



Roj: **STSJ CAT 485/2017 - ECLI:ES:TSCAT:2017:485**

Id Cendoj: **08019310012017100006**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2017**

Nº de Recurso: **67/2016**

Nº de Resolución: **3/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1325/2016,**
STSJ CAT 485/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 67/2016

SENTENCIA Nº 3

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilma. Sra. D^a. Núria Bassols i Muntada

Barcelona, 23 de enero de 2017.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 67/2016 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 162/15 como consecuencia de las actuaciones de procedimiento de guarda y custodia núm. 592/13 seguidas ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. 51 de Barcelona. La Sra. Enma ha interpuesto sendos recursos, representada por el Procurador Sr. Jaume Castell Nadal y defendida por la Letrada Sra. Carmen Varela Alvarez y por el Letrado Joaquín Bayo Delgado. El Sr. Alonso, parte recurrida en este procedimiento, ha estado representado por el Procurador Sr. José Antonio López-Jurado González y defendido por el Letrado Sr. Ramón Tamborero del Pino. Con la debida intervención del MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales Sr. Albert Magne Català Soto, actuó en nombre y representación del Sr. Alonso formulando demanda de guarda y custodia núm. 592/13 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 2014, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"En atención a lo expuesto procede declarar extinguida la preja estable formada por el Sr. Alonso y la Sra. Enma, lo que implica la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los convivientes hubiese otorgado a favor del otro con efectos a fecha 4 de julio de 2013, fecha de interposición de la demanda.

Como medidas definitivas entre ellos se acuerda:



1º) desestimar la pretensión contenida en la demanda reconvenicional en relación con una compensación económica por razón de trabajo para la señora Enma .

2º) estimar la pretensión contenida en la demanda reconvenicional respecto a una prestación alimentaria para la señora Enma , la cual se establece en la cantidad de 1500€ mensuales a contar desde el próximo mes de junio y durante dos años (24 mensualidades).

Como medidas definitivas en relación con el menor Gerardo ante la falta de convivencia de sus progenitores se acuerda:

1º) su potestad parental se ejercerá conjuntamente por los mismos, así como su guarda, estando bajo la del padre en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el mismo, así como todos los martes desde la salida del colegio hasta las 20 horas y todos los jueves desde la salida del colegio hasta el viernes a la entrada en el mismo. Los fines de semana se ampliarán a los días anterior y posterior en el caso de que sean festivos así como en los llamados "puentes". Las fiestas intersemanales que caigan en martes y no estén unidas a un puente corresponderán siempre al padre desde las 10 a las 20 horas.

Las vacaciones escolares se dividirán por mitad; en Navidad el intercambio será el 30 de diciembre a las ocho de la tarde y el inicio y el final se corresponderán con la terminación y comienzo de las clases; las de Semana Santa también en dos periodos de la misma manera con intercambio el Miércoles Santo las 20 horas; y en ambos periodos la primera mitad corresponderá a la madre los años pares y al padre en los impares; en cuanto a las vacaciones de verano, desde junio a septiembre, se dividirán en periodos de 20 días continuados alternos, empezando por la madre en los años pares y por el padre en los impares.

Tras un período vacacional corresponderá iniciar las alternancias de fines de semana a aquel progenitor que no hubiese pasado junto al hijo la última parte del período vacacional.

Este sistema será subsidiario a cualquier otro que puedan pactar los padres con carácter general o de manera puntual en cada caso concreto en el mayor interés de su hijo .

Se recuerda a ambos progenitores que, conforme al artículo 236-11.6 del Código Civil de Cataluña citado, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza del hijo o para variar su domicilio de forma que lo aparte de su entorno habitual.

También que mientras su hijo sea menor de edad deben saber siempre cuáles sean sus respectivos domicilio y sus teléfonos con el fin de poder conocer dónde reside el mismo cuando está en compañía de uno u otro (incluso en vacaciones y fines de semana) y donde poder localizarse en caso necesario por razón de alguna cuestión a él relativa.

Los dos deberán comunicarse cualquier incidencia personal que pueda afectar emocionalmente al hijo común (convivencia con otra pareja, matrimonio, embarazos o adopción de hijos, enfermedades, fallecimientos de familiares, etc.).

Se exhorta a ambos progenitores a actuar siempre en interés de su hijo, a no implicarle en las disputas que puedan tener entre ellos, a no utilizarle como mensajero de disparidades o de controversias que deben tratar ellos personalmente y a no transmitirle los celos y disgustos que puedan tener el uno respecto de la otra y viceversa, procurando dar siempre al mismo una imagen positiva del otro progenitor o, al menos, no darle una negativa. Se les recuerda también que en caso de no cumplir estas obligaciones se podría plantear por este Tribunal una modificación del régimen de guarda, conforme al artículo 776.3ª de la LEC .

2º) el uso del domicilio familiar se atribuye al Sr. Alonso , debiendo la señora Enma desalojarlo en el plazo máximo de 40 días hábiles desde la notificación de esta sentencia.

3º) como pensión alimenticia para el hijo el progenitor deberá abonar directamente la totalidad de los gastos de educación, hasta la universitaria, incluidas matrículas, la media pensión, cuotas, libros, material escolar y transporte escolar, así como la mutua médica e ingresar a la madre mensualmente en la cuenta corriente o cartilla por ella designada y dentro de los cinco primeros días de cada mes la cifra de 680€ mensuales para los restantes gastos ordinarios y la cantidad de 1800€ mensuales como contribución a la vivienda del mismo. Estas cifras se revisarán anualmente conforme a las variaciones del IPC.

Asimismo harán frente en la proporción 80-20% tanto a los gastos extraordinarios (como los sanitarios y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o la mutua médica, óptica, ortodoncia, ortopedia, logopedia, psicólogo, clases de refuerzo, etc.), como al coste de las actividades extraescolares siempre que sobre estas últimas estén de acuerdo ambos progenitores.

No procede efectuar un especial pronunciamiento sobre las cotas procesales".



En fecha 26 de mayo de 2014 se dictó Auto con la siguiente parte dispositiva:

"Subsano la Sentencia dictada en el sentido de que en la misma debe constar que la fecha en la que se dictó es la de 23 de mayo de 2014".

Solicitada aclaración por ambas partes, en fecha 30 de junio de 2014 se dictó Auto con la siguiente parte dispositiva:

"En atención a lo expuesto procede completar la sentencia de fecha 23 de mayo de 2014 dictada en el proceso 592/2013 en el sentido de que en su FALLO, dentro de las medidas definitivas relativas al hijo común, en el apartado 1º) cuando se contempla la devolución del menor después de las vacaciones de verano se añadirá la siguiente excepción: "En el presente año 2014 la devolución del hijo a la madre por parte del padre después de las vacaciones escolares de septiembre tendrá lugar el día 8 de septiembre a las 20 horas en el domicilio materno".

El apartado 2º) relativo al uso del domicilio familiar se complementará con un segundo párrafo del siguiente tenor literal: "Será la señora Enma la que quede en el uso del ajuar familiar y podrá trasladarlo a su nueva residencia en la medida en que lo necesite de manera que, si la nueva vivienda no dispone de las mismas habitaciones que la actual, no podrá llevarse el mobiliario de esta última que no pueda utilizar en aquella".

El apartado 3º) relativo a la pensión alimenticia para el hijo se complementará en su primer párrafo con el siguiente añadido: "Formará también parte de la contribución del progenitor a los gastos de vivienda del hijo el abono de la fianza que le pueda ser exigida a la señora Enma para el alquiler de la nueva residencia suya y de su hijo, así como de los costes de la mudanza para trasladar el ajuar familiar de uno a otro inmueble. Los 1800€ mensuales deben abonarse una vez que la señora Enma haya dejado el que fue domicilio familiar, en el bien entendido de que, si por razón de la mudanza, precisa tener la nueva vivienda ya alquilada ante de la salida del domicilio familiar dentro del plazo dado en la sentencia, el Sr. Alonso deberá entregar dicha suma cuando se produzca el arrendamiento".

SEGUNDO.- Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 9 de febrero de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulado por Enma, contra la sentencia de 23-5-2014 del Juzgado de Primera Instancia n. 51 de Barcelona en autos de Efectos de Ruptura Estable de Pareja n. 592/2013, de los que el presente rollo dimana, SE REVOCA EN PARTE la expresada resolución, acordando:

- 1.- La atribución a la madre de la guarda del hijo menor, permaneciendo conjunta la potestad.
- 2.- En concepto de alimentos para el hijo se incrementa la pensión mensual a cargo del padre a la suma de 800 euros mensuales que pagará en los términos y condiciones establecidos desde la fecha de esta sentencia, manteniendo la contribución directa del padre al pago de los gastos acordados.
- 3.- La prestación alimenticia de la Sr. Enma a cargo del Sr. Alonso se mantiene en la cantidad fijada pero por un plazo de cinco años desde la fecha de la sentencia dictada en primera instancia.

Se mantiene el resto de medidas adoptadas sin hacer expresa imposición de las costas del recurso".

TERCERO.- Contra esta Sentencia, la representación procesal de la Sra. Enma interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Por Auto de fecha 22 de septiembre de 2016, este Tribunal se declaró competente y admitió a trámite el recurso de casación y los motivos primero (parcialmente) y quinto del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos, dándose traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para formalizar oposición por escrito en el plazo de veinte días.

CUARTO.- Por providencia de fecha 10 de noviembre de 2016 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 9 de enero de 2016.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dª. Mª Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso.*

El procedimiento del que deriva el presente recurso tiene por finalidad la regulación judicial de los efectos del cese de la convivencia estable de pareja que mantuvieron el Sr. Alonso y la Sra. Enma y de la cual nació en el año 2007 un hijo común.



Sin embargo en esta fase procesal, tal y como fue acotada por este Tribunal en el Auto de fecha 22 de septiembre de 2016, solo deberemos resolver la cuestión relativa a la compensación por razón del trabajo que solicitó por vía reconvenional la Sra. Enma al Sr. Alonso y que tiene su fundamento legal en el art. 234-9.2 en relación con los art 232-5 y 232-6 del Código Civil de Cataluña.

Como antecedentes del caso, debemos recordar que la sentencia de primera instancia decidió no acceder a la petición deducida por la Sra. Enma por estimar que no se daba el presupuesto sobre el que pivota la compensación, esto es, la realización de un trabajo para el hogar familiar más intenso y relevante por parte de uno de los miembros de la pareja.

Sin embargo, tras el recurso de apelación deducido por la defensa de la Sra. Enma la Sala de apelación reconoció en el FJ cuarto de la Sentencia que la Sra. Enma se había dedicado al cuidado de la casa y del hijo menor sustancialmente más que el Sr. Alonso puesto que ella no trabajaba y el Sr. Alonso, como cirujano plástico, tenía un horario laboral extenso.

La convivencia -según la sentencia- tuvo lugar desde finales del año 2004 (la Sra. Enma dejó de trabajar para la Clínica Planas en el mes de septiembre de 2004) hasta el año 2013.

Ello no obstante, la Sentencia de la Audiencia niega a la demandante la compensación económica pretendida por estimar que la propuesta de inventario de la demanda reconvenional no contenía una relación clara de los bienes o elementos patrimoniales del demandado ni de su valor y que tampoco estas deficiencias se habían subsanado posteriormente con prueba que permitiese la realización de los cálculos ordenados en el art. 232-6 del CCCat para establecer si hubo incremento patrimonial durante la convivencia.

A continuación, la Sentencia desgrana las pruebas existentes sobre los bienes y derechos que la demandante había relacionado en el inventario para terminar concluyendo que la prueba practicada conducía a un resultado *"...totalmente dudoso e irrazonable sin base técnica que impide afirmar la existencia del incremento y el importe del mismo"* añadiendo que la carga de la prueba correspondía a la parte que reclamaba la compensación.

De este modo, aunque por motivos diferentes a los de la Sentencia de primera instancia, denegó igualmente cualquier cantidad en concepto de compensación.

Frente a esta Sentencia la nueva defensa de la Sra. Enma presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal solo fueron admitidos por esta Sala, el motivo primero en lo que se refería a la compensación por razón del trabajo y el motivo quinto. Los dos motivos del recurso de casación fueron admitidos.

En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia al amparo del art. 469.1.4 de la Lec 1/2000 la infracción del art. 24 de la CE, en orden a la valoración de algunas de las pruebas practicadas, estimando ilógico el razonamiento de la Sala de apelación, que no tuvo en cuenta la pericial aportada por la instante de la compensación para establecer el incremento del valor de la sociedad Clínica Planas SL por el hecho de que en ella no se establecía la concreta participación societaria del demandado, cuando se hallaba acreditado y reconocido en la propia Sentencia que tenía una participación del 8,55%.

De igual forma, se razona en dicho motivo del recurso que, aunque no existiera ninguna auditoria respecto del resto de sociedades mercantiles en las que participaba el demandado, el incremento patrimonial podía deducirse de los fondos propios que constaban en las cuentas de dichas sociedades en el Registro mercantil hasta el año 2011, último en el que constaban depositadas. Se hacía en el recurso un cálculo preciso de dicho incremento respecto de la sociedad Planas Space SL, desde el año 2006 respecto del año 2011 y de Consultorios Profesor Planas SL desde el año 2004 hasta el año 2011.

En el quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2 de la Lec, se denuncia la infracción del art. 217 de la Lec. Se argumenta en el motivo que la sentencia de la Audiencia ha prescindido de la regla sobre facilidad probatoria que en dicha norma se establece para hacer recaer toda la carga de la prueba en la Sra. Enma cuando, acreditada la adquisición de bienes inmuebles durante la convivencia, era el demandado quien debía probar la situación de las cargas que sobre ellos gravitaban. Y que lo mismo ocurría en relación con la situación de las empresas en las que el demandado participa respecto de las cuales solo se había podido tener acceso a las cuentas anuales hasta el año 2011 al no constar otra cosa en el Registro mercantil.

En el primer motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de una norma procesal catalana como es la Disposición Adicional tercera, apartado 1 del libro II del CCCat, al amparo del art. 3, b) de la Llei 4/2012 reguladora del recurso de casación en Cataluña.



Sostiene la recurrente que el apartado 1º de la DA 3ª del libro II del CCCat cuando exige que se aporte un inventario impone una carga de alegación no preclusiva que no altera por demás las normas de la carga de la prueba recogidas en el art. 217 de la Lec , razón por la cual, las incorrecciones iniciales del inventario no puede comportar un motivo de desestimación de la reclamación de la compensación pues para ello deberá estarse a lo que resulte acreditado durante el procedimiento.

En el segundo motivo del recurso de casación y sobre los propios hechos que la Sentencia estima probados, entiende la recurrente que la sentencia de la Audiencia habría infringido los artículos 232-5 y 232-6 del CCCat por remisión del art. 234-9.2 y la doctrina de esta Sala derivada de las Sentencias 69/2014 de 30 de octubre , y la de 20/7/2015 conforme a las cuales la cuantía de la compensación económica se calcula con el límite de la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos patrimoniales sobre la base de las reglas de cálculo que el legislador ha establecido.

Conforme a ellas, la Audiencia provincial debía haber considerado una adquisición de 342.300 euros (diferencia entre el precio de compra de la vivienda familiar de la CALLE000 , NUM000 - NUM001 , NUM002 NUM003 de 2.000.000 de euros y la carga hipotecaria asumida de 1.657.700 euros) más los 171.525 euros correspondiente al 50% de la participación indivisa del apartamento en DIRECCION000 , propiedad del Sr. Alonso libre de cargas, y a la deducción de 20.000 euros de la compra de una plaza de aparcamiento durante la convivencia por parte de la Sra. Enma .

Aplicando el 25% a la diferencia de incrementos patrimoniales se obtendría la suma de 123.456,25 euros.

Planteados en los precedentes términos la totalidad del recurso, y siendo correcta la formulación como recurso de casación de la infracción de normativa procesal catalana, conforme a nuestro Acuerdo de 22-3-2012, razones de lógica jurídica imponen examinar, en primer lugar, el primer motivo del recurso de casación en relación con el motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal dada su evidente interrelación.

SEGUNDO.- *Alcance de la DA 3ª apartado 1ª del Libro II del CCCat para la fijación de la compensación económica por razón del trabajo*

Para poder establecer el alcance de la D A 3ª del libro II del CCCat es preciso tener presente la finalidad de la compensación económica por razón del trabajo en la nueva regulación del Libro II del CCCat.

Según señala el Preámbulo del libro II, la compensación económica por razón del trabajo abandona toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto y se fundamenta en el desequilibrio que se produce entre las economías de los cónyuges o de los convivientes, por el hecho de que uno desarrolle una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí los genera.

Es presupuesto para la compensación que uno de los cónyuges o miembro de la pareja haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro o bien que haya trabajado para el otro sin remuneración o con una que sea insuficiente y que en el momento de la extinción de la convivencia se hayan producido o generado excedentes acumulables en el patrimonio de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, configurado como un elemento objetivo, declarándose por la más autorizada doctrina que la reforma gravita sobre la descompensación de las ganancias entre ambos cónyuges con un límite que no se relaciona con el enriquecimiento sino con un porcentaje de la diferencia entre las ganancias.

En consecuencia, además de la mayor dedicación a la casa o el desempeño gratuito o por salario vil de un trabajo para el otro, para que el cónyuge o miembro de la pareja acreedor tenga derecho a la compensación económica del art. 232-5 CCCat es necesario que en el patrimonio del deudor se hayan producido o generado excedentes sobre su patrimonio privativo inicial, calculados con arreglo a unas reglas prefijadas que pretenden restringir el margen de discrecionalidad judicial (art. 232-6 CCCat).

Sirva lo anterior para aclarar que resulta ahora indiferente -en el caso la Audiencia ha dado por probada la concurrencia del primero de los presupuestos- que no exista correlación entre el trabajo de la Sra. Enma en el hogar familiar y las ganancias económicas obtenidas por el Sr. Alonso , como todavía sustenta la defensa de este último al oponerse al recurso de casación.

Las reglas de cálculo de la compensación (art. 232-6 CCCat) detallan ahora de forma clara y precisa que el activo patrimonial de cada uno de los cónyuges estará integrado por los bienes y derechos que tuviesen en el momento de la extinción del régimen o del cese de la convivencia una vez deducidas las cargas que les afecten y las obligaciones, incrementado con el valor de los bienes de que hubiesen dispuesto a título gratuito calculado en el momento de su transmisión excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuados con la intención de perjudicar al otro cónyuge.



A dicho activo habrá que deducirle el valor de los bienes que cada cónyuge tenía al comenzar el régimen y que conserve en el momento en que se extingue, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales.

Este conjunto de normas sustantivas se completan con las especialidades procesales establecidas en la DA 3ª del Libro II del CCCat .

La nueva forma de establecer si existen excedentes capitalizados por uno de los cónyuges o pareja de hecho exige que quien demande esa compensación facilite al Juzgado los datos precisos para hacer los cálculos necesarios. El derecho tiene carácter dispositivo por lo que no cabe la actuación de oficio.

Esta aportación ha de ser realizada en forma de inventario, en el cual deben relacionarse los bienes que a cada uno pertenecían al inicio del matrimonio o convivencia y los bienes existentes al cese de la convivencia, así como sus cargas y los restantes datos a los que se refiere el artículo 232-6 CCCat .

A dichos bienes debe atribuírseles un valor y además acompañarse los documentos que acrediten la titularidad de los bienes o las pruebas periciales de que se pretende valer para establecer su valor.

Sin embargo, la ley no exige que el inventario deba guardar una forma especial o que se presente en escrito separado, de modo que basta que se relacionen los bienes que se conozcan en el cuerpo de la demanda.

Tampoco con la presentación de la demanda precluye el derecho a conformar los elementos patrimoniales necesarios para obtener la diferencia de incrementos patrimoniales, pues para el caso de que no se disponga -porque no se conozca-, o no pueda obtenerse esa información -porque existan inconvenientes legales para ello- la norma contempla que pueda pedirse en el propio procedimiento, antes de la vista, que sea el Juzgado el que, con sus propios medios, recabe la información. El legislador pretende que no se perjudique el derecho reconocido legalmente por falta de conocimiento o bien de posibilidad de lograr las pruebas necesarias para conformar la relación de bienes, pero siempre con el límite de que la otra parte no padezca indefensión, esto es de que pueda defenderse de la reclamación y aportar a su vez las contrapruebas que a su derecho convengan, sea al contestar a la reclamación, sea en el acto de la vista si la información se ha obtenido con posterioridad.

Es por ello que, salvo la excepción que regula el apartado b) del numero 1, de la DA 3ª, y la ampliación del plazo para preparar la propuesta de inventario del apartado a), resultan de aplicación las restantes normas sobre presentación de documentos y pruebas periciales previstas en la Lec 1/2000 y también, finalmente, las reglas sobre la carga de la prueba contempladas en el art. 217 de la Lec , en todos sus apartados, por tanto también el séptimo que tiene en cuenta la facilidad probatoria y cercanía a la fuente de la misma, pudiendo valorarse, en consecuencia, la actitud obstruccionista por parte de quien tiene mayores posibilidades de acreditar determinados extremos.

Como indica la STS, Sala 1ª de 13 de julio 2016 , «corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda...». pero conforme al apartado 7, esta regla puede dejar de operar si el tribunal entiende que la disponibilidad y facilidad probatoria correspondía a la otra parte.

TERCERO.- *Valoración por la Sala del primer motivo de casación y del quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

Pues bien, sentado lo anterior, el primero motivo del recurso de casación y el motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal deben ser estimados por la Sala ya que si bien es cierto que la defensa de la Sra. Enma no fue para nada explícita, una vez terminado el proceso, en ordenar y precisar la reclamación dineraria con los datos obtenidos durante el procedimiento, al hacer gravitar su recurso de apelación primordialmente en la defensa de la concurrencia del primero de los presupuestos de la compensación - la acreditación de un trabajo sustancialmente superior al del otro progenitor en el cuidado de la casa y del menor negada por la Juzgadora de primera instancia- también lo es, que la Sala de apelación pudo deducir los incrementos patrimoniales de los propios datos analizados para determinar los alimentos del hijo menor, aplicando correctamente las reglas contenidas en el art. 217 de la Lec en su totalidad.

De este modo, no resulta admisible que se deniegue cualquier compensación con el argumento de que el inventario no contiene una relación "clara" de los bienes o elementos patrimoniales del demandante por el hecho de que algunos de los bienes relacionados en la demanda reconventional no puedan ser tomados en consideración -por haberse adquirido y vendido durante la convivencia- o porque en el informe pericial aportado en relación con una de las sociedades -Clínica Planas SL- no conste la participación del Sr. Alonso cuando en un FJ anterior, la propia Sala había tenido por probada su participación en un 8,55% y bastaba una operación matemática simple.



En suma, una cosa es que no todos los bienes y derechos relacionados en la demanda puedan ser valorados a los efectos de realizar los cálculos exigidos en el art. 232-6 CCCat y otra diferente que se rechace toda compensación por esta circunstancia, cuando existen elementos suficientes que la propia Sala da por acreditados para realizar el cálculo correspondiente.

CUARTO.- Error en la valoración de las pruebas (primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal).

Resuelto lo anterior, procede entrar en el análisis del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, que como se ha dicho entiende infringido el art. 24 de la CE .

Es doctrina del Tribunal Supremo y de esta Sala por todas STSJCat de 20 de octubre de 2016, que la denuncia relativa a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de apelación: *"solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del art. 469.1.4º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE "* (STS 1ª 144/2014 de 13 mar . FD8, con cita de las SSTS 1ª 131/2012 de 21 mar . y 215/2013 bis de 8 abr .) y la consecuencia es que *"la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el art. 24.1 CE ...lo que impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, como tampoco dar prevalencia a determinados elementos probatorios sobre otros que el tribunal sentenciador haya considerado más relevantes o convincentes"* (STS 1ª 144/2014 de 13 mar . FD9).

Entiende el mismo alto Tribunal que ello puede ocurrir cuando: a) exista un error notorio o patente en el examen del material probatorio; o b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (Sentencias de 28 de junio y 18 de diciembre de 2001 ; 8 de febrero de 2001 ; 21 de febrero y 13 de diciembre de 2003 ; y 9 de junio de 2004 ; o c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (Sentencias de 20 de febrero de 1992 , 28 de junio de 2001 , 19 de junio y 19 de julio de 2002 , 21 y 28 de febrero de 2003 , 24 de mayo , 13 de junio , 19 de julio y 30 de noviembre de 2004); aunque no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones. Por todas, STS Sala primera de 30 de octubre de 2013 .

Además, para que el error pueda ser subsanado por la Sala de casación es necesario según la STS de 3 de octubre de 2012 (STS 6697/2012) con cita de la STC de 55/2001, de 26 de febrero que: *"... que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo. Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental [...]. En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia constitucional"*.

La STS, Sala 1ª de 196/2016 de 30 de marzo, añade que el adecuado planteamiento de esta infracción *"e exige identificar y justificar concretamente el medio o, de ser varios, los medios probatorios cuya valoración incurre en arbitrariedad, error patente o infringe una norma legal tasada de valoración y destacar la relevancia de este juicio de valoración erróneo en la resolución de la controversia. Por esta razón, en principio, no sería posible realizar esta denuncia para combatir el resultado de una valoración conjunta de la prueba, en el que las conclusiones fácticas obtenidas de la valoración de algún medio probatorio calificada de errónea, hayan sido obtenidas y fijadas por mor de otras pruebas valoradas en conjunto"*.

QUINTO.- Valoración por la Sala del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

Sentado lo anterior, el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser estimado parcialmente.



Se denuncia en el motivo, que la Sala de apelación no tuvo en cuenta el informe pericial aportado con la demanda, con los requisitos del art. 335 de la Lec y que acreditaba un incremento patrimonial del valor de la empresa Clínica Planas SL por el hecho de: a) haberse realizado con un único método, el de descuento de flujos y, b) por no constar en el informe la participación del Sr. Alonso en la compañía.

El informe pericial presentado lo fue con arreglo a lo dispuesto en los artículos 335 a 337 de la Lec que obligan a la parte a presentarlo con los escritos iniciales. La contraria, fuera de impugnarlo como "documento" al contestar a la reconvenición, solo manifestó que el dictamen carecía de rigor porque no se había contabilizado el valor de los inmuebles indicando que el número de participaciones del Sr. Alonso en la sociedad no se había incrementado durante la convivencia. No propuso, a su vez, ninguna pericial tendente a desmentir los datos contenidos en el mismo, ni aportó, tampoco, teniendo la facilidad probatoria puesto que en el Registro Mercantil solo constaban las cuentas hasta el año 2011, otras cuentas más próximas a la ruptura de la convivencia. En el acto del juicio, a la petición de la parte actora de que el perito compareciese ante la Juzgadora para ratificar su dictamen, la defensa del demandado lo estimó innecesario por no impugnarse la veracidad del dictamen (m. 26 y ss).

La motivación de la Audiencia para rechazar el dictamen resulta errónea, tanto porque el dictamen cuenta hasta con hasta tres métodos diferentes de cálculo del incremento del valor de la sociedad -y por tanto del de las participaciones del Sr. Alonso - y no se razona por qué ninguno de ellos se estima plausible, como por cuanto la participación del mismo en la sociedad había sido constatada por la misma Sala de apelación en el FJ 3 de la Sentencia.

Es por ello que, no ofreciendo la Sala de apelación razón alguna que pueda ser atendida para rechazar una prueba propuesta conforme a los dictados de la Lec, y no desvirtuada por ninguna otra -la no contabilización de los inmuebles no tratándose de una sociedad inmobiliaria ni patrimonial no resulta tan trascendente- procede considerar la cantidad de 54.314,38 Euros como incremento del valor de la sociedad Clínica Planas SL, durante los años de convivencia (635.256 por 8,55%) atendiendo al sistema recomendado por el propio perito que, como se ha dicho, no ha motivado ningún análisis crítico ni por la parte contraria ni por la Sentencia de la Audiencia.

Por el contrario, el recurso debe ser desestimado en cuanto a tener por incrementado el valor de las restantes sociedades en las que participa el Sr. Alonso , a partir, únicamente, del dato de los fondos propios extraídos de la parcial documentación contable aportada con la reconvenición. Y ello no solo por la fragilidad de tales datos para estimar el incremento de valor sino, fundamentalmente, porque en la reclamación inicial solo se hizo mención al valor de estas compañías en el año 2011 (eran sociedades constituidas antes de la convivencia), sin especificar ningún aumento de valor durante la convivencia ni aportar -a diferencia del caso de la Clínica Planas SL constituida en el año 2004- dictamen pericial alguno donde constasen esas diferencias. La otra parte no pudo defenderse, en consecuencia, de esa alegación que resulta ahora intempestiva en el recurso de casación.

SEXTO.- Segundo motivo del recurso de casación. Compensación económica por razón del trabajo.

Visto lo dispuesto en la DF 16 de la Lec , el segundo motivo del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia debe ser parcialmente acogido ya que la sentencia ha infringido los artículos 232-5 y 232-6 del CCCat y así como la doctrina sentada en las Sentencias que se citan en el recurso.

Además del incremento patrimonial acreditado respecto de la sociedad Clínica Planas SL, la propia Sentencia de apelación considera probado que durante la convivencia el Sr. Alonso adquirió un inmueble en Barcelona donde se instaló la vivienda familiar por un importe de 2.000.000 de euros, con una carga hipotecaria de 1.657.700 euros. No se ha probado, teniendo cualquiera de las dos partes la facilidad probatoria (dictámenes periciales o oficios a bancos) que el valor de la vivienda haya disminuido ni tampoco la carga hipotecaria, habida cuenta, como dice la sentencia recurrida, los problemas económicos que ha sufrido el Sr. Alonso en relación con la misma al haberse constituido en yenes. Solo puede tenerse en cuenta, pues, un incremento de 342.300 euros.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera núm. 316/2016, de 13 de mayo , con cita de otras muchas, los principios de disponibilidad y facilidad probatoria permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad para su aportación o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente; pero no permite ante una falta de prueba que ambas partes tenían a su alcance el desplazamiento de la carga de la prueba a la otra parte.

Por el contrario, no cabe incluir para establecer la diferencia entre incrementos patrimoniales, la vivienda del DIRECCION000 , toda vez que ambas partes manifestaron -la actora en la demanda reconvenicional y el



demandado al contestarla- que la vivienda había sido comprada y vendida durante la convivencia. El incremento patrimonial de la Sra. Enma se cifra en la Sentencia de apelación en la suma de 20.000 euros.

La diferencia es favorable a la actora reconvenzional en la cantidad de 376.614,38 euros.

La Sala atendido el tiempo de duración de la convivencia (9 años) y que solo existe un hijo menor, nacido 5 años antes del cese de la convivencia, estima adecuada una participación del 18%, obteniéndose s.e.u.o la suma de 67.790,58 euros que será el importe de la compensación a satisfacer por el Sr. Alonso a la Sra. Enma .

SÉPTIMO.- No se imponen las costas de los recursos habida cuenta de la estimación parcial de ambos (art. 394 y 398 Lec).

FALLAMOS

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DECIDE :

Estimando en parte el recurso extraordinario por infracción procesal y en parte el recurso de casación presentado por la representación procesal de la Sra. Enma contra la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2016 dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 162/2015 , debemos condenar al Sr. Alonso a abonar a la Sra. Enma la suma de 67.790,52 euros en concepto de compensación económica por razón del trabajo, cantidad que devengará desde esta fecha el interés moratorio procesal correspondiente. No se imponen las costas de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Se confirma la sentencia en cuanto a sus restantes pronunciamientos. Se acuerda la devolución de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los Magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.