

Roj: STS 624/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100054  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1381/2010  
Nº de Resolución: 42/2012  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero 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 Valladolid, sección 1ª, por **D. Santos**, representado por la Procurador de los Tribunales Dª. Victoria Silió López, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 31 de mayo de 2010, en el rollo de apelación nº 110/2010, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valladolid, en los autos nº 540/09. Ante esta Sala comparece la Procuradora Sra. Munar Serrano, en nombre y representación de DON Santos, personándose en concepto de parte recurrente. La Procuradora Sra. Azpeitia Calvin compareció en nombre y representación de DOÑA Florinda, personándose en concepto de parte recurrida.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valladolid, interpuso demanda de modificación de medidas D. Santos, contra Dª Florinda. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que se acuerde la reiterada modificación estableciendo como nuevas y en sustitución de las actualmente vigentes, las siguientes:

1. Que el importe de la pensión alimenticia de las dos hijas se fije en la suma de 2.450,00 # mensuales que supone el 35% de los ingresos actuales del Sr. Santos (en torno a los 7.000 #/mes) quien seguirá asumiendo además el pago de los gastos extraordinarios como viene haciendo hasta la fecha.

2. Que la pensión compensatoria sea extinguida dada la evidente convivencia marital que se halla la demandada y, subsidiariamente, y para el supuesto de que no se admitiera esta pretensión, se reduzca la duración de la misma a un tiempo prudencial dado que, a la vista de la actitud exhibida por la demandada, entendemos que el plazo de dos años sería más que suficiente para buscar su proyección laboral teniendo en cuenta que desde el mes de Noviembre de 2007 hasta el momento presente ha percibido la suma de 176.794 #.

3. Que de admitirse la temporalidad de la pensión, evidentemente el 35% aplicado para el cálculo de la pensión de las niñas, siguiendo el criterio de la Audiencia, determinaría que la suma antedicha de 2.450,00 # tendría que ser repartida entre la madre e hijas en idéntica proporción a la actualmente establecida, es decir, un 54,45% para las hijas".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, el Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...se tenga por contestada la demanda y, previo examen de las pruebas practicadas en el trámite de alegaciones, se dicte sentencia en atención a su resultado y con las reservas anunciadas".

La representación de Dª Florinda, compareció mediante el oportuno escrito, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se sirva dictar en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de las costas al demandante".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó citar a las partes a la celebración de Vista principal, la cual se verificó en el día y hora señalados, y 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 nº 3 de Valladolid, dictó Sentencia, con fecha 5 de febrero de 2010 , y con la siguiente parte dispositiva: "**FALLO: Estimando parcialmente la demanda formulada por D. Santos , contra Dª Florinda , debo declarar y declaro:**

. Extinguida la Pensión Compensatoria reconocida a Dª Florinda .

. *Confirmar la Pensión alimenticia establecida en beneficio de las hijas y con cargo al progenitor masculino en la Sentencia de fecha 9 de octubre de 2007, dictada por la Il.ª Audiencia Provincial de esta Ciudad .*

*No se hace expresa declaración sobre costas".*

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación Dª Florinda y D. Santos . Sustanciada la apelación, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó Sentencia, con fecha 31 de mayo de 2010 , con el siguiente fallo: "*Que estimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de Doña Florinda y rechazando el formulado a nombre de Don Santos contra la sentencia dictada por la Il.ª Sra. Magistrado del Juzgado de Primera núm. 3 de Valladolid en fecha 5 de enero de 2010 en los autos a que se refiere este rollo debemos revocar y revocamos la aludida resolución y desestimando la demanda formulada absolvemos a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.*

*No hacemos expresa imposición de las costas de la primera instancia ni de las de esta alzada correspondientes al recurso formulado por la apelante-demandada. Imponemos al apelante actor las costas de esta alzada derivadas de su recurso".*

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por D. Santos , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora Dª Victoria Silió López, lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC 1/2000 invocando la infracción del art. 86 del Código Civil (en su redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio), que remite al art. 81.2 del Código Civil (en su redacción dada por dicha Ley 15/2005, en relación con el art. 101.1 del Código Civil .

Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC 1/2000 , invocando la infracción del art. 86 del Código Civil (en su redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio), que remite al art. 81.2 del Código Civil (en su redacción dada por dicha Ley 15/2005), en relación con el art. 101.1 del Código Civil .

Tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC 1/2000 , invocando la infracción del art. 97 del Código Civil y la doctrina de la Sala 1ª del TS, contenida, entre otras, en las Sentencia de 21 de noviembre de 2008 , 28 de abril de 2010 , 9 de octubre de 2008 y 17 de octubre de 2008 .

Cuarto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC 1/2000 , invocando la infracción del art. 97 del Código Civil en redacción dada por Ley 15/2005.

Por resolución de fecha 19 de julio 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 se personó la Procuradora Sra. Munar Serrano, en nombre y representación de DON Santos , personándose en concepto de parte recurrente. La Procuradora Sra. Azpeitia Calvin compareció en nombre y representación de DOÑA Florinda , personándose en concepto de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 1 de febrero de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora Dª. Esperanza Azpeitia Calvín, en nombre y representación de Dª Florinda , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la desestimación del recurso de casación.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de los hechos probados.*

1º D. Santos y Dª Florinda obtuvieron el divorcio por sentencia de 31 enero 2007 . El auto de 9 octubre 2007 modificó la pensión alimenticia, fijándola en 2.500# por hija y también la pensión compensatoria, estableciendo una cantidad de 6 000# mensuales para la esposa.

2º D. Santos interpuso una demanda de modificación de medidas con relación a la cantidad debida por alimentos a las hijas y a la extinción de la pensión compensatoria. Esta es la única cuestión que se plantea en el recurso de casación. El demandante denunciaba que Dª Florinda tenía una pareja estable y por ello pidió que se declarara extinguida la pensión o que se fijara un límite temporal.

3º La Sentencia de 1ª instancia del juzgado nº 3 de Valladolid, de 3 enero 2010 , estimó en parte la demanda, aceptando la extinción de la pensión por haber quedado probada la relación afectiva mantenida por Dª Florinda . Consideró que la relación admitida por la propia Dª Florinda tenía los caracteres de "permanencia, regularidad, y globalidad que permite equiparar la situación de hecho a la comunidad de vida propia de la institución matrimonial" , por lo que procedía declarar extinguida la pensión, estimando la demanda en la acción principal.

4º Apelaron ambos litigantes. La SAP, sección 1ª de Valladolid, de 31 mayo 2010 estimó el recurso de Dª Florinda y desestimó el de D. Santos . En relación al punto relativo a la pensión compensatoria, la sentencia recurrida ponía de relieve que si bien se había reconocido la existencia de la convivencia, **a) ambas partes coinciden en que cualquier relación no puede servir como causa extintiva como también es de concluir con criterios de interpretación jurídica vistos los términos en que aparece redactado el Art. 101 que utiliza el vocablo maritalmente** , que se ha mantenido en la reforma de 2005; **b) no queda demostrada de forma suficiente la existencia de una convivencia continuada y estable propia de una relación matrimonial; c) para la existencia de una relación equivalente a la marital, debería haberse probado "la existencia de un modo de vida en común que evidencie o exteriorice un proyecto compartido"** . Solo se prueba la existencia de una relación sentimental, de manera pública y en diversos vehículos y establecimientos hosteleros de esta ciudad y sus alrededores; **d) "una relación de amistad íntima incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración no puede ser calificada de marital si no va acompañada de ese detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida [...]. Lo probado sobre dicha relación solo faculta para considerarlo como un ejercicio de su derecho a desenvolver su vida tras la separación matrimonial de manera libre, pues el percibo de una pensión compensatoria no le obliga a realizar una vida de aislamiento social, estándole permitido efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal entre la que debe incluirse el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual sin conllevar la sanción del Art. 101 CC solo reservada a la celebración de un nuevo matrimonio o a la convivencia marital caracterizada por ese propósito[...]"**.

5º D. Santos presenta recurso de casación, al amparo del Art. 477.2 , 3º LEC , en un asunto tramitado por razón de la materia y presentar interés casacional, que fue admitido por auto de esta Sala de 1 febrero 2011 .

Figura la oposición de la parte recurrida. El Ministerio Fiscal considera que la interpretación de la Audiencia Provincial de la frase "vivir maritalmente con otra persona" es correcta y pide la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, así como de los dos referidos a la temporalidad.

#### **SEGUNDO.** *El recurso de casación.*

El recurso está estructurado en dos grupos de motivos: los referidos a la extinción de la pensión compensatoria y los referidos a la limitación temporal de la pensión, que había sido formulada como petición subsidiaria en la demanda. Se van a agrupar los motivos, estudiándolos en estos dos grupos, y de admitirse los del primer grupo, no deben estudiarse los subsidiarios.

**TERCERO.** *Motivos referidos a la extinción de la pensión compensatoria por vida marital con otra persona.*

*Motivo primero* . Infracción del Art. 86 CC , en su redacción después de la Ley 15/2005, que remite al Art. 81.2 CC , en relación con el Art. 101.1 CC . La sentencia recurrida interpreta de forma restrictiva el concepto de "vivir maritalmente" del Art. 101. Actualmente muchas de las características del matrimonio han desaparecido con la nueva regulación de la ley 15/2005 y muy especialmente la permanencia que ha perdido carácter calificativo del matrimonio. Se pregunta qué es lo que caracteriza el "more uxorio" y contesta que aunque se impongan obligaciones a los cónyuges, no se impide al infractor disolver el matrimonio por divorcio, por su simple voluntad. Y consecuencia de que sea muy difícil determinar las características del matrimonio, la configuración de otra relación como semejante a la matrimonial ofrece también "enormes dificultades". Se

trata de una relación en la que concurren unos requisitos que aun semejantes al matrimonio, no son en cambio constitutivos de su existencia, porque se trata de una relación afectiva de pareja, ha perdurado durante un año y medio, los miembros de la pareja no han ocultado su relación, han concurrido los elementos de amor y sexualidad.

Además, aunque se haya ejercido el derecho al libre desarrollo de la vida tras la separación por la ex esposa, ello comporta la extinción de la obligación de pago de la pensión, que no es una sanción, porque no se trata del incumplimiento de ningún deber.

*Motivo segundo.* Infracción del Art. 86, que remite al Art. 81.2, en relación con el Art. 101.1 CC . Señala que se produce jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, puesto que algunas consideran que para que haya convivencia matrimonial, es suficiente la estricta convivencia como las SSAP de Asturias de 13 septiembre 2006 (sección 5ª, rec 322/2006 ) y 8 junio 2007 (sección 4ª rec. 173/2007 ), mientras otras exigen que exista una comunidad de vida en lo patrimonial, un proyecto global de vida en común ( SSAP León, de 16 marzo 2005 sección 4ª rec. 29/2005 y de 24 febrero 2006 sección 3ª, rec. 276/2005 ). Se infringen los artículos del Código citados porque aunque el Art. 101.1 CC señala que "vivir maritalmente con otra persona" es causa de extinción de la pensión y lo hace por referencia al matrimonio, no se pueden identificar ambos conceptos.

*Ambos motivos se estiman.*

#### **CUARTO.** *El significado de "vida marital".*

Desde la entrada en vigor de la ley de 17 julio 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el art. 101.1 CC , que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código civil utiliza la expresión "vivir maritalmente" como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Para darle sentido a dicha regla, 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.

**QUINTO.** De acuerdo con lo anterior, debemos entender que la convivencia de Dª Florinda con una tercera persona durante un año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de "vida marital" a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el Art. 101 CC . Y ello por las siguientes razones:

1ª La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales.

2ª Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública

en compañía del Sr. Victorio en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores.

3ª Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad, tal como se deduce de los hechos declarados probados y asumidos en la sentencia recurrida.

4ª Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por "vida marital" en el Art. 101 CC .

5ª La extinción de la pensión por la causa del Art. 101.1 CC no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.

#### **SSEXTO.** *Motivos subsidiarios.*

La estimación de los motivos primero y segundo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Santos exige a esta Sala de examinar los motivos tercero y cuarto, presentados en calidad de subsidiarios.

#### **SSEXTIMO.** *Estimación del recurso.*

Se estima el recurso de casación presentado por D. Santos , contra la SAP de Valladolid, sección 1ª, de 31 mayo 2010 , lo que determina la anulación en la parte correspondiente a la pensión compensatoria, de la sentencia recurrida y el mantenimiento de los demás pronunciamientos, excepto lo relativo a las costas.

#### **SSEXTAVO.** *Costas.*

La estimación del recurso de casación determina la no imposición de las costas, de acuerdo con lo establecido en el Art. 398.2 LEC .

Se imponen a la recurrente/apelante las costas del recurso de apelación, de acuerdo con el Art. 398.1 LEC .

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

### **FALLAMOS**

1º Se estima el recurso de casación presentado por D. Santos , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª de 31 mayo 2010, dictada en el rollo de apelación nº 110/2010 .

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida.

3º En su lugar se repone en parte la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Valladolid, de 5 enero 2010 , en la parte que dice: "Estimando parcialmente la demanda formulada por D. Santos , contra Dª Florinda , debo declarar y declaro: Extinguida la Pensión Compensatoria reconocida a Dª Florinda ".

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

5º Se imponen las costas del recurso de apelación a la apelante Dª Florinda .

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 .- Jesus Corbal Fernandez.- 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.