



Roj: **SAP O 2437/2015 - ECLI: ES:APO:2015:2437**

Id Cendoj: **33044370052015100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **373/2015**

Nº de Resolución: **298/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00298/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000373 /2015

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a diecinueve de Octubre de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación de Medidas (Supuesto Contencioso) nº 254/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres, Rollo de Apelación nº **373/15** , entre partes, como apelante y demandada **DOÑA Sabina** , representada por el Procurador Don Francisco Javier Fumanal Fernández y bajo la dirección del Letrado Don Julio Álvarez Rivas, y como apelado y demandante **DON Patricio** , representado por el Procurador Don Tomás García-Cosío Álvarez y bajo la dirección del Letrado Don Ricardo González Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres dictó sentencia en los autos referidos con fecha ocho de junio de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimar la MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS instada por el procurador de los tribunales, D. Tomás García-Cosío Álvarez, en nombre y representación de D. Patricio , acordadas en los autos de Divorcio 314/06 seguidos en este Juzgado, en lo relativo a la pensión por desequilibrio establecida a favor de D^a Sabina , la cual queda sin efecto y es suprimida; con imposición de costas a la parte demandada."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Sabina , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda, procediendo a la extinción de la pensión compensatoria, al estimar acreditada la convivencia "more uxorio" de la demandada con un tercero, resolución frente a la que se alza la demandada.

Básicamente alega error en la apreciación de la prueba, señalando que de la prueba pericial y documental aportada por la parte demandante no se podía inferir la relación semejante a la marital invocada, y además la testifical ofrecida había quedado desvirtuada; además, por su parte había practicado actividad probatoria que había dado explicación clara y convincente sobre la ausencia de convivencia. Asimismo, tildó de prueba ilícita las fotografías referentes a las celebraciones familiares aportadas por el actor, al haberse obtenido sin el consentimiento de los menores afectados, en este caso de sus padres.

SEGUNDO.- Como es sabido, y conforme al art. 101 del CC, uno de los supuestos de extinción de la pensión compensatoria es el de la convivencia marital con un tercero. Sobre esta cuestión, ha sido realmente copiosa la Jurisprudencia.

Por señalar dos resoluciones de las más recientes, se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 2-6-2.015, la que señaló:

" Se plantea únicamente en esta alzada la cuestión relativa a la extinción de la pensión compensatoria, y a este respecto, el derecho a dicha pensión es incompatible con el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, según ha determinado el legislador en el artículo 101 del Código Civil . Este precepto, en cuanto a la última causa, viene siendo interpretado por los Tribunales 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 relación de carácter permanente y estable que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de hecho, es decir, una convivencia "more uxorio", puesto que la expresión utilizada por el Código configura una relación a semejanza de la matrimonial, como precisó la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 1.998, lo que exige que concurren las notas de habitualidad y estabilidad, pero sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como también puede no serlo el matrimonio. No debe perderse de vista la dificultad de prueba con que de ordinario se encuentra quien trata de acreditar tal circunstancia, pues no se escapa a la lógica el interés que subyace en ocultar la misma quien corre el riesgo de perder un montante económico que viene disfrutando o de no obtenerlo, lo que lleva a considerar que, ante las enormes trabas que se presentan para la obtención de una prueba directa, ha de considerarse suficiente la prueba indiciaria, siempre que las evidencias sean serias y plausibles, de suerte tal que permitan inferir el hecho base que se trata de justificar aplicando las reglas de la lógica y el sano criterio, como requiere el art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En el mismo sentido se expresa la Sentencia de la Sección 5ª, de 20 de diciembre de 2.001, en la que se dice que la prueba sobre la convivencia "more uxorio" se revela realmente problemática, por lo que obviamente y ante la dificultad de obtener directas evidencias, se ha venido aceptando, como no podía ser de otra manera, el recurso a la prueba por presunciones, esto es, partir de determinados hechos ciertos de los que obtener la conclusión a través de las reglas del sano criterio humano (art. 1.253 del Código Civil), pues aunque es patente que la justificación de ello compete a quien alega la causa, no se puede ir más allá de la exigencia lógica, ya que lo contrario conduciría a requerir una prueba diabólica ."

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 29-4-2.015 declaró lo siguiente:

" 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. Efectivamente, 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 cual es el contenido de la expresión vivir maritalmente con otra persona, y, en segundo lugar, analizar cuidadosamente el acervo probatorio obrante en los autos, a fin 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 ."

Del contenido de las actuaciones, y por su rigurosidad y relevancia, aparte la testifical de una y otra parte que no ha sido conteste, contamos con un informe exhaustivo de la agencia de detectives aportado con la demanda, de cuyo contenido y fotografías puede inferirse que realmente existe una situación convivencial entre la demandada hoy recurrente y un tercero, como se deduce de circunstancias de la tenencia de dicho tercero de las llaves de acceso al inmueble, que su vehículo queda aparcado todas las noches en las proximidades o el hecho de salir juntos de la vivienda o llegar a ella con bolsas de la compra, y sobretodo que todo apunta a que él mismo pernocta en la vivienda, por más que se nos diga que no hay espacio o que el **detective** retiraba



la vigilancia sobre las diez y media, pues no puede olvidarse que la reanudaba hacia las siete horas del día siguiente, constatando cómo dicha persona salía del domicilio.

Pero es que, además, también obra en autos la fotografía de ambos en Facebook, así como los comentarios en la página de las amistades alusivos a su relación de pareja y, aunque ahora se pretenda que dicha página pudo ser manipulada, lo cierto es que lo foto fue sacada por una de las hijas, aunque con independencia de ello, el más mínimo indicio de manipulación no se justifica.

Poco importa que se alegue que no tienen cuentas juntos o que el **detective** no les haya visto en actitud cariñosa, pues ello precisamente forma o puede formar parte del ocultismo que es consustancial a este tipo de relaciones cuando se desea mantener la pensión compensatoria. Tampoco obsta el hecho de que dicha persona acompañase al hijo de la apelante en innumerables ocasiones, ya que convive en el domicilio de su madre.

En definitiva, las pruebas aludidas, objetivas y relevantes, de por sí implican indicios más que racionales de la existencia del presupuesto extintivo de la pensión compensatoria y que, como antes se señaló, habría de desvirtuar la demandada y ahora recurrente, cuyo acervo probatorio no ha tenido el peso específico suficiente, basándose en manifestaciones y conjeturas. Las reglas de la sana crítica, la experiencia y la lógica de las cosas aboca a considerar que la conclusión a la que llegó la juzgadora fue ajustada a derecho y a la realidad de las cosas.

TERCERO.- Atendida la naturaleza del debate, y como viene siendo criterio de este Tribunal en los supuestos como el presente, en los que el componente de arbitrio judicial a la hora de valorar las circunstancias resulta relevante, no procede expresa condena en costas.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Sabina contra la sentencia dictada en fecha ocho de junio de dos mil quince por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

No procede expresa condena en costas.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.