

legalidad violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya sean con o sin intención de burlar la ley.

appearance, violate the ethical content of the precepts upon which they are based, be it with or without the intention of outwitting the law.

1.2. Familia

EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA MARITAL Y LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El hecho que nos lleva a estudiar este tema se debe a una reciente sentencia de la Sección 18.^a de la Audiencia de Barcelona, que está innovando en cuestiones de Derecho de Familia, pues si la custodia compartida fue objeto del comentario jurisprudencial realizado en el número anterior, hoy el tema sobre el que nos propone recapacitar es el de la convivencia marital y su «equiparación» con la de una pareja estable que no comparte casa (1).

La importancia de la concreción del concepto de «convivencia marital» se centra en que es causa de extinción de la pensión compensatoria en los supuestos de extinción del matrimonio.

II. CONCEPTO DE CONVIVENCIA MARITAL

Hasta esta sentencia, se había venido considerando por la llamada jurisprudencia menor (de las Audiencias) que la convivencia marital requiere:

- Como causa de extinción de la pensión por desequilibrio exige que se cumplan y prueben tres elementos fácticos: *la existencia y continuidad*

(1) Sentencia de la APB Sección 18.^a Sentencia de 3 de mayo de 2007. Ponente: Enrique Anglada Fors. LA LEY 12493/2007.

Forman parte de la Sección Decimoctava del Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona: Don ENRIQUE ANGLADA FORS, doña Margarita NOBLEJAS NEGRILLO y doña M.^a Dolors VIÑAS MAESTRE.

La Sección decimoctava de la Audiencia confirma el fallo de un Juzgado de Granollers (Barcelona) que en septiembre de 2005 declaró extinguida la pensión compensatoria que cobraba de su marido una mujer separada por considerar probado que había iniciado una nueva relación sentimental estable. Con su Resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona equipara por primera vez el concepto de convivencia marital que el Código de Familia prevé como motivo para retirar una pensión compensatoria por separación con el de una relación de pareja estable, aunque no se comparta domicilio de forma permanente.

de esa convivencia, que ésta sea similar a la marital y que *tenga un domicilio estable como referencia*. Se trata de datos fundamentales en cuanto permiten distinguir lo que es una simple convivencia coyuntural, una relación sentimental, o incluso de noviazgo, de una unión extramatrimonial que es la que, en definitiva, requiere el precepto. Sentencia de 6 de noviembre de 2006, Sección 1.^a Ponente: Álvaro Castaño Penalva, (LA LEY 142984/2006) (2), y en sentencia de la misma Sala de 25 de febrero de 2005.

- La necesidad de justificar *«con certeza una relación personal que revista las características de permanencia, en comunidad de vida e intereses, tanto personales, sociales y económicos, reveladores de una unión de características similares, a salvo de la sanción legal, a la matrimonial, aun a pesar de que se haya demostrado la relación personal entre, en este caso, la demandada y el tercero, a la sazón, don Alberto, sin que se pueda afirmar cuál sea la naturaleza de dicha relación, si es de simple amistad, aun profunda, o de índole sentimental y sexual, y aun en esta última hipótesis, no demostrada, ello no habría de bastar para el éxito de la pretensión deducida, en una correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil»*. Sentencia de la AP de Madrid de 3 de octubre de 2006. Sección 22.^a Ponente: Eladio Galán Cáceres (LA LEY 133329/2006) (3), en el mismo sentido, vid. las sentencias de la misma

(2) El Fundamento de Derecho 2.º dictamina que «es preciso que el actor aporte elementos, datos o indicios probatorios que lleven al órgano jurisdiccional a la convicción de que entre la demandante y esa tercera persona concurre una relación de convivencia similar a la matrimonial. No desconoce la Sala las enormes dificultades probatorias que ello conlleva al desarrollarse buena parte de esa vida en común en la intimidad. De ahí que en estos casos sea conveniente, de una parte, una intervención judicial más acentuada, aunque no por ello menos imparcial y sopesada, de otra, acudir a la prueba de presunciones, así como servirse de las ventajas que en la valoración de las pruebas personales ofrece la inmediación procesal, dulcificando las reglas sobre la carga de la prueba, invirtiéndola si fuere preciso en atención a su disponibilidad (art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el presente caso, el análisis del material probatorio acumulado a la luz de las anteriores premisas nos lleva al convencimiento de que la demandante ha pasado a convivir con una tercera persona durante la tramitación del presente expediente... Tales elementos probatorios han de estimarse suficientes al fin pretendido. Efectivamente consta demostrado que la señora Paula convivió durante el verano de 2004 con don Carlos Antonio, no siendo convincente las excusas dadas por ella durante su interrogatorio de que ello se debió a que en esas fechas no tenía casa donde residir en la playa, coincidiendo con el inicio del proceso de separación. Igualmente, admitió que habían hecho viajes juntos y que convivían algunos días y fines de semana. Por otro lado, las declaraciones de los hijos y de la propia esposa aluden siempre a la existencia de una relación y de cierta convivencia, aunque sin expresar más detalles. En la misma línea, durante la exploración de las menores en la instancia, éstas aludieron genéricamente a esa convivencia. Por último, deviene concluyente el acta aportada con el recurso, sobre la que nada alegó la apelada al impugnar éste, que evidencia esa vida en común, según reconoció la propia demandante en el juicio matrimonial de su actual pareja, precisando detalles propios de la intimidad familiar (que los niños hacían los deberes, que les costaba leer y escribir, etc.).»

(3) El Fundamento de Derecho tercero acredita que «ni aún por la vía de las presunciones, señalada en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha acreditado el recurrente la existencia de dicha convivencia, en los términos y condiciones antes señalados, sin prueba de que dicha convivencia ha generado, y genera, una apa-

Sala (entre otras, de 15 de julio y 15 de octubre de 1992, y 27 de septiembre de 1994).

- Necesariamente, una *cohabitación de carácter permanente y estable*, que en la práctica venga a generar una *posesión de estado familiar de facto*, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial que actúa como paradigma, lo que exige las notas de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad presupone la estabilidad. Sentencia de la AP de Cáceres, de 14 de septiembre de 2006, Sección 1.^a LA LEY 136035/2006 (4).

riencia sobre un estado familiar, conyugal, habitual y estable, no esporádico u ocasional, del que es paradigma el modelo matrimonial, con apariencias de la existencia de una intimidad personal y sensual permanente y estable.

En efecto, no solamente se ha estudiado por la Sala el informe de detective obrante en autos, sino que también se ha examinado la grabación en vídeo elaborada por el propio detective, sobre el estudio de los movimientos y hábitos personales de la demandada y el tercero, y las concretas circunstancias en las que se desenvuelve la relación entre ambos en unas fechas muy concretas y determinadas, sin que se puede inferir de ello una convicción de las circunstancias extintivas del derecho establecido, según los presupuestos antes señalados, que deben concurrir para considerar probada la convivencia, al margen de que dicha prueba haya podido poner en evidencia la relación de amistad entre aquellos y, además, entre estos y una tercera persona, con la que tienen dicha relación de amistad, pues debe advertirse que ni del estudio fotográfico, adjuntado con el informe de detective, ni del análisis de la grabación sobre los movimientos y los hábitos y comportamientos de la demandada y el tercero, es posible deducir la aplicación del artículo 101 del texto legal antes citado; si a ello se añade, como bien señala la resolución apelada, que existe prueba contradictoria al respecto, en razón del testimonio prestado por las personas que tienen conocimiento de la vida de la demandada, a la sazón, el portero del inmueble y una vecina, cabe concluir, entonces, que no se dan los requisitos para dar lugar a la extinción de la pensión compensatoria, pues, por lo demás, no se ha acreditado la mejora sustancial en la fortuna y en el patrimonio del cónyuge beneficiario de tal derecho; por ello, el motivo principal del recurso interpuesto por el apelante debe ser rechazado».

(4) El Fundamento Jurídico 2.º dice que... «Centrados los términos del recurso, la cuestión central del mismo, al igual que lo ha sido en la instancia, se refiere a la extinción de la obligación de pago de la pensión compensatoria que se estableció a favor de su mujer en anterior sentencia de separación, alegando como causa la que se expresa en el artículo 101 *in fine* del Código Civil, la de vivir su beneficiaria maritalmente con otra persona, y que ha sido estimada en la sentencia de instancia, al estimar probado la juzgadora la realidad de la convivencia marital.

Pues bien, dicho precepto ha sido interpretado reiteradamente en el sentido de que la convivencia marital, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone, necesariamente, una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de facto, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad presupone la estabilidad, como corolario lógico práctico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el matrimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esta institución cuando la propia Ley ya lo contempla expresamente como causa de extinción. Se trata, en definitiva, de una relación a semejanza de la matrimonial, como tiene

Así pues nos encontramos como requisitos imprescindibles para referirnos a «convivencia marital» *la existencia y continuidad de una convivencia*, que ésta sea *similar a la marital* y que *tenga un domicilio estable* como referencia. Son caracteres básicos la *permanencia*, en *comunidad de vida e intereses*, tanto *personales, sociales y económicos*, y *no basta la simple relación personal* si no se acredita la naturaleza de la relación como de índole sentimental y sexual, y no simplemente si es de simple amistad, aún profunda. Es más, era criterio exigido que existiera una *cohabitación de carácter permanente y estable* (vid. SSAPP de Cádiz, Sección 8.^a, de 5 de mayo de 2001; de Valladolid, Sección 3.^a, de 5 de junio de 1999; de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 diciembre de 1999, etc.).

Incluso se le negaba la consideración de convivencia marital a *«la cohabitación más o menos pasajera, ni aun la convivencia prolongada con persona del otro sexo si la relación no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses comunes, en cuanto grupo, distinta de la relación sentimental»* (5).

Dicho esto, la sentencia objeto de comentario nos propone dar un paso más en la evolución del concepto y entiende que en la sociedad actual, en que existen distintos tipos y modelos de convivencia, *la «convivencia marital» debe entenderse como toda aquélla en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda*, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar *la convivencia como «marital» no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos*, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece en todos

declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998, al decir que esa convivencia, respecto de la cual es ciertamente irrelevante que haya concluido en el momento de interponerse la demanda o dictarse la sentencia, ha de tratarse de una unión de carácter estable similar a la matrimonial, no mereciendo tal consideración las relaciones sentimentales más o menos esporádicas o circunstanciales, incluso mediando el nacimiento de un hijo, ni la cohabitación más o menos pasajera, ni aun la convivencia prolongada con persona del otro sexo si la relación no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses comunes, en cuanto grupo, distinta de la relación sentimental. SSAPP de Cádiz, Sección 8.^a, de 5 de mayo de 2001; de Valladolid, Sección 3.^a, de 5 de junio de 1999; de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 diciembre de 1999, etc.

Ciertamente, la distinción entre una relación sentimental esporádica y otra marital, semejante a la propia de un matrimonio, que es la aludida en el precepto al principio citado, como causa de extinción de la pensión compensatoria, es difícil o compleja, pues pertenece al orden interno de los sentimientos, y sólo puede inferirse de los actos externos manifestados.

También presenta cierta complejidad la apreciación por los tribunales de la causa de extinción de la pensión compensatoria que comentamos, por cuanto precisa, en primer lugar, establecer cuál es el contenido de la expresión vivir maritalmente con otra persona, y, en segundo lugar, analizar cuidadosamente el acervo probatorio obrante en los autos, afín de concluir en uno u otro sentido, en el bien entendido de que, si bien es cierto que la carga de la prueba de la convivencia corresponde al demandante, acreditada la misma, corresponderá a la parte demandada acreditar que tal convivencia no puede equipararse a una unión *more uxorio*».

(5) SSAPP de Cádiz, Sección 8.^a, de 5 de mayo de 2001; de Valladolid, Sección 3.^a, de 5 de junio de 1999; de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 diciembre de 1999, etc.

aquellos casos de parejas en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad.

Tres son las cuestiones claves de la evolución de la convivencia marital:

- En primer lugar, la propia evolución del concepto de convivencia marital, regulado en el artículo del Código Civil, y en el artículo 86.1.b) de la Ley 9/1998, de 15 de julio. CA Cataluña (Código de Familia).
- En segundo lugar, la irrelevancia del hecho de que los miembros de la pareja habiten en distinta vivienda.
- Y, en tercer lugar, la prevalencia de la voluntad de los integrantes de la unión de ser o constituir una pareja estable.

Los hechos claves en los que se centra la sentencia es que «entre la demandada señora M. y el señor M. existe, o cuando menos existió, una relación afectiva de pareja, incardinable en el concepto de “convivencia marital”, que como causa de extinción de la pensión compensatoria contempla el artículo 86.1.b) del Codi de Família».

La Audiencia concreta en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia lo que debe entenderse actualmente por convivencia marital como «toda aquella en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar la convivencia como “marital”, no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquellos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad»:

- Para que se dé el concepto de *pareja estable* debe existir un sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad.
- No es necesaria la *convivencia permanente en la misma vivienda* para que realmente exista la convivencia marital.
- No debe prevalecer el mero hecho de *residir* siempre juntos los dos miembros de la pareja: pueden incluso *habitar* cada uno de los componentes de la pareja en su propio domicilio o compartir la misma vivienda sólo durante algunos días.
- El hecho clave se centra en la existencia de una *relación afectiva* o sentimental entre ambos, es decir, la *voluntad* de éstos de ser o de constituir una *pareja estable*.

III. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

El artículo 97 configura para los casos de separación y divorcio un *derecho de pensión*, basado en el desequilibrio económico originado en uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, y, en la comparación de esa situa-

ción con la anterior al matrimonio, siempre que haya un empeoramiento. Se trata de compensar a aquél de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicamente.

La determinación cuantitativa de la pensión se realiza por el juez, en sentencia, a falta de acuerdo de los cónyuges, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges; la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. También en la resolución judicial se establecerán las bases para actualizarla y las garantías que aseguren su cumplimiento.

El derecho de pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o *por vivir maritalmente con otra persona* (art. 101, p. 1.º).

En el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, la pensión compensatoria fue acordada a favor de la esposa en el juicio de separación conyugal. El recurrente solicita en el recurso de apelación la impugnación de dicho acuerdo.

La sentencia de la Audiencia determina la extinción en el proceso de divorcio de la pensión por desequilibrio económico a favor de la esposa fijada en el juicio de separación conyugal, al concurrir en el caso la causa de extinción, pues consta acreditado que existió, al menos durante unos meses, convivencia marital entre la demandada y un tercero —siendo jurídicamente irrelevante si continúa o no vigente—, habiendo reconocido la propia esposa que mantenía una relación de noviazgo con ese tercero, que tenía arrendada una vivienda en su mismo edificio y rellano.

Frente a otros criterios como el establecido en la sentencia de la AP de Barcelona, de 21 de marzo de 2007, Sección 12.ª Ponente: Don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (LA LEY 14726/2007), que entiende que: «No se dan los presupuestos legales para extinguir la pensión compensatoria relativos a la convivencia marital de la beneficiaria de la prestación con tercera persona, al haberse constatado sólo una relación sentimental de la demandada que no llegó a cuajar ni a constituir una situación análoga a una convivencia *more uxorio*» (6).

(6) En el Fundamento de Derecho tercero de la citada sentencia se expone cómo el apelante señala en su escrito como «*la causa extintiva de la pensión compensatoria, referida a la convivencia marital de la beneficiaria de la prestación con tercera persona ha de ser plenamente desatendida, al no concurrir los presupuestos legales, y en concreto, que se diese entre la demandada y tercero una comunidad de vida e interés en forma análoga a la relación matrimonial*».

Pero el juzgador expone su criterio, que es el que se había mantenido en general en otras sentencias, señalando que: «*De la valoración en conjunto de las pruebas practicadas en los autos de la primera instancia, tan sólo se constata una relación sentimental de la demandada, que no llegó a cuajar ni a constituir una situación análoga a una convivencia more uxorio. Del informe de detectives practicado no se deduce una situación de convivencia marital, sino que tan sólo se constata, en los cinco días del seguimiento, las visitas de tercera persona al domicilio de la demandada, y determinada salida de la misma, hijos y tercero a excursiones, compras y celebración de una boda*».

RESUMEN

CONVIVENCIA MARITAL

La evolución del concepto de convivencia marital conlleva la consideración de la existencia y continuidad de una relación sentimental similar a la marital, pero si antes era requisito prioritario la cohabitación de carácter permanente y estable, el cambio se produce en la ausencia de convivencia de forma permanente y en la misma vivienda, pues se considera prioritario la existencia de la relación afectiva o sentimental.

ABSTRACT

SHARED MARITAL LIVING

As the concept of shared marital living has evolved, a sentimental relationship similar to the marital relationship has come to be seen as existing, and on a permanent basis. While ongoing, stable cohabitation was once a top-priority requirement, however, things have now changed in the absence of a permanent arrangement for shared living in the same home, because the existence of the affective or sentimental relationship is held to take priority.

1.3. Derechos reales

*LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA POR LOS PADRES
DE LOS MENORES A CUYO FAVOR SE ENCUENTRA INSCRITA,
COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL SOBRE LA CAPACIDAD
NECESARIA PARA CANCELAR*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. CAPACIDAD PARA CANCELAR: REGLA GENERAL

La capacidad necesaria que, como regla general, se exige para cancelar, es la capacidad plena o capacidad de enajenación. Así se deduce del artículo 178 RH que de manera clara y contundente asegura que los representantes legales, para cancelar inscripciones, deberán obtener las autorizaciones y observar las

Esa inicial relación afectiva de la demandada con tercera persona, con la finalidad de rehacer su vida sentimental y constituir una hipotética comunidad de vida e intereses, no llegó a buen término ante la ruptura de la misma, sin que durante la duración de tal relación se produjera una situación de vida e intereses análoga a una situación matrimonial, que constituye la causa extintiva prevista en el artículo 86.1.b) del Código de Familia de Cataluña.

La Juzgadora *a quo* ha entendido también la ausencia de los presupuestos legales para la extinción de la prestación de referencia, en la fundamentación jurídica de su sentencia, interpretando correctamente la naturaleza de tal motivo del cese de la pensión compensatoria del artículo 86.1.b) del Código de Familia de Cataluña».