

Id Cendoj: 08019370182006100290
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 18
Nº de Recurso: 885/2005
Nº de Resolución: 375/2006
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION DECIMOCTAVA

ROLLO Nº 885/2005

SEPARACION NÚM. 1105/2004

JUZGADO de PRIMERA INSTANCIA 16 BARCELONA

S E N T E N C I A Núm. 375/06

Ilmos. Sres.

D. ENRIQUE ANGLADA FORS

D^a. M^a DOLORS VIÑAS MAESTRE

D. ENRIC ALAVEDRA FARRANDO

En la ciudad de Barcelona, a dieciocho de mayo de dos mil seis.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio de Separación, número 1105/2004 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona a instancias de D. Leonardo , contra D^a. Encarna ; los cuales penden ante esta superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia dictada en los mismos el día 21 de junio de 2005, por la Juez del expresado Juzgado, con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: ""FALLO: Que debiendo estimar como estimo parcialmente la demanda interpuesta por Leonardo representado por el Procurador Sra. Saez Buil contra D^a: Encarna representado por el Procurador Sra. Morcillo Villanueva y la demanda reconventional sostenida por la Sra. Encarna bajo la misma representación, contra el Sr. Leonardo igualmente representado, debo declarar y declaro la separación de dicho matrimonio, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y acordando la adopción de las siguientes medidas: 1ª) La separación definitiva de los cónyuges litigantes. 2ª) Atribuir la guarda y custodia de las hijas menores de edad a la madre, permaneciendo la patria potestad en ambos progenitores. 3ª) Fijar como régimen de visitas del padre para con las hijas los fines de semana alternos desde las 11 horas del sábado a las 20 del domingo, debiéndose recoger y reintegrar a las menores en el servei de punt de trobada. Se acuerda que por el SATAV se efectúe un seguimiento de las visitas, debiéndose emitir informe en los términos de tres

meses o antes de resultar conveniente, pudiéndose en ejecución de esta resolución ampliar el mismo, si fuera beneficioso para las hijas. 4ª) La asignación del uso del domicilio conyugal a la esposa y a las hijas en cuya compañía quedan, pudiendo el padre retirar del mismo sus efectos personales y los de su exclusiva pertenencia, previo inventario si fuera pertinente. 5ª) Fijar como pensión alimenticia en favor de las hijas a abonar por el padre, la suma mensual de 1.600 euros, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, siendo tal suma susceptible de revisión anual conforme al IPC que anualmente publique el organismo estatal competente. 6ª) Fijar como pensión compensatoria en favor de la esposa, a abonar por el marido, la suma mensual de 400 euros durante dos años a contar desde la fecha de la presente resolución, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, siendo tal cifra susceptible de revisión anual conforme al I.P.C. que anualmente publique el organismo estatal competente. 7ª) Queda disuelto el régimen económico matrimonial. Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente expediente"

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante, mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal que presentaron escrito de oposición; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo de 2006.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente la Magistrada Ilma. Sra. M^ª DOLORS VIÑAS MAESTRE.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Contra el régimen de visitas establecido en la sentencia entre el padre y las hijas, se alza el recurrente, solicitando que se establezcan estancias durante los periodos vacacionales. Entiende el apelante que la sentencia no contiene ni un solo dato que aconseje no establecer un régimen de visitas de vacaciones paterno filial. La sentencia recoge las consideraciones de la psicóloga que testificó en sede de Medidas provisionales y del informe emitido por el psiquiatra. Deriva de ambas pruebas que resulta aconsejable la relación padre e hijas y que el padre no se encuentra incapacitado para atender de manera adecuada a sus hijas y desarrollar su función paterna. Recoge asimismo las consideraciones del informe emitido por el SATAV, en cuyo informe se pone de manifiesto el distanciamiento existente entre padre e hijas, la negativa repercusión, que la litigiosidad existente entre ambos progenitores, está teniendo en la normal reanudación de la relación paterno filial y las dificultades del padre para empatizar con las necesidades de sus hijas. El informe del SATAV aconseja el establecimiento de los contactos en términos de progresividad y en función de la adecuada adaptación de las menores. Atendiendo al contenido de dicho informe la sentencia ha establecido un régimen de visitas inicial de fines de semana alternos y ha acordado el seguimiento del SATAV, tras cuyo informe se prevé la posible ampliación de la sentencia en trámite de ejecución. No se está limitando por tanto de forma indefinida la relación paterno filial, sino solo de forma temporal, con la exclusiva finalidad de afianzar, de forma progresiva, la relación entre el padre y las hijas hasta llegar a un régimen de visitas totalmente normalizado. Los informes emitidos tras realizar el seguimiento por parte del SATAV, informes que han sido aportados en esta alzada, ponen de relieve circunstancias de extraordinaria gravedad. Hay un primer informe emitido en noviembre de 2005 en el que se afirma que no se valora como restablecido y consolidado el vínculo afectivo y aconseja como adecuado que las menores gocen de un periodo vacacional. De dicho informe se desprende que pese a que en un momento inicial las permanencias de las niñas con su padre han llegado a ser gratificantes, especialmente durante el periodo vacacional de verano, las entregas de las niñas en el punto de encuentro han vuelto a resultar difíciles y la hija mayor sigue manteniendo una actitud total de rechazo hacia su padre, actitud que la madre no colabora a modificar. La actitud de la hija menor Soledad es distinta, aunque se identifica con la postura de su hermana mayor. En la actitud de oposición de las menores frente a su padre, la madre ha adoptado un comportamiento de apoyo o soporte de dicha actitud, sin valorar que esta colocando a las niñas en una situación de riesgo. En dicho informe se afirma asimismo que la hija mayor Ariadna cumple las once manifestaciones o síntomas que constituyen el síndrome de **alienación parental** y valoran como conveniente el tratamiento psicoterapéutico de las relaciones familiares a cargo de un psiquiatra al que ha acudido la hija mayor a instancias de la madre. En el segundo informe aportado, emitido el mes de diciembre de 2005, se pone de relieve la necesidad de que la madre desarrolle estrategias para transmitir a las hijas el apoyo que necesitan para elaborar la relación con su padre y se insiste en la necesidad de un seguimiento psicoterapéutico. Finalmente, atendiendo a la situación de riesgo en la que se encuentran las niñas, se aconseja incluso un cambio de custodia si la madre no cambia de actitud. Todas las consideraciones anteriores conducen a concluir que la litigiosidad inicial existente entre ambos progenitores, y la postura adoptada por la madre de apoyar, sin valorar adecuadamente las consecuencias, la oposición

de las hijas hacia la figura de su padre, unido a la falta de recursos del padre para afrontar la situación, ha derivado a una situación en la que son las hijas las que se encuentran en situación de riesgo al no poder generar de forma positiva y normalizada el vínculo afectivo con el padre, hasta el extremo que los técnicos aconsejan un cambio de custodia si persiste esta situación. Ante tales circunstancias, que cabe calificar de muy graves, es obvio que procedería ampliar el régimen de visitas en los términos solicitados por el recurrente. Pero hay que tener en cuenta, que la propia sentencia prevé la ampliación del régimen de visitas tras el seguimiento efectuado por el SATAV, en trámite de ejecución y que por tanto, procede solicitar dicha ampliación en dicho trámite ante el Juzgado de Primera Instancia, mas teniendo en cuenta que los informes de seguimiento son totalmente favorables a dicha ampliación y que el trámite de ejecución permite adecuar las pautas de las visitas a las circunstancias concurrentes. No procede en consecuencia y por dicho motivo, revocar el pronunciamiento de la sentencia sobre esta medida, en tanto se prevé de forma expresa la ampliación si fuera beneficiosa para las niñas como es el caso.

SEGUNDO.- El segundo pronunciamiento que es objeto de impugnación es la denegación al recurrente del uso de la vivienda de Castelldefels, propiedad de la esposa. Se afirma en el recurso que la situación económica no impide que tenga necesidad de ocupar la vivienda de Castelldefels y entiende que si se ha atribuido a la esposa el uso de la vivienda familiar, que es propiedad exclusiva del esposo, es de justicia que se atribuya al esposo el uso de la vivienda propiedad de la esposa. La sentencia deniega el derecho de uso sobre dicha vivienda entendiendo que no existe una razón de necesidad que la justifique y dicho criterio es plenamente compartido por la Sala. Como han señalado las sentencias de esta sección de fecha 11 de marzo de 2004 y 22 de noviembre de 2005 "el artículo 76 3 a) del Codi de Família dice textualmente que deberá ser objeto de regulación la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar y "si és el cas - si corresponde, si procede -, de les altres residències". Debe interpretarse este precepto en el sentido de que habrá de efectuarse atribución del uso de las otras residencias (en general) cuando exista razón que justifique la adopción de una medida al respecto, o lo que es lo mismo, caso de acreditarse la necesidad o incluso la conveniencia de acordar una medida que pueda afectar al derecho a la vivienda de uno de los cónyuges. Dicho de otro modo, el texto legal no está hablando de "segunda residencia" en el sentido que habitualmente se emplea para definir aquella vivienda, en que la familia habitualmente pasa los períodos vacacionales o de descanso, sino de cualquier "otra residencia" que posea la familia de tal manera que podría ocurrir que la familia tuviera varias residencias, ya sea en la playa y la montaña, ya en otra ciudad, sin que pudiera asignárseles el carácter de segunda residencia, al ser utilizadas de forma esporádica por todos o alguno de los miembros de la familia. De efectuarse aplicación automática del criterio de atribución de cada cónyuge de cada una de las viviendas de las que fueran cotitulares supondría una seria limitación al derecho de división de la cosa común que no parece querida por la propia ley puesto que el art. 83 , cuando habla de la atribución del uso se refiere al de la vivienda familiar y no se pronuncia sobre otras residencias. De esta manera nos encontramos con que la mención que se efectúa en el art. 76 3º a) a la atribución del uso de otras residencias se convierte en excepcional atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso en aras a tratar de regular con la mayor eficacia posible todos los efectos de la separación y por ello de no acreditarse razonablemente que existe una causa justificada para atribuir cualquier otra residencia propiedad de la familia, a uno sólo de los cónyuges, no cabe efectuar pronunciamiento en sede matrimonial". En el caso de autos, se da además la circunstancia que la vivienda, cuyo uso ha solicitado el recurrente, es propiedad exclusiva de la esposa por lo que la limitación que el derecho de uso implicaría a la propiedad sería especialmente gravosa. La situación económica del esposo, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, le permite acceder a cualquier otra vivienda, pues no solo regenta un negocio que le proporciona ingresos superiores a los 3.000 € mensuales reconocidos sino que cuenta con importantes saldos en cuentas bancarias y fondos, como se desprende de las Declaraciones de Patrimonio aportadas. Procede por tanto desestimar el recurso formulado sobre este extremo.

TERCERO.- Por último, se impugna el reconocimiento a favor de la esposa de una pensión compensatoria de 400 € mensuales durante un periodo de dos años. De las pruebas practicadas resulta, como se ha recogido con acierto en la sentencia, que el esposo percibe por su trabajo mayores ingresos que la esposa. Así, mientras el esposo regenta un negocio denominado "Dole Cafe", en el que trabajan seis empleados y factura según ha reconocido en la prueba del interrogatorio la suma de 36.000 € , la esposa trabaja para la firma Mary Kay, siendo los ingresos muy distintos. El esposo reconoció percibir la suma de 3.000 € netos mensuales, pero los demás elementos de prueba aportados conducen a la convicción que sus ingresos son superiores. Hay que tener en cuenta las actividades que se desarrollan en el negocio y que solo en donaciones a instituciones religiosas hace una aportación de aproximadamente 1000 € al mes. La esposa, sin embargo, no se ha probado que los ingresos que percibe de su actividad laboral, sean muy superiores a los que aparecen en el certificado librado por la empresa de 300 € mensuales. Ahora bien, debe valorarse también para determinar su situación económica de ambos cónyuges, el importante patrimonio mobiliario que se desprende de las Declaraciones fiscales. En la Declaración de Patrimonio del esposo correspondiente al ejercicio 2003, además de aparecer como propietario de tres inmuebles, uno en el Pje. DIRECCION000 NUM000 , otro en la calle DIRECCION001 NUM001 que constituye el domicilio

conyugal, y otro en la calle DIRECCION002 NUM002 , aparece como titular de depósitos, acciones, participaciones por un valor de 319.150 € . Los saldos bancarios que se desprenden de las certificaciones remitidas por las entidades bancarias alcanzan dicha cantidad. La esposa aparece en la declaración de Patrimonio correspondiente al mismo ejercicio como titular de dos bienes inmuebles, uno en el Paseo DIRECCION003 y otro en Playa DIRECCION004 y como titular de depósitos acciones y participaciones por valor de 732.127 € . El patrimonio mobiliario de la esposa supera el doble del que es titular el esposo. Teniendo en cuenta esta última circunstancia y que la pensión compensatoria que regula el *artículo 83* del Codi de Família no tiene como finalidad equilibrar o igualar los ingresos mensuales procedentes de la actividad laboral, sino evitar un perjuicio económico a uno de los cónyuges, en relación con la situación en que queda el otro, debe concluirse que en el caso de autos, no se dan los presupuestos o requisitos exigidos por la norma para reconocer a la esposa el derecho a percibir pensión compensatoria, pues su situación económica y patrimonial le permite mantener el mismo nivel de vida que mantenía constante matrimonio, no sufriendo ningún perjuicio como consecuencia de la ruptura. Procede por tanto estimar el último motivo del recurso y acordar que no ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de la esposa, lo que implica la estimación parcial del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398 de la LEC* siendo la estimación parcial, no se hace imposición de costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulado por la representación de D. Leonardo contra la sentencia dictada en fecha 21 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona en los autos de Separación nº 1105/2004 de los que dimana el presente rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE la expresada resolución, en el pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria que se deja sin efecto, acordando no haber lugar a fijar pensión compensatoria a favor de la esposa, con mantenimiento de las demás medidas acordadas y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de la presente apelación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Esta sentencia ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha por el magistrado ponente, y se ha celebrado audiencia pública. DOY FE.