



Roj: **SAP O 1355/2018 - ECLI: ES:APO:2018:1355**

Id Cendoj: **33044370062018100171**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **27/04/2018**

Nº de Recurso: **146/2018**

Nº de Resolución: **178/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

#### **OVIEDO**

**SENTENCIA: 00178/2018**

N10250

C/ CONCEPCION ARENAL, 3 - 4ª PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

**N.I.G.** 33066 41 1 2017 0001592

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000146 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000375 /2017

Recurrente: Delia

Procurador: ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ

Abogado: JOSE MANUEL BERNARDO GONZALEZ

Recurrido: Pio

Procurador: JOSE MARIA SECADES DE DIEGO

Abogado: EMILIA ALVAREZ FERNANDEZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 146/18

En OVIEDO, a veintisiete de Abril de dos mil dieciocho. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. Dª María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidenta, D. Jaime Riaza García y Dª Marta Mª Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

#### **SENTENCIA Nº 178/18**

**En el Rollo de apelación núm. 146/18**, dimanante de los autos de juicio civil Modificación de Medidas, que con el número 375/17 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000, siendo apelante DOÑA Delia, demandada en primera instancia, representada por la Procuradora DOÑA ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ y asistida por el Letrado DON JOSE MANUEL BERNARDO GONZALEZ; y como parte apelada **DON Pio**, demandante en primera instancia, representado por el Procurador DON JOSE MARIA SECADES DE DIEGO y asistido por la Letrada DOÑA EMILIA ALVAREZ FERNANDEZ; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Presidente, Doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000 dictó Sentencia en fecha 10 de Enero de 2018 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por don Pio frente a doña Delia y debo declarar y declaro la extinción de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de 2 de junio de 2008 dictada por el presente Juzgado.*

*Se realiza la expresa imposición de costas a la parte demandada."*

**SEGUNDO** .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 25-04-2018.

**TERCERO**.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda de modificación de medidas, en la que al amparo de los arts. 91 y 101 del CCivil, se solicitaba se declarara extinguida la pensión compensatoria que a la ex esposa le había sido reconocido en la sentencia previa de separación dictada en fecha 2 de junio de 2008 , mantenida en la ulterior de divorcio dictada por esta misma Sala en fecha 27 de enero de 2017, al reputar acreditado, tras la valoración pormenorizada de la prueba que lleva a cabo, que existía efectivamente una relación sentimental entre la ex esposa y una tercera persona que deviene ya al menos desde hace tres años y que reunía los parámetros suficientes para ser considerada como similar al matrimonio o more uxorio.

Recurre este ultimo pronunciamiento asi como, subsidiariamente, el que a consecuencia de la estimación le impuso las costas de la primera instancia, la demandada, denunciando en relación al mismo la existencia de error en la valoración de la prueba, en cuanto estima que de la misma no puede reputarse acreditado ni que la relación que reconoce mantener con una tercera persona sea afectiva o de pareja, asi como tampoco que sean considerada como tal su ámbito familiar, estimando que en el informe de detectives no existe prueba alguna que denote la mas mínima prueba de afectividad o gesto de pareja que evidencia esa relación sentimental que la recurrida reputa acreditada. Subsidiariamente a ello se solicita se deje sin efecto la condena en costas en aplicación del que afirma ser criterio consolidado que en este ámbito de los procesos matrimoniales, el que toma en consideración no el objetivo del vencimiento sino el subjetivo de la temeridad o mala fe.

**SEGUNDO**.- Esta Sala entre otras en su sentencia de 17 de noviembre de 2014 , en relación a la causa de extinción de la pensión compensatoria contemplada en el art. 101 del CCivil, referida a la convivencia marital del acreedor con otra persona, ya razonaba que el TS en sus sentencias de 12 de marzo y 9 de febrero de 2012 , abordando precisamente la cuestión de que requisitos ha de tener una relación sentimental mantenida por la persona beneficiaria de una pensión compensatoria para dar lugar esa causa de extinción, tras recordar que en la doctrina y practica de los tribunales se venían manteniendo 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 "*, ha estimado que para buscar cual es el verdadero significado de la vida marital a que se refiere el citado precepto *" 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 ).*

*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 este 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 ambas sentencias se concluyó, por ello, que no era necesario para dar lugar a la extinción de la pensión la prueba de una convivencia bajo el mismo techo, bastando una relación sentimental estable, publica, y con permanencias y/o visitas de uno a otro en sus domicilios.

**TERCERO.-** La prueba sobre la concurrencia de esta causa de extinción de la pensión compensatorio, como bien se razona en la recurrida, ha de ser valorada necesariamente teniendo en cuenta la evidente dificultad que para el obligado al pago de la pensión existe, por el ámbito íntimo en que normalmente se desenvuelve la misma, así como el indudable interés económico que tiene la beneficiaria por ocultarla, lo que hace que no puede exigirse una prueba plena y directa, debiendo así acudir normalmente a la indiciaria o de presunciones para deducir ese estado familiar similar al del matrimonio de una serie de datos externos y objetivos, comúnmente tenidos en un orden normal de suceder de la cosas como propios de una relación sentimental o afectiva con intención de permanencia en el tiempo, en los términos recogidos en las precitadas STS.

Pues bien en este caso esta Sala tras un nuevo análisis y valoración conjunta de la prueba obrante en autos, comparte la convicción del Juzgador de Primera Instancia en cuanto existen en autos datos objetivos relevantes que permiten deducir esa existencia efectiva en la ex esposa de esa relación sentimental estable, publica y con voluntad de permanencia, con una tercera persona que reúne los requisitos apuntados por la precitada jurisprudencia del TS, para ser calificada de similar a la vida marital y dar lugar a la extinción de la pensión, por esta causa.

La propia demandada ha reconocido que mantiene desde hace años, concretamente desde al menos el año 2014, una relación, con una tercera persona que esta última sitúa ya en el año 2012, y lo ha hecho públicamente en la zona de acceso libre a la página web de la red social Facebook, al igual que su pareja. Cierto es que no la califican de afectiva, pero esa calificación se deduce no solo del emoticón, un corazón, bajo la que se reconoce esa relación como de las propias fotografías subidas a esa zona abierta, datada ya del año 2012, en que aparecen ambos en una actitud inequívocamente afectiva, así como de los textos y comentarios que la propia demandada realiza a fotografías que el segundo sube a su perfil. También de ese reportaje, resulta que han acudido juntos como pareja a eventos familiares, concretamente el que aparece recogido en el seguimiento de esta red social recogido en el informe de detectives, y esa relación de pareja también se evidencia por los comentarios de texto que a las mismas hace la propia demandada. Por otra parte del informe de seguimiento directo que figura en el citado de detectives, resulta que durante los 7 días, dos del mes de marzo, 4 de junio y uno de julio, todos del año 2017, únicos a que se extendió el encargo por puras razones de disponibilidad económica del actor, como así explico el autor del mismo en la declaración prestada en el acto del juicio, el vehículo de la persona con que la demanda reconoce tener esa relación y que este habitualmente utiliza aparece estacionado a la puerta de su domicilio en las horas en que este se realiza, así como por la noche en el día en que el seguimiento se extendió a esa franja horaria, y como desde tal domicilio su pareja se traslada a su trabajo y regresa al mismo.

En definitiva los datos obrantes en el citado informe de detectives y reportaje tanto de seguimiento en las redes sociales como in situ contenido en el mismo que ha sido objeto de ratificación por sus autores en el acto del juicio y que no puede reputarse desvirtuado por la prueba testifical propuesta de adverso, la declaración de dos vecinas, una que reconoció desconocer si la demandada residía con alguien más que sus hijas en su domicilio, y otra que no pudo precisar si el vehículo por el que se le preguntaba de su pareja, permanecía habitualmente aparcado a la puerta del mismo, permiten concluir que la relación que mantiene la recurrente con una tercera persona es de pareja o sentimental y reúne los requisitos de estabilidad y permanencia, y proyección pública como tal en su ámbito social y familiar, que permite su calificación como similar a la del matrimonio para dar lugar a la extinción, de hecho en el incidente que recoge el informe de detectives, una de las personas intervinientes en el mismo se refirió a ambos dándoles el apelativo de "suegros", como así manifestó la **detective** en la declaración prestada en el acto del juicio. Sin que a ello obste el hecho de que la pareja de la demandada, este empadronada en otro domicilio, pues además de que ese es un dato meramente administrativo compatible con la realidad que refleja el seguimiento de detectives, en todo caso como se ha apuntado previamente, en la actualidad la jurisprudencia del TS y práctica de los tribunales, no reputa elemento relevantes para su calificación como tal, la exigencia de esa convivencia diaria y permanente en mismo domicilio.

**CUARTO.-** Las razones precedentes, unidas a las consignadas en la sentencia de primera instancia, que se comparten en su integridad y dan aquí por reproducidas, determinan el rechazo del recurso y la obligada imposición de las costas causadas en esta alzada a la recurrente, por ser preceptivas, de conformidad con



lo dispuesto en el art. 398. 1º de la L.E.Civil , toda vez que, siendo cierto que es hoy doctrina extendida en la practica de los Tribunales, de la que ya se ha venido haciendo eco Sala en resoluciones precedentes, aquella que establece que el criterio que debe regir la imposición de las costas en los procesos de familia y/o matrimoniales no será el objeto del vencimiento establecido en el art. 394.1 de la L.E.Civil sino el subjetivo de la temeridad o mala fe, ello lo es en función de la especial naturaleza de las cuestiones sometidas a debate en tales procesos, en los que el interés del menor, y/o de los hijos mayores dependientes económicamente de sus progenitores y que con ellos convivan, prima sobre los principios ordinarias de justicia rogada y aportación de parte, de modo que el art. 752 de la Ley asigna al Juez amplias facultades, incluso en materia de prueba y le faculta para pronunciarse de oficio sobre todo aquello que afecta al menor o mayor dependiente, doctrina que por ello no es aplicable cuando de medidas como la pensión compensatoria esta regida por el principio dispositivo y demás ordinarios aplicables a todo proceso civil, y por ello en materia de costas al objetivo del vencimiento.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

## FALLO

**SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **DOÑA Delia** contra la sentencia dictada en autos de juicio civil Modificación de Medidas que con el número 375/17 se siguieron ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de DIRECCION000 . Sentencia que se confirma con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Asi por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.