



Roj: **SAP O 3250/2019 - ECLI: ES:APO:2019:3250**

Id Cendoj: **33044370052019100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **22/07/2019**

Nº de Recurso: **304/2019**

Nº de Resolución: **284/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00284/2019

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000304/2019

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veintidós de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación de Medidas (Supuesto Contencioso) nº 475/18, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres, Rollo de Apelación nº **304/19**, entre partes, como apelante y demandada **DOÑA Yolanda**, representada por la Procuradora Doña Montserrat Onís Manso y bajo la dirección de la Letrada Doña Beatriz Díaz Fernández, y como apelado y demandante **DON Sabino**, representado por la Procuradora Doña Ana San Narciso Sosa y bajo la dirección de la Letrado Doña Teresa Camacho Álvarez.

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 veintisiete de marzo de dos mil diecinueve cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimar la MODIFICACIÓN DE LAS medidas INSTADA POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES, Sra. San Narciso Sosa, en nombre y representación de D. Sabino, acordadas en los autos de Divorcio 83/06 seguidos en este Juzgado, en lo relativo a la pensión compensatoria establecida a favor de D^a Yolanda, 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 Doña Yolanda 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 la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- Por el actor Don Sabino se promovió demanda de modificación de medidas, adoptadas previamente en la sentencia de divorcio de fecha 17 de octubre de 2.006, frente a Doña Yolanda, solicitando la extinción de la pensión compensatoria fijada a favor de aquélla en la sentencia referida. Interesa el actor que se declare la extinción pretendida por concurrir la causa prevista en el art. 101 del CC, relativo a la extinción de la pensión por convivencia marital con otra persona. Señala el demandante que Doña Yolanda mantiene una relación sentimental de convivencia continuada y estable similar a la convivencia matrimonial con Don Jose Ángel, al menos desde el año 2.011, aportando con la demanda un informe de detectives. Por su parte la demandada solicita la desestimación de la demanda manifestando que la relación con Don Jose Ángel es de amistad, conociéndose desde la infancia, viviendo la demandada sola en el piso de Gijón y exclusivamente de la pensión compensatoria que le abona el actor, que en la actualidad hasta nueva revisión asciende a la cantidad de 772,23 € mensuales. Igualmente señala, respecto a la alegación que efectúa el actor en la demanda de que el coche que conduce la demandada era propiedad de su pareja el cual se lo había regalado, que ello no es cierto, pues Don Jose Ángel condujo el coche de la demandada en una sola ocasión para acompañarla a pasar la ITV, concretamente uno de los días, el 3 de septiembre, que se consignan en el informe de detectives.

El Juzgador "a quo" dictó sentencia en la que tras valorar la prueba practicada concluyó estimando la demanda. En esta resolución se consigna, de un lado, la dificultad que plantea en supuestos como el de autos la prueba sobre la existencia de la relación de la demandada con una tercera persona, debiendo acudir en muchas ocasiones a la denominada prueba indiciaria e igualmente se señala que en la actualidad existen modelos de convivencia alejados de los modelos clásicos de hace unos años, debiendo entenderse la convivencia marital del art. 101 del CC como aquélla que se da en 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 hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, pues en el presente caso se ha acreditado que Don Jose Ángel tiene arrendada una vivienda en Oviedo, lo que el Juzgador estima compatible con el hecho de que la demandada pase temporadas en esa vivienda y por tanto que no se encontrase en su domicilio las veces que acudió el **detective** en marzo y abril, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, la voluntad de los mismos de constituir una pareja estable, lo que concurre cuando cada uno de los componentes de la pareja tiene su propio domicilio compartiendo la vivienda sólo algunos determinados días y "gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad", lo que estima concurre en el presente caso. Destaca el Juzgador sobre el informe de detectives el que el mismo acudiera en diversos días de marzo y abril a la vivienda de la demandada sin encontrar en el lugar a la misma; que el 23 de julio de 2.018 a las 20:21 horas observa salir del inmueble a Don Jose Ángel, que regresa a las 21:19 horas, y a la 1:00 Don Jose Ángel no había abandonado el domicilio. El 13 de agosto de 2.018, habiendo iniciado la observación a las 9:00 horas, advierte el **detective** como salen del inmueble Don Jose Ángel y Doña Yolanda a las 11:47, para dirigirse al parking, para conducir aquel, el coche titularidad de Doña Yolanda y dirigirse al polígono de Roces, volviendo ambos al domicilio, no habiéndolo abandonado a las 18:00 horas; el 3 de septiembre de 2.018, sobre las 15:30 horas, se observa cómo ambos salen del domicilio y Don Jose Ángel besa a Doña Yolanda. Estima el Juzgador que esta relación se ve reforzada con la testifical propuesta por la parte actora, en la que la testigo Doña Emma afirma que Doña Yolanda le presentó a Don Jose Ángel como su pareja hace ya muchos años y que la relación data de 10 u 11 años, que Doña Felicidad se pronuncia en el mismo sentido y que Doña Gema afirma que vio a Doña Yolanda en tres ocasiones con Don Jose Ángel y que se comportaban como una pareja. Frente a esto también se hace alusión en la sentencia a los testigos propuestos por la parte demandada: Doña Leocadia, amiga de la demandada, que afirma pasar temporadas con ella; Doña Magdalena, prima de la demandada que acude en ocasiones a comer a su casa, y Doña Martina, vecina de la demandada, quienes manifiestan que Don Jose Ángel y Doña Yolanda no son pareja, que Doña Yolanda no convive con ningún hombre ni tiene pareja. Frente a esta resolución estimatoria de la demanda interpuso la demandada el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Alega sustancialmente la recurrente error en la apreciación y valoración de la prueba, y así pone de manifiesto que el **detective** efectuó observaciones durante sólo 10 días, unos días en el mes de marzo y abril de 2.018 y otros en julio, agosto y septiembre de ese año, habiendo observado acudiendo a Don Jose Ángel al domicilio de Doña Yolanda en tres ocasiones; si bien respecto a esta alegación debe señalarse que las observaciones del mes de marzo y abril no se veía ni a Don Jose Ángel ni a la actora en el lugar de observación. El 23 de julio de 2.018 si se observa salir del portal de la casa de Doña Yolanda a Don Jose Ángel, quien retorna al lugar con llave propia sobre las 21:19:00. El 13 de agosto se observa a los informados salir del portal señalado, llegando hasta un parking del que salen con el coche matrícula Y-...-JC que conduce Don Jose Ángel, que cuando vuelven sobre las 14:10:00 llegan a pie portando varias bolsas y lo que parece un carrito de la compra, entrando en el portal Don Jose Ángel con las bolsas, mientras que la informada sale para llegar hasta otro establecimiento y cuando vuelve llama el timbre del portero automático del piso NUM000. El 3 de septiembre de 2.018 sobre las 15:30:00 se observa que salen los informados de su domicilio.



En cuanto al vehículo a que aludíamos en líneas anteriores, al fol. 122 consta el historial en Tráfico del mismo, observándose que lo adquiere Don Jose Ángel el 11 de agosto de 1.999, que el 23 de abril de 2.010 Don Jose Ángel se lo transmite a Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., la cual seis días después el 29 de abril se lo transmite a Doña Yolanda , ésta el 27 de julio de 2.011 se lo transmite a lo Jose Ángel y éste el 17 de noviembre de 2.014 se lo transmite a Doña Yolanda , la cual el 11 de septiembre de 2.018 se lo transmite a un tercero, no existiendo explicación alguna sobre estas sucesivas transmisiones entre Doña Yolanda y Don Jose Ángel .

En lo tocante a la testifical, es tal como recoge el Juzgador "a quo" en su sentencia, y así las testigos propuestas por el actor manifiestan, en el caso de la primera testigo, que Doña Yolanda le presentó a Don Jose Ángel como su pareja y que lo eran desde hace 10 u 11 años, que también se lo dijo a una hermana de Doña Emma , que es la testigo que declaró en primer lugar. Esta testigo igualmente declaró que tras el divorcio de los litigantes, Doña Yolanda salía con ella y dejó de hacerlo cuando inició la relación con Don Jose Ángel , igualmente esta testigo declaró haber visto a Doña Yolanda muchas veces en Oviedo y que cuando le presentó a Don Jose Ángel como pareja era el año 2.006 a 2.007; Doña Felicidad también manifiesta que Doña Yolanda le había presentado a Don Jose Ángel como pareja y que lo son desde hace unos 10 años, y Doña Gema manifiesta que vio a Doña Yolanda con su pareja por Gijón y que en un funeral le dijo un asistente que Doña Yolanda estaba con Don Jose Ángel en Oviedo, manifestándole que los veía juntos; asimismo declaró que ella vio a Doña Yolanda con Don Jose Ángel en Gijón, que sabe que son pareja porque lo vio, lo dice la gente y se percibía que lo eran. Diversamente la vecina, la prima y la amiga que pasa temporadas con ella niegan la existencia de la relación de pareja y por supuesto la convivencia, manifestando la prima de Doña Yolanda que conoce a Don Jose Ángel de encontrarlo alguna vez, que su prima no tiene relación sentimental con él, ni nunca lo vio en la casa de su prima y los ha visto alguna vez por la calle. En cuanto a la vecina Doña Yolanda niega la existencia de la relación sentimental pretendida y afirma que ella va con frecuencia a casa de Doña Yolanda y nunca había ningún hombre viviendo con ella, así como que no conoce a Don Jose Ángel . Finalmente la amiga Doña Leocadia sostuvo que Doña Yolanda vive sola y que lo sabe por pasar temporadas con ella en Gijón; que Don Jose Ángel y Doña Yolanda son amigos de la infancia y que sabe que Don Jose Ángel vive en Oviedo. Sobre este extremo se ha de señalar que se ha aportado a autos el contrato de arrendamiento y los recibos de pago de la renta por Don Jose Ángel de una vivienda en Oviedo.

TERCERO.- Sobre este tema de la convivencia marital se ha pronunciado el TS, entre otras, en la sentencia de 28 de marzo de 2.012 donde el Alto Tribunal: "*La reciente STS 42/2.012, de 9 febrero (RJ 2.012,2040), resuelve la cuestión planteada en este recurso. De acuerdo con el FJ 4º de la STS citada, para dar sentido al Art. 101 CC , "[...] 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 sólo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor.*

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 esta 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".

Por su parte La sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2.009 declara: "*Según es sabido, y así lo recoge la sentencia recurrida, la interpretación del término "convivencia marital", integrado en el art. 101 del CC (LEG 1889, 27) como causa de extinción del derecho a la pensión, debe de hacerse tomando en consideración tanto la finalidad de la norma como la realidad social que, desde un plano objetivo, viene caracterizada por la concurrencia de una convivencia estable (STS 9-02 y 28-03-2012).*

En cuanto a esto último, la norma exige el hecho de la convivencia, de manera que no comprende el supuesto de relaciones afectivas sin efectiva convivencia, pero y además, siendo que convivir es realizar actos o actividades o estar en compañía de otros, exige que esa convivencia sea marital, es decir, una convivencia cualificada, que



habitualmente, y según las reglas del comportamiento humano, se exteriorizará en una cohabitación que no, necesariamente, ha de ser continuada y en un solo domicilio (la realidad contradice esa exigencia y además también la efectividad de la norma y, por tanto, la razón teleológica de su integración legal como causa de extinción), pero sí caracterizada por una cierta intensidad, significada por el carácter de las permanencias y visitas y su repetición que permitan distinguirla de otros tipos convivenciales de carácter y calificación distintas según el criterio de un sujeto medio y que, por lo mismo, permitan apreciar ese elemento subjetivo de la realidad social a que se refiere la doctrina jurisprudencial de la existencia de un compromiso serio y duradero basado en la infidelidad".

Dicho esto, pasando al análisis de la prueba, se aprecia capital y prevalente el Informe privado de seguimiento, y esto se dice porque, frente a los hechos puntuales que refleja la otra documental fotográfica, ilustra sobre lo cotidiano, y éste es el aspecto de la esfera vital de la demandada que mejor permite apreciar el carácter de la "convivencia" con otro varón.

Pues bien, la convivencia con otro varón, entendida en el sentido de estar en su compañía y hacer actividades juntos, es evidente, pues la presencia del varón es continua y persistente y casi única y exclusiva durante todos los días del seguimiento (que sólo altera la comida en compañía de otros del día 23-09-2018).

Esa "convivencia" por su carácter (habitualidad) merece mejor la calificación de relación sentimental que la de mera amistad, si bien, ya se ha dicho, eso no basta pues, además, ha de indagarse sobre su carácter marital o no.

Llegando la Sala a la misma conclusión que el Juzgador "a quo", por lo que el recurso ha de ser desestimado al estar acreditada la existencia de una estabilidad en la relación que se integra en la doctrina jurisprudencial citada.

TERCERO.- Dada la naturaleza del tema debatido, no procede imponer a la recurrente las costas de la alzada - art. 398 de la LEC-.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Yolanda contra la sentencia dictada en fecha veintisiete de marzo de dos mil diecinueve por la Sra. 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 hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

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.