

Id. Cendoj: 08019370122019100188

ECLI: ES:APB:2019:3604

ROJ: SAP B 3604/2019

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Barcelona

Sección: 12

Nº de Resolución: 256/2019

Fecha de Resolución: 12/04/2019

Nº de Recurso: 490/2018

Jurisdicción: Civil

Ponente: MARIA GEMA ESPINOSA CONDE

Procedimiento: Recurso de apelación

Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0802242120178144205

Recurso de apelación 490/2018 -R1

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Berga

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 473/2017

Parte recurrente/Solicitante: Donato

Procurador/a: NÚRIA ARNAU SOLÀ, Jose Manuel Luque Toro

Abogado/a: DAVID COMA SALVANS

Parte recurrida: Leticia

Procurador/a: Jaume Guillem Rodriguez

Abogado/a: ENRIC ARISÓ BAYLINA

SENTENCIA Nº 256/2019

Magistradas:

Dª María Pilar Martín Coscolla

Dª Maria Gema Espinosa Conde

Dª María Isabel Tomás García

Barcelona, 12 de abril de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 4 de mayo de 2018 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 473/2017 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Berga a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Jose Manuel Luque Toro, en nombre y representación de

Donato contra la Sentencia de fecha 19/02/2018 y en el que consta como parte apelada el Procurador Jaume Guillem Rodriguez, en nombre y representación de Leticia .

SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:" Que debo acordarf la adopción de las siguientes medidas definitivas entre las partes: La disolución por divorcio del vínculo matrimonial que les ligaba. El uso y disfrute del domicilio familiar se atribuye a la Sra Leticia . Se establece una pensión compensatoria a cargo del Sr. Donato en favor de Leticia de 550 euros mensuales. Dicha cantidad será actualizable anualmente conforme al IPC o índice que legalmente lo sustituya, y deberá ingresarlo en la cuenta que la Sra. Leticia designe, los cinco primetos días de cada mes. Sin condena en costas."

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

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

Se designó ponente a la Ilstma. Sra. Magistrada D^a Maria Gema Espinosa Conde .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admite la fundamentación jurídica que contiene la sentencia recurrida, salvo en lo que pudiera resultar contradictoria con la que contiene la presente resolución.

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Donato se formula recurso de apelación frente a la sentencia de fecha 19 de febrero de 2018 dictada en los autos de divorcio seguidos con el número 473/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Berga, siendo parte apelada Dña. Leticia representada por el Procurador Sra. Gorgas.

Solicita el apelante no se establezca prestación compensatoria a favor de la parte demanda al haber reconocido esta su convivencia marital con una tercera persona. Subsidiariamente, para el caso de que no se acordara la extinción de la prestación compensatoria, alega que en ningún caso puede incrementarse la prestación que se fijó en la sentencia previa de separación por no haberse

acreditado ninguna variación en las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de establecerse.

La representación procesal de la Sra. Leticia se opuso al recurso de apelación interpuesto por el contrario.

SEGUNDO.- Establece el artículo 233-14 del CCCat en su apartado primero que "el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario". Este precepto concibe la prestación compensatoria como un instrumento destinado a reparar el perjuicio económico motivado por la ruptura conyugal, y tiene como finalidad paliar el desequilibrio en el nivel de vida de los esposos que se deriva de la quiebra de la solidaridad en el disfrute y utilización de medios materiales de vida, según los usos de cada familia.

Una vez fijada esta prestación podrá disminuirse o declararse extinguida en los supuestos previstos en los artículos 233-18 y 233-19 del citado texto legal .

Solicitaba el ahora recurrente en su demanda que no se estableciera pensión compensatoria alguna a favor de la Sra. Leticia al no existir desequilibrio económico y convivir cada uno de forma estable con otra pareja. En su recurso señala el Sr. Donato haber quedado acreditada la convivencia matrimonial de la Sra. Leticia con otra persona por lo que insiste en su petición de declarar extinguida la prestación.

El artículo 233-19 del CCCat establece en su apartado primero que "El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por las siguientes causas: (...) b) Por matrimonio del acreedor o por convivencia marital con otra persona". No aclara el precepto qué exige para que se produzca esta convivencia marital, debiendo entender que dicha convivencia determinante de la extinción de la prestación debe ser análoga a la matrimonial, con una comunidad de vida y de bienes, y que tenga algún viso de estabilidad y permanencia en el tiempo, no pudiendo dar cabida en este concepto a las convivencias ocasionales o esporádicas.

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 señalando que: "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".

Pues bien, de la prueba practicada no puede tenerse por acreditado que la Sra. Leticia conviva con otra persona en el sentido antes expuesto. Del interrogatorio practicado y de la prueba testifical **no queda acreditado** que la Sra. Leticia haya mantenido con una tercera persona una relación convivencial que pueda asimilarse a la matrimonial. Manifestaba la Sra. Leticia en el interrogatorio que no tiene ninguna relación sentimental y que únicamente tiene una relación de amistad. Afirma vivir sola sin perjuicio de que de vez en cuando tenga alguna visita y que esta haya permanecido por algún tiempo en su domicilio.

El hecho de que tenga alguna visita o alguna persona resida en su domicilio por un tiempo más o menos prolongado no puede asimilarse sin más a una convivencia marital determinante de la extinción de la prestación compensatoria. Del interrogatorio practicado no puede deducirse que mantenga una convivencia matrimonial con otra persona. No se han aportado pruebas de la existencia de una convivencia matrimonial, ni del conocimiento de ninguna relación en el entorno social de la Sra. Leticia . El hecho de que una persona resida esporádicamente en su domicilio y por cortos periodos de tiempo no puede ir más allá de ser considerada una convivencia ocasional o esporádica, falta de esa

comunidad de intereses y por ello nunca asimilable a la convivencia matrimonial. No procede por tanto declarar extinguida la prestación compensatoria.

TERCERO.- Solicita también el Sr. Donato , para el supuesto de que no se extinguiera la prestación, que la misma se fije en la misma cantidad que fue pactada en el convenio de separación, esto es, en la cantidad de 450 euros, siendo absolutamente improcedente el incremento de la prestación acordado en la resolución recurrida.

En el convenio de separación se acordó que el Sr. Donato se haría cargo de dos préstamos y que a medida que se extinguieran los préstamos las cuotas que por ellos abonaba pasaría a abonarlas a la Sra. Leticia por el concepto de prestación compensatoria. De esta forma, y dado que el último préstamo tenía pendientes de abono 43 mensualidades, la prestación compensatoria sería a partir del mes de enero de 2.019 de 441,89 euros. Solicita por ello el apelante que la prestación sea de 450 euros mensuales, nunca la cantidad de 550 euros fijada en la resolución recurrida.

Como hemos señalado anteriormente el artículo 233-19 del CCCat recoge las causas por las que se extingue el derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión. Por su parte el precepto anterior regula los supuestos en los que podrá ser modificada dicha prestación. Establece el artículo 233-18 que "la prestación compensatoria 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**".

Es claro el precepto al señalar que solo puede ser modificada la prestación para disminuirse. **No se contempla en ningún caso la posibilidad de que la prestación compensatoria pueda ser incrementada. Y ello es debido a que la prestación compensatoria se fija, como se ha señalado en el fundamento anterior, para reparar el perjuicio económico motivado por la ruptura, y es esta situación inicial, la inmediatamente posterior a dicha ruptura, la que se tiene en cuenta para fijar la prestación y su cuantía, sin que el posterior empeoramiento de la situación del cónyuge acreedor o la mejora de la situación económica del deudor pueda tener efecto alguno sobre el importe de la prestación. El empeoramiento o la mejora de la situación económica de uno u otro cónyuge no puede repercutir sobre el otro ya que una vez decretada la separación o el divorcio cesa esa solidaridad familiar que provocó el establecimiento de**

la prestación. Esto es, la prestación compensatoria inicialmente fijada podrá disminuirse o extinguirse pero nunca podrá ser incrementada. Debe por ello ser estimada la petición de la parte apelante y reducir la prestación fijada en la sentencia recurrida a la cantidad de 450 euros mensuales al ser esta la cantidad que se fijó en la sentencia de separación. Esta cantidad deberá ser anualmente actualizada conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

Esta prestación compensatoria se mantiene con el carácter indefinido en su día convenido por los cónyuges. Dispone el artículo 233-17 apartado cuarto del CCCat que "la prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un periodo **limitado, salvo que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido**". No pueden sino calificarse de circunstancias excepcionales las que concurren en el caso que enjuiciamos. La Sra. Leticia cuenta con 68 años y percibe una prestación de 715 euros. Por su parte el Sr. Donato cuenta con una pensión que ronda los 2.500 euros mensuales. Atendiendo a la edad de ambos es previsible que el desequilibrio económico generador del derecho a la prestación se mantenga con carácter indefinido.

Por todo ello en el caso que nos ocupa opera la causa prevista en el último inciso del artículo 233-17.4 del CCCat , es decir, las circunstancias excepcionales para fijarla con carácter indefinido. Este carácter indefinido no obsta a que la prestación compensatoria debe quedar sujeta, en todo caso, al régimen general de modificación o de extinción que prevén los artículos 233-18 y 233-19 del CCCat , es decir, la prestación compensatoria subsistirá mientras concurren las actuales circunstancias y no opere ninguna de las otras causas de extinción o modificación que prevé la ley.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, STS 388/2017 de 20/6/2017 , la cuantía de la prestación fijada en esta resolución tendrá efectos **desde el dictado de la sentencia de primer grado**. En el mismo sentido STJCat 7/6/2018.

TERCERO.- El artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en su apartado segundo que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes, no procediendo hacer condena en las costas causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS

ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Donato frente a la sentencia de fecha 19 de febrero de 2018 dictada en los autos de divorcio seguidos con el número 473/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Berga , siendo parte apelada Dña. Leticia representada por el Procurador Sra. Gorgas, y ACORDAMOS reducir la prestación compensatoria fijada a favor de Dña. Leticia a la cantidad mensual de 450 euros, cantidad que deberá ser anualmente actualizada conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, cuantía de la prestación fijada en esta resolución que tendrá efectos desde el dictado de la sentencia de primer grado; y ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.