



Roj: **STS 2534/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2534**

Id Cendoj: **28079110012012100226**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2012**

Nº de Recurso: **1002/2010**

Nº de Resolución: **179/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Puerto de la Cruz, núm. 2, 26-05-2009,**
SAP TF 303/2010,
STS 2534/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, por Dª Angelina , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Sonia González González, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 8 de marzo de 2010, en el rollo de apelación nº 484/2009, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puerto de la Cruz, en el procedimiento sobre modificación de medidas, nº 382/2008. Ante esta Sala comparece la Procuradora Doña María Jesús Cezón Barahona, en nombre y representación de Doña Angelina , en concepto de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador Don Ángel Luis Fernández Martínez, en nombre y representación de Don Dimas , en concepto de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puerto de la Cruz, interpuso demanda incidental sobre modificación de medidas, D. Dimas , contra Dª. Angelina . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...dicte en su día sentencia por la que estimando la demanda, se acuerde modificar las medidas señaladas, suprimiéndolas y dejando sin efecto las mismas, con imposición de costas a la demandada si se opone a este procedimiento, con todo lo demás que proceda"*.

Admitida a trámite la demanda se acordó el emplazamiento de la demandada, no habiendo comparecido, por lo que por resolución de fecha 12 de febrero de 2009, se acordó declarar a la misma en situación de rebeldía y citar a las partes para la celebración de Vista en el presente juicio, previo a dicho señalamiento presentó escrito compareciendo y contestando la demanda Dª Angelina , representada por el Procurador D. Rafael Hernández Herreros. Por resolución de fecha 16 de febrero de 2009, se acordó tener por personado y parte al referido Procurador en nombre y representación de quien comparece, tener por contestada la demanda fuera de plazo, al haber precluido el trámite para su evacuación, devolver la documentación acompañada , y alzar la situación de rebeldía procesal de la parte demandada.

La representación de Dª Angelina , presentó escrito interponiendo recurso de reposición contra dichas resoluciones que fue resuelto por auto de fecha 7 de abril de 2009, y que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: *"...Que no ha lugar al recurso interpuesto contra las providencias de 11 de febrero y de 16 de febrero de 2009, confirmándolas íntegramente"*.



En el día y hora señalado, se celebró el Juicio, habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia 2 de Puerto de la Cruz, dictó Sentencia, con fecha 26 de mayo de 2009, y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que no ha lugar a la modificación de medidas instada por don Dimas, que actuó representado por la Procuradora doña Ana Isabel Estellé Afonso, respecto de la extinción de pensión compensatoria, habiendo operado automáticamente con la enajenación, la medida relativa a la atribución del uso de la vivienda".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Dimas. Sustanciada la apelación, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó Sentencia, con fecha 8 de marzo de 2010, con el siguiente fallo: "Se estima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Dimas contra la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2009 dictada en los autos de Juicio de modificación de medidas nº 382/2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Puerto de la Cruz, la que revocamos en el sentido de que, estimando la demanda deducida por don Dimas frente a doña Angelina, debemos dejar sin efecto las medidas acordadas en los autos de divorcio núm. 161/06 del referido Juzgado, y todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de las instancias".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por Dª Angelina, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora Dª Sonia González González, lo formalizó en base a los siguientes motivos:

Único.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 3 del apartado 2 del art. 477 de la LEC, denunciando la violación del art. 101 del Código Civil, presentando interés casacional la resolución del recurso a tenor de lo previsto en el art. 477.3 de la LEC por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Por resolución de fecha 20 de mayo de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Doña María Jesús Cezón Barahona, en nombre y representación de Doña Angelina, en concepto de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador Don Ángel Luis Fernández Martínez, en nombre y representación de Don Dimas, en concepto de recurrido.

Admitido el recurso por auto de fecha 1 de marzo de 2011, y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Angel Luis Fernández Martínez, en nombre y representación de D. Dimas, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el siete de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª. Encarnación Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º En la sentencia del divorcio de D. Dimas y Dª Angelina, dictada por el Juzgado nº 2 de Puerto de la Cruz en 24 octubre 1996, se reconoció a Dª Angelina una pensión compensatoria de 1000€ mensuales por concurrencia de desequilibrio.

2º Consta probado que desde el año 2006 Dª Angelina viene manteniendo una relación afectiva, con exclusividad, estabilidad emocional y vocación de continuidad, aunque no se ha demostrado que los convivientes compartan domicilio.

3º D. Dimas presentó una demanda de modificación de medidas, en la que, a la vista de estos hechos, pidió que se declarara extinguida la pensión. Se opuso Dª Angelina, quien reconoció la existencia de la relación, aunque argumentó que no se trataba de una convivencia estable.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Puerto de la Cruz, de 26 mayo 2009, declaró no haber lugar a la modificación de las medidas. Dijo que las circunstancias que concurrían en el caso no permitían deducir prueba suficiente "[...] para acreditar que tales relaciones gocen de intensidad, habitualidad y permanencia, como para ser tenidas semejantes a las que mantienen las personas unidas en matrimonio sin estarlo, y que consistan en una apariencia cierta de cumplimiento de deberes de convivencia, ayuda y fidelidad que se impone en los arts. 67 y 68 CC, ni que tengan una proyección, en lo económico con datos objetivables, como cuentas conjuntas, disfrute de bienes comunes, etc., que puedan llevarnos a la certeza de una comunidad de vida [...]".



5º Apeló dicha sentencia el marido D. Dimas . La SAP, sección 1º de Sta. Cruz de Tenerife, de 8 marzo 2010 , estimó el recurso y dejó sin efecto la medida sobre pensión compensatoria acordada en la sentencia de divorcio. Declaró probado que la convivencia de Dª Angelina con una tercera persona tenía "carácter afectivo, con exclusividad, estabilidad emocional y vocación de continuidad" ; de ello deducía que: **a)** en general, en estos casos se produce una dificultad probatoria, porque "no se escapa a la lógica el interés que subyace" en ocultar la relación convivencial, lo que dadas estas dificultades "se deba considerar suficiente la prueba indiciaria" ; **b)** la actualidad social ha relativizado las diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho, de modo que "la estabilidad ya no es un dato tan relevante, o al menos ha de entenderse más limitada en el tiempo, referida solo a un propósito o proyecto de futuro " ; **c)** de la prueba practicada se deducía que en este caso " concurría el supuesto legal de convivencia similar a la marital que determina la extinción de la pensión compensatoria".

6º Dª Angelina interpone recurso de casación por interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Se admitió por ATS de 1 marzo 2011 . Figuran las alegaciones de la parte recurrida en oposición al recurso de casación.

SEGUNDO. El único motivo se funda en el Art. 477, 2, 2 LEC , por existir jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales, en la interpretación del art. 101 CC , en relación al concepto de vida marital que produce la extinción de la pensión compensatoria.

Motivo único. Denuncia la vulneración del art. 101 CC . La doctrina de la sentencia recurrida es contraria a la de las SSAP de Sta. Cruz de Tenerife, de 7 noviembre 2005 y 19 febrero 2007, que aun siendo del mismo ponente que la recurrida, mantienen un criterio contrapuesto; también a las SSAP de la sección 12 de Barcelona, de 3 diciembre 1999 , 21 marzo 2007 y 15 abril 2008 que exigen que la unión *more uxorio* tenga un carácter permanente y estable, de modo que se genere una posesión de estado familiar. Y finalmente, a las SSAP sección 3ª de Valladolid, de 5 junio 1999 y 12 mayo 2005 , que consideran que esta relación debe ser equiparable a la existente entre los cónyuges en una unión matrimonial ordinaria.

El motivo se desestima.

La reciente STS 42/2012, de 9 febrero , resuelve la cuestión planteada en este recurso. De acuerdo con el FJ 4º de la STS citada, para dar sentido al Art. 101 CC , "[...] deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. El Código civil de Catalunya también incluye esta causa de extinción de la que denomina "prestación compensatoria", en su art. 233-19 , 1, b), tal como lo había recogido el art. 86.1,c) CF .

*Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión "vida marital con otra persona" puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina "vida marital" son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio .*

TERCERO. Aplicando la doctrina anterior, debe concluirse que la convivencia de Dª Angelina con una tercera persona desde 2006, que ha quedado plenamente probada y que la propia conviviente reconoció haberse producido, si bien sin estar de acuerdo con los efectos relativos a la pérdida de la pensión compensatoria, tuvo el carácter de "vida marital" a los efectos de la extinción de la pensión, de acuerdo con lo establecido en el Art. 101 CC , por las siguientes razones:

1ª La ex esposa demandada y su hija reconocieron en el acto del juicio que la convivencia era real y que tenía una duración de dos años en aquel momento.

2ª Aunque no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, el Sr. Dimas había acudido habitualmente a la vivienda de la Sra. Angelina no solo para visitarla, sino que también había residido allí muchos fines de semana



3ª Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: en el momento de la demanda de la comparecencia en el acto del juicio la demandada y su hija dijeron que en aquel momento la convivencia tenía una duración de aproximadamente dos años.

4ª El entorno de Dª Angelina conocía estas relaciones, como lo demuestra la declaración de la propia hija de la recurrente.

5ª Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por "vida marital" en el Art. 101 CC .

CUARTO. La desestimación del único motivo del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Angelina , contra la SAP, sección 1º de Sta. Cruz de Tenerife, de 8 marzo 2010 , determina la de su recurso.

Se imponen a la recurrente las costas de su recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el Art. 398.1 LEC , que se remite al Art. 394.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Angelina contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 8 marzo 2010, dictada en el rollo de apelación número 484/2009 .

2º No ha lugar a casar por estos motivos la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.