

Id Cendoj: 48020370042008100201  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Bilbao  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 633/2007  
Nº de Resolución: 465/2008  
Procedimiento: Recurso apelación de divorcio contencioso LEC 2000  
Ponente: IGNACIO OLASO AZPIROZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 4ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ªplanta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016665

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.06.2-06/003698

A.divor.conte.L2 633/07

O.Judicial Origen: 1ª Inst. e Instrucc. nº 3 (Getxo)

Autos de Divor.contenc.L2 307/06

|

|

|

|

Recurrente: Eduardo

Procurador/a: GERMAN ORS SIMON

Recurrido: Alicia y MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: PEDRO CARNICERO SANTIAGO y

**SENTENCIA Nº 465/08**

ILMOS. SRES.

D. IGNACIO OLASO AZPIROZ

Dña. LOURDES ARRANZ FREIJO

Dña. REYES CASTRESANA GARCÍA

En Bilbao, a tres de julio de dos mil ocho

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de divorcio contencioso nº 307/06, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Guecho y seguidos entre partes: Como apelante-demandado D. Eduardo representado por el Procurador Sr. German Ors Simón y Letrada Sra. Yolanda Cuadra Echebarrena, como apelada-demandante D.ª Alicia representada por el Procurador Sr. Pedro Carnicero Santiago y Letrado Sr. Gonzalo Pueyo Puente y con la intervención del Mº FISCAL; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 2 de mayo de 2007.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 2 de mayo de 2007 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA:

1.- SE DECRETA EL DIVORCIO DEL MATRIMONIO formado por DÑA. Alicia y D. Eduardo celebrado en fecha 14 de mayo de 1999.

2.- Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, ELISA nacida el 10 de diciembre de 2003, manteniendo compartido entre ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad sobre la misma.

3.- Se establece como régimen de comunicación y visitas para el padre, en defecto de acuerdo entre las partes el de visitas tuteladas en el punto de encuentro durante dos horas los sábados y domingos de fines de semana alternos y la más amplia comunicación telefónica.

4.- Se atribuye a la esposa e hija el uso y disfrute del ajuar y domicilio conyugal sito en Algorta, Getxo, C/ DIRECCION000 NUM000 , escalera derecha, NUM001 derecha.

5.- Se establece un derecho alimenticio de la menor hasta que cumpla los catorce años de edad, por cuenta del padre, sólo comprensivo del pago de los gastos extraordinarios de aquella relativos a su educación escolar, instrucción personal y/o enfermedad o discapacidades físicas que no estén cubiertos por los seguros públicos o **privados** suscritos por el matrimonio, en proporción a sus respectivos ingresos en el momento que se produzcan, siempre y cuando exista previa acreditación de su necesidad y conformidad de ambos progenitores en cada caso respecto del desembolso a realizar.

Y se tiene por abonado por el padre con carácter anticipado en concepto de pensiones a devengar hasta esa fecha por gastos ordinarios la suma de 90.151,82 euros ya percibida por la esposa con tal destino.

No ha lugar a la imposición de costas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de CINCO DIAS.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Comuníquese esta resolución a los Registros Civiles correspondientes a los efectos registrales oportunos."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandado se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 633/07 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto por D. Eduardo contra la sentencia dictada por el juzgado de instancia, que acordó la disolución por divorcio del matrimonio contraído con D<sup>a</sup> Alicia , se refiere exclusivamente a dos de las medidas complementarias al divorcio que en dicha resolución se establecen; a saber, de una parte, la forma de ejercitar el derecho de comunicación y visitas del recurrente a la hija menor del matrimonio, Elisa, de cuatro años de edad en la actualidad; y, de otra, el tener por abonado el Sr. Eduardo en concepto de pensiones alimenticias para su citada hija la cantidad de 90.151,82 euros mediante la capitalización de una pensión mensual de 300 euros con un interés del 4% anual hasta que aquella cumpla los 14 años de edad.

SEGUNDO.- En cuanto al primer punto, lo que el recurrente interesa es que se modifique el régimen de visitas establecido en la sentencia consistente en, salvo acuerdo de las partes, visitas tuteladas en el punto de encuentro durante dos horas los sábados y domingos alternos, por un régimen más normalizado de fines de semana alternos pero completos, incluida pernocta y vacaciones por mitad.

Se alega, en pro de dicha solicitud, que el recurrente ha superado ya, de forma definitiva, su grave adicción a las drogas que fue la que motivó, como se razona en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, el régimen de visitas finalmente establecido.

Reanalizada la prueba practicada a este respecto, el recurso debe de ser desestimado.

Del análisis conjunto del informe pericial vertido por la Dra. D<sup>a</sup> Julia y sus aclaraciones en el acto del juicio y del informe del equipo psicosocial judicial resulta que el Sr. Eduardo ha sido consumidor de diversas sustancias tóxicas y de fármacos de carácter ansiolítico y sedativo desde hace más de 20 años; cierto es que, por recomendación de la Dra. Julia que le trata desde el mes de Mayo de 2005, se sometió a un tratamiento de desintoxicación a partir del mes de Septiembre siguiente, estando incluso ingresado, a tal efecto, en un Centro especializado en Portugal durante varios meses; la Dra. Julia asegura en su informe que, por los análisis de fluidos corporales efectuados al paciente en los últimos tiempos tras su salida del Centro de desintoxicación portugués, la recuperación del Sr. Eduardo de su dependencia al consumo de sustancias tóxicas es absoluta.

Por nuestra parte, al igual que la juzgadora de instancia, nos permitimos dudar de semejante conclusión.

De un lado, porque en el propio informe pericial de la Dra. Julia consta (folio 139) el resultado de un análisis de orina efectuado al recurrente en el mes de Abril de 2006, esto es, una vez concluido el tratamiento de desintoxicación, que dio "positivo" a metabolitos de cocaína.

De otro, porque la propia doctora explicó en el juicio que el resto de los análisis clínicos que aporta con resultado negativo a sustancias tóxicas (y que, en definitiva apoyan su conclusión de que el Sr. Eduardo se encuentra plenamente rehabilitado), no excluyen absolutamente el consumo de dichas sustancias, ya que si los análisis se llevan a cabo en lo que llamó "parte baja del pico de sierra", refiriéndose a la progresiva disminución de los efectos de los tóxicos consumidos según pasa el tiempo, dichos análisis no reflejan ya el consumo realizado unos días antes.

Y, sobre todo, porque apreciando en sus justos términos y conforme a las reglas de la sana crítica el informe de "Detectives Abando" aportado a autos y la ratificación y aclaraciones en juicio por parte de la representante de dicha empresa, lo lógico es concluir que el Sr. Eduardo consumió droga el 12 de Noviembre de 2006, en el interior de su vehículo y en presencia de su hija, previo traslado desde su domicilio en Guecho hasta el Barrio de San Francisco en Bilbao para adquirir la sustancia estupefaciente poco antes de consumirla.

Del interrogatorio en juicio de su ex-esposa D<sup>a</sup> Alicia , contundente y plenamente creíble al aportar datos que solo la intimidad del matrimonio permite conocer, se llega a idéntica conclusión de que el consumo de estupefacientes por desgracia se mantiene.

En consecuencia, la salvaguarda de los intereses de Elisa, niña de tan corta edad, obliga a no

acceder a las pretensiones del recurrente que más arriba se han transcrito, debiéndose mantener las visitas con la tutela y supervisión del punto de encuentro familiar que es lo que, por añadidura, aconseja en sus conclusiones el informe del equipo psicosocial del juzgado; todo ello hasta que el Sr. Eduardo supere de forma definitiva su adicción al consumo de tóxicos y así lo acredite sin asomo de duda alguno.

TERCERO.- En su segundo y último motivo el recurrente solicita que el Tribunal fije, conforme al *artº 93 del Código Civil*, la cuantía de los alimentos que debe pagar en beneficio de Elisa y con carácter mensual a partir de este momento, sin que se tenga por adelantado el pago de los mismos en la forma que lo hace la resolución de instancia.

Las especiales circunstancias que concurren en el presente caso aconsejan que, si bien lo usual o acostumbrado es, en efecto, señalar la **pensión alimenticia** en la forma que el recurrente solicita, procede mantener en este caso el pronunciamiento de la sentencia sobre este particular.

El recurrente es una persona que, como denota su hoja laboral aportada a autos, se encuentra sin trabajo, prácticamente, desde hace varios años desde que salió de su empleo en una empresa familiar; así lo reconoció él mismo en el acto del juicio; manifestó que confiaba encontrar trabajo pronto, al haber realizado diversas entrevistas a tal fin, lo que no acreditó en absoluto; la realidad es que, tal y como reconoció en el juicio el Sr. Eduardo, no ha abonado ni un solo euro en favor de su hija; tampoco ha garantizado o avalado de ninguna manera los pagos de las pensiones alimenticias en la forma que pide que se establezcan.

Con tales precedentes, fijar una **pensión alimenticia** mensual tal y como pide no es sino una entelequia, germen y origen de futuras ejecuciones posiblemente baldías; es preferible, por tanto, asegurar la retención por parte de la madre de los 90.151,82 euros que pertenecían al recurrente en la liquidación de los bienes conyugales, para aplicar dicho importe a los alimentos que el mismo debería pagar a Elisa hasta que cumpla 14 años, actualizaciones incluidas; al menos, ese importe está ya cobrado y el interés de la menor aconseja, sin ninguna duda, actuar de esta manera; el propio Sr. Eduardo admitió proceder de esta forma en su escrito de 9 de Septiembre de 2005 (documento nº 9 de la demanda), que es complementario al convenio regulador de los cónyuges (Documento nº 3), por lo que la pretensión que en el actual recurso se hace va contra sus propios actos; de otro lado, no se patentiza en absoluto en los presentes autos (y sin perjuicio de que en un procedimiento declarativo específico se pueda decir lo contrario) de que el consentimiento del Sr. Eduardo estuviera viciado cuando firmó los documentos del día 9 de Septiembre de 2005, por mucho que así lo afirme la Dra. Julia, afirmación que desde luego no es congruente con la autoría del recurrente (reconocida expresamente) del complicado cálculo manuscrito, redactado en la misma fecha, para la retención por su esposa del aludido importe, que consta aportado en juicio como documento nº 13 de la parte actora (folios 208 y siguientes); la propia doctora reconoció en el juicio la posibilidad de que el paciente estuviera, cuando suscribió el convenio, su complemento y la hoja manuscrita, en la parte baja de los llamados "dientes de sierra" a los que se había referido, esto es, con la suficiente capacidad intelectual para saber lo que firmaba y a lo que se estaba comprometiendo.

No es óbice, en absoluto, al mantenimiento de la situación el que la Sra. Alicia haya empleado los 90.151,82 euros en financiar parte de la vivienda que adquirió en la DIRECCION000 de Algorta, por cuanto que es en dicha vivienda donde vive la menor Elisa, siendo la habitación uno de los conceptos integrados en la pensión de alimentos conforme al *artº 142 del Código Civil*, siendo la madre de la beneficiaria de los alimentos la encargada de aplicar la **pensión alimenticia** recibida en la forma o con el destino que considere más oportuno.

Finalmente, no hay infracción del *artº 151 del Código Civil* en cuanto a la compensación ya que, de una parte, el Sr. Eduardo hizo entrega voluntaria y expresamente por escrito de esos 90.151,82 euros a su ex-esposa para que lo aplicara por adelantado a los alimentos futuros de la menor durante doce años; y, de otra, la alimentista es Elisa, no su madre, siendo evidente que la niña no es deudora respecto del recurrente, lo que impide hablar de compensación de deudas.

CUARTO.- Al desestimarse el recurso, se imponen las costas causadas en el mismo a la parte apelante, de conformidad con el *artº 398 LEC*.

VISTOS los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## **FALLAMOS**

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Eduardo contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 3 de Guecho en el procedimiento de divorcio nº 307/06 del que este rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución e imponemos al recurrente las costas causadas.

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