



Roj: **STSJ CAT 2932/2019 - ECLI:ES:Tsjcat:2019:2932**

Id Cendoj: **08019310012019100069**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2019**

Nº de Recurso: **201/2018**

Nº de Resolución: **31/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7813/2018,**
STSJ CAT 2932/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 201/2018

SENTENCIA NÚM. 31

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

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

Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas

Barcelona, 29 de abril de 2019

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. 201/2018 contra la sentencia dictada en el 328/2015 Modificación medidas definitivas - Juzgado Primera Instancia 51 Barcelona como consecuencia del procedimiento 1200/2017 Recurso de apelación - Sección Civil 12 Audiencia Provincial Barcelona. El/La Sr/a. Vicente ha interpuesto recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, representado/a por el/la Procurador/a EMMA NELLO JOVER y defendido/a por el/la Letrado/a AGUSTI MARIA PEYRA MOLINS. El/La Sr/a. Berta, parte recurrida en este procedimiento, ha estado representado/a por el/la Procurador/a ALICIA PORTABELLA OMEDES y defendido/a por el/la Letrado/a SILVIA GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Procurador de los Tribunales Sr/a. Emma Nel lo Jover, actuó en nombre y representación de Vicente formulando demanda de 328/2015 Modificación medidas definitivas - Juzgado Primera Instancia 51 Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2017, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Vicente, representado por la Procuradora D^a. Emma Nel-lo Jover, contra D^a. Berta, representada por la Procuradora D^a. Alicia Portabella Omedes, con expresa condena en costas al demandante."



SEGUNDO .- Contra esta Sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 12 de septiembre de 2018 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don Vicente contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2017 del Juzgado de 1ª Instancia nº 51 de BARCELONA , (autos 328/2015), sobre Modificación de Medidas reguladoras del divorcio, en el que ha sido demandada y apelada DOÑA Berta , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución impugnada; y ello con expresa imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente".

TERCERO .- Contra esta Sentencia, la representación procesal de Vicente interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Por Auto de fecha 14 de enero de 2019, este Tribunal se declaró competente y admitió a trámite el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto, dándose traslado a la parte recurrida para formalizar oposición por escrito en el plazo de veinte días.

CUARTO .- Por providencia de fecha 28 de febrero de 2019 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 18 de marzo de 2019.

Ha sido ponente el/la Magistrado/a Doña Mª Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Antecedentes

1. Contra la Sentencia dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el procedimiento de modificación de sentencia de divorcio, seguidos entre el Sr. Vicente y la Sra. Berta en virtud de la cual se desestima la demanda presentada por el primero para suprimir la pensión compensatoria en su día establecida en el convenio regulador del divorcio aprobado por sentencia de 15 de julio de 2011 , o bien reducirla a 300 euros durante un año, se alza la defensa del Sr. Vicente que formula contra dicha resolución recurso extraordinario por infracción procesal, que articula en tres motivos y recurso de casación por interés casacional, que formula en otros dos.

2. La parte recurrida estima que ambos recursos serían inadmisibles, criterio que no comparte esta Sala.

3. En orden al recurso extraordinario por infracción procesal, en él se alega en el motivo primero y segundo vicios procesales cometidos por la sentencia de apelación, al estimar que era previsible la muerte de la madre de la demandada y que en consecuencia esta adquiriría una herencia, ubicándose el recurso en los preceptos adecuados de la Lec 1/2000 (art. 469) razón por la cual a los meros efectos de su admisibilidad, su fundamento aparece suficientemente justificado.

4. En cuanto al recurso de casación no apreciamos tampoco que se haga supuesto de la cuestión ni que concurran otras causas de inadmisibilidad ya que en orden al primer motivo, ciertamente no existe jurisprudencia del TSJC sobre el problema planteado (incidencia de una herencia adquirida con posterioridad a la sentencia de divorcio y su eventual previsibilidad) porque, como luego veremos, esta Sala se ha pronunciado parcialmente en una sola ocasión en un tema semejante (art. 3 llei 4/2012 y acuerdo de esta Sala de 22-3-2012), y en cuanto al segundo motivo se describe suficientemente a juicio de la Sala, la doctrina de la misma, y también cómo habría sido esta desconocida por el tribunal de apelación en orden a la convivencia *more uxorio* que entiende mantiene la demandada con el Sr. Arcadio y que se desprendería de los hechos reconocidos de la sentencia recurrida así como su similitud con otros contemplados en las Sentencias de contraste dictadas por esta Sala y citadas en el recurso.

5. No cabe confundir los requisitos de admisibilidad con el análisis más profundo del motivo que se impone como consecuencia de su admisión a trámite, en particular, respecto de la analogía entre el presente y los casos descritos en las sentencias que se indican en el recurso.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO .- Primer y segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. Estimación.

Planteamiento

1. En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1 nº 4 de la Lec , se dice infringido el art. 24 de la CE por error patente en la valoración de la prueba documental pública obrante en los autos.



2. Se discute en el motivo que el tribunal de apelación haya entendido que el actor, al suscribir el convenio regulador del divorcio con su esposa, en el que se contemplaba una prestación compensatoria de 1500 euros al mes con carácter indefinido, más otros 500 euros mensuales hasta los 65 años de la perceptora para constituir un fondo de pensiones, fuese plenamente consciente de las expectativas hereditarias de su entonces esposa " *de las que era perfecto conocedor* ".

Se argumenta que el convenio regulador se otorgó el día 19 de mayo de 2011 en tanto que el último testamento válido de la madre de la demandada se otorgó el día 29 de julio de 2011, ocurriendo el fallecimiento el día 24-11-2014. Sería por tanto imposible que el Sr. Vicente *fuese perfectamente conocedor* de las expectativas hereditarias de su esposa cuando la causante no había otorgado siquiera el testamento en el que la declaraba heredera junto con sus cuatro hermanos.

3. En el segundo motivo del recurso extraordinario, basado en el ordinal 2ª del art. 469.1 de la Lec , se dicen infringidas las normas reguladoras de la carga de la prueba según el art. 217.3 y 7 de la Lec .

Se argumenta que se vulneran dichos preceptos cuando la Sala de apelación estima que al actor incumbía la carga de la prueba de que entre las bases de los pactos contenidos en el convenio regulador no se contemplaba la defunción de la madre de la Sra. Berta y la adquisición de la herencia, puesto que era él quien instaba la modificación por este motivo.

Entiende el recurrente que probada la adquisición de la herencia como causa de modificación o de extinción del derecho a la prestación compensatoria, era a la demandada a quien incumbía acreditar que esa circunstancia fue prevista por las partes al suscribir el convenio regulador.

4. Se pone de relieve en el recurso, la absurda deducción de la Sala de apelación sobre la previsibilidad de la muerte de la Sra. Berta cuando esta se produjo tres años y cuatro meses después del otorgamiento del convenio, sin alegación alguna por la otra parte de que en aquel momento el estado de salud de la madre hiciese prever un inmediato fallecimiento.

Resolución por la Sala

5. Por su evidente relación, la Sala resolverá la cuestión en el mismo motivo, no sin tener en cuenta en todo caso que:

El art. 217 de la Lec regula las normas de la carga de la prueba la cual tiene por finalidad establecer las consecuencias de aquellos hechos que no se han acreditado en la litis, o lo que es igual si la falta de acreditación de algún hecho fundamental ha de afectar o perjudicar a una u a otra parte.

De igual manera, el TC ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, seguida por el TS destacando su directa relación con los aspectos fácticos del pleito, concluyendo (STC 167/2014, de 22 de octubre , y 152/2015, de 6 de julio , entre otras) que " *concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración* ". Asimismo, en la sentencia del TC núm. 55/2001, de 26 de febrero aparecen los requisitos necesarios para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por este motivo refiriéndose a que el error debe ser patente, es decir, " *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* ".

Ello sentado, el recurso se estima.

6. En el convenio regulador que firmaron las partes el día 19 de mayo de 2011 nada consta en orden a las eventuales expectativas hereditarias de la Sra. Berta .

Por el contrario sí se preveía que pudiese acceder al mundo laboral, circunstancia que no haría decaer la pensión compensatoria, pactada en forma indefinida.

7. Las partes, haciendo uso del art 233-7.2 del CCCat que permite que en el convenio regulador puedan prever anticipadamente las modificaciones pertinentes en las medidas acordadas, establecieron que no sería causa de extinción o modificación de la pensión la percepción de ingresos laborales de la Sra. Berta sin hacer mención a unas eventuales expectativas hereditarias de uno o de otro.

8. Por otro lado, no consta -ni siquiera fue alegado al contestar a la demanda- que la madre de la demandada, fuera de su edad (84 años), tuviese alguna enfermedad que hiciese prever un cercano fallecimiento, que de hecho no tuvo lugar hasta transcurridos más de tres años.



9. Siendo así las cosas, no puede afirmarse: a) que sea el actor el que deba acreditar que tal circunstancia no fue prevista en el convenio, pues probada la adquisición de una cuantiosa herencia por la perceptora de la pensión y que ninguna previsión existía en el convenio, era a la demandada a quien en su caso incumbía la carga de la prueba de los hechos obstativos al éxito de la acción entablada al amparo del art. 233-19.1 a) del CCCat y que desvirtuasen la eficacia de la circunstancia alegada -la contemplación en el pacto de las expectativas hereditarias que iban a producirse más tarde para ignorarlas- concurriendo además en ella la facilidad probatoria por su proximidad con la causante (art. 217.7); b) que el demandante pudiese ser *perfecto conocedor* de un testamento que ni siquiera se había otorgado en aquel momento, como se acredita documentalmente de la escritura de aceptación de herencia, teniendo en cuenta, en todo caso, que lo único que impone la ley en la sucesión entre padres e hijos es el respeto a la legítima y que el testamento es un acto esencialmente revocable, por lo que no existe certeza hasta la muerte del causante de cuáles serán sus últimas voluntades.

10. No cabe tampoco presumir ex art. 386.1 de la Lec, por el hecho de que la muerte de cualquier persona es un hecho cierto en mayor o menor tiempo que la herencia se valoró a priori en el convenio regulador.

11. La estimación de ambos motivos del recurso comporta que no pueda tenerse como prevista o contemplada por los litigantes cuando suscribieron el convenio regulador de su divorcio, la herencia que adquirió tres años y cuatro meses después la perceptora de la pensión compensatoria a los efectos de ser una causa impeditiva de la modificación o extinción de la pensión (STS, Sala 1ª de 17 de marzo de 2014).

TERCERO .- Segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. Error en la valoración de la prueba. Desestimación

Planteamiento

1. En este motivo al amparo del art. 469.1.4 de la Lec en relación con el art. 24 de la CE, se dice existe un error patente por parte del tribunal de apelación en orden a la valoración de la prueba documental de informes de detectives para descartar una convivencia *more uxorio* de la demandada con un tercero.

2. Se aduce que existen, no dos, sino hasta tres informes de detectives que acreditarían que durante tres meses del año 2014 y otros dos del 2016 la Sra. Berta y el Sr. Arcadio convivieron durante los fines de semana o víspera de festivo en el domicilio de la Sra. Berta y que hicieron un viaje juntos pero que también se hizo un seguimiento durante dos fines de semana de un tercer mes del año 2016, que no ha sido tenido en cuenta por la Sala de apelación, la cual tampoco habría valorado que el Sr. Arcadio acompañó a la Sra. Berta a la boda de la hija común de los litigantes.

Resolución por la Sala

El motivo se desestima.

3. Hemos declarado en SSTSC 15/2011, de 14 de marzo, 53/2012, de 10 de septiembre, 62/2013, de 7 de noviembre y 59/2015, de 23 de julio, entre otras, que la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien por medio de la alegación de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho de tutela judicial efectiva o bien por la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función del juzgador de instancia y ajena al recurso extraordinario por infracción procesal, añadiéndose que sólo en caso de que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría afirmarse una vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro del art. 469.1 LEC.

4. Asimismo, la reiterada jurisprudencia de la S. 1ª - SSTSC. S. 1ª 4 de marzo y 16 de abril de 2014, entre otras, ha precisado que el error en la valoración de la prueba ha de ser patente, esto es, "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" de modo que "concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones...".

5. Consecuencia de esta doctrina 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).

6. 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".

7. Ello expuesto, el informe de detectives obrante al folio 1182 y ss de las actuaciones, aun no mencionado por la Sala, no implica un error patente en la valoración de la prueba capaz de sustentar la estimación del recurso extraordinario por dicho motivo.

8. En dicho informe, elaborado fundamentalmente para constatar que el Sr. Arcadio ya no vivía con su esposa, pudo comprobarse que entre semana el Sr. Arcadio vivía con su madre, incluso el lunes por la mañana salía de casa de ésta para trabajar, por lo que el seguimiento realizado en relación con la moto del Sr. Arcadio que ciertamente se hallaba aparcada el viernes por la tarde del día 6 de octubre y el sábado 7 de octubre de 2016 en las proximidades del domicilio de la Sra. Berta , no hace sino corroborar que la cohabitación se limita a los fines de semana en casa de ella.

9. Pero es que, además, la razón por la que Sala de apelación no aprecia la causa de extinción de la prestación compensatoria invocada por el actor, es porque entiende que la relación de amistad especial que -no niega- mantiene la Sra. Berta con el Sr. Arcadio (habida cuenta de las salidas conjuntas, algún viaje o la permanencia no continua del Sr. Arcadio en el domicilio de la Sra. Berta), no puede asimilarse a la vida marital (FJ 2º de la sentencia).

10. Así se desprende del último inciso del FJ 2º de la resolución recurrida en el cual se afirma "en este caso el actor no ha aportado pruebas directas ni indirectas de la existencia de un proyecto de vida común, lo que hubiera estado a su alcance aportando testimonios de los hijos o de otros parientes o amigos. Los hechos que describe el detective, señor Maximiliano , son los de una relación de amistad, pero no de relación conyugal. En consecuencia con lo anterior, el motivo del recurso no puede ser acogido".

11. Por tanto, lo que subyace en el argumentario del motivo es la trascendencia jurídica de los hechos que se describen en el informe de los detectives, y no tanto que exista un error patente en la selección o valoración del material probatorio.

12. Será pues en el análisis del recurso de casación por interés casacional, también formulado, en el que deberá ponderarse si los hechos que describen en los informes de detectives unidos al procedimiento son susceptibles de conformar el motivo de extinción de la prestación compensatoria previsto en el art. 233-19.1 b) del CCCat .

Recurso de casación

CUARTO. - Segundo motivo del recurso de casación. La convivencia *more uxorio* como causa de extinción de la prestación compensatoria.

1. Pese a que en el recurso de casación por interés casacional presentado se articula como primer motivo la falta de jurisprudencia sobre la herencia sobrevenida como causa de extinción o modificación de la prestación compensatoria, por razones lógico-jurídicas procede analizar en primer lugar el segundo motivo de casación ya que si la estimación del primero puede permitir tanto la extinción de la prestación como su modificación al denunciarse como infringidos los art. 233-18.1 y 233-19.1 a) del CCCat , de estimarse el segundo, solo cabría por disposición del art 233-19.1 b), la supresión de la pensión mensual pactada en su día entre las partes.

2. En este segundo motivo del recurso se dice que la sentencia infringe la doctrina establecida en las STSJCat de 26 de noviembre de 2009 así como la STSJCat de 9 de febrero de 2017 las cuales establecen que no es necesario que se dé una convivencia permanente en el mismo domicilio para poder entender que la pareja vive maritalmente.

3. Se argumenta que en ambas sentencias se analizaron casos análogos al presente.

El motivo se desestima

4. Esta Sala se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre los requisitos exigibles para estimar que existe la convivencia *more uxorio* que contempla el art. 233-19.1 b) como causa de extinción de la pensión.



5. Lo ha hecho fundamentalmente en la STSJCat 14/2013 de 21 de febrero que recoge la doctrina general que parte de la STSJC núm. 31/2007 (FD5) y que reiteramos en la STSJC núm. 47/2009 (FD3), en las que dijimos, de un lado, que es necesario que exista "convivencia" y que ésta debe reunir ciertas características que la hagan semejante a la "matrimonial", aun sin el vínculo jurídico propio del matrimonio y, de otro lado, admitiendo que existen diversas formas posibles de convivencia marital que no pasan necesariamente por el establecimiento de un único y común domicilio, veníamos a exigir que la relación hubiese cristalizado en un cierto compromiso materializado en un proyecto de vida en común, con el soporte o ayuda mutuos como hilos conductores, y que reuniese el grado de estabilidad, de intimidad, de comunicación de afectos e intereses y de publicidad que la hiciera comparable con la convivencia matrimonial.

6. Es por ello que, en primer lugar, la pareja unida por una relación sentimental ha de convivir, lo que excluye que sea motivo de extinción de la pensión las meras relaciones amorosas, sentimentales o sexuales del beneficiario.

7. Así, a diferencia del matrimonio del acreedor con otra persona que extingue en todo caso la obligación de prestación de la pensión con independencia de la convivencia real atendidos los deberes de soporte y ayuda mutua que se imponen legalmente y que sustituye la solidaridad matrimonial prorrogada del ex cónyuge en la que se basa la prestación compensatoria, en el caso de que no se contraiga matrimonio, el precepto exige "convivencia marital".

8. Esta convivencia, ciertamente, no es indispensable sea permanentemente bajo un mismo techo pues caben alternancias en el domicilio de uno o de otro siempre que se constate que con la necesaria periodicidad o estabilidad la pareja convive en uno u otro lugar.

9. La convivencia ha de ser marital, esto es *more uxorio* y ello implica que exista un proyecto estable de vida en común y compartida que incluya el soporte y ayuda mutuos sin exigirse plazos determinados de duración.

10. Expuesto lo anterior no apreciamos si nos atenemos a los hechos que valoraron cada una de las sentencias de contraste citadas en el recurso y no extraemos, descontextualizándolas, determinadas frases contenidas en ellas, que la situación contemplada en aquellas sentencias sean análogas a las del presente caso y que, por tanto, la Sala de apelación haya desconocido la doctrina de esta Sala.

11. Precisamente la sentencia de la Audiencia declara no probado el proyecto estable de vida en común y compartida que incluya el soporte y ayuda mutuos en la relación de especial amistad que mantienen la Sra. Berta y el Sr. Arcadio .

12. En la sentencia 6/2017 de 9 de febrero, la pareja convivía indistintamente en ambos domicilios y no solo fines de semana. La allí demandada entraba con su propia llave en el domicilio de su pareja. Ambos actuaban cuando estaban en la vivienda del otro como si fuesen propias, corresponsabilizándose de las tareas del hogar o de la jardinería. En la sentencia se declaró probado el proyecto estable y la ayuda mutua a partir de los siguientes hechos: " *Se'n desprèn que en aquests dies elegits a l'atzar (segons declaracions dels detectius) sempre estan junts, desenvolupant activitats quotidianes en els seus respectius domicilis, com ara: tenir cura dels habitatges, passar el dia i la nit en els mateixos, anar a comprar les coses necessàries per alimentar-se i arreglar la llar, fer les tasques de neteja o higiene de la mateixa, etc...*"

13. En la STSJCat 47/2009 de 26 de noviembre la pareja dispone también de llaves del domicilio del otro, vivían juntos con habitualidad (prácticamente todos los días de la semana), pasaban las vacaciones juntos y se declara acreditada la ayuda y atención mutuas: " *També el Sr. Victorino fa tasques d'arranjament del jardí de la casa copropietat de la Sra. Fidela , vestit amb xandall, abans de canviar-se de roba per anar-se'n a treballar, sortint cada dia de la vivenda amb bosses de brossa, que llença al contenidor abans d'agafar el seu vehicle, el qual el deixa sempre aparcat a un carrer proper al dit domicili, segons consta en el mateix informe de detectius. Ambdós van junts de compres domèstiques i de vacances, mostrant públicament el seu afecte, com es pot veure a la fotografia núm. 22 del dit informe. La Sra. Fidela ha afirmat al llarg de la causa -i en cada recurs amb una mica més d'intensitat explicativa- que obté del Sr. Juan Pablo el recolzament, suport i companyia que estava necessitant després del procés de separació. ...*"

14. De igual forma en la STSJCat 31 de 18 de octubre de 2007, se declaraba probado para considerar que existía una convivencia *more uxorio* lo siguiente: " *La Sra. Nuria . disposa de clau del domicili del seu acompanyant, on té les seves pertinences personals. Viu de forma habitual en el domicili esmentat malgrat afirma en la demanda que viu on pot. També passa amb el Sr. Augusto . els caps de setmana i ha transportat béns propis de la Sra. Nuria . a una altra residència del Sr. Augusto . Van junts a les entitats bancàries, a metges i realitzen compres domèstiques. Visiten junts a la mare de la demandant en el seu domicili. Mostren públicament el seu afecte i unió en passejar agafats de la mà o abraçats. La Sra. Nuria . ha afirmat al llarg de la causa que obté del Sr. Augusto . l'afecte, suport i comprensió que necessita després del procés de divorci..*" .



15. En el caso que nos ocupa, por el contrario, sin negar que la Sra. Berta y el Sr. Arcadio han pasado juntos los fines de semana en que han sido investigados, no podemos afirmar que exista un proyecto de vida en común basado en la solidaridad y apoyo recíprocos -elemento subjetivo también necesario según la doctrina antes expuesta- teniendo en cuenta que: a) si la posición económica y social del Sr. Arcadio es tan elevada como se dice en la demanda, ningún factor impediría la convivencia permanente con la demandada, si esa fuese la común intención, pues los hijos de los litigantes son ya mayores e independientes. Antes bien el Sr. Arcadio ha optado por vivir con su madre habitualmente pues las pernoctas en casa de la Sra. Berta se circunscriben a dos de los 7 días de la semana o las vísperas de festivos y exclusivamente en el domicilio de ella; b) el Sr. Arcadio no dispone de la llave de la vivienda de la Sra. Berta por lo que no puede acudir al piso si ella no le permite el acceso; c) No se pone de relieve en la sentencia ningún episodio de ayuda económica o de asistencia personal mutua del que pueda inferirse que, al menos hasta el momento, la relación de pareja haya cristalizado en un propósito serio de vida compartida sin que ello deba inferirse tampoco de que el Sr. Arcadio hubiese acompañado a la Sra. Berta a la boda de la hija común y se hubiese sentado con ella -no en lo que se conoce habitualmente como mesa presidencial, inexistente en el caso- y con sus familiares.

16. En conclusión, sin desconocer que el Sr. Arcadio y la Sra. Berta puedan estar manteniendo una relación sentimental estable ello no supone que deba equipararse a la convivencia marital de la que habla el precepto legal que, en consecuencia, no ha sido conculcado por la Sala de apelación ya que como con acierto afirma la sentencia recurrida manteniéndose el desequilibrio que dio origen a la pensión compensatoria, no puede sancionarse con su extinción a quien, liberado del vínculo conyugal, reanuda sus relaciones afectivas con terceras personas.

17. Procede en suma el rechazo del motivo.

QUINTO .- Primer motivo del recurso de casación. La herencia sobrevenida como causa de extinción o modificación de la prestación compensatoria.

1. Al amparo de los arts. 233-19.1 a) y 233-18.1 del CCCat que regulan el primero la extinción del derecho a la prestación compensatoria por mejora de la situación económica del acreedor si dicha mejora deja de justificar la prestación, y el segundo su modificación en caso contrario, se solicita en el recurso que la Sala declare como doctrina que la circunstancia de percibir una herencia con posterioridad a la sentencia de divorcio, es un hecho sobrevenido no previsible, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción.

2. La modificación o extinción de la prestación que autorizan las normas específicas de los artículos 233-18 y 233-19 CCCat, en relación con el art. 233-7, es la motivada por circunstancias sobrevenidas relacionadas con la naturaleza y función reequilibradora del derecho a la prestación que conducen a la reducción o desaparición de esta, con exclusión de las determinantes de un desequilibrio todavía más amplio, como podrían ser las ligadas a un incremento de la posición económica del deudor o a un descenso de la del acreedor.

3. Esto explica que la STSJ 8/2016, de 11 de febrero, precisara que el art. 233-18 del CCCat trata de la modificación de la prestación compensatoria indicando que la fijada en forma de pensión solo puede modificarse para disminuir su importe si mejora la situación económica de quien la percibe o empeora la de quien la paga, mientras que el artículo 233- 19,1,a) trata de la extinción del derecho a prestación compensatoria en los siguientes términos: *el derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por la mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación, o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho.*

4. Así las únicas variaciones legales posibles desde el punto de vista de la mejora de la posición del acreedor son la reducción de la prestación, el establecimiento de un período de duración si no lo tenía o de reducción de la duración originaria, o en último caso la supresión.

5. La norma no establece, como no podía ser de otra forma, qué ingresos o adquisiciones de patrimonio son relevantes para acometer la reducción o incluso la supresión de la pensión compensatoria pues ello dependerá de cada caso concreto.

6. Esta Sala en las STSJCat nº 77 de 27 de septiembre 2018 o 26 de 20 abril 2015 ya tuvo en cuenta que donaciones recibidas por la acreedora de la pensión o bien la adquisición de una herencia eran circunstancias adecuadas para apreciar la desaparición o modificación de la situación de desequilibrio para lo cual habría de tenerse en cuenta la entidad y rentabilidad de lo percibido para ponderar si el desequilibrio ha desaparecido o bien justifica una reducción de la pensión.

En esta última puede leerse al respecto que "*... si bien la adjudicación de una herencia al cónyuge perceptor de la pensión constituye una circunstancia adecuada para apreciar la desaparición del desequilibrio determinante del*



reconocimiento de dicho derecho y, por tanto, de extinción del mismo si no hubiere sido tomada en consideración para la determinación de aquel (art. 233-19.1.a CCCat), para que pueda decidirse de este modo, será necesario considerar las circunstancias de caso y, en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor de la pensión le corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (cfr. STS1 133/2014 de 17 mar FD3, con cita de la STS1 700/2011 de 3 oct .)."

7. Considerando lo explicado al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, no cabe en el presente caso, sino reiterar y ampliar la doctrina expuesta en la Sentencia antes citada en el sentido que salvo previsión de las partes en el momento de pactarse la pensión compensatoria -convenientemente probada- la recepción de una herencia por el perceptor de la pensión, es una circunstancia sobrevenida susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario de la prestación, incidencia que deberá ser examinada, sin embargo, caso por caso, atendida la disponibilidad que al acreedor de la pensión le corresponde sobre los bienes que la integran, y la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente.

8. Lo anteriormente expuesto supone la estimación de este motivo del recurso de casación y obliga a la Sala como órgano de instancia a valorar si en el caso la recepción por la Sra. Berta de la herencia de su madre es susceptible de extinguir o minorar la pensión compensatoria pactada en aplicación de los artículos que se dicen vulnerados.

9. Para resolver tal cuestión, la Sala pondera los siguientes elementos:

a) La valoración fiscal de los bienes de la herencia recibida por la Sra. Berta que asciende a la suma de 692.190 euros más 36.1230 euros por un seguro, cantidad de la que deben deducirse los correspondientes impuestos.

b) La eventual rentabilidad de dichos bienes que no es inexistente como parece indicar la demandada, ni tan elevada como pretende el actor, teniendo en cuenta la composición de los inmuebles heredados (en gran parte integrada por terrenos) pero también la existencia de otros bienes que pueden rentabilizarse como el piso en el que habitaba la causante o la vivienda de Sant Pere de Ribes aunque las rentas deban ser compartidas con los otros herederos.

c) Las posibilidades de venta de los bienes atendida su diferente naturaleza y que muchos de ellos son inmuebles adquiridos en indiviso con otras personas.

d) El componente indemnizatorio que también se advierte en el convenio regulador del año 2011, pues la Sra. Berta ya contaba en ese momento con patrimonio propio, acordando los cónyuges tanto que no se suprimiría ni se reduciría la pensión por el hecho de acceder la esposa al mercado laboral sin cuantificación de los eventuales ingresos, como que una parte de la pensión sería abonada por tiempo indefinido, cuando ya se había promulgado el libro II del CCCat y era posible acordarla en forma temporal.

10. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias la Sala estima que la pensión no ha de ser extinguida pero sí minorada por la percepción de nuevos bienes de la demandada, quedando en la suma de 700 euros en lugar de los 1500 euros en su día pactados sin que sea procedente ninguna otra modificación en cuanto a su devengo y manteniéndose los 500 euros para el fondo de pensiones previstos hasta los 65 años de la perceptora de la pensión.

11. La modificación tendrá lugar a partir de la fecha de esta Sentencia en aplicación de lo dispuesto en el art. 233-7.3 así como de la doctrina expuesta en nuestras STSJCat de 26/2015 de 20 de abril y 45/2015 de 8 de junio y más recientemente en la STSJCat 3/2018 de 8 de enero.

SEXTO. - *Costas y depósito para recurrir*

No se imponen las costas del recurso de casación ni tampoco las del recurso extraordinario por infracción procesal habida cuenta de su parcial estimación. Tampoco se imponen las costas del juicio en ninguna de las dos instancias habida cuenta de que la demanda debió ser en parte estimada (art. 394 y 398 de la Lec 1/2000), con devolución de los depósitos constituidos.

FALLAMOS

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

ESTIMAR EN PARTE el recurso extraordinario por infracción procesal y también el de casación interpuesto por la representación procesal del Sr. Vicente contra la Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2018 dictada por la Sección 12a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 1200/17 .

CASAR la sentencia recurrida y, en su lugar,



ESTIMAR EN PARTE la demanda entablada por Vicente contra Berta .

Acordar la modificación de la pensión compensatoria establecida en el pacto tercero punto A) del convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio de fecha 15 de julio de 2011 , que pasará a partir de la notificación de esta resolución, de los 1500 euros mensuales a la suma de 700 euros al mes, manteniéndose todos los demás aspectos de dicho punto así como el contenido íntegro de la letra B, sin expresa imposición de las costas del juicio en ninguna de las dos instancias ni tampoco las de este grado procesal y, devolución de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes 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.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Sala Civil i Penal

Recurs de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 201/2018

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ