Roj: **SAP O 924/2023 - ECLI:ES:APO:2023:924**

Id Cendoj: **33044370042023100156**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Oviedo**
Sección: **4**
Fecha: **22/03/2023**
Nº de Recurso: **717/2022**
Nº de Resolución: **180/2023**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **JAVIER ALONSO ALONSO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTAOVIEDO

SENTENCIA: 00180/2023

Modelo: N10250 C/ CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3 - 3 **Teléfono:** 985968737 **Fax:** 985968740 ENS

N.I.G. 33073 41 1 2021 0000273

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000717 /2022

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TINEO

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000231 /2021

Recurrente: Santos

Procurador: MANUEL RAMOS FERNANDEZ

Abogado: CARMEN GONZALEZ FERNANDEZ

Recurrido: Delia

Procurador: IGNACIO LOPEZ GONZALEZ

Abogado: MARIA JOSE ROCES CUETO

NÚMERO 180

En OVIEDO, a veintidós de marzo de dos mil veintitrés, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, D. Javier Alonso Alonso y Don José Manuel Raposo Fernández, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación nº 717/22, en autos de MODIFICACION DE MEDIDAS nº 231/2021, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de TINEO, promovido por Santos , demandante en primera instancia, contra Dª Delia , demandada en primera instancia. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JAVIER ALONSO ALONSO.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de TINEO se dictó Sentencia con fecha 22 de julio de 2022, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" **DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda de modificación de medidas definitivas, interpuesta por el Procurador D MANUEL RAMOS FERNANDEZ, en nombre y representación de D. Santos , y en consecuencia declaro que sean mantenida la pensiona compensatoria fijada a cargo de D Santos y a favor de D Delia en el convenio regulador de 17 DE JUNIO DE 2013 y aprobado en sentencia de mutuo acuerdo de fecha 2 de julio de 2013 recaída en autos de mutuo acuerdo 89/2013.

Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas."

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante 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 21 de marzo de 2023.-

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia de 2 de julio de 2013 se decretó el divorcio de los litigantes, doña Delia y don Santos , aprobando el convenio regulador suscrito por ellos, en el que, por lo que aquí interesa, se establecía la obligación de este último de abonar en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 300 € mensuales. Don Santos inició este procedimiento con el designio de extinguir la aludida pensión aduciendo dos circunstancias: una, que la contraria mantenía una relación estable de pareja con una tercera persona; y, la otra, que igualmente venía percibiendo regularmente ingresos por su trabajo por cuenta ajena, habiendo quedado con ello superada la situación de desequilibrio que sirvió en su momento para establecer la pensión. Ni una ni otra circunstancia las tuvo por probadas la sentencia de instancia, frente a la que recurre el actor, quien, denunciando la errónea apreciación de la prueba, insiste en su propósito de obtener aquella extinción, a la que nuevamente se opone la apelada.

SEGUNDO.- El art. 101 del Código Civil establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue, entre otras causas, por vivir el acreedor maritalmente con otra persona. El sentido de esa disposición lo explica la STS de 18 de julio de 2018 (y en los mismos términos, la de 17 de diciembre de 2019) para señalar que " *La razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas -unidas por matrimonio- de una determinada posición económica, lo que da lugar a que -extinguido el vínculo- deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute de instaura de nuevo con otra persona*". A su vez, la STS de 9 de octubre de 2012 dejó sentados los criterios esenciales de interpretación de esa norma para señalar, por un lado, que " *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*"; y, por otro, que, ateniendo a la realidad social, 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*". Criterio recordado en múltiples sentencias de esta Sala, como las de 13 de octubre y 25 de mayo de 2022, en las que se reproducen otras anteriores, y, en particular, la de 8 de abril de 2016, en la que se indicaba que " *la convivencia marital recogida en el citado artículo 101, que en su momento se concibió como de pareja estable, continuada, análoga a la matrimonial, en muchas ocasiones no coincide hoy con esa interpretación, y esa estabilidad se mantiene aunque la relación lo sea sólo durante unas horas al día, sin compartir el mismo techo, siempre que se dé cierta continuidad o habitualidad, pese a que se procure mantener una relación de simple amistad que no se corresponde con la realidad*." Y la de 1 de diciembre de 2016, en la que razonaba que " *las pautas a considerar a fin de determinar si una relación sentimental puede incluirse en ese supuesto legal, atendiendo siempre a la actual realidad social, y entendiendo que ya no precisa una estancia continua bajo el mismo techo, deben poner el acento en otros datos o circunstancias como la seriedad del compromiso de la nueva pareja, su durabilidad o permanencia, la publicidad o creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones, y la convivencia más o menos estable y regular, aunque no necesariamente ininterrumpida o diaria*".

Pues bien, partiendo de esas premisas, la apreciación de la prueba practicada lleva a esta Sala a una conclusión distinta a la alcanzada en la recurrida, y, por tanto, a entender que es procedente extinguir la pensión con fundamento en la relación marital de la acreedora con una tercera persona. En efecto, en los informes de **detectives** aportados figura el seguimiento realizado en tres días diferentes del mes de junio de 2021, y en otros dos del de octubre, en los que se prácticamente se repite un patrón de comportamiento que apunta inequívocamente a la existencia de esa relación. En ellos se observa que aquel tercero se reúne a diario con la interesada para tomar algo en distintos establecimientos; que la acompaña en diferentes momentos del día a sus lugares de trabajo; que espera en ellos a que concluya la tarea laboral para dirigirse al domicilio de aquella; que, aunque esta sale a trabajar, el mismo permanece en ese domicilio hasta que va a recogerla al lugar de trabajo; y que constantemente emplea el vehículo de esta para esos traslados, como finalmente para

dirigirse al lugar en el que, al parecer, aquel vive en la actualidad con una hija y un nieto. Lo que ofrecen esos seguimientos es, pues, lo propio de una relación de pareja como la que venían a refrendar en sus declaraciones quienes se encargaron de realizar los informes, en una de las que se añade la referencia a los gestos y miradas -de difícil captación en una fotografía- que denotan esa relación; y en la otra, a la despedida con un gesto de cariño -un beso- que refrenda su apreciación, ello por mucho que no se repita, pues no deja de ser lógica la explicación de que estamos hablando de personas de cierta edad que se desenvuelven en un espacio público, y no en un ámbito privado como al que constantemente acudían en aquellos días. Y ante esta realidad, poca trascendencia presenta que en las reuniones en tales establecimientos se vean acompañados por otras personas, pues parece evidente que eso no es incompatible con la relación de pareja entre dos de los partícipes.

Que esa es la relación que existe, y no la de una simple amistad, es lo que refrendan dos hijas de los interesados, quienes no dudan en señalar que son muchos los años (prácticamente, desde un año después del divorcio) por los se mantiene la pareja, y ello, tanto por la propia referencia de la interesada, como por tratarse de un hecho notorio y conocido de forma general en el pueblo en que residen. A lo que una de ellas añade que esa convivencia lo ha sido incluso bajo un mismo techo hasta un momento (y lo sitúa aproximadamente cuando se adquirió el vehículo referido) en el que señala algún desencuentro que habría llevado a aquel a residir en una localidad próxima en compañía de su hija. Y aunque se quiera poner el acento para desvirtuar esas declaraciones testificales en el hecho de que aquellas no mantienen una buena relación con la madre, lo que resulta de ellas no es tanto esa mala relación como el sentido de reaccionar ante una situación que -especialmente, a la primera de las declarantes- les parece injusta por las posibilidades económicas que realmente tienen los litigantes.

A su vez, en la apreciación crítica que cabe hacer de esos testimonios, ha de concedérsele mayor valor de convicción frente a los que tienen prestados aquel tercero y una amiga de la apelada. No solo en el caso del primero por razones obvias, y en el de la segunda por esa amistad, sino también, en ambos, por el modo en que emiten unas declaraciones en las que, por igual, advierten ya de mano que no tienen ninguna relación con la interesada, que es lo que después vienen a matizar en similares términos para acabar reconociendo la relación de amistad y descartando la vinculación sentimental, lo que deja sin explicar, en términos razonables, unos hechos como los que se recogen en los informes expresados, y que tratan de verse desde la óptica de la simple amistad, cuando no de justificarse -como en el caso de la permanencia en el domicilio- por unos arreglos para los que esa permanencia -en particular, en horas de comida- resulta intempestiva, reiterativa y, en suma, más sencilla de justificar desde la perspectiva de la relación de pareja.

Con todo, que esa relación no se limita a lo puramente personal, sino que trasciende también a lo económico, es algo que está acreditado por hechos que cuentan con una constatación objetiva. En los documentos aportados figura que la apelada adquirió un vehículo en el mes de agosto de 2020, y desde esa fecha quien consta como tomador del seguro es aquella tercera persona, a la sazón, usuario habitual del mismo desde entonces, pues la apelada obtuvo el permiso de conducir en el mes de mayo de 2021. Lo que tiene como explicación más razonable la existencia de esa relación, y no el hecho de que aquella presentara mayor o menor pericia al volante y necesitara contar con un auxilio permanente, que, por el contrario, incluso descartaban los investigadores, que afirmaban que la conducción por la interesada se desarrollaba con normalidad; como tampoco lo es la afirmación de obtener una mejor prima por el seguro en unos instantes en que aquella ni siquiera podía conducir el vehículo.

En consecuencia, la valoración de la prueba lleva a concluir que lo que media es una relación dotada de las notas de afecto, continuidad y estabilidad que se encuadra en el concepto legal de convivencia marital, y que, por tanto, justifica, con arreglo al citado art. 101 y la jurisprudencia que se deja citada, la extinción de la pensión compensatoria.

TERCERO.- Aun cuando lo anterior es suficiente para estimar el recurso, ha de añadirse que la contemplación de las circunstancias económicas de los interesados avalan por igual esa solución, al verse superado el desequilibrio que motivó el establecimiento de la pensión.

En efecto, en la sentencia de instancia se razona que, en cuanto a la situación de la apelada, no hay una diferencia relevante con la que tenía a la fecha del divorcio; y, en lo que se refiere al recurrente, que el único cambio que se tiene por probado es la percepción de unos ingresos inferiores en unos 500 euros mensuales, lo que no permite la extinción, y ni siquiera una reducción al no haberse solicitado la misma. Pues bien, esta Sala no comparte este último razonamiento, supuesto que la opción de reducir la pensión, en su cuantía, en su tiempo, o en ambas, entra dentro de los márgenes de aquella petición de extinción, sin que, en consecuencia y desde el punto de vista de la congruencia, exista el obstáculo que parece haber apreciado la recurrida. Como tampoco se comparte, por otro lado, la valoración de la prueba que llevó a aquella conclusión de que el único cambio consistió en esa reducción de los ingresos del apelante.

Así, la convicción de que la situación de la apelada no ha cambiado en relación a la que existía al tiempo del divorcio se ha sustentado esencialmente en las alegaciones que recogía la demanda que inició ese procedimiento en su momento, en la que, efectivamente, el ahora apelante afirmaba que la contraria venía desempeñando trabajos desde tiempo atrás, y, en concreto, lo realizaba entonces para una empresa, acompañándolo de cuidados de niños o ancianos. Es cierto que en la historia laboral figura que la interesada estaba dada de alta en una empresa desde el mes de junio de 2004, aunque con el matiz de que también figura la baja en el mes de marzo de 2013, y por tanto, en una época coetánea a aquella en que se suscribió el convenio regulador. Pero lo que no consta en modo alguno es que en esas fechas percibiera unos ingresos similares a los actuales. Lo que consta es únicamente, por un lado, que en la declaración de I.R.P.F. del ejercicio 2012 solamente figura la percepción de ingresos por el apelante; y, por otro, que, según declaraba una de las hijas de los interesados, en aquellas fechas su madre percibía unos ingresos muy limitados por las tareas de limpieza que desarrollaba en un centro, que cuantifica en unos 130 euros mensuales, acompañados de otros muy esporádicos y limitados por aquellos cuidados. Nada que apunte, pues, a una capacidad económica similar a la presente, que es lo que, a su vez y atendiendo a pautas de normalidad, descarta el hecho mismo de haberse fijado aquella pensión por el importe reseñado, y que en todo caso no está acreditada por cualquier medio de prueba aportado por quien tenía mayor facilidad para hacerlo. Y la capacidad económica actual se evidencia con la percepción en el ejercicio de 2021 de unos rendimientos netos del trabajo de 15.524,55 €, tal y como consta en la declaración de I.R.P.F., con la que queda desvelada la razón por la que con las nóminas que estaban aportadas sus ingresos fueran inferiores, y que no es otra que la percepción de salarios de dos empresas distintas. De poco sirve para acreditar otra realidad el documento en que figura la baja en una de esas empresas en diciembre de 2021, cuando, si bien a partir del mes de febrero del año siguiente deja de percibirse esa nómina, posteriormente viene a recuperarse esa capacidad anterior, e incluso a superarse, como lo prueba el extracto de la cuenta en la que se realizan esos ingresos, en el que puede verse que en el mes de julio de 2022 el importe de la nómina se incrementa hasta superar en poco los mil euros, y, además, en los meses sucesivos constan de nuevo ingresos realizados por dos empresas, junto con los que se reciben en concepto de prestación por desempleo, con los que, en suma, puede concluirse que, en realidad y pese a esa baja, los ingresos han venido finalmente a incrementarse tras un breve periodo en el que fueron inferiores. Y ese mismo extracto acredita que, aunque la interesada tenía afirmado que con los gastos derivados del alquiler de la vivienda que ocupa -algo que por fuerza debía existir por igual al tiempo del divorcio, porque el uso de la que sirviera de residencia habitual se atribuyó al apelante-, junto con los necesarios para su sustento, quedaba agotada su capacidad económica, esta capacidad es suficiente para cubrir sus atenciones y necesidades con holgura, pues en ella se presenta un saldo que supera los 23.000 €, sin que se sepa de dónde extrae la afirmación de que ese mismo saldo existía ya en el año 2013, pues lo que figura en la información patrimonial es esa fecha de apertura de la cuenta, no el saldo que tenía en la misma que, por el contrario, se refiere al último trimestre y al último día de 2021. Por lo demás, aunque la apelada aluda a las condiciones de salud, de los documentos aportados resulta que la incapacidad parcial para el trabajo que tiene reconocida lo fue en razón de una petición cursada en el mismo año en que se decretó el divorcio y en virtud de unos padecimientos que, por su naturaleza degenerativa, ya debían existir al tiempo de suscribirse el convenio.

Por otra parte, aunque niegue que en la situación del apelante no ha existido mayor variación, los ingresos netos que constan en la declaración de I.R.P.F. del año 2012 son de 23.267,28 euros; en tanto los que figuran en la información patrimonial de 2021 ascienden a 19.914,24 €, con una diferencia que, además, es aún más relevante si se considera que en ese periodo se comprendían la suma de los ingresos por pensión de incapacidad, por trabajo por cuenta ajena y por la posterior situación de desempleo. Y así lo muestra el propio documento, en el que puede verse que el importe de la pensión para el año 2022 era de 617,54 euros en catorce pagas y de unos 600 por desempleo en 12, con un total, pues y en términos anuales, de 15.665,56 euros, con el matiz añadido de que esa prestación por desempleo se extinguió en el mes de marzo de ese mismo año, viéndose sustituida por otra que, por notoriedad, habrá sido inferior, que era lo que señalaba el interesado en su interrogatorio, al hablar de un importe de unos cuatrocientos euros. A ello se añade, en fin, que, aunque la apelada haya incidido en la atribución de la cotitularidad de la que fuera vivienda familiar, añadiendo la posibilidad de alquilarla para obtener otros ingresos, lo cierto es que no puede ignorarse que en el divorcio ya se había atribuido el uso a aquel, y, además, en distintos documentos, como las nóminas o el extracto de su cuenta, puede verse la permanencia en ese domicilio que aquella negaba. En definitiva, lo que la prueba muestra es una capacidad económica del recurrente que viene a ser similar, cuando no inferior, a la de la apelada, por lo que ni siquiera es necesario entrar a valorar el documento aportado en esta alzada con el que queda acreditada la supresión de la prestación por desempleo al superar sus ingresos el setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional.

En conclusión, pues, lo que acredita la prueba es que los interesados tienen hoy una situación económica asimilable; que la apelada viene percibiendo ingresos de manera continuada por su trabajo que le permiten subvenir a sus necesidades y que la sitúan en una posición de estabilidad económica como la que en su

momento había en el matrimonio; y, por tanto, en suma, que ha desaparecido el desequilibrio que entonces determinó el establecimiento de una pensión que -conviene recordar, ante la insistencia de la apelada en comparar los ingresos expuestos- no tiene por finalidad igualar ingresos y patrimonios de los interesados. Lo que, con arreglo al art. 101 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta (cfr. SSTS de 20 de junio de 2017, 20 de junio de 2013, y 25 de noviembre de 2011) determina su extinción.

CUARTO.- Finalmente, y en cuanto a los efectos de la extinción, el apelante solicita en el recurso que se retrotraigan a los días 1 de enero de 2015 o 3 de octubre de 2017, que identifica respectivamente con el comienzo de aquella relación y la superación del desequilibrio, o, en todo caso, a la fecha de interposición de la demanda. Se trata, sin embargo, de una petición que se aparta de los términos en los que venía formulada la demanda, porque en ella no se hacía mención alguna a ese propósito, que, por tanto, se introduce extemporáneamente en esta alzada, con una variación inadmisible (cfr. art. 456.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sobre algo que está sujeto al principio de rogación. No solo eso, sino que, además, debe recordarse al apelante que eso mismo pretendió hacer en el inicio de la vista, con un propósito que fue expresamente rechazado entonces por una decisión con la que incluso se mostró conforme en ese acto. Lo que, en definitiva, lleva a sujetarse al régimen general que es propio de la modificación de las medidas, y, en consecuencia, y como por ejemplo hace la STS de 31 de enero de 2022, a fijar los efectos de la extinción en la fecha de la presente resolución.

QUINTO.- La estimación íntegra de la demanda comporta la imposición de costas a la demandada (art. 394.1º de la Ley procesal citada), sin que pueda hacerse excepción aludiendo, como hace la sentencia de instancia, al "predominante interés público" en una cuestión que, sin embargo, tiene un alcance puramente económico y es ajena a intereses necesitados de especial protección en cuya apreciación pudiera ampararse otro pronunciamiento.

Y, por la estimación parcial del recurso, las costas derivadas de su tramitación no se imponen a ninguno de los litigantes (art. 398.2º).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

F A L L O

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Santos frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tineo de 22 de julio de 2022, recaída en los autos de modificación de medidas nº 231/2021, que se revoca en su integridad. En su virtud, con estimación íntegra de la demanda que formuló frente a doña Delia , declaramos extinguida, con efectos desde la fecha de esta resolución, la pensión compensatoria que se le reco **no**ció en el convenio regulador aprobado por sentencia de 2 de julio de 2013. Con imposición a la expresada doña Delia de las costas de primera instancia.

Sin pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso. Y devuélvase al apelante el depósito constituido para formularlo.

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 ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.

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

LOS MAGISTRADOS

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ