



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
OVIEDO**

SENTENCIA: 00291/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 367/2014

NÚMERO 291

En OVIEDO, a veinticinco de Noviembre de dos mil catorce, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Pablo Martínez-Hombre Guillén, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **367/2014**, en autos de MODIFICACIÓN DE MEDIDAS N° 60/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Langreo, promovido por ***** , demandada en primera instancia, contra D. ***** , demandante en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Nuria Zamora Pérez.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Langreo se dictó Sentencia con fecha catorce de Julio de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo la demanda de modificación de medidas definitivas presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Suárez Andreu, en nombre de Don ***** , contra Doña *****.- DECLARO la EXTINCIÓN de la pensión compensatoria establecida a favor de Doña ***** , y a cargo de Don ***** , en la





Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias el 5 de Julio de 2007, Sentencia número 285/07.- Doña ***** deberá pagar las costas procesales devengadas en esta primera instancia.”.-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día once de Noviembre de dos mil catorce.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda de modificación de medidas promovida por D. ***** y en consecuencia declara extinguida la pensión compensatoria que, en sentencia de divorcio y con cargo al demandante, se estipulaba a favor de Doña ***** , al valorar, el juez “a quo”, la concurrencia de una de las causas de extinción reguladas en el artículo 101 del Código Civil, a saber, la convivencia maritalmente con una tercera persona.

Recurrida la sentencia por Doña *****, la apelación, referida a todos los pronunciamientos de instancia, incluso el de las costas, se centra en denunciar errónea valoración de la prueba practicada.

SEGUNDO.- Según la recurrente, el juzgador de instancia incurre en un error al suprimir la pensión compensatoria, sin tener en cuenta que según acta notarial de manifestaciones, otorgada entre los litigantes el 9 de julio 2.002, D. ***** “se compromete a abonar el cincuenta por ciento de su pensión a Doña ***** , en el caso de que andando el tiempo y sobrevenidas nuevas circunstancias tenga lugar la separación o el divorcio en ellos”. Manifestación que la recurrente interpreta en el sentido de tratarse de un compromiso, obligación asumida por el Sr. ***** de abonar a su exmujer un determinado porcentaje de su pensión, en concepto de pensión compensatoria y ello de forma vitalicia, de manera que cualquier eventual alteración de las circunstancias personales o patrimoniales de la beneficiaria no incidiría en el derecho a su devengo.

Alegación que no comparte este tribunal. En primer lugar, el acta notarial de manifestaciones esgrimido por la apelante, ni tan siquiera se aportó a los autos, de manera que el juzgador de instancia no pudo valorarlo ni examinarlo. Es cierto que su unión se ha tratado de hacer en sede de apelación, si bien la extemporaneidad en la práctica de dicha prueba documental se recoge en el auto de esta sala de fecha



treinta y uno de octubre de dos mil catorce, en el que se rechaza su unión.

La única referencia existente en los autos a ese compromiso es la recogida en el primer párrafo del fundamento de derecho segundo de la sentencia dictada, en sede de apelación, en el proceso de divorcio, rollo 175/07, de la sección primera, sentencia de 5 de julio de 2.007. La transcripción que se hace de esa manifestación lo que recoge es el compromiso asumido por el Sr. *****, en el sentido de que de producirse el divorcio entre él y Doña *****, le pasaría una pensión compensatoria del cincuenta por ciento de su pensión. Ahora bien, ese compromiso ni adoptaba un carácter perpetuo, vitalicio, ni implicaba la renuncia futura al derecho de instar su modificación o extinción, caso de concurrir los requisitos legalmente exigidos -artículo 101 del Código Civil. Conviene recordar que la renuncia de derechos ha de ser clara, precisa, concluyente indubitada y que no se presume, no pudiendo deducirse de los escuetos términos del acta de manifestaciones.

TERCERO.- Rechazado ese motivo de apelación procede el examen de las actuaciones a fin de valorar si se ha acreditado, en autos, alguno de los motivos invocados por el demandante para justificar la petición de extinción de la pensión compensatoria.

La sentencia de instancia aprecia, como causa de extinción de la pensión compensatoria, la convivencia marital con una tercera persona, consideración que se comparte.

Como ha tenido ocasión de decir este tribunal en supuestos precedentes, la apreciación de esa causa de extinción de la pensión compensatoria lo ha de ser en base a presunciones, pues por tratarse de aspectos que afectan a la intimidad de las personas, resulta difícil la existencia de una prueba directa que lo acredite. A ello ha de añadirse las cautelas, precauciones que acostumbra a observar las personas incursas en esa convivencia, de forma especial las beneficiadas con la pensión compensatoria, conscientes de las consecuencias pecuniarias que implica su apreciación, sin ignorar, como recoge la sentencia de instancia, en el fundamento de derecho segundo, con reseña de sentencias del Tribunal Supremo, innecesarias de reiterar en esta alzada que, la expresión "convivencia marital" ha de realizarse a la luz de la evolución social, siendo harto frecuente la existencia de esa convivencia a pesar de que la pareja siga manteniendo cierta autonomía personal e incluso domicilios separados, de los que hacen uso ocasionalmente y en particular cuando hablamos de personas que por su edad y situación personal han descartado la constitución de una familia con descendencia.

En el caso de autos, el resultado de los seguimientos realizados por detectives, así como las manifestaciones del testigo Sr. ***** permiten presumir la existencia de esa convivencia. El seguimiento al que fue sometido la Sra. ***** y su actual pareja no se limita a un solo día sino que se hizo de forma continuada durante cuatro días del mes de noviembre de 2.013 y otros dos días en el mes de diciembre.

En esta última mensualidad tiene lugar los días 11 y 24, es decir hay un intervalo entre esos dos días. Seguimientos que en algunos casos se prolongaba durante toda la jornada.

El 23 de noviembre de 2013, se comienza el seguimiento sobre las 8'47 horas, en el domicilio del Sr. *****, donde no se aprecia movimiento alguno. Sobre las 9'45 horas se desplazan al domicilio de *****, en cuyas inmediaciones se ve al Sr. ***** paseando con un perro y acceder al domicilio de la Sra. *****. Sobre las 10'24 horas abandona el domicilio de la Sra. ***** y se desplaza al suyo, observando que la Sra. ***** se hallaba en ese domicilio procediendo a atender una llamada en la puerta realizada sobre las 10'33 horas. Luego salen juntos y vuelven juntos. Permanecen juntos, con otras personas, en el porche del domicilio del Sr. *****, hasta que sobre las 13'38 horas es la Sra. ***** quien saca a pasear un perro. Después de varias entradas y salidas de uno y otro en el domicilio el Sr. *****, sobre las 20'19 horas ven a Doña *** dirigirse al domicilio del Sr. *** y allí permanecía a las 23 horas cuando se levanta el dispositivo. El 24 de noviembre de ese mismo año, al no localizar a ninguno de los dos -*****-, en Alicante, a instancia del demandante se monta la vigilancia en torno al nº ** de la Avenida **** de Tapia de Casariego, donde reside la hija de los litigantes y en donde sobre las 18'45 horas ven llegar el vehículo *****, del Sr. *****, donde viajan juntos. Luego van a cenar juntos y vuelven al domicilio sobre las 21'37 donde permanecen, cuando se da por finalizado el seguimiento. El día siguiente continúan los dos en Tapia de Casariego, sobre las 13'22 ven salir al Sr. ***** con los perros a pasear y luego vuelve al domicilio de la hija de los litigantes. El 28 de noviembre siguen en Tapia donde aún permanecían el 11 de diciembre. El 24 de diciembre los vuelven a localizar en Torrevieja, donde ven al Sr. ***** y al hijo de la Sra. ***** realizando varias entradas y salidas en el domicilio de ésta, hasta que finalmente sobre las 18'30 horas la Sra. *** y el Sr. ***** van al domicilio de éste último y allí seguían cuando dan fin a su intervención.

Esa convivencia habitual, continuada, prolongada, realizando desplazamientos juntos a otras localidades como Asturias, Madrid o Tenerife, implica una asiduidad de trato y convivencia que excede de los límites de la amistad que pretende propugnar la recurrente, existiendo serios indicios que permiten afirmar la convivencia "marital", a la que se refiere el artículo 101 del Código Civil, en el sentido que la realidad social actual permite atribuir a ese término

CUARTO.- A lo hasta aquí expuesto hemos de añadir, como apunta el apelado en su escrito de oposición al recurso de apelación, la concurrencia de otro motivo que justifica la extinción de la pensión compensatoria cual es la mejoría en la situación económica, experimentada por la apelante. Esa mejoría no la refiere este tribunal a la liquidación de la sociedad de gananciales, pues como hemos dicho en otros supuestos, tal circunstancia es totalmente neutra en la situación patrimonial de los cónyuges. Y es que en definitiva dicha liquidación no tiene otro efecto que el concretar en bienes determinados el derecho de propiedad existente

constante matrimonio, si bien con la indefinición propia de la comunidad germánica que caracteriza a la sociedad de gananciales.

La mejoría económica de la Sra. ***** la referimos al hecho de que la apelante ha heredado a sus padres y por esa vía ha recibido un inmueble en Torrevieja y una cantidad en metálico, bienes que tiene un valor en sí mismo y que suponen un incremento de fortuna, sin olvidar que según parece desprenderse de las actuaciones ese patrimonio podría verse incrementado como consecuencia del proceso entablado con otros coherederos, al considerar que no se han respetado sus derechos legitimarios.

En consecuencia, también procedería acordar la extinción de la pensión compensatoria por este motivo. En análogo sentidos se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2.014, al considerar que: "el hecho de recibir una herencia es una circunstancia sobrevenida de imposible o difícil valoración a priori, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiado o acreedor de la pensión, por lo que podría encuadrarse en el concepto de modificación sustancial de circunstancias, regulado en el artículo 101 del Código Civil, cuyo alcance deberá ponderarse atendiendo al caso concreto".

QUINTO.- La desestimación del recurso, justifica la imposición de costas a la parte apelante por aplicación del artículo 398 nº1 de la LEC. No procede realizar consideración alguna respecto de las costas de la primera instancia, pues si bien en el escrito de apelación se apuntaba como uno de los motivos del recurso, nada se argumenta al respecto, valorando procedente el mantener el criterio general en materia de costas.

En atención a lo expuesto la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial dicta el siguiente:

F A L L O

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR DOÑA *****, contra la sentencia de fecha catorce de Julio de dos catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Langreo, en el Juicio de Modificación de Medidas 60/2014. Se confirma la sentencia apelada, imponiendo a la recurrente las costas de la apelación.

En aplicación del punto noveno de la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ, dese, al depósito constituido para apelar, el destino legalmente previsto.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo



interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

