



Roj: **SAP O 2515/2016 - ECLI: ES:APO:2016:2515**

Id Cendoj: **33044370062016100283**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **03/10/2016**

Nº de Recurso: **351/2016**

Nº de Resolución: **277/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00277/2016

N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO N. 3 4 PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33032 41 1 2014 0000939

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000351 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 0000382 /2014

Recurrente: Edemiro , Rosa

Procurador: MARIA TERESA CASAR GONZALEZ, MARIA DOLORES LOPEZ ALBERDI

Abogado: MANUEL AMALIO DIAZ BARBON, DON JUAN JOSE ASTORGANO ALVAREZ

Recurrido: Edemiro , Rosa

Procurador: MARIA TERESA CASAR GONZALEZ, MARIA DOLORES LOPEZ ALBERDI

Abogado: MANUEL AMALIO DIAZ BARBON, DON JUAN JOSE ASTORGANO ALVAREZ

En OVIEDO, a tres de octubre de dos mil dieciséis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María Elena Rodríguez Vigil Rubio, Presidente; D. Jaime Rianza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N°277/16

En el Rollo de apelación núm.351/16 , dimanante de los autos de juicio civil Divorcio Contencioso, que con el número 382/14 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , siendo apelante/apelado DON Edemiro , demandado en primera instancia, representado por la Procuradora Doña María Teresa Casar González y asistido por el Letrado Don Manuel Amalio Díaz Barbón; y como parte apelante/apelada **DOÑA Rosa** , demandante en primera instancia, representada por la Procuradora Doña María Dolores López Alberdi y asistida por el Letrado Don Juan José Astorgano Álvarez ; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Gutiérrez García.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 dictó sentencia en fecha 28/04/16 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **QUE SE ESTIMA** la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. De Prendes Suárez, en nombre y representación de DÑA. Rosa , contra D. Edemiro , con los siguientes pronunciamientos:

1º Declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por **Dña. Rosa y D. Edemiro** con los efectos legales inherentes a dicha declaración.

2º- Se establece una **pensión compensatoria** a favor de Dña. Rosa y a cargo de D. Edemiro por importe de 200 euros mensuales y por un periodo de dos años a contar desde la fecha de la presente Resolución. La referida suma se habrá de abonar por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la esposa designe al efecto debiendo ser además actualizada el día 1 de enero de cada año de conformidad con el incremento que hubiere experimentado el Índice de Precios al Consumo en la anualidad precedente, publicado por el I.N.E. u organismo que, en su caso, pudiere sustituirlo sin que quepa aminorar la pensión compensatoria por índices negativos.

3º. No ha lugar a la fijación de pensión de alimentos a favor de Dña. Isabel .

4º No se efectúa expresa imposición de costas."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante y demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 29/09/16.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara la disolución, por causa de divorcio, del matrimonio de los litigantes, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y establece las siguientes medidas: una pensión compensatoria a favor de Dña. Rosa y a cargo de D. Edemiro por importe de 200 euros mensuales y por un periodo de 2 años, por considerar que el tiempo transcurrido desde el cese de la convivencia no se reputa por sí solo motivo suficiente para denegar la pensión en base a la presunción de que Dña. Rosa dispuso de medios económicos toda vez que se entiende que ha existido una vinculación económica. Resultando que la ruptura hubo de producir en la Sra. Rosa un desequilibrio económico al verse privada de la fuente de ingresos de mayor relevancia que tenía la unidad familiar confrontando los ingresos que en el momento de la ruptura percibía el Sr. Edemiro y la situación de desempleo en que se encontraba Dña. Rosa .

Sin que establezca alimentos la resolución de instancia a favor de la hija Dña. Isabel al no tener por legitimada a la actora para solicitar alimentos para su hija ya mayor de edad al momento de interponerse la demanda y sin convivencia con ella.

Ambos pronunciamientos han sido objeto de apelación por parte de Dña. Rosa . El referido a la pensión compensatoria, por vulneración de art. 775 LEC e inexistencia de variación sustancial de las circunstancias que permitan variar dicha medida. Y sobre la retirada de la pensión de alimentos a favor de la hija Dña. Isabel al no haberse demostrado que la misma sea independiente económicamente y haber concluido su formación y que además ya no conviva con su madre.

En el recurso de apelación de D. Edemiro se combate la fijación de la pensión compensatoria a su cargo y a favor de Dña. Rosa .

SEGUNDO.- Es doctrina jurisprudencial reiterada que lo pactado entre los esposos en los convenios reguladores de la separación o divorcio, aunque no llegaran a ser presentados ante el juzgado, y por lo tanto tampoco homologados judicialmente, tienen la fuerza de obligar a los firmantes al cumplimiento de lo pactado. Es un negocio jurídico bilateral, aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, y por lo tanto válido y eficaz como tal acuerdo.

En el presente caso los litigantes, firmaron en el año 2012 un convenio regulador relativo a los efectos de su matrimonio que aunque no fue presentado a ratificación judicial, si estuvo vigente hasta el presente, cumpliendo las partes lo estipulado en él.

En el mismo acordaron, y por lo que aquí interesa, respecto de la vivienda familiar, que tienen intención de vender, pero que en tanto no suceda, el uso y disfrute de la misma junto con el ajuar doméstico, sería disfrutada por el esposo junto con su hijo mayor de edad, Josua, con quien se queda. La esposa, junto con la hija menor, Isabel , abandonarían el mismo, llevándose sus pertenencias personales.



Se fija como alimentos a favor de la hija menor, y con cargo a su padre, la cantidad de 200 euros mensuales.

Dña. Rosa , se dice que siempre ha trabajado, si bien, en ese momento no lo hacía, por lo que el esposo le pasará un pensión compensatoria temporal, de 300 euros mensuales.

Se hacía constar respecto a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, dado que el único bien es la casa con su finca rústica adyacente, que se pondrá a la venta, vendida, el montante económico será repartido entre los cónyuges al 50%, si bien el esposo descontará de la parte que le corresponda a la esposa la cantidad correspondiente a todas las mensualidades que hubiera abonado a Dña. Rosa .

D. Edemiro vino cumpliendo lo acordado en cuanto al abono de las pensiones hasta fechas recientes.

TERCERO.- En relación a la legitimación para reclamar alimentos, cuando se trata de los debidos a los hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar y carecen de ingresos propios, le es conferida al progenitor que tiene atribuida la custodia, por disponerlo así el párrafo 2º del art. 93 del código civil . Y lo reconoce de forma expresa el STS en la sentencia de fecha 12 de junio de 2014 en donde expresamente se establece que " *Se ratifica como doctrina jurisprudencial la acordada en sentencias de esta Sala de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000 en el sentido de reconocer la legitimación de los padres para solicitar, dentro de los procesos matrimoniales, alimentos para hijos mayores de edad, que los precisen y que convivan con ellos, con los límites fijados por el art. 93.2 del Código Civil* " .

Cuando tales circunstancias no concurren, el progenitor carece del tal legitimación ad causam para impetrar alimentos a favor de los independientes económicamente y que no se encuentren incapacitados para reclamarlos por si mismos, pues en tal caso solo los hijos tienen título hábil para instar su reclamación.

Y en el presente caso, la hija para quien la madre solicita alimentos en la demanda de divorcio, nació el 17 de octubre de 1996, por lo en la actualidad es mayor de edad. El padre niega legitimación a la madre para pedir alimentos para su hija, que los reclama en la misma cuantía que en el convenio, no solo en el hecho de ser mayor de edad, sino por el hecho que desde hace algún tiempo vive de forma independiente con un chico, sin que realice estudios de ningún tipo para completar su formación.

Y de las pruebas de autos aparece innegable la vida independiente de su madre de la hija Isabel , por cuanto en el domicilio que Dña Rosa señala como su residencia de la calle AVENIDA000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 de Gijón, no consta empadronada según el certificado remitido por la Policía Local de Gijón, y en el seguimiento por **detective** practicado en dicho domicilio, en los meses observados no apareció la misma como residente en esa casa, sin que se manifestara que la causa de su ausencia fuera por razón de estudios.

Por lo que ha de ratificarse la decisión de instancia en orden a la falta de legitimación de la madre para reclamar alimentos para su hija.

CUARTO.- En relación a la pensión compensatoria que se concede en la sentencia por un plazo de dos años y por importe de 200 euros. Como se dice en la STS de 11 de diciembre de 2015 : " *Es reiterada la doctrina de esta Sala (SSTS 20 de abril y 10 de diciembre 2012 ; 25 de marzo 2014 que: "1º la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 de marzo , confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997* .

El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre) .

Desde la perspectiva del artículo 101 CC puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto de hecho normativo a que se refiere dicho precepto, y que fue causa de su reconocimiento (SSTS de 23 de enero y 10 de diciembre de 2012) .

No obstante, cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad."

Dña. Rosa reclama en la demanda y reitera en esta alzada la misma cantidad que fue fijada en el convenio suscrito privadamente por las partes al no haberse producido una variación sustancial de las circunstancias que permitan modificar esta medida. En base a que los trabajos que realiza son de carácter temporal y de



media jornada, habiendo trabajado en el Restaurante La Lonja hasta el 30 de junio de 2015, no constando que al momento actual realice trabajo alguno ni perciba ningún tipo de prestación, permaneciendo D. Edemiro en el uso de la vivienda que aún no se ha vendido. Este, por su parte, percibe una pensión de jubilación de 38.397 euros anuales.

El Sr. Edemiro impugna el establecimiento de la pensión compensatoria y considera que no procede su concesión después de un tiempo prolongado sin reclamar pensión de alimentos y trabajando ella con normalidad y estabilidad laboral. Ni puede ampararse para ello en lo acordado en el convenio regulador que firmado al poco tiempo de la ruptura matrimonial en el año 2012. Además que Dña Rosa mantiene una convivencia análoga a la marital.

No puede, en este caso, considerarse que entre la ruptura de la convivencia marital y la reclamación de la pensión compensatoria pasó un lapso de tiempo durante el cual el cónyuge frente a quien se solicita no haya contribuido al levantamiento de las cargas familiares, lo que haría perecer el derecho a su percepción, que evidenciaría cierta independencia económica por parte de la peticionante y excluyente del desequilibrio de esa naturaleza que se trata de paliar con la pensión (A.P. sección 4ª sentencia de 18 de marzo de 2014), pues como ha sido admitido, el esposo desde el año 2012 en que se produjo la separación viene abonado la pensión compensatoria acordada por ambos en el convenio regulador que suscribieron hasta fechas recientes.

En cuanto al trabajo que la misma desarrolla, es cierto, que al momento actual no consta que lo realice, pero examinando su vida laboral y cualificación que aparece en su curriculum, tiene experiencia laboral y realizó trabajos desde el año 1984, si bien, no de una manera totalmente fija y estable, teniendo periodos de desempleo, habituales en el desarrollo laboral actual, máxime en el sector en que ella desarrolla su actividad en comercio y hostelería como lo demuestra su titulación de manipuladora de alimentos y carnicería y pescadería. No existiendo el más mero indicio de la enfermedad a la que aludió en su demanda.

QUINTO.- Como se establece en la sentencia de la sección 4º de fecha 7 de julio de 2014 : "*La extinción de la pensión compensatoria , por convivencia marital de la beneficiada con una tercera persona, se trata de una circunstancia que, por afectar a la esfera íntima de las personas, generalmente, no existe una prueba plena, directa de ella, sino que ha de deducirse racionalmente, por datos indiciarios, teniendo en cuenta además, la existencia de una voluntad deliberada de quien recibe la pensión de obstaculizar y evitar cualquier actitud pública de la que pueda desprenderse esa convivencia , con las graves consecuencias pecuniarias que ello le irrogaría -la pérdida de la pensión compensatoria "*

En relación a la convivencia marital de Dña. Rosa con una tercera persona, consta en autos informe de **detective** privado que realizó observación de las personas que habitan la vivienda sita en la AVENIDA000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 de Gijón en varios días entre los meses de febrero y marzo de 2014, llegando a la conclusión a tenor de las observaciones practicadas que Dña. Rosa reside en este domicilio en compañía de un varón. Y así lo ratificó en la vista, en que a su entender lo hacían como una pareja normal, entrando cada uno con sus llaves. Si bien explicó a preguntar del Letrado de la apelante que ciertamente desconoce y no sabe la intimidad desarrollada en el interior de la vivienda. Pero esa ocultación es algo con lo que se cuenta a efectos de determinar la existencia o no de convivencia marital que ha de extraerse del conjunto del resto de pruebas e indicios.

Es cierto que desde la fecha en que se realizó el informe no constan más datos en relación a sí la convivencia persiste, pues, a salvo de que su permanencia en ese domicilio se presume por ser el que aporta al procedimiento como domicilio y en el que se encuentra empadronada, y siendo éstos los únicos datos fehacientes, al no haber comparecido Dña. Rosa al acto de la vivienda por lo que no pudo contestar a la preguntar que en tal sentido se le dirigieron sobre si tiene relación de tipo marital y convive con un señor en la AVENIDA000 (art. 304 LEC), para desvirtuar tales extremos, y como se tiene dicho en la sentencia de la sección 7ª de esta audiencia de 4 de diciembre de 2001 : "*si bien la prueba de la convivencia o relación incumbe al demandante, la demostración de que aquella no reúne las características de estabilidad y permanencia que la convierten en relación de contenido asimilable a la matrimonial (more uxorio)..."* o añadimos, que obedezca a otra causa que no sea la afectiva de pareja", corresponde a quien goza de tal situación, por la teoría de la facilidad probatoria, recogida por una constante jurisprudencia (sentencia del T5ribunal Supremo de 1 de Septiembre de 1997), y hoy positivizada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , toda vez que es la apelante la que cuenta con los datos capaces de determinar en cada momento la clase de relación que mantiene con una tercera persona..., y en

A ello ha de añadir la necesidad de interpretar las normas jurídicas a tenor de la realidad social de cada momento, artículo 3 del Código Civil . Así la STS de 9 de febrero de 2013 señala: "*Para darle sentido a dicha regla, 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 solo 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, 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 todo ello, en el caso de autos, el tribunal considera, discrepando de la valoración realizada por la juzgadora de instancia, que hay pruebas bastantes para afirmar que la relación mantenida por Dña. Rosa reúne las notas características arriba descritas para poder ser calificada como "vida marital" o convivencia *more uxorio*, suficiente para producir el efecto contemplado en el art. 101 C. Civil de extinción de la pensión compensatoria.

SEXTO.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto por Dña. Rosa conlleva, a tenor de lo establecido en el art. 398 apartado 1º de la Ley de enjuiciamiento civil, la condena a la apelante a la imposición de las costas causadas en esta alzada.

Procede, por tanto, estimar el recurso interpuesto por D. Edemiro y revocar la sentencia apelada en el sentido de no establecer pensión compensatoria a su cargo y a favor de Dña. Rosa; y, sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada, en virtud de lo dispuesto en el precepto anteriormente citado.

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal acuerda

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. De Prendes Suárez en nombre y representación de Dña. Rosa contra la sentencia dictada el día 28 de abril de 2016 por el juzgado de primera instancia nº 1 de DIRECCION000 en los autos de divorcio contencioso nº 382/2014, con imposición de las costas causadas en esta alzada. Y **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Casar González en nombre y representación de D. Edemiro contra la citada resolución y, en consecuencia, manteniéndola en el resto de pronunciamientos, se **REVOCA** la misma en el sentido de no fijar pensión compensatoria a favor de Dña. Rosa. Sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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