



Roj: **SAP TF 497/2015 - ECLI:ES:APTF:2015:497**

Id Cendoj: **38038370012015100212**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2015**

Nº de Recurso: **180/2014**

Nº de Resolución: **222/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA PALOMA FERNANDEZ REGUERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Rollo nº 180/2014

Autos nº 176/2013

Jdo. 1ª Inst. nº 4 de La Orotava

Ilmos. Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPAR PARDO DE ANDRADE

Magistrados:

Dª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA

En Santa Cruz de Tenerife, a veintinueve de abril de dos mil quince.

Visto por los Ilmos. Sres./a. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de modificación de medidas nº 176/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de La Orotava, promovidos por D. Gines, representado por la Procuradora Dª Yurena Sicilia Socas, y asistido por la Letrada Dª Ruth Hernández Sancho, contra Dª Adoracion, representada por la Procuradora Dª Pilar González-Casanova Dmínguez, y asistida por la Letrada Dª María José Alonso Álvarez siendo parte el Ministerio Fiscal; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de La Orotava, dictó sentencia el 19 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: " ESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por parte de D. Gines frente a Dª Adoracion, dejando sin efecto la pensión compensatoria mensual de 100 euros a favor de Dª Adoracion, a cargo de D. Gines, impuesta inicialmente en el sentencia dimanada del procedimiento Divorcio contencioso 1044/10, tramitado en este juzgado.

No hay condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.



TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 29 de abril de 2015.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se recurre, estima la demanda de modificación de medidas presentada por la representación procesal de D. Gines , y declara extinguida la pensión compensatoria que se había fijado en sentencia dictada por el mismo Juzgado en fecha 17 de octubre de 2011 . Este es el objeto del recurso que plantea D^a Adoracion , alegando error en la valoración de la prueba al no quedar acreditada relación sentimental alguna de la recurrente. La razón por la que la sentencia declara extinguida la pensión compensatoria, es hacer la apelante vida marital que tiene por probada, como una convivencia continuada bajo el mismo techo, y ese es el punto en el que la apelante entiende que se produce un error en la valoración de la prueba, ya que la convivencia bajo el mismo techo obedece a la necesidad de la recurrente de desempeñar las tareas del hogar en el domicilio de una tercera persona a cambio de alojamiento y manutención.

Se limita, pues, el recurso a la prueba de la convivencia de la apelante en orden a los efectos sobre la pensión compensatoria.

SEGUNDO.- El artículo 101 del Código Civil contempla, en cuanto determinante de la extinción del derecho de pensión compensatoria, junto con el nuevo matrimonio o la convivencia marital del beneficiario con una tercera persona, el cese de la causa que motivó el reconocimiento de tal derecho, lo que, puesto en necesaria relación con el artículo 97 del mismo texto legal , implica la superación del desequilibrio económico que condicionó la inicial sanción de la referida compensación pecuniaria.

Pues bien, dicho precepto ha sido interpretado por esta misma sección en sentencia de 23 de julio de 2007 , en el sentido de que: "la convivencia marital, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir el derecho a la pensión compensatoria, supone, necesariamente, una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de facto, es decir, una convivencia "more uxorio", dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad, presupone la estabilidad, como corolario lógico práctico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el matrimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esta institución cuando la propia Ley ya lo contempla expresamente como causa de extinción. Se trata, en definitiva, de una relación a semejanza de la matrimonial, como tiene declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 , al decir que esa convivencia, respecto de la cual es ciertamente irrelevante que haya concluido en el momento de interponerse la demanda o dictarse la sentencia, ha de tratarse de una unión de carácter estable similar a la matrimonial, no mereciendo tal consideración las relaciones sentimentales más o menos esporádicas o circunstanciales, incluso mediando el nacimiento de un hijo, ni la cohabitación más o menos pasajera, ni aun la convivencia prolongada con persona del otro sexo si la relación no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses comunes, en cuanto grupo, distinta de la relación sentimental".

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.

En este último sentido, la Sala entiende que la prueba practicada en primera instancia, apreciada en su conjunto, no cumple con los requisitos legalmente exigidos para declarar la existencia de una convivencia marital de la recurrente con una tercera persona. No se ha practicado si quiera prueba de detectives, que desde luego puede cobrar una especial trascendencia, o de parecidas características recabarse los informes que se solicitan a los Ayuntamientos y que son realizados por funcionarios de la Policía Local, debidamente ratificados en juicio con plenas garantías, después de realizar las comprobaciones oportunas. La única prueba que se ha practicado en actuaciones ha sido la testifical de la hija de los litigantes, y ya el juez aprecia en la resolución de instancia,



un cierto resentimiento hacia su madre; declaró que vio a su madre de la mano de una tercera persona, sin hacer cualquier otra precisión en orden a una convivencia marital.

Con tal declaración no podemos colegir racionalmente que la demandada tenga una relación similar a la marital, aún cuando existe una convivencia en un hogar común que muy bien puede responder a la necesidad de la apelante de trabajar en un hogar ajeno a cambio de alojamiento y manutención; es un hecho acreditado que, a raíz del divorcio de los litigantes en octubre de 2011, D^a Adoracion tuvo que dejar el hogar familiar, sin disponer de otros medios económicos que la cantidad de 100 euros mensuales que, en concepto de pensión compensatoria, le viene pasando su ex marido.

Por lo que podemos concluir que no se ha acreditado con el debido rigor ni siquiera indiciariamente los requisitos de estabilidad y permanencia exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo, que podamos deducir de forma razonada y razonable que D^a Adoracion comparta con otra persona los actos propios y cotidianos de toda relación matrimonial, existiendo una convivencia more uxorio que pudiera justificar la extinción de la pensión.

TERCERO.- En base a las anteriores consideraciones procede la estimación del recurso de apelación, sin que proceda hacer declaración expresa en materia de costas procesales. - Artículo 398.2 y art. 394 ambos de la L.E.C -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Adoracion , contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de La Orotava, dictada en las actuaciones de las que este rollo dimana, y en su consecuencia, con revocación de la sentencia, debemos desestimar la demanda presentada por la Procuradora D^a Yurena Sicilia Socas, en nombre y representación de D. Gines , contra D^a Adoracion , representada por la Procuradora D^a Pilar González Casanova Domínguez, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda.

2.- No se hace declaración expresa en materia de costas de costas procesales en la alzada.

Procedase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

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

PUBLICACIÓN: Publicada ha sido la anterior sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída ante mí, por el Iltma. Sra. Magistrada Ponente Doña MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA en audiencia pública del día de su fecha de lo que como Secretaria de Sala certifico.