

**Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª,
Sentencia 1076/2018 de 28 Nov. 2018**

Ponente: Ferrer Amigo, Gonzalo

Modificación medidas separación o divorcio

SENTENCIA N° 1076/2018

Magistrados:

Doña María Isabel Tomás García

Don Gonzalo Ferrer Amigo

Doña Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 28 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 9 de enero de 2018 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 571/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Mollet del Vallés a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a María Robles Jaen, en nombre y representación de Casilda contra la Sentencia de fecha 31/07/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a RAMÓN VÍCTOR NORTELL, en nombre y representación de Pancracio.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "ESTIMO la petición de modificación de las medidas definitivas dictadas en la Sentencia nº 71/2013, dictada por este Juzgado en fecha 22 de abril de 2013 en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 155/2012, y consecuentemente, DECLARO la extinción del uso de la vivienda familiar sita en la CALLE000 núm. NUM000 de Parts del Vallés y de la prestación compensatoria establecida a favor de Casilda.

El resto de la sentencia permanece incólume.

Todo ello sin hacer pronunciamiento expreso de las costas.

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 07/11/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado don Gonzalo Ferrer Amigo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como se recoge en la sentencia dictada, el objeto de la acción modificativa es la extinción de la prestación compensatoria y de la atribución del uso de la vivienda familiar sita en la CALLE000 n° NUM000 de Parets del Vallès. En la sentencia de 22 de Abril de 2013 se estableció la obligación de abono de una prestación compensatoria de 650€ a cargo del Sr. Pancracio y la atribución del uso de la vivienda familiar que quedó limitada en su extensión temporal por sentencia de esta Sala de 3 de junio de 2015 a cinco años computados desde el 1 de Marzo de 2013.

La base de la pretensión es la relación sentimental y convivencia de la Sra. Casilda con tercera persona.

La sentencia es estimatoria, considerándose esencialmente la existencia de prueba indiciaria, a través de los documentos aportados, **informe de detectives**, su ratificación y prueba testifical de convivencia estable suficiente como para atender la causa extintiva pretendida en la demanda.

Frente a dicha decisión interpone recurso de apelación la Sra Casilda invocando error en la valoración de la prueba . Considera que ni el **informe de detectives** ni las manifestaciones incorporadas en la prueba testifical junto con los perfiles y actividades registrados en facebook son indicativos de la vida marital exigida jurisprudencialmente y por ello no concurre la causa extintiva recogida en la sentencia.

El recurso es opuesto de contrario.

SEGUNDO.- Se aceptan íntegramente los razonamientos de la resolución recurrida.

Antes de entrar a valorar la sentencia dictada, su correcta argumentación probatoria y la perfecta subsunción de los hechos puestos de manifiesto en la prueba practicada en la norma jurídica y en la interpretación jurisprudencial, es preciso poner de manifiesto que carece sobrevenidamente de objeto la decisión final en relación a la extinción de la atribución de uso puesto que la misma acaeció , por disposición de sentencia de esta misma sala de fecha 3 de junio de 2015, el 1 de Marzo de 2018.

La cuestión queda por tanto circunscrita a la extinción de la prestación compensatoria con efecto desde la sentencia de primera Instancia por cuanto la falta de retroactividad no ha sido recurrida.

El artículo 233-19 establece que es causa extintiva el matrimonio de la acreedora de la prestación o la convivencia marital con otra persona.

Precisamente es el término "convivencia marital con otra persona", en nuestro caso de la Sra. Casilda con el Sr. Jose Gervasio lo que es objeto de interpretación debiendo decidirse si la prueba practicada, lógicamente indiciaria dado el contexto de su obtención , la ocultación propia de la situación para el mantenimiento del derecho y la intimidad de la pareja , es suficiente.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Superior de Justicia han analizado el concepto de convivencia marital haciéndolo desde una perspectiva abierta, interpretada dentro da la actual realidad social (art. 3,1 CC) y con conciencia de las dificultades de prueba que el deudor de la prestación tiene para conseguir pruebas de la convivencia o situación asimilada puesto que las

mismas están a disposición de la parte acreedora, ante la ocultación interesada de las mismas y ante la presentación al exterior de una situación equivalente al momento de la ruptura en la que no existía dicha convivencia.

La sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de Febrero de 2013 recoge ya el sentir de las sentencias 42 y 179/2012 de la Sala I del TS y en tal sentido argumenta que " establecido que el único motivo del recurso sometido a nuestro examen es el relativo a la infracción del art. 86. 1 b) del CF , hemos de resolver si en este supuesto concurre o no la causa de extinción -o excluyente del reconocimiento- prevista en él, por razón de la "convivencia marital " con otra persona, conforme a la jurisprudencia sentada por esta Sala en sus SSTSJJC núm. 31/2007, de 18 de octubre , y núm. 47/2009, de 26 de noviembre .

El art. 86.b) del CF , al igual que el art. 101.1 C.C ., regula como causa de extinción del derecho a percibir una pensión compensatoria, tras la ruptura conyugal, la convivencia marital del acreedor con otra persona. Es cierto que ninguno de los preceptos mencionados define qué deba entenderse por " convivencia marital " - el art. 101.1 CC habla de " vivir maritalmente "-, aunque de su propia terminología se infiere, como dijimos en nuestra STSJJC núm. 31/2007 (FD5) y reiteramos en la STSJJC núm. 47/2009 (FD3), que es preciso: a) que exista "convivencia ", y b) que ésta reúna ciertas características que la hagan semejante a la " matrimonial ", aun sin el vínculo jurídico propio del matrimonio.

Es cierto que desde que nos pronunciamos en tal sentido la jurisprudencia de la Sala Primera del TS ha evolucionado a impulsos de dos elementos de la hermenéutica normativa, el teleológico y el de la realidad sociológica, mostrándose sensible, por un lado, ante la posible instrumentalización fraudulenta de las exigencias legales y jurisprudenciales para sortear los efectos extintivos de las ulteriores relaciones afectivas del deudor de la pensión compensatoria; y, por otro lado, ante la progresiva aproximación objetiva -más allá del cumplimiento de los requisitos formales propios del vínculo matrimonial- entre el matrimonio y la simple convivencia marital, hasta el punto de declarar que la mera convivencia estable que produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones , aun sin compromiso de ningún tipo, puede integrar la causa de extinción prevista en el art. 101.1 CC (SSTJS 1ª 42/2012 de 9 feb . y 179/2012 de 28 mar.), de la siguiente forma:

"[...] 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... 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."

En cualquier caso, incluso aceptando que la realidad normativa -trasunto de la sociológica- haya podido contribuir a desdibujar los límites diferenciadores entre las uniones matrimoniales y las uniones more uxorio , seguirá siendo imprescindible entre nosotros -el nuevo art. 232-19.1.b) CCCat ha adoptado la misma fórmula que el art. 86.1.b) CF - **distinguir estas últimas de aquellas otras uniones simplemente sentimentales o afectivas, aun con componente sexual, que, por su falta de entidad, no pueden integrar la causa extintiva de la pensión compensatoria.**

Es en este punto en el que es preciso reafirmar la doctrina que sentamos en las citadas SSTSJC núm. 31/2007, de 18 de octubre , y núm. 47/2009, de 26 de noviembre , conforme a la cual, por un lado, veníamos a excluir la posibilidad de que las relaciones afectivas no convivenciales puedan asimilarse por sí solas -y en ausencia de elementos indiciarios de fraude de ley, que no consta que concurren aquí, dado lo espontáneo de la revelación y el prolongado incumplimiento por el demandado de sus obligaciones alimenticias- a las matrimoniales, a los efectos que ahora se examinan, teniendo en cuenta que en ausencia de vínculo matrimonial no será posible presumir la convivencia de la pareja (art. 69 CC); y por 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.

TERCERO.- Precisamente al Juez de Instancia a quien le corresponde conforme a los criterios de valoración probatoria de nuestro sistema procesal realizar la ponderación de las mismas en la argumentación de la sentencia hasta concluir la procedencia total o parcial o la improcedencia de los pedimentos de la demanda aplicando la norma jurídica en la tarea de subsunción propia de la línea argumental . La revisión de la sentencia deberá centrarse en que la valoración de la prueba esté correctamente expresada en los fundamentos de derecho y que la misma no es errónea, arbitraria, insuficiente o incongruente valorándose especialmente el criterio independiente y objetivo del juez de Instancia frente a la ponderación, lógicamente interesada del recurrente.

Se pone de manifiesto este extremo por cuanto la valoración probatoria realizada por la Juzgadora de instancia es proporcionada a las circunstancias, es acorde al esfuerzo probatorio de las partes y a la disponibilidad de prueba y alcanza una conclusión que es conforme con la interpretación jurisprudencial del precepto en la realidad social actual.

En efecto, no existe prueba directa puesto que la Sra. Casilda a través de su contestación a la demanda rechaza la existencia de relación afectiva o de relación afectiva de la suficiente entidad como para poder ser considerada "more uxorio" según criterios sociales y relacionales de la sociedad actual, pero los hechos base de los que parte la sentencia, correctamente estructurados en la demanda y acreditados en fase probatoria se han derivado de tres ámbitos: el **informe de detectives** (en dos períodos distintos y con una suficiente extensión temporal), las redes sociales y la declaración relativa a la conversación con la madre del Sr. Jose Gervasio quien afirmó y por dos veces en conversaciones al **detective** que constan transcritas, que su hijo ya no convivía y desde

hacia años con su ella sino con otra mujer. Las imágenes muestran al Sr. Jose Gervasio entrando y saliendo del domicilio, con llaves propias, realizando tareas propias del hogar de la Sra. Casilda y pernoctando en el domicilio. La excusa planteada de que el **detective** no permaneció toda la noche y que pudo marchar el Sr. Jose Gervasio a pernoctar al domicilio de su madre para volver antes de la segunda toma son simplemente increíbles como también lo es la declaración del testigo Sr. Constantino quien en un intento de simplificar la relación de la recurrente con el Sr. Jose Gervasio, prácticamente llegó a sostener que realizaba los mismos movimientos, que tenía la misma disponibilidad del hogar y de las llaves que el Sr. Jose Gervasio y que también participaba de los viajes con la recurrente llegando a afirmar que las fotos de facebook no serían representativas, al haber compartido también la habitación (foto del albornoz con la Sra. Casilda) y que también podía haber besado a la Sra. Casilda como las muestras de afectividad directa que aparecen en facebook entre aquélla y el Sr. Jose Gervasio. Las imágenes de redes sociales, igualmente continuadas en el tiempo, son representativas, junto con el resto de la prueba indiciaria presentada de una relación continuada en el tiempo, superior a una amistad, no meramente puntual y sí de continuidad en la participación en aspectos relevantes , personales, familiares y sociales de la vida y son suficientes para derivar el hecho cierto de convivencia estable a los fines del precepto y por tanto a los fines de la extinción de la prestación que no queda desvirtuada por el hecho de que mantenga el domicilio postal en casa de su madre o de que comparta sus cuidados con terceras personas.

Los medios de prueba practicados son adecuados a las circunstancias puesto que la convivencia con una tercera persona es una circunstancia que afecta a la esfera íntima de las personas y la prueba directa, salvo el reconocimiento, es realmente compleja.

Esta es la línea sostenida en la sentencia, respondiendo los hechos probados a lo acaecido en el proceso, estando correctamente incardinados en la norma y siendo la subsunción adecuada a la doctrina jurisprudencial, por lo que procede su plena confirmación.

CUARTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 398,1 en relación con el art. 394 de la LEC y al desestimarse el recurso de apelación, se imponen las costas a la recurrente

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D^a Casilda contra la Sentencia dictada en fecha 30 de Julio de 2017 por el Juzgado de primera Instancia nº 3 de Mollet del Vallès, debemos confirmar la misma con imposición de costas a la parte recurrente.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo,

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16^a LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

