



Roj: **SAP Z 588/2021 - ECLI:ES:APZ:2021:588**

Id Cendoj: **50297370022021100059**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **04/03/2021**

Nº de Recurso: **535/2020**

Nº de Resolución: **90/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Zaragoza, núm. 16, 16-10-2020 (proc. 77/2020),
SAP Z 588/2021**

SENTENCIA Nº 000090/2021

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Ilmos/as. Sres/as.

Presidente

D. JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS Magistrados

D^a. MARIA ELIA MATA ALBERT

D. JESUS IGNACIO PEREZ BURRED

En Zaragoza, a cuatro de marzo de dos mil veintiuno.

La SECCION Nº 2 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 535/2020**, derivado del *Familia. Modificación medidas supuesto contencioso nº 77/2020 - 00*, del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 16 DE ZARAGOZA; siendo parte **apelante**, **D. Benito**, representado por la Procuradora D^a MARIA DEL CARMEN VALGAÑON PALACIOS y asistido por la Letrada D^a MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ JULIÁN; parte **apelada**, **Dña. Dulce**, representada por la Procuradora D^a ANA SANTACRUZ BLANCO y asistida por la Letrada D^a MARÍA PILAR ESPAÑOL BARDAJÍ, en cuyos autos con fecha 16-10-2020 recayó Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: "Que debo desestimar y desestimo la demanda de modificación de medidas interpuesta por D Benito contra D^a Dulce por los razonamientos dados y en consecuencia mantener la pensión compensatoria en su momento establecida. No procede hacer imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia la parte demandante presentó escrito interponiendo recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte demandada, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

TERCERO.- Habiéndose propuesto práctica de prueba por la parte apelante, se dictó Auto de esta Sala de fecha 16-12-2020, con el resultado que obra en autos. No considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación el día 2 de marzo de 2021.

CUARTO.- En la tramitación de la apelación se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julián Carlos Arqué Bescós.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación de D. Benito , la Sentencia recaída en Primera instancia en el presente procedimiento sobre modificación de medidas (Art. 775 LEC), desestimatoria de la pretensión del actor que solicitaba la extinción de la pensión compensatoria en vigor a favor de la demandada.

En su apelación el recurrente considera: que la Sentencia apelada no ha valorado correctamente la prueba practicada, deduciéndose de ésta la existencia de una convivencia análoga a la marital (*more uxorio*) de la demandada con tercero desde hace bastante tiempo, gozando la relación de la estabilidad, intensidad y duración necesarias para que pueda dar lugar a suprimirse la pensión compensatoria (Art. 101 Cc).

SEGUNDO.- Sobre la convivencia marital indica el TS en Sentencia de 28-03-2012:

La reciente STS 42/2012, de 9 de febrero, 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...

La doctrina ha distinguido al respecto entre la relación estable de pareja, sea ésta de índole matrimonial o no, con el mantenimiento de relaciones de noviazgo, amistad o de complacencia afectiva. Para que la vida marital sea causa extintiva de la pensión compensatoria se requiere que ésta reúna las condiciones de estabilidad y continuidad que le son propias, además de la existencia de una verdadera comunidad de vida y afecto, con la consolidación de vínculos de solidaridad afectivos e incluso materiales.

El Art. 101 CC se refiere a "vida marital" y la jurisprudencia parece hacer convertido tal expresión legal "vivencia" en "convivencia", acentuando, a nuestro modo de ver, la semejanza de la relación sentimental con las uniones *more uxorio* o con el matrimonio, en interpretación probablemente excesivamente identitaria y rigurosa, que además opera en situaciones de difícil probanza para el deudor de la pensión ante lo que suele ser una actitud de ocultación de la realidad a fin de conservar la compensación en juego.

No cabe duda que la "vivencia marital" que el precepto exige no puede equiparse a noviazgo, pero entre ambas figuras -matrimonio y noviazgo- no se agota la rica variedad que la realidad puede ofrecer con situaciones intermedias pero muy cercanas a una u otra, que los Tribunales deben desentrañar cuando es muy posible que la persona acreedora de la pensión haya acomodado la "nueva relación" a una situación conveniente que nunca le prive de su derecho a la pensión a fin de sortear el efecto extintivo ex Art. 101 CC. Puede haber situaciones afectivas que estén diseñadas desde el fin de evitar el perjudicial efecto económico que la norma impone. Por eso, por imperativo del Art. 7 CC, los Tribunales deben rechazar el abuso del derecho, y por ello, más que despachar la cuestión con consideraciones muy al uso y superficiales para llevar cómodamente muchas situaciones a noviazgos, debe analizarse con sumo cuidado los indicios facilitados por quien, de entrada, se encuentra ante una evidente dificultad probatoria para proporcionar datos que pertenecen a la intimidad de la pareja y también al ámbito intencional de la misma, desconocidos para terceros y por lo común siempre negado o disimulado ante el deudor de la pensión.

TERCERO.- La prueba practicada en los autos, revisada en esta instancia a través del ámbito del recurso de apelación, no permite tener por acreditada la existencia de una convivencia "*more uxorio*" entre la recurrida y un tercero, tal como se indica en la Sentencia apelada existe una relación entre aquella y una tercera persona desde hace bastante tiempo, que es posible esté por encima de una mera amistad, esta situación no fue alegada en los anteriores procedimientos, no consta acreditada la convivencia de pareja en uno u otro de sus domicilios, la prueba practicada al respecto (informe de detectives y documental) es insuficiente.



Ambos mantienen domicilios diferentes, no ha podido acreditarse que la recurrida convivía en el domicilio del Sr. Hernan (URBANIZACION000), ni éste en el de la recurrida (CALLE000), al margen de que con anterioridad esta última disponía de otra vivienda distinta de la indicada persona en aquella urbanización hasta el año 2019, la Sentencia de instancia realiza un exhaustivo estudio de toda la prueba practicada, la circunstancia de que en ocasiones suban juntos a la vivienda de la actora o esta última sea acompañada al médico o salgan juntos de manera habitual, no acredita que convivan en los términos que justifiquen la extinción de la pensión compensatoria, por tales consideraciones unidas a las de la Sentencia apelada procede desestimar el recurso, confirmando dicha resolución.

CUARTO.- No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso, dada la existencia de aspectos dudosos que justificarían su interposición. (Art. 398. LEC).

Vistos los artículos anteriores y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación al que el presente Rollo se contrae, interpuesto por D. Benito , contra la Sentencia de fecha 16-10- 2020 dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 16 DE ZARAGOZA en Familia. Modificación medidas supuesto contencioso nº 77/2020 - 00, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por D. Benito , al que se le dará el destino legal procedente.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos de Infracción Procesal y Casación, o Casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16ª redactada conforme a la Ley 37/11 de 10 de Octubre, que se interpondrán en el plazo de veinte días ante este Tribunal, debiendo el recurrente al presentar el recurso, acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4899) en el Banco de Santander, debiendo indicar en el recurso Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por Infracción Procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Devuélvase las actuaciones de forma telemática al Juzgado de su procedencia, juntamente con la resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, resolución que se unirá al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.