



Roj: **SAP MA 2937/2016 - ECLI:ES:APMA:2016:2937**

Id Cendoj: **29067370062016100783**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **24/11/2016**

Nº de Recurso: **59/2016**

Nº de Resolución: **818/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LA SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Vélez-Málaga, núm. 4, 30-09-2015 ,
SAP MA 2937/2016**

SECCIÓN SEXTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

CIUDAD DE LA JUSTICIA

C/ Luis Portero s/n

Tlf.: 951 939 216/ 951 939 016. Fax: 951 939 116

N.I.G. 2909442C20140001044

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 59/2016

Asunto: 600069/2016

Autos de: Familia. **Divorcio** Contencioso 187/2014

Juzgado de origen: JUZGADO MIXTO Nº4 DE VELEZ-MALAGA

Negociado: 09

Apelante: Maximo

Procurador: AGUSTIN MORENO KUSTNER

Abogado:

Apelado: Valentina

Procurador: JOSE ANTONIO ARANDA ALARCON

Abogado:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE VÉLEZ-MÁLAGA

PROCEDIMIENTO DE **DIVORCIO** Nº 187/2014

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL N.º 59/2016

SENTENCIA N.º 818/16

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistradas:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

En la Ciudad de Málaga, a veinticuatro de Noviembre de dos mil dieciséis

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de **Divorcio** Nº 187/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vélez-Málaga, seguidos a instancia de D^a Valentina representada en el recurso por el Procurador D. Jose Antonio Aranda Alarcón y defendida por el Letrado D. Antonio Vicente Martínez Gómez, contra **D. Maximo** representado en el recurso por el Procurador D. Agustín Moreno Kustner y defendido por el Letrado D. Miguel Ángel Cid González, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vélez-Málaga dictó sentencia el 30 de Septiembre de 2015 en el Juicio de **Divorcio** nº 187/14 del que este Rollo dimana, cuyo Fallo es el siguiente: "*QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el procurador José Antonio Aranda Alarcón en nombre y representación de Valentina frente a Maximo DEBO DECLARAR Y DECLARO la disolución por **divorcio** del matrimonio formado por los expresados cónyuges, y acuerdo las siguientes medidas:*

primero: disolución del matrimonio y revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro;

segundo: no ha lugar a atribuir a ninguno de los esposos el uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 nº NUM000 de Vélez Málaga;

tercero: se concede a Maximo uso de la motocicleta suzuki matrícula WDQ ;

*cuarto: las partes podrán disfrutar por períodos trimestrales de la **compañía** del perro raza cocker.*

Todo ello sin expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se formuló recurso de apelación por el Procurador D. Agustín Moreno Kustner en nombre y representación de D. Maximo , del que se dio traslado a la otra parte litigante, presentado escrito de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse propuesto prueba ni considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala el 20 de Octubre de 2016, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Iltra. Sra. D^a Soledad Jurado Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como medida provisional contenida en el auto dictado un año antes a la sentencia recurrida, se atribuye a la esposa el uso y disfrute del domicilio familiar, y en la sentencia, como medida inherente al **divorcio**, en relación a la atribución del uso del domicilio familiar sito en c/ CALLE000 NUM000 , NUM001 - NUM002 de Torre del Mar (Vélez-Málaga), acuerda no atribuirlo a ninguno de los esposos al ser de aplicación a la presente litis el tercer párrafo del artículo 96 CC : "*No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*". A partir de lo anterior, considera que, dada la igualitaria capacidad económica de ambos cónyuges, no aprecia en ninguno de ellos una situación de especial necesidad que implique contemplar conceder una mayor protección mediante la atribución del uso de la vivienda a alguno de ellos aun de forma temporal.

Este pronunciamiento es objeto de recurso por el esposo demandado a fin de que se le atribuya el uso del domicilio familiar a él, lo que fundamenta en error en la apreciación y valoración de la prueba pues de la practicada queda acreditado que es dicho cónyuge merecedor de una especial protección por ser la parte mas necesitada comparativamente con su ex-pareja; esta afirmación se basa en una serie de circunstancias de las que únicamente tiene trascendencia jurídica la referente a que la demandante no necesita el domicilio familiar al haber quedado acreditado por los informes de detective que reside con su actual pareja en una vivienda espaciosa, mientras el demandado debe residir en una vivienda de alquiler desde el dictado del auto de medidas provisionales (hace mas de un año y tres meses). Respecto de esos hechos, la parte apelada solo



alega que no abandonó el domicilio familiar sino que se vio despojada de su uso por el cambio de cerradura que llevó a cabo el apelante.

Entrando a resolver sobre esta cuestión, no constituyen hechos controvertidos que, como colofón de la crisis matrimonial ya producida, la esposa abandona el domicilio familiar entre septiembre-octubre de 2013 y que, a las semanas, el esposo cambia la cerradura de la vivienda impidiendo el libre acceso a la misma de la demandante, hecho denunciado el 5 de Noviembre de 2013 por la esposa (doc. 7 demanda). El 5 marzo 2014 se inicia el procedimiento de **divorcio** mediante demanda formulada por la esposa en la que hace constar como su domicilio el sito en c/ DIRECCION000 NUM003 de Torre del Mar; el 15 de Julio de 2014 se dictó auto de medidas provisionales en el que se atribuía a la esposa provisionalmente el uso del domicilio familiar. La prueba de informes de detective (f. 181 y f. 206), no desvirtuada por ninguna otra, acredita que en octubre de 2014 la demandante vive junto con su pareja sentimental en el mismo domicilio designado en la demanda sita en c/ DIRECCION000 NUM003 , estando deshabitada la vivienda que constituyó el domicilio familiar en c/ CALLE000 NUM000 , como seguía estando deshabitada en marzo de 2015.

La finalidad última de las normas contenidas en el artículo 96 CC es la de proteger la necesidad de habitación de los miembros de la unidad familiar tras la ruptura de la convivencia, y en ese orden de cosas, su tercer párrafo establece la posibilidad del uso del domicilio familiar por uno solo de los ex-cónyuges por el tiempo que prudencialmente se fije cuando su interés fuera el más necesitado de protección. En el caso de litis, ese mayor interés respecto de la vivienda lo representa el esposo toda vez que la esposa carece de interés alguno por el uso del que fue domicilio familiar, y si bien es cierto que tras la ruptura conyugal el esposo impidió el acceso a la vivienda de la esposa, también lo es que, con posterioridad a ese hecho, se dictó el auto de medidas provisionales habiendo transcurrido, al menos, un año constando que la esposa no ha vuelto a residir en dicho domicilio familiar sino que mantiene su domicilio en sita en c/ DIRECCION000 NUM003 , lo que permite presumir que, en realidad, la esposa no tiene por el momento la necesidad de alojamiento a través de la ocupación de la vivienda familiar, que sí tiene el esposo, al que debe otorgarse dicho derecho sin otra limitación temporal que el momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales, al resultar de aplicación la doctrina jurisprudencial que declara que el art. 96.3 del C. Civil , permite, en ausencia de hijos, la atribución de la vivienda al cónyuge no titular, cuando su interés fuese el más necesitado de protección (STS 5 de septiembre de 2011 , 12 de febrero de 2014 y 23 junio 2015). Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y atribuir al apelante el uso del domicilio familiar sito en c/ CALLE000 NUM000 .

SEGUNDO.- Como otra de las medidas inherentes al **divorcio**, la sentencia establece que las partes podrán disfrutar por períodos trimestrales de la **compañía** del perro raza cocker, medida ya adoptada en el auto de medidas provisionales sin que conste evidencia de que la permanencia con alguno de los litigantes puede generar un perjuicio para la salud del **animal**.

Este pronunciamiento es objeto de recurso a fin de que la perra permanezca en la exclusiva posesión del esposo, lo que fundamenta en que la esposa abandonó también al **animal** cuando abandonó el domicilio familiar, quedando acreditado por el informe pericial presentado las consecuencias negativas para el **animal** puede acarrear alternar la convivencia con dos dueños.

Este motivo recurrente procede ser desestimado pues, siendo intrascendente a los efectos de esta litis la titularidad administrativa del **animal**, no es hecho controvertido los fuertes lazos emocionales entre ambos litigantes con la perra, y de ésta respecto de sus dos dueños, y no ha quedado acreditado que el sistema de permanencia alterna con cada uno de los condueños cada tres meses perjudique mas al **animal** que si se optara por la que propone el recurrente consistente en la ausencia inopinada de unos de los dueños para siempre, escenario no contemplado en el informe pericial presentado por la parte ahora recurrente. Considera esta Sala que la solución adoptada en la sentencia (alternancia trimestral) es el mal menor frente a la otras soluciones sin que haya quedado acreditado, ni tan siquiera se ha alegado, que la perra propiedad de los litigantes haya sufrido alguno de los perjuicios que augura dicho técnico durante el transcurso de mas de un año en que el **animal** viene conviviendo por trimestres alternos con cada uno de sus dueños bajo el sistema establecido en el auto de medidas provisionales, y ello sin perjuicio de que las partes puedan acordar un sistema de estancias a favor del dueño cuando la posesión de la perra le corresponda al otro.

La Ley de Protección de **Animales** de Andalucía Ley 11/2003, de 24 de noviembre tiene por objeto la regulación de las condiciones de protección y bienestar de los **animales** que viven bajo la posesión de los seres humanos, y en particular de los **animales** de **compañía**, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En aplicación de la misma se establece como medida integrada en la anterior que el sistema de posesión de la perra podrá modificarse en ejecución de esta sentencia si alguno de los condueños incumple las obligaciones de cuidado que dicha Ley impone a los mismos respecto del **animal**.



TERCERO.- De acuerdo a lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando sean estimadas las pretensiones de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los artículos citados y los demás de legal y oportuna aplicación,

FALLAMOS:

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Agustín Moreno Kustner en nombre y representación de D. Maximo , con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vélez-Málaga el 30 de Septiembre de 2015 en el Juicio de **Divorcio** nº 187/14, debemos acordar y acordamos:

A) atribuir a D. Maximo el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en c/ CALLE000 NUM000 hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo a su cargo los gastos de suministros y a cargo de ambos copropietarios los gastos inherentes al título de propiedad;

B) la posesión del perro raza cocker que las partes podrán disfrutar por períodos trimestrales podrá modificarse en ejecución de sentencia para el caso de incumplimiento de las obligaciones que impone a dicha posesión la Ley de Protección de **Animales** de Andalucía Ley 11/2003, de 24 de noviembre;

C) confirmar la sentencia recurrida en el resto de sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General de 30 de diciembre de 2011, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 37/11 de 10 de Octubre.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.