



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
OVIEDO**

SENTENCIA: 00173/2015

30 JUN 2015

SENTENCIA n° 173/15

ROLLO: 196/15

ILTOS. SRES.

PRESIDENTE

DON JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS

DON GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA

DON JAVIER ANTÓN GUIJARRO

MIGUEL FERNÁNDEZ RÍGUEZ.
PROCURADOR
Coleg. N° 257

En Oviedo, a treinta de junio de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 519/2014, procedentes del JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 3 de AVILES, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 196/2015, en los que aparece como parte apelante, DON _____, representado por el Procurador de los Tribunales, DON _____ asistido por la Letrada DOÑA ALICIA FERNANDEZ DEL CASTILLO, y como parte apelada, DOÑA _____, representada por la Procuradora de los Tribunales, DOÑA SUSANA MARIA GONZALO MARTINEZ, asistida por la Letrada DOÑA ANA ISABEL PRIETO TORICES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Avilés dictó Sentencia en los autos referidos con fecha veintisiete de marzo de dos mil quince, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda de modificación de medidas definitivas formulada por d.

frente a Dña

, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos frente a ella formulados.- No procede hacer expreso pronunciamiento sobre costas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 30 de Junio de 2015, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado Don Javier Antón Guijarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De lo actuado en la presente litis encontramos primeramente que la Sentencia de fecha 4 abril 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés en el Procedimiento 39/2013 acordó el divorcio del matrimonio formado por Don _____ y Doña _____, aprobando asimismo el convenio



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



regulador en el que se reconocía a favor de la esposa el derecho a la pensión compensatoria en la suma de 205 euros mensuales, actualizable anualmente a partir del año 2014 de acuerdo con el IPC.

Obra asimismo aportado a las actuaciones un informe de detectives privados en el que sus autores consignan el resultado de una serie de observaciones realizadas en las inmediaciones del domicilio de Doña [redacted] sito en la calle [redacted] de Avilés, y así se dice que el día 21 agosto 2014 se apreció como salía de la vivienda "un señor de unos 60 años de edad" que se reunió con Doña [redacted] en la vía pública y que "nada más verse se abrazaron y besaron en la boca", añadiendo datos acerca de su comportamiento como pareja tales como que él "la abrazaba por encima del hombro", o que caminaban por la calle "abrazando él a la investigada sobre el hombro, mientras ésta llevaba la mano en el bolsillo trasero del pantalón de su compañero", presenciando además cómo ambos entraban y salían juntos de la referida vivienda, y que el varón sea había cambiado de ropa, finalizando la jornada con la entrada de ambos el domicilio de Doña [redacted] a las 21,28 horas, sin que a las 23,00 horas hubiera salido ninguno de ellos. Los datos así descritos se repiten en términos semejantes en las observaciones realizadas el día 25 agosto y 27 agosto 2014. Asimismo se incorpora al informe una fotografía de facebook "en la que se ve a la investigada con su compañero, con los comentarios que en la misma aparecen", obrando en el margen una serie de manifestaciones vertidas por quienes parecen ser amigos de Doña [redacted] con expresiones de cariño hacia la pareja.

Asimismo se ha acordado por esta Sala la incorporación a las actuaciones del informe de detectives que el recurrente acompaña junto con su escrito de recurso y cuya aportación ya había sido intentada por la parte actora en el acto del Juicio Verbal, habiendo sido sin embargo rechazado por la Juez de primera instancia al entender que se trata de





un informe pericial que debió haber sido aportado con antelación a la celebración de la vista.

El informe de detectives privados no constituye realmente una genuina prueba pericial (su finalidad no es la de exponer una serie de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, como señala el art. 335-1 al describir el objeto y finalidad de la prueba de peritos) y su única mención en nuestra legislación procesal viene dada por la exigencia contenida en el ordinal 5º del art. 265-1 de que se acompañe a toda demanda o contestación "Los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquéllas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical". En el supuesto de ser calificado como un informe pericial, la conclusión sería la misma pues el art. 336-1 LEC también ordena a la parte actora su aportación con la demanda. La excepción a estas reglas generales viene dada por el art. 338-1 LEC cuando señala que "Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, a tenor del artículo 426 de esta Ley". El alcance de esta excepción a aquellos límites preclusivos, con la consiguiente admisibilidad de los dictámenes aportados en el propio acto de la vista del Juicio Verbal o en la audiencia previa del Juicio Ordinario, ha sido interpretado por la STS 14 marzo 2011 declarando que "el demandante puede aportar en la audiencia previa los dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda..... La finalidad de la norma es evitar que la introducción en el proceso, al contestar a la demanda, de un elemento de controversia que, aun relacionado o conexo con la demanda, exceda de los términos en que se dejó planteado el





litigio por el demandante, cause indefensión al demandante.... En consecuencia habrá de examinarse en cada proceso lo que fue objeto de la demanda y ha sido objeto de alegación en la contestación para decidir si los artículos 265.4 LEC y 338.1, inciso primero, LEC amparan la presentación de un dictamen o si se pretende su utilización más allá de la previsión de la norma".

Pues bien, en el caso presente encontramos que el nuevo informe de detectives tiene por objeto el de servir de complemento al inicialmente presentado mediante la aportación de las nuevas comprobaciones practicadas por sus autores siete meses después de las iniciales, y ello ante la alegación expuesta por la parte demandada acerca de que la relación de Doña . con Don . es simplemente de amistad, negando que se trate de una relación de convivencia estable. En este nuevo informe se contienen las observaciones realizadas el día 5 marzo 2015 en el que se dice que tras levantarse las persianas de la vivienda a las 09,45 horas se presencia a las 10,13 horas "al compañero de la investigada asomarse a la ventana, al tiempo que hablaba por teléfono" añadiendo que por la tarde volvió a asomarse "despidiéndose de la investigada, que en ese momento salió a la calle, a la que lanzó un beso".

Por otra parte aparece unido a las actuaciones el informe del Registro General de Vehículos de la Dirección General de Tráfico en el que aparece Don

como titular de un vehículo con domicilio fiscal en la vivienda de Doña . (doc. nº 15 demanda), así como una certificación expedida por el Club de Tenis de Avilés en la que se expone que "Doña . con DNI

ostenta la condición de socia del Real Club de Tenis Avilés, desde el día uno de mayo de dos mil catorce (01/05/2014) estando integrada en la cuota social de D. (1490), quién abona mensualmente por ella la cantidad de quince euros con veinticinco céntimos (15,25 euros)".





SEGUNDO.- Don _____ viene a solicitar en la demanda rectora de esta litis que se declare extinguido el derecho de Doña _____ a percibir la pensión compensatoria por causa de convivencia marital con otra persona (art. 101 C.Civil), solicitando asimismo la condena de la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas desde el mes de mayo 2014, o subsidiariamente desde la fecha de la demanda, o subsidiariamente que se establezca el limite temporal de un año desde la demanda para su devengo. Por su parte la Sentencia de fecha 27 marzo 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés en el Procedimiento de Modificación de Medidas 519/2014 acuerda desestimar dicha pretensión al entender que no ha quedado acreditada la convivencia marital de la demandada Doña _____ con otra persona.

TERCERO.- Conviene comenzar el examen del motivo del recurso formulado por Don _____ advirtiéndole que nuestro Alto Tribunal en la STS 9 febrero 2012, ha venido a precisar el alcance y contenido que debe merecer el concepto de "vida marital" empleado por el art. 101 C.Civil como causa extintiva del derecho a la pensión compensatoria que hubiera sido reconocida a cualquiera de los cónyuges para remediar el desequilibrio económico que le hubiera generado la separación o el divorcio. Así, la señalada resolución, tras exponer las distintas posturas que a este respecto venía manteniendo tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales, admite un criterio flexible a la hora de delimitar los contornos de esta situación declarando que "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". Es por ello que el Alto Tribunal concluye declarando que la relación examinada en aquella ocasión





conjunto de circunstancias descritas solo pueden conducir a la conclusión ya expuesta. En definitiva, concurriendo en el caso enjuiciado la relación *more uxorio* contemplada en el art. 101 C.Civil como causa de extinción del derecho a la pensión compensatoria, deberá prosperar el recurso de apelación en este extremo.

CUARTO.- Cuestión distinta es la que atañe a la pretensión contenida en la demanda que se dirige a obtener la devolución de las cantidades que ha venido abonando Don [redacted] desde el mes de mayo 2014, o en su defecto desde la fecha de la demanda, por el concepto discutido. El pronunciamiento judicial que acoge la extinción de la pensión compensatoria por la concurrencia de cualquiera de las causas recogidas en el art. 101 C.Civil reviste carácter constitutivo, surtiendo por ello efectos *ex nunc* y sin que quepa retrotraer su eficacia al momento precedente en que aconteció el hecho extintivo, criterio que por otra parte ha sido mantenido repetidamente por esta Audiencia Provincial (en tal sentido S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 8-1-2009; Secc. 5ª de 15, 12-2011, 7-12-2012; Secc. 4ª de 13-7-2006, etc.), procediendo en consecuencia rechazar este pedimento.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394, 39 y 398 LEC no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Don [redacted] contra la Sentencia de fecha 27 marzo 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés en el Procedimiento de Modificación de Medidas 519/2014, debemos acordar y acordamos REVOCARLA para en su lugar acordar haber lugar a declarar la extinción de la pensión compensatoria a partir de la fecha de





la presente resolución, sin que haya lugar a realizar el resto de pronunciamientos solicitados por el demandante. No ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

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

