencia recaída en la instancia en proceso ordinario entablado para el reconocimiento de compensación contemplada en el artículo 1.438 del Código Civil , por vía de recurso de apelación la representación procesal del allí demandado D.º Alonso , en solicitud de que, con revocación de la disentida, se declare no haber lugar a meritada compensación, o, subsidiariamente, se minore considerablemente, en aplicación de criterios de corrección, y la de la actora, D.ª Tamara por la de impugnación, insistiendo en que se concrete en 295.000 euros, respecto de los 75.000 euros que se fijan en la instancia, a devengar un interés anual igual al del interés legal del dinero, incrementado en dos puntos.

#### **Segundo.**

A la vista de las actuaciones, examinadas detenidamente, es factible anticipar la procedencia de la estimación del recurso, en pretensión principal, con lógica desestimación de la impugnación articulada de adverso, puesto no procede en el supuesto de autos reconocimiento de compensación a favor de la ex esposa, tal y como en esta materia reiteradamente se ha venido a pronunciar esta Audiencia desde al menos el año 1.998, en este sentido cabe citar, entre otras, las sentencias de fecha 12 de enero de 2001 o la de 1 de febrero de 2.006 , en las que señalamos:

"(...) resta ya analizar la solicitud formulada por la actora en esta alzada, habiéndose también interesado en la instancia, en relación al pago de la cuantía que se indica en la demanda, en concepto de compensación, por el trabajo dedicado a la casa, petición que se hace al amparo del artículo 1438 del Código Civil , y por cuanto que ha regido en el matrimonio el régimen de separación de bienes, según



<http://civil-mercantil.com/>

escritura otorgada con fecha de 11 de junio de 1993, y dispone dicho precepto: "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"; y todo ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 95 del Código Civil .

Atendiendo a los criterios jurisprudenciales, emanados, entre otros, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, de fecha 9 de noviembre de 1999 , y a la doctrina sobre tal institución, puede apuntarse que, como su propia redacción expresa dicho precepto, nos situamos ante una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especies al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destina a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede determinar este régimen económico, especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pensada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación.

Esta especial naturaleza dota a dicha previsión legislativa de autoría propia respecto de la denominada "pensión compensatoria", que contempla el artículo 97 del Código Civil . Así, pese a que ambos preceptos (artículos 97 y 1438) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión "dedicación a la familia" es equivalente en términos esenciales a la de "trabajo para el hogar") el fundamento de una y otra es distinto en esencia.

La pensión compensatoria no sólo se otorga en consideración a la contribución pasada, sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con al situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro en el matrimonio, y que está en conexión con el deber de socorro y asistencia mutua.

En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede general para uno de los cónyuges, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación, hasta la extinción del mismo; la conclusión es que es perfectamente compatible el derecho a pensión compensatoria con la indemnización que señala el artículo 1438, ambos del Código Civil .

De otro lado, y abundando en el concepto jurídico que se analiza, cabe afirmar que la compensación se traduce en una cantidad alzada, depende de que exista la desigualdad peyorativa tantas veces referida, pues se exige el desempeño de trabajos domésticos, vigente el matrimonio, es de carácter asistencia y está condicionada a las posibilidades económicas del deudor, partiendo de la premisa de declarar la procedencia de la compensación.

Por otra parte, no es posible su equiparación con el derecho que reconoce el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1999, de 15 de julio, dicha normativa reconoce el derecho al cónyuge, que sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge, siendo así que ello ha generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de los esposos, que implique un enriquecimiento injusto, siendo evidente que tal presupuesto material, en relación a la desigualdad patrimonial producida, no se contiene en el artículo 1438 del Código Civil .



<http://civil-mercantil.com/>

### **Tercero.**

Sentado lo precedente, en proyección de tal doctrina y normativa, y descendiendo de modo concreto al supuesto específico de autos, hemos de señalar, analizando la prueba que se ha practicado en autos, que del mismo modo que el reconocimiento de la pensión compensatoria exige la demostración del desequilibrio económico, tal exigencia permanece vigente cuando se solicita del derecho a la compensación, en los términos cuantitativos que se indican, en una correcta aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En ningún caso consta acreditado que la esposa se haya encargado de un modo directo, único y exclusivo, de las tareas del hogar y de los trabajos domésticos habituales, al margen de las alegaciones que se contengan en el escrito de demanda o en el de oposición al recurso e impugnación, partiendo de la realidad laboral y personal de la esposa.

Ciertamente, D.<sup>a</sup> María prestó servicios por cuenta ajena constante el matrimonio, si bien esporádicamente, como lo hizo antes del matrimonio, más tal actividad laboral previa, se evidencia a todas luces precaria, pues la baja causada al sistema público de la Seguridad Social, Régimen General, tuvo lugar tan solo menos de 3 meses después de la fecha del alta para la empresa HOSPITALITY MARKETING CONCEPTS ESPAÑA, de donde, ni perdió una relación contractual consolidada y de entidad, ni prescindió de importante volumen de negocios, ni de sustancial cartera de clientes por consecuencia del inminente nacimiento de la hija común Amalia .

Pese al contenido del escrito generador del proceso, es pacífico que constante la convivencia pacífica, esta familia ha contado con los servicios de empleada interna, quien se ocupaba de las tareas cotidianas del hogar, planchado, cocina, limpieza ordinaria...etc., la que incluso llevaba y traía a las hijas comunes de casa al centro escolar, y, de no poder esta llevarlo a cabo, padre y madre por igual, lo efectuaban.

Tampoco se discute que para las hijas comunes se empleaban los servicios de comedor escolar, así como que realizaban diversas actividades extraescolares, de donde la progenitora disponía de tiempo libre considerable para dedicárselo a sí misma, sin que a nada conmuevan las alegaciones vertidas a lo largo del proceso referidas a órdenes, directrices y supervisiones del personal de servicio, que no implican una ocupación sensible al hogar y a la familia.

En el supuesto de autos, el esfuerzo probatorio sustancial ha recaído no sobre la dedicación pasada de la ex esposa a la familia, ni a su trabajo para la casa y para las hijas, sino que principalmente se ha puesto el acento en la riqueza alcanzada por el ex esposo constante la convivencia pacífica, olvidando que han quedado superadas las exigencias de incremento patrimonial en el otro consorte, como se expresa con acierto en el escrito de recurso.

No deja además de llamar la atención de esta Sala el hecho de que la demandante impugnante, prescindiera en el proceso de divorcio de reclamar la compensación que nos ocupa, reservándose la acción para su ejercicio en un proceso ordinario posterior independiente, cuando, aún reconociendo la legitimidad de su postura, no se nos antoja lógica.

En estas circunstancias analizadas, el mero hecho de que la Sra. Tamara tuviera una mayor disponibilidad horaria para dedicarlo a las hijas y a la familia, no nos permite presuponer sin más, que en efecto lo efectuara, pues al respecto, más allá de las propias manifestaciones interesadas, no existe elemento probatorio alguno riguroso y serio, cuando a ella incumbe el onus probandi o carga de la prueba ( artículo 217 de la L.E.Civil ), de manera que no nos encontramos en condiciones de afirmar que el marido igualmente no haya colaborado, personal y materialmente, en la medida de sus posibilidades y obligaciones laborales, como así ocurrió con la actora, mientras estuvo incorporada al mundo del trabajo, de modo que podemos considerar que ambos esposos han contribuido al sostenimiento de las cargas del



<http://civil-mercantil.com/>

matrimonio, y que no acreditado lo contrario, lo han hecho proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos y sus correspondientes situaciones personales y posibilidades, no pudiéndose aseverar que haya concurrido una posición distinta tan esencial o significativa entre uno y otro que justifique la pertinencia del derecho señalado en el artículo 1.438 antes citado, o que motive, ni tan siquiera, una cuantificación de tal derecho inferior a la que señala la parte actora.

Debe tenerse presente que el artículo 1438 que ahora se analiza fue introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, y por tanto, tal sistema familiar de igualdad ha de referirse no solamente tanto a los derechos, sino también a los deberes, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código Civil, en cierto modo aplicables, por cuanto que los deberes de ayuda mutua se traduce en la colaboración y en la atención por parte de ambos cónyuges a las cargas familiares, afrontando cada cual distintos y diversos cometidos, sin que, reiteramos, haya probado la esposa la exclusividad en el cumplimiento de todos ellos; de tal modo que, a falta de acto concreto o convenio entre los cónyuges, a propósito del cumplimiento de tal deber jurídico, y como quiera que no se ha probado la existencia de acuerdo expreso sobre el modo de hacer frente a esas cargas, ha de entenderse, a falta de prueba en contrario, que el esposo ha contribuido a dichas cargas de igual manera que la recurrente, y por cuanto que la comunidad de vida que entraña el matrimonio tiene lugar en régimen de igualdad jurídica entre los cónyuges, de tal manera que la desigualdad natural o material, según la posición de uno y otro en el ámbito matrimonial y en el círculo de las tareas y los trabajos en el hogar, en la esfera personal, familiar y laboral, y a fin de obtener el crédito o indemnización que establece el artículo 1.438, exige una cumplida demostración, so pena, de conculcar el espíritu de dicho precepto, generando un enriquecimiento injusto o sin causa.

A mayor abundamiento, cabría añadir, para concluir, que, en principio, el artículo 1.438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada, que sin duda tuvo en cuenta el mandato del artículo 14 de la Constitución Española, en relación al principio de igualdad entre los españoles, y, si bien es cierto que tal precepto puede tener acomodo en legislaciones en las que todavía un cónyuge prevalece sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico.

De conformidad con este criterio expuesto, procede la anticipada estimación del motivo de recurso, cuando, en el presente caso, la dedicación de la ex esposa a las hijas comunes y al hogar, como antes se dijo y ahora se reitera, ni ha sido exclusiva, ni se revela intensa por razón del trabajo desempeñado, aun esporádicamente, al margen del hogar, por la contratación de interna para la realización de las tareas domésticas, y por el tiempo dedicado por D.<sup>a</sup> Tamara a sí misma.

Resulta además que el ex esposo, en la medida de sus posibilidades, y en lo que le ha ido permitiendo el desempeño de su actividad retribuida, ha contribuido, igual que la recurrida, a la atención diaria de las hijas comunes y de la familia con la realización de diferentes actividades, así se desprende que las gestiones bancarias no podían ser significativas por razón de las domiciliaciones, y lo mismo cabe decir del mantenimiento del hogar y reparaciones en el ámbito doméstico, o la liquidación y gestión de tributos o impuestos etc.

Por todo ello no nos consta en el supuesto de autos un trabajo de D.<sup>a</sup> Tamara para la casa en términos que la hagan acreedora de una compensación a su favor por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.438 del Código Civil, y es lo que aquí se evidencia un reparto igualitario de papeles entre uno y otro consorte.

No queda acreditado en este procedimiento por D.<sup>a</sup> Tamara, en quien recae el onus probandi o carga de la prueba, que esta, de modo exclusivo y excluyente, se ocupara de los trabajos domésticos habituales,



<http://civil-mercantil.com/>

y se dedicara de manera esencial o significativa a dichas tareas, en los términos en los que se pronuncia el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 31 de enero de 2.014 .

Ha de ser estimado el recurso y revocada la sentencia apelada, para dejar sin efecto la compensación reconocida a favor de la esposa al amparo de meritado precepto, con lógica desestimación de la impugnación de adverso, prescindiendo de entrar en el examen de la improcedencia de contemplar intereses, no exigibles, al no existir demora que penalizar, penalización que, en otro orden de cosas, es por completo impropia en un proceso de este tipo, cuyo objeto es dilucidar si procede o no compensar a la ex esposa su trabajo en el hogar.

#### **Cuarto.**

Al ser estimado el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil ; sin que proceda tampoco condena al pago de las derivadas de la tramitación de la impugnación, máxime habida cuenta la naturaleza de la materia que se enjuicia, las concretas circunstancias concurrentes antes expuestas, jurisprudencia recaída en supuestos análogos y posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la L.E.Civil .

#### **Quinto.**

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido para recurrir en apelación, y la desestimación de la impugnación, da lugar a la pérdida del consignado de adverso, a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

### **III. FALLAMOS**

Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.ª M.ª Concepción Delgado Azqueta en nombre y representación de D.º Alonso , y desestimando la impugnación deducida por la Procuradora D.ª María Dolores de Haro Martínez en nombre y representación de D.ª Tamara , contra la sentencia dictada en el procedimiento ordinario sobre Compensación del artículo 1.438 del Código Civil nº 281/11, seguido entre partes ante el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid, debemos REVOCAR y REVOCAMOS meritada resolución, ACORDANDO: No ha lugar a compensación en favor de la ex esposa, dejando sin efecto alguno la reconocida en la instancia, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Hágase devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir en apelación, y dése legal destino al consignado por la impugnante.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0267-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.



<http://civil-mercantil.com/>

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.