



Roj: **SAP O 2336/2014 - ECLI: ES:APO:2014:2336**

Id Cendoj: **33044370012014100243**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2014**

Nº de Recurso: **299/2014**

Nº de Resolución: **247/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00247/2014

SENTENCIA Nº 247/14

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D.Jose Antonio Soto Jove Fernandez

MAGISTRADOS

D.Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a veintiséis de Setiembre de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000090 /2014, procedentes del JDO.1A.INST. E INSTRUCCION N.5 de AVILES, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000299 /2014, en los que aparece como parte apelante, Victorino , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ROSA MARIA LOPEZ TUÑON, asistido por el Letrado D. MANUEL ANTONIO COBAS ALONSO, y como parte apelada, Cecilia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. NURIA ARNAIZ LLANA, asistido por el Letrado D. MARIA JOSE DIAZ MODINO, y el MINISTERIO FISCAL en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Aviles el 22 de Mayo de 2014, dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 22 de Mayo de 2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimo la demanda interpuesta por DOÑA Cecilia frente a Victorino , dejando sin efecto la atribución del uso y disfrute del piso sito en DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 de Luanco sin imposición de las costas".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes.

CUARTO.- Se señalo para deliberación votación y fallo el día 24 de Setiembre de 2014 quedando los autos para sentencia.



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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Jose Antonio Soto Jove Fernandez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de instancia centra con claridad el objeto de debate en la litis, a saber si la hija común de los litigantes Tania y Don Victorino habitan en la vivienda de la DIRECCION000 de Luanco que fue domicilio conyugal de éste y de Doña Cecilia , vivienda cuyo uso se atribuyó a la menor y a su padre al adjudicarse a éste la guarda y custodia sobre la niña en Sentencia de Divorcio de 3 de Abril de 2009 confirmada en dicho extremo por Sentencia de 13 Octubre del mismo año de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, pero cuya titularidad dominical y la carga hipotecaria afecta se adjudicó a Doña Cecilia en el trámite de liquidación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, concluyendo el Juez a quo que de la prueba practicada se desprende que hija y padre ya no viven en la sobredicha vivienda.

SEGUNDO.- La motivación del Juez aparece tan ordenada y coherente que poco puede añadir el Tribunal sin incurrir en superflua reiteración argumental. El apelante reconoce que su pareja desde hace años Estefanía y el hijo de ambos (relación ya contemplada en las Sentencias de divorcio) residen en vivienda de la CALLE000 de la misma localidad y el soporte probatorio conlleva a la deducción de que él y Tania no se limitan a visitar accidentalmente este domicilio sino que habitan de modo estable en el mismo de suerte que Don Victorino acude con Tania a la vivienda que fue conyugal de los litigantes solos a efectos de materializar la entrega y recogida de la niña en el desenvolvimiento del régimen de visitas de ésta con Doña Cecilia , no siendo ilustrativo que ésta en declaración en Diligencias Previas por posible abandono de familia en Octubre de 2013 indicase que la vivienda conyugal la usaban su exmarido y su hija, pues lo vincula a que por esta causa ella viva con sus padres y de hecho ella no era titular del uso.

TERCERO.- No obstante el esfuerzo dialéctico del recurso, los consumos de electricidad y agua en la antigua vivienda conyugal consignados con precisión en la recurrida son tan ínfimos que bajo pautas de sana crítica exijan presumir que no se corresponden mínimamente con los propios de una vivienda habitada de modo estable por dos personas y sentada esta presunción al demandado competía acreditar una vivencia estable más allá de un destino residencial y accesorio conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217 LEC , carga probatoria que no satisfacen ni referencias unilaterales a empleo de gas en la vivienda, en todo caso desvinculado del mínimo consumo de agua ni el mantenimiento formal de esta como aparente domicilio a efectos oficiales y de servicios de correspondencia por lo expuesto por el Juez , debiendo añadir que en principio el demandado aparece emplazado por exhorto en el domicilio consignado como suyo en la localidad de la CALLE000 , pues el hecho de que en el exhorto se haya añadido a mano un cambio de dirección en el domicilio de DIRECCION000 aflora una indicación en tal sentido pero no que resultase infructuosa la diligencia inicial en el consignado en la demanda materializada el 6 de Marzo de 2014, al margen de que providencia de 28 de Marzo si se notificase en DIRECCION000 .

CUARTO.- Lo expuesto confirma en si mismo la conclusión fáctica del Juez en la que abunda el informe de **detective** ratificado en el plenario, insistiendo el recurso en una licitud de esta prueba fundamentamente rechazada en la recurrida, de seguirse la tesis sugerida por el apelante los diferentes hechos personales con relevancia jurídica no podrían ser objeto de actividad probatoria (domicilio, actividad laboral, situaciones físicas o psíquicas, capacidad patrimonial,...) cuando el ordenamiento lo que prohíbe no es la indagación sobre los hechos personales sino que la misma menoscabe los derechos fundamentales citados por el Juez no pudiendo sostenerse bajo criterio ponderado de antijuridicidad que manifestaciones del **detective** o instantáneas del demandado o de su pareja accediendo, saliendo o en las inmediaciones del domicilio de la CALLE000 , o en zonas del inmueble abiertas y visibles desde la vía pública atenten contra el honor o contra la imagen propia en lugares reservados e íntimos.

QUINTO.- No concurre por ello ni ilicitud probatoria ni error en la valoración de la prueba y no cabe alegar infringido el art. 96 CC cuando su ratio, la protección del interés prevalente del menor, ha desaparecido al residir de modo estable con su padre y el nuevo núcleo familiar de éste en domicilio distinto al que fue marital de los litigantes, de modo que como fundamenta el Juez pretender mantener la atribución del uso de éste acordada en el proceso de divorcio deviene en una pretensión abusiva al vincularse a una apariencia artificiosa y no a la satisfacción real de la necesidad de vivienda de Tania .

Se traduce todo ello en la desestimación del recurso de apelación, con imposición de costas de su trámite ex art.398 LEC a la parte apelante dado que las eventuales dudas jurídicas que pudieran haberse sustentado en la fase de instancia y que invocó el Juez a quo para obviar la aplicación del criterio pericial del vencimiento respecto a costas de la instancia han quedado superadas tras la exhaustiva fundamentación de la recurrida.



FALLO

Que desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por DON Victorino , contra la sentencia dictada en 22 de Mayo de 2014 por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia numero 5 de Aviles debemos de acordar y acordamos **CONFIRMARLA** en todos sus pronunciamientos con imposición de las costas de este Recurso a la parte apelante.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ