



Roj: **SAP CA 2743/2022 - ECLI:ES:APCA:2022:2743**

Id Cendoj: **11012370052022101080**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **01/12/2022**

Nº de Recurso: **580/2022**

Nº de Resolución: **1096/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz

C/Cuesta de las Calesas s/n

Tlf.: 956 90 22 44 - 47. Fax: 956245271

Email:

N.I.G. 1103142C20100002801

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 580/2022

Negociado: T

Autos de: Familia. Modificación medidas supuesto contencioso 303/2020

Juzgado de origen: JUZGADO MIXTO Nº 2 DE SAN FERNANDO

Apelante: Otilia

Procurador: OSCAR ALONSO GARCIA

Abogado: MARIA LUISA GIMENO ROMERO

Apelado: Marino

Procurador: MARIA JOSE HEREDIA LOSADA

Abogado: MANUELA MARTINEZ BLANCA

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE: D. CARLOS ERCILLA LABARTA

Magistrados

D.ANGEL SANABRIA PAREJO

D. MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES

SENTENCIA n º 1096/2022

En Cádiz, a uno de diciembre de dos mil veintidos.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial los autos supra indicados, a instancias de los siguientes;

Parte apelante; Otilia , representada por el procurador Don Oscar Alonso García y asistida por la letrada Doña Maríja Luisa Gimeno Romero.

Parte apelada; Marino , representado por la procuradora Doña María José Heredia Losada y asistido por la letrada Doña Manuela Martinez Blanca.



Ha sido ponente *D. Miguel Ángel Navarro Robles*, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de referencia se dictó sentencia de fecha 24.6.21, que contiene el siguiente FALLO: **FALLO: SE ESTIMA INTEGRAMENTE LA DEMANDA** presentada por la Procuradora Dña María José Heredia Losada, en nombre y representación de Marino , frente a Otilia ; y se establecen los siguientes pronunciamientos:

1/ SE DECLARA EXTINGUIDA LA PENSION COMPENSATORIA en favor de Otilia y a cargo de Marino reconocida en el decreto dictado en fecha 29 de septiembre de 2016 en el marco del procedimiento de Divorcio Contencioso 497/2016 y que aprueba el convenio regulador aportado por las partes.

2/ SE MANTIENEN vigentes las restantes medidas aprobadas por el decreto dictado en fecha 29 de septiembre de 2016 en el marco del procedimiento de Divorcio Contencioso 497/2016 en cuanto no resulten incompatibles con lo determinado en la presente resolución.

3/ Se impone el pago de las costas procesales a la parte demandada.

Estas medidas podrán ser modificadas judicialmente si se alteran sustancialmente las circunstancias."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada, recurso de apelación, que fue admitido a trámite, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 5ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado día para la deliberación, votación y fallo tras lo cual se hizo entrega al Ilmo. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

II- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.- Se avoca a esta alzada, por la demandada apelante, la pretensión, estimada en la instancia, de extinción de una pensión compensatoria establecida entre partes, desde Decreto de 29.9.2016, dictada en autos de divorcio de mutuo acuerdo (nº 497/2016, JPI nº 2 San Fernando), que establecía una pensión compensatoria del 25% de ingresos líquidos -al margen de una pensión de alimentos en favor de hijo común del 15% de ingresos líquidos-. Interponiéndose recurso de apelación frente a la anterior, sobre la base de considerar el error en la valoración de la prueba e infracción de la doctrina jurisprudencial que entendía aplicable, en relación al aspecto esencial sobre el que se hacía orbitar la alteración circunstancial en que el actor fundaba su pretensión; convivencia marital de la demandada con otra persona durante tres años, aunque actualmente haya cesado, comenzándose una nueva relación con persona diversa.

Aspectos que esencialmente admitidos en la resolución de instancia y cuestionados de contrario, hemos de volver a considerar en la presente alzada. No ha de obviarse, en este sentido, que son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo" en la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Como se viene reconociendo jurisprudencialmente, con carácter general, todo proceso de modificación de medidas conlleva de modo elemental, un juicio comparativo entre la situación existente cuando se fijaron las medidas que se quieren cambiar y la que existe actualmente, a fin de comprobar, como ha dicho el TS en sus sentencias del TS de 17 de enero de 2019 (EDJ 2019/500910) y de 17 de febrero de 2019, si ha habido un cambio cierto, de rigor y de cierta relevancia de circunstancias. Ya no es exigible que exista un cambio sustancial, que justifique la modificación solicitada, pero si debe ser apreciable un cambio que tenga carácter de permanencia, ser imprevisible y no ser buscado de propósito por quien solicita la modificación. En relación a la pensión compensatoria, en particular, no ha de obviarse, que *"las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo y que constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide*



el juego de los arts. 100 (LA LEY 1/1889) y 101 CC (LA LEY 1/1889) si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas de alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC (LA LEY 1/1889) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC (LA LEY 1/1889). (STS, de fecha 20 junio 2013 (LA LEY 87808/2013). Si bien se ha declarado (SSTS de 3 de octubre de 2008 [RC n.º 2727/2004] y de 27 de junio de 2011 [RC n.º 599/2009]) que no es posible poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial (en el primer caso, porque lo relevante no es el dato objetivo del paso del tiempo sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho; en el segundo, porque el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales no implica un incremento de su fortuna ya que la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial); constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011 [RC n.º 1387/2009]). Por ello, incluso en supuestos de pensiones vitalicias o indefinidas, si se produce esa variación y se acredita -realizando una comparación entre la situación que dio lugar a establecer la pensión compensatoria y la realidad actual- se conseguirá extinguir o al menos reducir dicha pensión compensatoria. En definitiva, se trata de evitar que se produzcan situaciones de enriquecimiento injustas, creadas, bien por la inactividad del perceptor de la pensión compensatoria en la búsqueda de la salida de dicha situación, bien porque se haya producido una alteración sustancial sobre las circunstancias que determinaron la fijación en su momento de la pensión.

TERCERO.- En el caso, resultaba apreciable la causa de la convivencia *more uxorio* invocada, al amparo del art. 101 Cc, por convivencia marital con el testigo Sr. Jesús Carlos , con apoyo en las propias publicaciones en redes sociales de partes (que se han mantenido inclusive hasta la fecha de la vista, como se reconoció en el propio acto) y refrendadas en el informe y testifical de la detective Sr. Juan Luis , quien reitera en vista las actuaciones llevadas a efecto e iniciativa de contactos propiciados con uno y otro miembro de pareja, con ocasión de una contratación simulada de actuación del Sr. Jesús Carlos , como guitarrista de profesión, y expreso reconocimiento por el mismo de haber mantenido una relación sentimental con la demandada por tres años con convivencia en el domicilio de ésta. Así igualmente de la propia demandada quien también llega a reconocer a la detective, la realidad de la relación habida con aquel, aunque ya superada a la fecha del informe. En éste, se incorporan literalmente las manifestaciones de una vecina en la misma línea. Y se hacen valer en el mismo, fotografías y encuentros de la pareja y actitudes indubitadas de una relación (fotos pág 12), mas allá de la simple amistad, en que se insiste entre ambos. Las aclaraciones en vista del Sr. Jesús Carlos sobre las referencias a su relación sostenida de tres años con la demandada, que aunque reconoce añade en el juico ser en realidad producto de su conveniencia y de falta real de veracidad de las mismas (pues viene a destacarse que mentiría lo necesario para obtener un contrato de actuación), devienen en relación a las evidencias del informe, de menor sentido, credibilidad y toda consistencia por innecesarias en el contexto en que tiene lugar. Y en cuanto a las críticas esenciales de la defensa demandada sobre la insuficiencia de tal prueba e incomplitud que entendía de la misma, por falta de recibo de los soportes digitales correspondientes, resultaba se ponía en evidencia, en el acto de la vista celebrada, la realidad indubitada de su existencia, asi reiterada por la propia testigo y autora del informe. Lo que, en cualquier caso, no habría impedido, en ningún momento anterior, a la propia parte ahora apelante, la ampliación probatoria que hubiere precisado al efecto,(como igualmente pudo ser sometido a consideración en la presente alzada, y sin embargo no hecha valer tampoco). De otro lado, no se aprecia tampoco que ello le hubiere privado de la oportunidad de su mejor consideración debida, en relación a los datos y frases ya extractados en el propio informe y manifestaciones de la detective actuante como testigo en el propio acto. Resultando, asimismo y del propio informe (en su pag 1) que con el mismo se dice expresamente "se incluyen 22 fotografías y un DVD con los videos grabados que documentan y complementan la información escrita". Sin que se hubiere suscitado subsanación y mejor aclaración anterior de parte, de considerar que no se le confirió el traslado debido en su momento.

En definitiva, y al margen lo anterior, y conforme a todos los datos vertidos en las actuaciones, procedía compartir plenamente por esta Sala, la valoración realizada en la instancia sobre la realidad de la elemental relación y convivencia *more uxorio* de la demandada con el Sr. Jesús Carlos , conforme a los hechos esenciales expuestos en la vista y refrendados en el informe aportado y testifical practicada. No se considera obstativo a ello la temporalidad y tipo de convivencia de la relación en sí mismo considerada, dada la variedad de modelos de convivencia actualmente reconocibles, siendo mas relevante la constatación de índices de voluntad de permanencia y estabilidad, con cierta durabilidad (que en el supuesto de autos, con unos tres años de la misma advertidos, se reputaba suficiente a estos efectos), y aun finalmente no consolidada merced a cambios de



circunstancias diversos como en las hipótesis ordinarias de las relaciones legalmente formalizadas, pues como venimos reiterando "son cada vez más frecuentes los casos de matrimonios bien avenidos que no obstante por razones laborales, profesionales o cualesquiera otras de naturaleza análoga, solo pueden compartir juntos su tiempo los fines de semana o varios días al mes, permaneciendo siempre vigente el espíritu, ánimo y deseo de relación matrimonial", siendo precisamente esa voluntad de permanencia y estabilidad lo esencial, y que "frente al rigorismo exigido antaño y atendida a la realidad social del momento (artículo 3 del Código Civil), estima preciso constatar y puntualizar que en la sociedad actual, en que existen distintos tipos y modelos de convivencia, la "convivencia marital" a que hace referencia el mentado precepto debe entenderse como toda aquélla en que se de 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 mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquéllos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad." (SAP Cádiz Secc 5ª 287/17 de 7 de junio). En coherencia con doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal ya consolidada que rehúye, en este ámbito y por su propia naturaleza se comprende, de toda interpretación restrictiva el concepto de "vivir maritalmente", que debe flexibilizarse, utilizando los cánones interpretativos ya conocidos de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada (STS 9 febrero 2012 (LA LEY 12835/2012) y STS 28 marzo 2012 (LA LEY 44075/2012), considerando suficiente al efecto, atender, no ya la permanencia constante de uno y otro en la misma casa o lugar, sino a las reiteradas notas de estabilidad, exclusividad y publicidad a terceros del entorno familiar y social la trascendencia de su situación como relación propia sentimental y no de simple amistad, como manifestación de un compromiso e interés personal subjetivo, apreciable al efecto, sin necesidad, por ello, de una expresa o formal vinculación económica o material.

Sin embargo se valora de distinto alcance el efecto extintivo que finalmente pretendido, que no se reputa deba ser total, considerando no ya solo el propio alcance temporal de la convivencia, sino igualmente las circunstancias concurrentes como la proximidad al divorcio acaecido entre partes, siendo la relación con cierta inmediatez al mismo, y contexto precedente en que se encuadra y que fundaba el desequilibrio en su momento considerado, a los efectos de la pensión compensatoria discutida, con una trayectoria matrimonial previa de treinta y cuatro años de matrimonio, edad avanzada de la demandada (63 años al momento de la vista) y defecto de toda iniciativa de ésta para su acceso al mercado laboral, que no consta y así era expresamente reconocido en vista. Por todo lo cual a juicio de esta Sala merecía la oportuna adecuación, con moderación final del efecto extintivo pretendido, que prudencialmente aquietamos, de modo parcial, en un 15% sobre los mismos ingresos líquidos actuales del actor (sobre el 25% actual de la pensión cuestionada).

Por todo lo cual procedía la estimación meramente parcial del recurso, sancionando una vez más, el reconocimiento de la causa extintiva apreciada, si bien que con el alcance final meramente parcial indicado, sobre la pensión compensatoria controvertida en las presentes actuaciones.

QUINTO.- En cuanto a las costas de esta segunda instancia, dado la estimación parcial valorada de la presente resolución, no se hace especial imposición de costas (art 398 LEC).

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

FALLAMOS

Estimar, parcialmente, el recurso de apelación interpuesto por la representación de Otilia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de San Fernando, con fecha de 24.6.2021, en autos de modificación de medidas nº 303/2020, revocando parcialmente la misma y acordando en su lugar haber lugar a reducir y aquietar el alcance de la pensión compensatoria que se mantiene entre partes, a partir de la presente, en la cuantía del 15%€ de la misma.

Todo ello sin imposición de costas y acordando dar al depósito constituido el destino legal. (D.A. 15ª LOPJ reformado por Ley Orgánica 1/2009, de 3 Noviembre).

MODO DE IMPUGNACION.- Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, procediendo contra dicha resolución, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, los cuales deberán interponerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, y con certificación de la presente, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia para la ejecución de lo resuelto.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ