



Roj: **SAP C 289/2015 - ECLI: ES:APC:2015:289**

Id Cendoj: **15030370032015100043**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **13/02/2015**

Nº de Recurso: **468/2014**

Nº de Resolución: **46/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de A CORUÑA SENTENCIA: 00046/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

A CORUÑA

S E N T E N C I A

Número 00046/2015

Presidenta:

Ilma. Sra. doña María Josefa Ruiz Tovar

Magistrados:

Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a trece de febrero de dos mil quince.

Visto el presente recurso de **apelación** tramitado bajo el **número 468-2014**, por la **Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del **Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol**, en los autos de **procedimiento de modificación de medidas** que se tramitaron ante dicho Juzgado bajo el número 70/2014, siendo parte:

Como **apelante**, la demandada **DOÑA Amelia**, mayor de edad, vecina de Narón (A Coruña), con domicilio en CALLE000, portal NUM000, NUM001, provista del documento nacional de identidad número NUM002, representada por la procuradora doña Mónica Insua Beade, y dirigida por la abogada doña María-Almudena Calvo Souto.

Como **apelado**, el demandante **DON Jon**, mayor de edad, vecino de Ferrol (A Coruña), con domicilio en San Juan, CALLE001, NUM003 - NUM004, provisto del documento nacional de identidad número NUM005, representado por la procuradora doña Patricia Lemus Moreno, y dirigido por la abogada doña Rosalía Bello Hidalgo.

Versa la apelación sobre extinción de pensión compensatoria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 4 de junio de 2014, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de



Ferrol , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda de modificación de medidas formulada por la procuradora D^a. Covadonga González-Irún Rodríguez, en nombre y representación de D. Jon , contra D^a. Amelia , debo declarar y declaro que ha lugar a modificar las medidas adoptadas en la sentencia de fecha 6 de octubre de 2009 , por la que se aprobó el convenio regulador de fecha 4 de septiembre de 2009, dictada en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido ante este Juzgado con el número 1440/2009, en el único aspecto de suprimir la obligación del actor de abonar una pensión compensatoria a la demandada.

No procede hacer expresa condena en costas».

SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por doña Amelia , dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se presentó por don Jon escrito de oposición al recurso. Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 21 de octubre de 2014, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 23 de octubre de 2014, siendo turnadas a esta Sección el 3 de noviembre de 2014, registrándose con el número 468-2014. Por el Sr. Secretario Judicial se dictó el 14 de noviembre de 2014 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Mónica Insua Beade en nombre y representación de doña Amelia , en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como la procuradora doña Patricia Lemus Moreno, en nombre y representación de don Jon , en calidad de apelado. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 10 de diciembre de 2014 se señaló para votación y fallo el pasado día 10 de febrero de 2015, en que tuvo lugar.

SEXTO .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos, como parte integrante de la presente, en aras a inútiles repeticiones.

SEGUNDO .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 27 de septiembre de 1980 contrajeron matrimonio don Jon y doña Amelia . Han tenido hijos en común, actualmente mayores de edad y con vida independiente.

2º.- El 6 de octubre de 2009 el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol dictó sentencia declarando el divorcio de don Jon y doña Amelia , y aprobando el convenio regulador del divorcio. En este, en lo que aquí interesa, se estableció una pensión compensatoria a favor de doña Amelia de 700 euros mensuales, a cargo de don Jon .

3º.- El 28 de enero de 2014 don Jon formuló demanda en procedimiento de modificación de medidas, en la que solicitaba la extinción de la pensión compensatoria porque doña Amelia tenía una relación formal de pareja con don Doroteo .

4º.- Doña Amelia se opuso a la demanda alegando que no era cierto que mantuviese una relación sentimental con don Doroteo , sino que era una especial relación de amistad, sin convivencia estable.

5º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia estimando acreditada que sí existía una relación sentimental de pareja durante al menos un año, que tuvo el carácter de vida marital, e incluso existen indicios bastantes para considerar que dicha relación se mantiene en la actualidad; apreciación que no se altera porque no convivan de forma permanente en el mismo domicilio, con las notas de habitualidad, estabilidad, exclusividad, publicidad y permanencia. Por lo que estimó la demanda, y se declaró la extinción de la pensión compensatoria. Pronunciamiento frente al que se alza doña Amelia .

TERCERO .- *La nulidad de actuaciones* .- Antes de entrar en el análisis del recurso de apelación, debe destacarse la posible concurrencia de un defecto procesal que acarrearía la nulidad de las actuaciones practicadas ante el Juzgado, desde el inicio de la vista; como es la ausencia del Secretario Judicial a tal acto, y



por lo tanto la inexistencia de acta del juicio, y ni siquiera una mera diligencia de haberse celebrado y grabado el acto.

El artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que *«Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial...»*. Esta norma es una previsión de futuro, al igual que otras varias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para cuando el sistema de grabación de las sesiones de los juicios estén dotadas de un sistema informático que "cierre" el archivo generado, que además debe ser refrendado con la firma digital del Secretario, de tal forma que sea imposible la manipulación. Pero este precepto no es aplicable con los actuales sistemas de grabación, que generan un archivo en diferentes formatos, en abierto, que permite la edición, y que no incorporan la firma digital. El Secretario no da fe de que el contenido de ese archivo se corresponde bien y fielmente con lo acontecido en la Sala. Ni por ahora podría hacerlo, porque el archivo es editable. Se puede modificar tanto la imagen como el sonido, por lo que es factible mutar las declaraciones de una de las partes o de un testigo por otra de sentido opuesto.

Cuando sea aplicable ese sistema informático, en todo caso deberá incorporarse a las actuaciones una diligencia de constancia (artículo 206.2-3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues se ha producido un hecho relevante con trascendencia procesal.

El artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *«Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:... 5º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario judicial»*. Esta causa de nulidad se introduce por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que es la misma que dio la actual redacción al artículo 147 comentado anteriormente. El legislador ya estaba previendo que es causa de nulidad la celebración de vistas cuando se celebren vistas sin la presencia del Secretario, siendo preceptiva su intervención cuando el Juzgado no esté dotado de los medios técnicos a los que se refiere el artículo 147.

Si en el presente caso no se decreta la nulidad de actuaciones es por la prohibición contenida en el artículo 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (*«En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciarse falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal»*), en cuanto dicha nulidad no ha sido solicitada por ninguna de las partes.

CUARTO .- *La convivencia marital* .- En el primer motivo del recurso de apelación se alude a la existencia de una incongruencia interna de la sentencia apelada, en cuanto se afirma en primer lugar que no se acreditó una convivencia «al modo matrimonial» con carácter permanente y estable en el mismo domicilio, y acto seguido se mantenga la existencia de indicios de convivencia marital con dos domicilios a más de 140 kilómetros de distancia. Además doña Amelia y don Doroteo no son en la actualidad pareja, ni mantienen una relación sentimental, la tuvieron en el pasado; y haber tenido una relación sentimental no es causa de extinción de la pensión compensatoria, pues sería atentar a la libertad de cada persona.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- El párrafo primero del artículo 101 del Código Civil establece que *«el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona»*. La extinción de la pensión por la causa del artículo 101.1 Código Civil no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.

Sobre qué debe entenderse por "vivir maritalmente" se han mantenido 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.

Como ya se indica en la sentencia apelada, la doctrina jurisprudencial [Ts. 28 de marzo de 2012 (Roj: STS 2534/2012, recurso 1002/2010) y 9 de febrero de 2012 (Roj: STS 624/2012, recurso 1381/2010)] (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial) acudiendo a las reglas de interpretación de las normas legales previstas en el artículo 3.1 del Código Civil, y atendiendo en primer lugar al canon de finalidad de la norma, resalta 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.

Igualmente utiliza el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse. En este ámbito 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 lo que se ha considerado que sí concurre causa de extinción de la pensión compensatoria a pesar de no haberse producido una convivencia continuada bajo el mismo techo, cuando hay visitas continuadas "no solo para visitar" a la otra persona, con residencias de fin de semana; o supuestos en los que la relación sentimental más o menos duradera se muestra públicamente en actos sociales, siendo conocida por amigos y familiares, acudiendo a establecimientos hoteleros, a casa de uno u otro de forma pública, dando a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad.

2º.- La sentencia recurrida establece que al menos durante un año sí existió esa vida marital, sí había esa relación, aunque no conviviesen de forma permanente ambos en el mismo domicilio, y mantuviesen sus propios domicilios. Relación de pareja que califica con las notas de «habitualidad, estabilidad, exclusividad, publicidad y permanencia». En tales términos, sí hay una convivencia marital, aunque don Doroteo mantenga su domicilio y no resida siempre en casa de doña Amelia .

3º.- La causa de extinción de la pensión es el hecho de "vivir maritalmente". Si se vive maritalmente se incurre en la causa de extinción, y desde ese momento nace la posibilidad de solicitar judicialmente la declaración de su extinción. Aunque en el momento de celebrarse el juicio ya no se conviva. Acontece lo mismo con los otros supuestos. Si se contrae nuevo matrimonio se incurre en la causa de extinción, aunque cuando se presente la demanda se haya disuelto el matrimonio por divorcio o fallecimiento del otro cónyuge.

Desde el momento en que se reconoce, tanto en el acto del juicio, como en el propio recurso, que existió una relación de pareja, una relación sentimental, se está aceptando que se incurrió en la causa de extinción de la pensión compensatoria. Es indiferente que en el momento de celebrarse el juicio ya no mantengan esa relación. Todo ello como mera hipótesis, pues la sentencia ya indica sus dudas sobre que no se mantenga en la actualidad.

En consecuencia, haber mantenido una relación sentimental que pueda equiparse al actual concepto de "vida marital" sí es causa de extinción de la pensión compensatoria, aunque no se mantenga en el momento de presentarse la demanda.

4º.- Obviamente, no puede aceptarse que esta causa de resolución sea un «atentado contra la libertad de cada persona». Doña Amelia es libre de mantener o haber mantenido las relaciones personales que tenga por conveniente. Como tampoco se le prohíbe contraer nuevo matrimonio. Pero como todo adulto, deberá atenerse a las consecuencias inherentes a sus decisiones.

QUINTO .- *Error en la valoración de la prueba* .- En el segundo motivo del recurso de apelación muestra su discrepancia con la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de instancia, y analiza bajo su subjetivo criterio el resultado de las practicadas. Todo ello para tratar de concluir que no existió relación marital entre doña Amelia y don Doroteo .

El motivo no puede ser estimado.

Ante todo debe resaltarse que tanto la recurrente doña Amelia al ser interrogada, como don Doroteo al testificar, declararon que sí habían mantenido «una relación sentimental», «de noviazgo», «de pareja», «enamoramiento», «amistad especial». Situación «especial» cuya duración cifra doña Amelia en «unos meses», pero que finalmente acaban ambos sosteniendo que empezó a finales de 2010 y se mantuvo hasta bien avanzado el año 2013 al menos. Incluso en el propio recurso se reconoce que «han mantenido» una «relación sentimental». Parece querer sostenerse que esa «relación sentimental» no era una convivencia marital, como marido y mujer. Pero debe tenerse presente que el concepto jurídico actual de «vivir maritalmente» que recoge el artículo 101 del Código Civil no puede equiparse a una convivencia «more



uxorio», similar a un matrimonio tradicional, con convivencia constante y permanente. Actualmente las relaciones de pareja adoptan formas muy variadas. Como hay matrimonios que por razones laborales no conviven todos los días.

Está totalmente acreditado que han realizado múltiples viajes juntos, tanto por España como al extranjero. El que vayan en grupos, viajes organizados o con otras personas no desvirtúa esa relación. Como manifestó don Doroteo , él iba con doña Amelia , aunque fuesen más personas. No es anómalo ir en viajes organizados, con otras personas o en grupo, sean conocidos o no. Pero eso no contradice que existe una especial relación en quienes van a múltiples viajes, duermen en la misma habitación... Relación que no mantienen con los demás miembros de la excursión. Es una actividad de pareja, no configurándose como un viaje de un grupo de amigos. Es más, las fotos de los viajes publicitadas son elocuentes: solamente exhiben aquellas en las que están los dos. No es un grupo de amigos que van de viaje juntos. Son dos personas que van de viaje en un grupo.

Las fotografías de celebraciones muestran a una persona que está participando en los eventos familiares de doña Amelia . No hay otras personas ajenas a la familia. Lo que indica una especial relación entre ambos.

Por último, no puede menos que resaltarse el contenido de los informes de detectives:

(a) En el mes de diciembre de 2012 se vigila a doña Amelia 4 días. Solo la localizan 1. Pero ese día va con don Doroteo .

(b) En el mes de enero de 2013 se vigila 2 días. Se le localiza 1. Y ese día va con don Doroteo .

(c) En febrero de 2013 se le vigila 4 días. Se le localiza 3. Y los tres está con don Doroteo .

(d) En octubre de 2013 se le vigila 3 días. Y los tres va con don Doroteo .

Es decir, sobrepasa lo que puede considerarse casualidad que siempre que los detectives ven a doña Amelia , en días al azar de cuatro meses distintos, siempre está en compañía de don Doroteo . Haciendo los recados propios de toda pareja con vida en común. Pasando él la noche en la casa de doña Amelia , paseando en actitudes cariñosas, cogidos del brazo, etcétera.

En consecuencia, debe compartirse la valoración probatoria del Juzgador de primera instancia, en cuanto concluye que la prueba practicada acredita plenamente que sí existió una relación sentimental que puede calificarse como de convivencia marital, con las indicadas notas de «habitualidad, estabilidad, exclusividad, publicidad y permanencia».

SEXTO .- Costas .- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas devengadas por el recurso a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** , resuelve:

1º.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandada **doña Amelia** , contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol , en los autos del procedimiento de modificación de medidas seguidos con el número 70/2014, y en el que es demandante don Jon .

2º.- Se confirma la sentencia apelada.

3º.- Se imponen a la apelante doña Amelia las costas devengadas por su recurso.

4º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la materia, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibile la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.



Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Español de Crédito, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0468 14 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0468 14 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Conforme a lo establecido en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con el escrito de interposición también deberá adjuntarse el justificante de pago, debidamente validado, de la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social», por una cuota tributaria fija de 1.200 euros, incrementada en la parte variable de la cuota que establece el artículo 7.2 de la citada Ley, sin cuyo requisito no se podrá dar curso al escrito.

5º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol, con devolución de los autos.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, secretario, certifico.-