



UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI

MÁSTER DE LA ABOGACÍA

ASIGNATURA: TRABAJO DE FIN DE MASTER

El Ministerio Fiscal en el divorcio contencioso

SAURA ROSICH, ALBA

47.692.447-S

ÍNDICE

<u>Sección</u>	<u>Título</u>	<u>Página</u>
I.	Presentación	2
II.	El Ministerio Fiscal	4
III.	El Ministerio Fiscal en el procedimiento de divorcio contencioso	8
	III. I. La contestación a la demanda	14
	III. II. El juicio oral	22
IV.	Conclusiones	25
V.	Bibliografía	27
VI.	Anexo I. La contestación a la demanda	29
VII.	Anexo II. La <i>instructa</i>	34

I. PRESENTACIÓN

Dada la necesidad de hacer una breve reflexión sobre qué espero del Trabajo Final de Máster del Máster de la Abogacía, me dispongo a continuación y previo desarrollo del mismo a exponer lo que me ha llevado a escoger el rol de Ministerio Fiscal en un proceso de familia como el que nos ocupa.

A lo largo de los años en que he estado trabajando y ejerciendo en diversos despachos de abogados, me he visto con la obligación de tramitar múltiples procesos de disolución matrimonial en el que se ven afectados, en gran parte, los hijos tanto menores como mayores de edad. No obstante, si bien es cierto que los hijos mayores de edad se ven igualmente inmersos en el proceso de disolución, separación o divorcio lo hacen en la menor medida que los menores de edad pues son plenamente conscientes de lo que sucede a su alrededor y en muchas ocasiones incluso se les pide la opinión para la toma de según qué decisiones.

Es por este motivo que existe la figura del Ministerio Fiscal quien se dirige siempre a salvaguardar el interés de los menores o incapaces. Como tal, interviene incluso aunque la separación o el divorcio sean de mutuo acuerdo, circunscribiéndose en estos casos su actuación a analizar si los términos del convenio regulador respetan el interés de los menores e incapaces.

En casos como el que nos ocupa, el abogado de cada progenitor, si bien se ve en la necesidad de mirar o velar por los menores de edad para procurar así la aprobación del Convenio Regulador y Plan de Parentalidad en los casos de los procedimientos de mutuo acuerdo, así como también en los procesos contenciosos con el fin obtener una sentencia favorable a sus pretensiones, lo cierto es que no actúa con imparcialidad.

Como consecuencia de la relación onerosa que hay entre el progenitor-cliente y su abogado, el abogado debe procurar encaminar el procedimiento y la sentencia hacia los intereses de su cliente que, en muchas ocasiones, no se equiparan a los del menor de edad.

Es por este motivo, que habiendo visto la vertiente del abogado que actúa en un proceso de disolución, separación o divorcio matrimonial, me llamaba la atención el rol que

desempeña la figura del fiscal, quien, siempre y en todo momento debe tener presente y priorizar el interés del menor.

Así pues lo que espero de este trabajo final de máster poder obtener un punto de vista que no acostumbramos a analizar los abogados o, cuanto menos, no con la misma intensidad. Asimismo considero que tal vez pueda serme útil para que durante el ejercicio de la profesión tenga en cuenta determinados aspectos en los que profundice en este trabajo.

II. EL MINISTERIO FISCAL

A continuación, tras la breve presentación corresponde avanzar en el desarrollo de este trabajo realizando una reflexión acerca del rol que desempeño como Ministerio Fiscal y sobre cómo hacerlo de acuerdo con la información y el supuesto de hecho planteado.

Para el correcto desarrollo del papel que he desempeñado me he visto con la necesidad de documentarme acerca del Ministerio Fiscal como órgano constitucional y lo he hecho pasando en primer lugar por la perspectiva más genérica (regulación, funciones, etc.) hasta su papel en un proceso de divorcio contencioso como el que nos ocupa.

Desde un punto de vista meramente teórico, como ya he adelantado, el Ministerio Fiscal es un órgano cuya regulación la encontramos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por la Ley 50/81 de 30 de diciembre (en adelante EOMF) y modificado por la Ley 24/2007 de 9 de octubre que refuerza su autonomía y moderniza su organización territorial.

El artículo segundo de la indicada ley hace mención a la institución u órgano del Ministerio Fiscal y a su actuación: *“El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.”*

Determinada la naturaleza y principios que rigen la figura del Ministerio Fiscal, he considerado conveniente reseñar la principal función que desempeña y de acuerdo con lo que establece el artículo 1, el Ministerio Fiscal *tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.”*

En base a lo expuesto, esta misión que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal, en los procesos de divorcio como el que nos ocupa, se traduce en lo contenido en el artículo 3.7 el cual detalla su función consistente en *“Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a*

personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.”

Asimismo, la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos también se prevé en la propia Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

En primer lugar, el Ministerio Fiscal actúa como parte, aunque teniendo la consideración de parte especial pues el interés que defiende es el interés general y no el propio, defiende en todo caso los intereses de la sociedad, atendido el hecho de que ésta ha reflejado cuál es su interés en la ley, y siguiendo los principios de unidad y dependencia.

Las particularidades de la actuación del Ministerio Fiscal como parte residen en que actúa como representación y defensa y que no puede realizar actos de disposición material, es decir, no puede renunciar ni allanarse a las pretensiones de las partes aunque sí puede desistir de aquellos procesos que haya tomado la iniciativa.

La intervención o la actuación de este órgano dependen de que una determinada norma le otorgue legitimación para ello, como sucede con el art. 749 de la LEC según la cual se establece que el Ministerio Fiscal intervendrá en los procesos sobre incapacidad, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación.

En estos casos la legitimación que puede ostentar el Ministerio Fiscal puede ser tanto activa como pasiva pues o bien es él quien incoa el procedimiento pidiendo la actuación de derecho objetivo o bien pasiva por cuanto será necesariamente parte en el proceso (por ejemplo, nulidad matrimonial, incapacidad, entre otros).

Sin embargo, habrá procesos en los que tan solo podrá ostentar legitimación pasiva, es decir, será parte en el proceso pero no podrá incoarlo (a modo de ejemplo en los procesos de determinación o impugnación de la filiación). En estos casos el Ministerio Fiscal, actúa formalmente como demandado sin que se le exija oposición a las pretensiones del demandante, es decir, aunque la posición formal/procesal sea la de demandado, se encargará de la defensa de la legalidad sea ésta acorde con las pretensiones del actor o no.

En segundo lugar, existen determinados procesos en los que el Ministerio Fiscal actúa como representante legal.

Estos supuestos son aquellos en lo que la Ley expresamente establece que el Ministerio Fiscal debe asumir la representación legal de incapaces, menores y ausentes. En estos casos no se les reconoce legitimación para la defensa de la legalidad sino que se le concede legitimación propia para la defensa de los intereses de esas personas en concreto.

La diferencia entre la actuación como parte del y como representante legal se desprende del art. 3 del EOMF al que anteriormente hemos hecho alusión:

- Art. 3.6 establece que corresponde al Ministerio Fiscal “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establece la ley”, con lo que se está haciendo alusión a los procesos a los que nos hemos referido inmediatamente antes.

- Art. 3.7 establece que corresponde al Ministerio Fiscal “intervenir en procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee a las mismas de los mecanismos ordinarios de representación”, con lo que, a pesar de la defensa del interés social, se está aludiendo a la defensa de los intereses específicos de esas personas menores, incapaces o ausentes (arts. 8, 765.1 y 749.2 de la LEC).

En tercer lugar, la actuación del Ministerio Fiscal como dictaminador, es decir, como organismo que debe ser oído. Esta función se debe a la defensa del interés general que hace el Ministerio Fiscal lo que conlleva que el juez tenga conocimiento de la opinión del Ministerio Fiscal en supuestos como:

- a) El dictamen o informe o la audiencia de:
 - a. En la calificación del concurso (art. 169 de la Ley Concursal)
 - b. La ejecución de sentencias extranjeras (art. 956 LEC)
 - c. La estimación de la revisión (art. 514.3 LEC)
- b) Sobre derecho procesal:
 - a. Los conflictos de competencia (art. 45 LOPJ)
 - b. Las cuestiones de competencia (art. 52 LOPJ)
 - c. Declaración de incompetencia objetiva y territorial (arts. 48.3 y 58 LEC)

- d. Suspensión por prejudicialidad penal en la ejecución (art. 569.1, LEC)
- e. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 de la LOTC).

III. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO CONTENCIOSO.

Analizada la figura del Ministerio Fiscal desde un punto de vista eminentemente teórico, para el correcto desarrollo del presente trabajo ha sido necesario trasladar a la práctica los conceptos y funciones anteriormente analizados.

En este caso, lo hemos trasladado a un procedimiento de divorcio contencioso, cuyo supuesto de hecho es el siguiente:

M. Fiel y la Sra. Esperanza se divorcian. Ambos pretenden obtener la custodia exclusiva de su hijo común Albertet; el padre, además, pide la custodia compartida. En medidas provisionalísimas se le concedió la custodia a la madre quien, de hecho, al poco tiempo de la separación se llevó al niño a vivir con ella y su familia en Camerún.

En primer lugar, debemos identificar las partes intervinientes en este supuesto que son, el padre, la madre y el hijo menor de edad.

En segundo lugar, conviene identificar la principal pretensión de las partes la cual consiste en obtener el divorcio de los cónyuges y la adopción de determinadas medidas en relación con el hijo menor de edad.

Por tanto, existiendo un hijo menor de edad, la resolución que decrete el divorcio de los cónyuges llevará aparejada la adopción de unas medidas definitivas mínimas que vienen determinadas *ex lege* como son la guarda y custodia del menor incluyendo el deber de prestar alimentos y el régimen de visitas.

Así, junto con el ejercicio de la acción de divorcio, ambos progenitores interesan la custodia exclusiva del hijo común y en el caso del padre se hace constar de forma expresa en el supuesto de hecho que interesa la guarda y custodia compartida como pretensión subsidiaria.

Aunque la subsidiariedad de la pretensión no se identifique como tal en el supuesto de hecho, resulta necesario identificarlo como tal por cuanto según establece el art. 399 de la LEC referido a la demanda y su contenido “*En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente*”.

Como se desprende del propio supuesto de hecho, se pone en nuestro conocimiento la tramitación previa de un procedimiento de medidas provisionales que concluyó con la adopción de las siguientes medidas: uso del domicilio familiar y guarda y custodia exclusiva a favor de la madre.

Puesto que se hace referencia al procedimiento de medidas provisionalísimas, he considerado conveniente analizar la presencia del Ministerio Fiscal en este procedimiento. Se desprende la necesidad de su intervención de lo contenido en el art. 749 de la LEC cuando en su apartado segundo establece específicamente que la intervención del Ministerio Fiscal será preceptiva en los procesos contenidos en el Título I sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores cuando alguno de los interesados sea menor de edad, incapacitado o esté en situación de ausencia legal. Por tanto, existiendo un menor de edad en el procedimiento, es preceptiva la actuación del Ministerio Fiscal.

De igual modo se prevé en el art. 771 de la LEC encargado de regular las medidas provisionales previas a la demanda de divorcio cuando establece la necesidad de que el Ministerio Fiscal intervenga cuando hubiere hijos menores de edad. Dado que en el proceso de medidas provisionales del procedimiento que nos ocupa, lo que se pretendía no era otra cosa que la adopción de medidas previas a la demanda de divorcio relativas al hijo menor de edad, se entiende o presume que el Ministerio Fiscal estuvo presente en el momento de la celebración de la vista habiendo sido oído el mismo previa adopción de las medidas correspondientes.

Por último, en el supuesto de hecho que se nos ha expuesto se hace referencia al hecho de que la madre se ha llevado a su hijo a vivir a Camerún. Si bien es cierto que mientras la madre disponga de la atribución de la guarda y custodia del menor de edad puede realizar cuantos viajes desee, el hecho de que se incida en que “se lleva a su hijo a vivir a Camerún” es indicativo de que no se trata de un mero viaje o visita a sus familiares, sino que tiene vocación de permanencia.

Es por ello que en un primer momento y tras el primer análisis del supuesto de hecho, esta circunstancia suponía añadir cierta complejidad o dificultad al caso que nos ocupa en tanto en cuanto podía ser necesaria la mención a la tramitación de otro procedimiento encaminado a solucionar la sustracción internacional del menor de edad.

A mi juicio, lo primero que exigía la situación de sustracción era analizar cómo proceder a la reintegración del menor a su país y para ello identificar a través de que jurisdicción se debía incoar procedimiento para su restitución para posteriormente utilizar este suceso a favor de la adopción de una u otra medida.

A priori, ello ofrecía dos posibilidades:

a) A través de la jurisdicción penal

La sustracción internacional de un menor es una conducta delictiva tipificada en el artículo 225 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que establece: *1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.*

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

No obstante, si bien es una de las posibles vías, acudir a la vía penal para tratar de obtener una condena penal al sustractor o secuestrador si bien puede servir para obtener un pronunciamiento favorable sobre modificación de medidas puede resultar inútil de cara a la efectiva restitución del menor. Y ello por cuanto la condena es probable que no sea ejecutada en el país extranjero con el que no existe convenio y tampoco se podrá obtener la extradición del c o secuestrador al normalmente ostentar la nacionalidad del país destino donde se encuentre el menor.

b) A través de la jurisdicción civil

La restitución del menor con residencia habitual en España que ha sido objeto de traslado o retención internacional requiere de un análisis previo acerca de la existencia de convenios internacionales suscritos con el país donde se encuentra el menor en los casos en que, como sucede en el presente, el país destino no se encuentre en la Unión Europea.

Habida cuenta que entre España y Camerún no existe convenio internacional sobre sustracción internacional de menores ni Camerún forma parte del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980¹, a mi juicio, lo que procedería hacer es tratar de obtener una resolución judicial que declare ilícita la sustracción o retención del menor y posteriormente lograr que la resolución judicial sea reconocida y ejecutada en el país extranjero al que ha sido trasladado el menor a través del procedimiento exequatur.

El exequatur deberá lograrse mediante normas internas del propio país en el que se pretenda reconocer y ejecutar la resolución y es por ello que, como bien defienden los autores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González² “surgirán gravísimos problemas con la cláusula de orden público internacional” a modo de ejemplo, “un país musulmán activaría dicha cláusula para negar el exequatur de una

¹ Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en La Haya el 25 de octubre de 1980.

² A.-L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO (COORD.), El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, pp. 115-155.

resolución judicial occidental que concede la custodia a una madre no musulmana, porque aceptar el exequatur significaría que el menor no se va a educar en la fe musulmana del padre, lo que constituye un principio fundamental del Derecho de Familia musulmán”.

Identificadas las dos posibles vías que a mi juicio, podían iniciarse para lograr la restitución del menor trasladado a Camerún, se nos dio traslado de la demanda interpuesta por el demandante.

El mismo había optado por solucionar la sustracción internacional del menor tramitando un procedimiento de restitución del menor al amparo de lo contenido en el art. 778 quinquies de la LEC.

Si analizamos el indicado precepto observamos que se incluye dentro del Capítulo IV Bis sobre medidas relativas a la restitución o retorno de menores de edad en los supuestos de sustracción internacional de menores, cuyo ámbito de aplicación, según establece el propio art. 778 quáter, son los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo contenido en el indicado capítulo.

De ello se deduce que este procedimiento está destinado a la restitución de menores que se encuentren en España, no que hayan sido trasladados al extranjero –Camerún- como sucede en el caso que nos ocupa.

Si ello no fuera suficiente, el propio art. 778 sexies hace referencia al supuesto inverso, es decir, a aquellas restituciones de menores que habitualmente residen en España y han sido trasladados a otro país y que, podría ser aplicable en nuestro supuesto de hecho debiendo dirigirse la persona interesada –el padre- a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención no han sido lícitos.

A mi parecer, y de haber sido yo la encargada de redactar la demanda, ante el supuesto de hecho expuesto, hubiese mencionado la interposición de una denuncia en base al art. 225 bis del Código Penal y con ello hubiese tratado de modificar el pronunciamiento de atribución de guarda y custodia exclusiva a la madre adoptado en Auto de medidas

provisionales o bien hubiese incoado el procedimiento del art. 778 sexies para obtener la declaración de ilicitud del traslado del menor de edad, pero en ningún caso hubiese optado por el 778 quinquies pues considero que no resulta aplicable al presente supuesto.

Entiendo que la finalidad que tenía el procedimiento de sustracción internacional incardinado en el procedimiento de divorcio contencioso tras la adopción de las medidas provisionales no era otra que ofrecer al demandante una baza para poder modificar las medidas adoptadas de atribución de guarda y custodia a favor de la madre.

III.I. La contestación a la demanda

En virtud de lo expuesto anteriormente, a continuación conviene analizar la redacción de la contestación a la demanda que debe efectuar el Ministerio Fiscal en un procedimiento de divorcio contencioso.

Es en este punto en el que ha surgido la principal incógnita y que me ha llevado a analizar desde una posición algo más crítica la primera intervención del Ministerio Fiscal en un procedimiento de divorcio. Esta crítica no se centra en su función como defensor del interés del menor sino en el momento procesal en el que se manifiesta el Ministerio Fiscal, y los instrumentos de que dispone en ese momento para efectuar un correcto pronunciamiento.

Teniendo en cuenta la principal función y misión del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos -velar y defender los intereses de los menores de edad-, parece que ésta se podrá llevar a cabo una vez analizados todos los hechos, circunstancias, alegaciones y pruebas que puedan aportar todas las partes en el proceso.

Por tanto, parece lógico que para ello, sea necesario además de disponer de la información contenida en la demanda, disponer de la contenida en la contestación a la demanda. Y ello con la única finalidad de que el Ministerio Fiscal pueda pronunciarse conociendo todos los hechos que se aleguen por las partes y que envuelven el procedo. A mi parecer, éste sería el mecanismo idóneo para que el Ministerio Fiscal pudiese actuar de la forma más garantista de los intereses del menor de edad posible.

Pues bien, como sabemos y como se desprende de lo contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de divorcio, la posición y el momento procesal de actuación del Ministerio Fiscal es como si se tratase de una de las partes demandadas, de modo que interpuesta la demanda se le da traslado de la misma al mismo tiempo –un día más un día menos- que a la parte demandada para que en el mismo plazo presente contestación a la demanda.

A mi parecer, es absolutamente ilógico que como parte, al Ministerio Fiscal se le dé traslado de la demanda presentada, para que formule contestación en el mismo plazo de 20 días de que dispone el demandad sin tener conocimiento en absoluto de los pronunciamientos o alegaciones en los que va a basar su defensa la parte demandada.

Ello obliga a que el Ministerio Fiscal tenga que elaborar una contestación a la demanda de divorcio genérica sin pronunciamientos específicos sobre las pretensiones de las partes encaminadas a garantizar al máximo el bienestar del menor.

Igualmente, resulta complejo proponer la prueba que considere necesaria sin saber qué alegará la parte demandada y cuáles serán las pruebas de las que intentará valerse, lo que implica que el Ministerio Fiscal debe deducir o incluso imaginar qué pruebas podrá necesitar el día de la vista para proponer prueba anticipada o requerir a las partes la que considere conveniente.

Es por ello que ante las dudas surgidas sobre el sentido en el que debían versar mis pronunciamientos en la contestación a la demanda, me he visto con la necesidad de consultar previamente diversos expedientes de procedimientos de divorcio contencioso.

Como se observa en la contestación a la demanda presentada, respecto de aquellos pronunciamientos o aspectos en los que las partes no muestran disconformidad como son la legitimación, filiación, competencia y tramitación del procedimiento de restitución del menor por sustracción internacional, he manifestado mi absoluta conformidad al haber quedado probados todos y cada uno de ellos y no tratarse de cuestiones controvertidas ni ser de obligado pronunciamiento por parte del Juez.

Asimismo, respecto de aquellas pretensiones en que las partes no muestran conformidad, y sobre las que el título III, del capítulo III de la Ley 25/2010 de 29 de julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), en su artículo 233-4 establece que debe pronunciarse el tribunal de forma obligatoria cuando no exista acuerdo sobre los mismos: ejercicio de responsabilidades parentales, pensión de alimentos y régimen de relaciones familiares he manifestado mi disconformidad por entender no se encuentran probados los mismos.

El planteamiento que me he hecho durante la redacción de la contestación a la demanda cuando mostraba mi disconformidad con los indicados extremos, es si verdaderamente la disconformidad del Ministerio Fiscal con los hechos alegados por el demandante es por falta de prueba o bien por la imposibilidad de contrastar la información con la que pueda ofrecer el demandado?

Es en este punto, en previsión del desarrollo de la vista prevista para el día 2 de diciembre de 2015 cuando he procedido a analizar los posibles pronunciamientos

respecto de las pretensiones de las partes con la ayuda no solo de la legislación aplicable sino también de numerosas sentencias cuyo fondo versaba sobre los mismos pronunciamientos en los que se centra nuestro supuesto de hecho.

a) Respetto de la guarda y custodia del menor

La guarda y custodia del menor ofrece tres posibilidades distintas: la atribución de la misma de forma exclusiva a la madre, la atribución de la guarda y custodia de forma exclusiva al padre o bien la custodia compartida.

Para decantarme por cualquiera de los tres, he analizado la legislación vigente y la jurisprudencia más reciente.

El artículo 233-8.1 CCCat establece que el divorcio no alterará las responsabilidades parentales que los progenitores tienen respecto de sus hijos, estableciéndose con carácter general un régimen de guarda y custodia compartido en la medida de lo posible.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 233-10 cuando establece que el modo de ejercer la guarda que, salvo pacto expreso de los cónyuges sobre el modo de ejercerla, será determinado por la autoridad judicial de acuerdo con lo contenido en el art. 233-8.1 (guarda compartida) sin perjuicio de que pueda establecerse la guarda exclusiva en favor de uno de los cónyuges cuando así lo exija el interés del menor.

Por tanto, parece que la tendencia que se debe seguir según lo que contiene el CCCat es la guarda y custodia de los menores en ejercicio compartido salvo que el interés del menor exija que se atribuya de forma exclusiva a uno de los progenitores.

En el propio CCCat, en su artículo 233-11 se establecen los criterios que deben seguirse para determinar el régimen de guarda y custodia. Ello me ha llevado a deducir que aunque pueda parecer que la regla general que debe primar es la del ejercicio conjunto de la guarda y custodia, deben valorarse determinados criterios que pueden no conllevar que ésta atribución sea la más adecuada. Por tanto, entra en duda aquí, que pueda afirmarse que la regla general es la guarda y custodia compartida y la excepción es la guarda y custodia exclusiva.

De hecho, así lo ha manifestado reiterada jurisprudencia como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 9 de enero de 2014 ³, cuando establece que " *el artículo 233-8 , 1 del CCCat que se refiere a la responsabilidad parental estableciendo que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.*

Este criterio se constituye en principio rector de la nueva legislación como indica el Preámbulo de la ley al afirmar que el libro II abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor.

El mismo Preámbulo aclara lo que el legislador estima constituye materialmente el superior interés del menor y que es, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas al continuar con ello el hijo manteniendo una relación estable con los dos progenitores.

Afirma literalmente el texto que: "... la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han adoptado normas en esta dirección. Eso no impide, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Es por ello que el libro segundo proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda."

³ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 2/2014 de 9 enero. Ponente: Illma. Sra. María Eugenia Alegret Burgues. (RJ 2014\118).

Por tanto, aunque la guarda compartida no sea la regla general parece que la legislación y los tribunales actualmente abogan por su establecimiento como solución preferencial siempre que sea en beneficio del menor, sin que tenga ésta carácter de regla general o de excepción (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de febrero de 2012, de 5 de septiembre de 2008, de 25 de junio de 2009 entre otras) ⁴.

Así las cosas, he considerado conveniente analizar los criterios determinados por el CCCat para encaminar la decisión definitiva a adoptar el día de la vista como Ministerio Fiscal y optar por un régimen o por otro.

1. La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores. Según se desprende de los hechos alegados por las partes y de las documentales, no parece que exista desvinculación afectiva entre el hijo y ninguno de los progenitores. Ninguno de los dos ha manifestado en sus respectivos escritos que exista una mala relación de cualquiera de los progenitores.
2. Aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado de acuerdo con su edad. Ambos cónyuges cuentan con una vivienda donde residir con su hijo y un horario flexible que conlleva que puedan dedicarse con ...
3. La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro con el fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores. Este apartado debe interpretarse en el sentido que lo hace el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013⁵ cuando puntualiza que *“las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento.”*

⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 13/2012 de 6 febrero. Ponente: Illmo. Sr. DCarlos Ramos Rubio. (RJ 2012\5922). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 31/2008 de 5 septiembre. Ponente: Illmo. Sr. DEnrique Anglada Fors (RJ 2009\1449). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 24/2009 de 25 junio. Ponente: Illmo. Sr. DJosé Francisco Valls Gombau. (RJ 2010\2369)

⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 757/2013 de 29 noviembre. Ponente: Excmo. Sr.José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2013\7449).

Ello implica que el mero hecho de que ambos progenitores no tengan buenas relaciones no ampara una medida contraria al régimen de guarda y custodia compartida, lo que trasladado al caso que nos ocupa, si bien la relación entre ambos es algo tensa, no puede impedirse la guarda y custodia compartida a uno de los progenitores máxime cuando no perjudican al menor.

4. La opinión expresada de los hijos. En el caso que nos ocupa no ha sido precisa la opinión del menor por cuanto dada la edad que tiene y las manifestaciones vertidas por padres y testigos no supondría ningún cambio.
5. Los acuerdos en previsión de ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. No existiendo estos no pueden ser valorados.
6. La situación de los domicilios de los progenitores, los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores. Como ya he adelantado, ambos disponen de domicilio que puede ser considerado familiar y adecuado para el cuidado del hijo y ello ha sido acreditado por ambos. Igualmente, ambos disponen de flexibilidad horaria y de familiares que pueden encargarse del menor cuando lo precisen.

Por todo lo expuesto, mi conclusión ha sido interesar una guarda compartida del menor de edad por semanas, realizándose las entregas los viernes a la salida del colegio y en caso de que fuere festivo a las 18:00 horas en la puerta del mismo.

En las vacaciones de verano los periodos se distribuirán por quincenas, eligiendo los años pares el padre y los impares la madre.

b) Régimen de visitas.

Si bien no ha sido solicitado por ninguna de las partes que en el caso de establecerse la guarda y custodia compartida se fije una visita intersemanal a favor del progenitor que no tenga la guarda del menor esa semana, he considerado que ello puede ser beneficioso para el menor pues así se propicia una relación más frecuente en atención a su edad.

Esta medida puede adoptarse atendiendo a los horarios de los progenitores y sobretodo del menor quien no ve trastornado su régimen escolar y entiendo que se puede beneficiar de un contacto y relación con el progenitor no guardador.

c) Patria potestad compartida entre ambos progenitores.

Según dispone el art. 236-1 CCCat los progenitores, para cumplir con las responsabilidades parentales tienen potestad respecto de los hijos menores no emancipados.

d) Alimentos del hijo menor de edad (art. 237-1 CCCat).

Al interesar una guarda y custodia compartida y dada la equiparación de la situación económica de ambos progenitores, intereso que cada uno de ellos asuma los gastos del menor cuando esté en su compañía y siendo los gastos escolares, (material escolar, uniforme, etc), médicos hospitalarios y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, actividades extraescolares, refuerzo escolar o clases particulares, etc extraordinarios por mitad.

e) Viajes y salidas del hijo menor de edad.

El hecho que el supuesto de hecho incluya una sustracción internacional del hijo menor de edad, que aunque finalmente haya sido declarada lícita por sentencia, ha supuesto el incumplimiento del régimen de visitas del padre, me ha llevado a estudiar la posibilidad de pronunciarme respecto de las salidas del país del menor de edad.

A mi parecer, en el supuesto que nos ocupa, siendo la madre de Camerún y residiendo toda su familia allí, es un aspecto de especial trascendencia habida cuenta que, como es lógico, sea previsible que quiera realizar diversos viajes a Camerún para que el menor pueda conocer o estar y disfrutar de sus abuelos.

Es por ello que, dado que existe un deber de información y consulta entre los progenitores en relación al hijo menor de edad en los aspectos relativos a la salud, educación y ocio de su hijo (art. 233-9.2.g)), he considerado la opción de prohibir la salida del menor de edad sin expresa autorización de ambos progenitores.

Aunque a priori parezca una medida bastante drástica, creo que por los antecedentes del caso y la situación actual de la madre, es una medida acertada máxime cuando entiendo que ambos progenitores deben participar de las

decisiones relacionadas con los viajes del menor y las posibles ausencias escolares.

En este mismo sentido, reiterada jurisprudencia se ha pronunciado cuando existen circunstancias que avalen la toma de dicha decisión o cuando exista cierto riesgo a que alguno de los progenitores se lleven a su hijo. A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 4 de julio de 2014⁶.

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 232/2014 de 4 de Julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan. (JUR 2014/235917).

III. II. El juicio oral

Para la preparación de la vista, asistido a varias vistas de divorcio contencioso en el Juzgado de Primera Instancia número 5 (familia) de Tarragona. Esta idea surge en el momento en el que me doy cuenta de que la mayoría de las veces en las que he asistido a las vistas de procedimientos que versan sobre familia, he centrado mi atención en los pronunciamientos de los Letrados de las partes sin prestar especial atención a los del Ministerio Fiscal o del Juez.

Es por ello, que en el momento en que he analizado la figura del Ministerio Fiscal y la posibilidad de que puedan darse diversos pronunciamientos sobre el fondo, he decidido centrarme en los aspectos procesales de la vista de divorcio contencioso y en particular, en mi actuación como Ministerio Fiscal.

Así pues, con ello y el articulado de la LEC he podido interiorizar el funcionamiento y desarrollo de numerosas vistas, todas ellas relacionadas con el derecho de familia: modificación de medidas definitivas, divorcio contencioso, privación de la patria potestad, ente otras.

Partimos de que el procedimiento de divorcio contencioso es un procedimiento en el que se siguen los trámites del juicio verbal pero con algunas particularidades entre las que se encuentra la contestación a la demanda por escrito y la obligada intervención del Ministerio Fiscal cuando se encuentre en tela de juicio el interés de un menor de edad.

Para el correcto desarrollo de la vista he considerado adecuado elaborar una instrucción o guión (anexo II) en la que detallar todos los pasos a seguir, la prueba que proponer y en la que finalmente elaborar mis conclusiones teniendo en cuenta que las mismas pueden variar en función de la prueba practicada el día de la vista.

Como ya he adelantado, los trámites a seguir en la vista de divorcio contencioso son los del juicio verbal, por tanto, resultan de aplicación los arts. 437 y siguientes de la LEC complementándolos con los arts. 769 y siguientes de la LEC relativos a los procedimientos matrimoniales y de menores.

Lo más complejo en esta fase ha sido la elaboración de las preguntas que efectuar a las partes y testigos. Previo a su desarrollo nos hemos reunido con los componentes del

grupo para tratar de acordar las pruebas a practicar y los testigos que acudirían a la vista.

Así, teniendo claro las partes y testigos a quienes debía formular las preguntas, he procedido a su redacción pero teniendo en cuenta en todo momento que las preguntas que yo efectúe deben estar encaminadas única y exclusivamente a esclarecer dudas o ratificar determinadas afirmaciones o hechos que las partes expongan relacionadas siempre con el menor de edad.

Como venía diciendo, el momento procesal consistente en la práctica de la prueba junto con la fase de conclusiones es el más importante de todo el desarrollo del juicio de divorcio contencioso.

La fase de conclusiones es para el Ministerio Fiscal el momento en el que verdaderamente procede a contestar a la demanda, dispone de todas las pruebas y alegaciones de las partes, ha podido participar en primera persona de los interrogatorios y testificales para esclarecer cualquier duda en relación con el menor de edad y con ello puede valorar la prueba y pronunciarse respecto de las medidas definitivas que considere que deban acordarse.

Como principal defensor del interés del menor, todos los pronunciamientos del Ministerio Fiscal deben ir encaminados a procurar que las decisiones o medidas que se tomen en relación con el mismo le afecten lo menos posible de modo que pueda seguir con su desarrollo y con su vida igual o mejor de lo que venía haciendo con anterioridad a la tramitación del procedimiento.

En el momento de formular las conclusiones debe pretenderse que quede claro que todas las decisiones o pronunciamientos van encaminados a ello debiendo dejar al margen las cuestiones patrimoniales de las que ya se encargarán las partes o el juez de discutir.

A modo de ejemplo, cuando me preguntaba qué régimen de guarda era el más adecuado para el menor, debía parar a pensar en la realidad de la situación, qué beneficia más el desarrollo de la personalidad del menor? Qué necesidades pueden atender cada uno de sus progenitores? Es bueno para el menor tener la figura materna y paterna cerca? Podrán ofrecerle la atención que requiere?

Habiendo sido escuchadas las partes y los testigos y ofreciendo el valor probatorio que corresponde teniendo en cuenta la amistad, enemistad, profesión o relación de los testigos con las partes, la respuesta a todas las anteriores preguntas ha resultado afirmativa por lo que he entendido que procede la atribución de un régimen de guarda y custodia compartida al no existir nada que impida que uno de los dos progenitores siga al lado de su hijo para ayudarle en su desarrollo.

Además, son indudables los beneficios para la evolución y desarrollo del menor en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, que frente a la custodia monoparental tiene el sistema de guarda compartida.

Similar ha sido el análisis efectuado respecto del resto de las cuestiones controvertidas cuyo desarrollo ha sido efectuado en el apartado de contestación a la demanda y que así ha sido plasmado en las conclusiones efectuadas en el momento de la vista como consta en la *instructa* contenida en el Anexo II.

IV. CONCLUSIONES

Durante el desarrollo del presente trabajo y como ya preveía en la presentación cuando me refería a qué esperaba con su realización, he podido analizar desde un punto de vista más objetivo un procedimiento de divorcio contencioso.

Objetivo por cuanto por una vez he tratado de percibir el verdadero interés del menor en un procedimiento de divorcio, sin estar influenciada por la voluntad de ninguno de los progenitores.

Asimismo la preparación de la contestación a la demanda, de la prueba que podía necesitar, del desarrollo del juicio y de la práctica de las pruebas han sido una experiencia enriquecedora pues me ha permitido ponerme en el lugar de una de las partes presentes en todo procedimiento de divorcio con menores de edad o incapacitados.

Ya desde ahora puedo adelantar que la realización de este trabajo me ha permitido adquirir esta nueva visión que me puede ser muy útil a la hora de asesorar a un cliente en el momento en que se plantee la adopción de determinadas medidas relacionadas con los hijos menores de edad.

Y no sólo eso, la tramitación general del procedimiento, las reuniones con los componentes del grupo, los escritos de demanda y contestación de las partes también han ofrecido distintos puntos de vista que han sido debatidos y que nos han permitido replantearnos cuestiones diversas relacionadas con cualquier procedimiento de divorcio.

Desde luego la simulación del juicio ha permitido desarrollar habilidades relacionadas con el ejercicio de la profesión así como también nos ha permitido profundizar en las técnicas dirigidas a buscar posicionamientos de defensa de los intereses de nuestros clientes.

Aunque en mi caso se trataba del Ministerio Fiscal, puede decirse que el “cliente” en este caso sería el menor de edad lo que ha implicado el deber comprender la técnica de composición de sus intereses pasando por saber encontrar soluciones a cada uno de los problemas que se planteaban alrededor del mismo: guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos, entre muchas otras.

Por todo ello puedo valorar positivamente esta experiencia que debo reconocer que es muy gratificante para aquellos quienes por primera vez se enfrentan a la audiencia pública, a los interrogatorios y a la práctica de conclusiones pues debes ponerte en lo que sería la posición real de un abogado en un procedimiento judicial permitiendo el desarrollo de destrezas y habilidades su correcta tramitación.

Y ello sin olvidar que previamente dicho desarrollo de habilidades ha debido pasar por la correcta elección de la estrategia para la defensa de los derechos de los clientes teniendo en cuenta las exigencias de los distintos ámbitos de la práctica profesional.

De igual modo, la realización de este trabajo puedo garantizar que supone aprender exponer de forma oral y escrita hechos, y extraer argumentalmente consecuencias jurídicas, en atención al contexto y al destinatario al que vayan dirigidas, de acuerdo en su caso con las modalidades propias de cada ámbito procedimental.

V. BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍA

A.-L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO (COORD.), El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, pp. 115-155.

ARTÍCULO REVISTA

GONZALVEZ VICENTE, P. Magistrado Letrada del Consejo General del Poder Judicial. “*La sustracción internacional de menores y su nueva regulación*”. Revista Jurídica de Castilla y León, nº 11, Enero 2011.

LEGISLACIÓN

España. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Publicado en: «BOE» núm. 11, de 13/01/1982.

España. Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en: «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en: «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en: «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

JURISPRUDENCIA

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 2/2014 de 9 enero. Ponente: Illma. Sra.María Eugenia Alegret Burgues. (RJ 2014\118).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 13/2012 de 6 febrero. Ponente: Illmo. Sr. DCarlos Ramos Rubio. (RJ 2012\5922).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 31/2008 de 5 septiembre. Ponente: Illmo. Sr. DENrique Anglada Fors (RJ 2009\1449).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 24/2009 de 25 junio. Ponente: Illmo. Sr. D.José Francisco Valls Gombau. (RJ 2010\2369)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 757/2013 de 29 noviembre. Ponente: Excmo. Sr.José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2013\7449).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 232/2014 de 4 de Julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan. (JUR 2014/235917).

VI. ANEXO I. Contestación a la demanda

LA FISCALÍA PROVINCIAL DE TARRAGONA

Rambla del President Lluís Companys, 10,
43005 Tarragona

Procedimiento Divorcio Contencioso (art. 770-773 Lec) 212/2015 Sección B

Fidel Puig Potau

c/ Esperança Ndongo

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE TARRAGONA

LA FISCAL, en el procedimiento de referencia, promovido por el **Sr. FIDEL PUIG POTAU** contra la **Sra. ESPERANZA NDONGO** en el cual es parte este Ministerio por imperativo legal del artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) así como también del artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ha estado citado para que proceda a contestar a la demanda dentro del plazo conferido a tal efecto.

Que en la condición de parte que ostento, formulo **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE DIVORCIO CONTENCIOSO**, y todo ello en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

HECHOS

PRIMERO.- Que se ha interpuesto por parte del Sr. Fidel Puig Potau contra la Sra. Esperança Ndongo, demanda de divorcio contencioso solicitando la declaración de Divorcio y la adopción de medidas definitivas.

SEGUNDO.- En esta fase procesal, dada la peculiar intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos, así como la finalidad de la misma, una vez admitida la

demanda mostramos nuestra conformidad con los documentos auténticos y fehacientes aportados por las partes, acreditativos de: la legitimación, filiación, competencia, interposición de demanda de restitución de menores por sustracción internacional, así como del principio de prueba de los hechos en los que se funda.

TERCERO.- En cuanto a los hechos particulares alegados en la demanda, nada consta a este Ministerio Fiscal sobre la realidad de los mismos, debiéndose estar al resultado de su adveración a través de los medios probatorios que ya desde este momento proponemos mediante otrosí y, los que en su día se propongan y admitan; dejando a salvo aquellos admitidos por la parte demandada siempre que respeten el principio de indisponibilidad del objeto del proceso establecido para este procedimiento.

A los anteriores Hechos les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA

En orden a la competencia, es competente el Juzgado al que nos dirigimos de acuerdo con lo contenido en el artículo 769 de la LEC.

II. PROCEDIMIENTO

En cuanto al procedimiento, debe seguirse el trámite de Juicio Verbal con las especialidades del artículo 770 de la LEC, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, conforme a dicha norma rituarial así como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/81 y artículo 124.1 de la Constitución Española.

En concreto, establece el art. 749 de la LEC que será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

III. FONDO DEL ASUNTO

Sobre el fondo del asunto, es aplicable el título III, capítulo III de la Ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia que establece los efectos de la nulidad del matrimonio, divorcio y de la separación judicial.

Subsidiariamente, resultará de aplicación el Código Civil, concretamente los artículos 81 a 106.

Por todo ello,

SOLICITO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE DIVORCIO CONTENCIOSO** dentro del plazo y forma establecidos teniendo por comparecido al **MINISTERIO FISCAL** y por contestada a la demanda interesando se prosiga con la tramitación de las actuaciones, así como también que en su día se dicte sentencia como indica el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *«Con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento»* y, en todo caso, resuelva según lo dispuesto en el artículo 233-4 del CCCat sobre:

1. La determinación del progenitor a quien se le deba atribuir la guarda y custodia del hijo menor de edad, o, en su caso, la guarda y custodia compartida del mismo.
2. Si procede, el régimen de visitas, comunicación y estancia del hijo menor de edad con el progenitor no custodio y con sus abuelos.
3. El mantenimiento de la patria potestad sobre el hijo menor de edad de forma compartida por ambos progenitores, o en caso en que se aprecie causa legítima, la privación de la patria potestad de uno de los padres.
4. Las cantidades que cada progenitor debe aportar para satisfacer las necesidades alimenticias y educativas del menor de edad, la periodicidad y forma de pago así como las normas de actualización de dichas cantidades y, si procede, las garantías que deberán establecerse para asegurar su pago.

OTROSÍ DIGO: Que en virtud del artículo 293, siguientes y concordantes de la LEC, el Ministerio Fiscal viene a efectuar la siguiente **PROPOSICION DE PRUEBA ANTICIPADA**, con la finalidad de que se practique con anterioridad al acto de la comparecencia del pleito principal y a fin de acreditar en ella la actual y real situación patrimonial de los progenitores, necesaria para determinar la cantidad en concepto de alimentos a favor del menor.

A estos efectos venimos a solicitar como prueba anticipada:

1º. Se libre oficio a la **AGENCIA TRIBUTARIA**, a fin de que se aporte a las actuaciones la totalidad de las declaraciones fiscales presentadas en los últimos 5 años por D. FIDEL PUIG POTAU con DNI 39.147.258 y por DÑA. ESPERANÇA NDONGO provista de NIE X-5554455247-. El oficio será diligenciado por el propio Juzgado.

2º. Se libre oficio a la **TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, a fin de que se aporte a las actuaciones informe de vida laboral actualizado de D. FIDEL PUIG POTAU con DNI 39.147.258 y por DÑA. ESPERANÇA NDONGO provista de NIE X-5554455247-. El oficio será diligenciado por el propio Juzgado.

3º. **Más documental** y en virtud de lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

3.1) Se requiera a **FIDEL PUIG POTAU**, provisto de DNI 47852447- S y con domicilio en C/ Unió número 97, 2º 3ª, C.P 43001 de Tarragona a fin de que aporte a este Juzgado y Procedimiento CERTIFICADO emitido por la empresa en la que desarrolla su actividad laboral en el que se haga constar las tareas que desempeña y su horario laboral o, ante la imposibilidad de disponer del mismo, ponga en conocimiento de este Juzgado el nombre y dirección de la indicada empresa con el fin de que se libre oficio a la misma para que remita el mencionado certificado.

3.2) Se requiera a **ESPERANÇA NDONGO**, provista de DNI 49329423X y con domicilio en C/ Unió número 97, 2º 3ª, C.P 43001 de Tarragona, a fin de que aporte a este Juzgado y Procedimiento, CERTIFICADO emitido por la empresa en la que

desarrolla su actividad laboral en el que se haga constar las tareas que desempeña y su horario laboral o, ante la imposibilidad de disponer del mismo, ponga en conocimiento de este Juzgado el nombre y dirección de la indicada empresa con el fin de que se libre oficio a la misma para que remita el mencionado certificado.

Por todo ello,

SOLICITO DE NUEVO AL JUZGADO; Que tenga por hecha las peticiones que anteceden, acordando cuanto proceda.

En Tarragona, a 28 de octubre de 2015.

La Fiscal

Alba Saura Rosich

VII. ANEXO II. La instructa

Procedimiento: divorcio contencioso 212/2015 Sección B

Fidel Puig Potau / Esperança N´dongo

DESARROLLO VISTA

A) Art. 443 LEC

1. Intento de alcanzar acuerdo.

2. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal resolverá sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo de acuerdo con los artículos 416 y siguientes (falta de capacidad de las partes, cosa juzgada, falta de legitimación pasiva...).

3. Si no se hubieran suscitado las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, formuladas, se resolviese por el tribunal la continuación del acto, se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción. Si no hubiere conformidad sobre todos ellos, se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas.

***Se da la palabra a las partes, lo que hay que hacer es **FIJAR CON CLARIDAD LOS HECHOS RELEVANTES EN QUE SE BASAN LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES,**

B) EXPOSICIÓN POR EL DEMANDANTE DE LOS FUNDAMENTOS DE LO QUE PIDE O RATIFICACIÓN DE LO EXPUESTO EN LA DEMANDA CON AMPLIACIÓN DE HECHOS POSTERIORES A LA DEMANDA.

C) RATIFICACIÓN DEL DEMANDADO EN LO CONTENIDO EN LA CONTESTACIÓN EN LA DEMANDA Y POSIBLE AMPLIACIÓN DE HECHOS NUEVOS POSTERIORES A LA CONTESTACIÓN.

D) SE AFIRMAN Y RATIFICAN DEMANDADO Y FISCAL EN LOS CORRESPONDIENTES ESCRITOS DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y MANIFIESTAN CONFORMIDAD CON LOS HECHOS CONTROVERTIDOS.

EN ESTE PUNTO, las cuestiones controvertidas que deben fijar las partes es:

- A) la guarda y custodia del menor,**
- B) régimen de visitas si procede**
- C) pensión de alimentos y**
- D) uso del domicilio familiar**

E) PROPOSICIÓN DE PRUEBA

La prueba se propondrá de forma verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. La omisión de la presentación de dicho escrito no dará lugar a la inadmisión de la prueba, quedando condicionada ésta a que se presente en el plazo de los dos días siguientes.

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente

- 1. PROPONE PRUEBA EL DEMANDANTE,**
- 2. PROPONE PRUEBA EL DEMANDADO**
- 3. PROPONE PRUEBA EL MINISTERIO FISCAL → Con la venia Señoría, intervendré en la prueba que se admita.**

F) ADMISIÓN O INADMISION DE LA PRUEBA

Formulamos la oportuna protesta al efecto de hacer valer nuestros derechos en segunda instancia. (art 446 LEC).

G) PRÁCTICA DE LA PRUEBA

- **INTERROGATORIO DE LAS PARTES (todas ellas relacionadas con el interés**

del menor)

- PREGUNTAS A LOS TESTIGOS (todas ellas relacionadas con el interés del menor)

H) CONCLUSIONES

Con la venía Señoría, es norma del Ministerio Fiscal leer y estudiar a fondo los asuntos y a la vista de la prueba practicada, en cuanto al fondo del asunto y concretamente en relación con la guarda y custodia consideramos que no puede mantenerse la medida provisional adoptada relativa a la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre, debiendo adoptarse un régimen de guarda y custodia de carácter compartido.

Si bien es cierto que en Medidas Provisionales se atribuyó de forma exclusiva la guarda y custodia a la madre, ya se hizo especial mención en ese momento en que la adopción de dicha medida lo era a los efectos de que el hijo menor de edad, Albert, viese afectada su vida diaria lo menos posible y a que a ella se le atribuía el uso de la vivienda al haber acreditado estar en situación de más necesidad.

No obstante, aun habiéndose adoptado dicha medida, son diversas las razones por las que consideramos ahora que no debe mantenerse el régimen de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre.

Así en tanto en cuanto no hay oposición concreta por la demandada a la adopción de la medida definitiva de guarda y custodia compartida, consideramos que éste debe ser el régimen que debe adoptarse atendiendo al principio del superior interés y beneficio del menor y al ser este el criterio básico que ha de presidir todas las decisiones que le afecten.

La guarda y custodia compartida favorece las prácticas de corresponsabilidad entre ambos progenitores al no prevalecer el criterio de ninguno de ellos en las decisiones relativas a la atención ordinaria i vida cotidiana del menor, a la vez que impone una leal colaboración entre los mismos.

Y un claro ejemplo de que la guarda y custodia atribuida de forma exclusiva a la madre no ha favorecido en este caso la colaboración o de corresponsabilidad entre ambos progenitores es la decisión unilateral adoptada por la madre de llevarse a Camerún a su hijo incumpliendo el régimen de visitas establecido en auto de medidas provisionales y

sin consultar ni advertir al padre ni a la escuela de la inminente marcha del menor.

Si ello no fuera suficiente, de las testificales no se desprende que exista mala relación o desinterés por ninguno de los dos progenitores hacía su hijo. Por ejemplo, la dedicación que hasta la fecha ha ofrecido uno en las tareas y ámbito escolar se compensan con la dedicación del otro en el ámbito médico.

Además, de la documental consistente en declaraciones fiscales, vida laboral de los cónyuges y certificaciones emitidas por las correspondientes empresas donde trabajan se desprende que ambos cuentan con ingresos suficientes para hacer frente a los gastos del menor cuando el mismo esté en su compañía y de flexibilidad horaria para poder conciliar vida laboral y familiar así como también disponen de la colaboración de familiares que pueden ayudar esa conciliación.

Es cierto que la relación entre los cónyuges es algo tensa a fecha presente si bien parece que ésta no perjudica al menor pues no estamos ante un supuesto de conflictividad extrema y han sido los propios progenitores y testigos quienes, a pesar de poder hacer breve mención a conflictos puntuales que surgen entre el matrimonio, han afirmado rotundamente que la relación de ambos con el menor es la de un buen progenitor con su hijo.

Además los propios padres han manifestado estar por la labor de propiciar una relación cuanto menos cordial y contar con el apoyo del otro en supuestos puntuales en los que no puedan contar con algún familiar para conciliar vida familiar con vida laboral.

Consideramos que el modo de ejercer la guarda y custodia compartida debe ser por semanas, realizándose las entregas los viernes a la salida del colegio y en caso que fuera festivo a las 18:00 horas en la puerta del mismo colegio.

En verano se dividirán las vacaciones escolares por quincenas eligiendo el padre en los años pares y la madre en los años impares la quincena que prefiera.

Asimismo, en este supuesto aunque no haya sido solicitado por las partes, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal tiene especial función de velar por los intereses del menor y procurar su correcto desarrollo y bienestar, dado que la relación entre ambos progenitores con su hijo es cercana, para propiciar una frecuente relación entre los ellos y el menor de edad, consideramos que será bueno establecer una visita intersemanal a

favor del progenitor que no tenga la guarda del menor esa semana.

Entendemos que no existen impedimentos para adoptar dicha medida pues el menor no se verá trastornado en su régimen escolar y se beneficiará de un contacto y relación con el progenitor no guardador. Además, según han manifestado, ambos progenitores disponen de flexibilidad horaria y no entendemos se puedan objetivar inconvenientes para ello pero sí ventajas.

En cuanto a la pensión de alimentos.

De igual modo, se hace constar expresamente que no interesamos la fijación de una pensión de alimentos a favor del hijo debiendo cada progenitor satisfacer los gastos que genere el menor cuando esté en su guarda y debiendo satisfacerse por mitad los gastos escolares (material escolar, uniforme, etc), médicos hospitalarios y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, actividades extraescolares, refuerzo escolar o clases particulares, etc.

En cuanto al uso de la vivienda familiar

Una vez manifestadas nuestras consideraciones y razones por las cuales creemos que debe adoptarse una guarda y custodia compartida, es procedente que se mantenga la medida adoptada en relación al uso del domicilio familiar a favor de la madre tal y como se acordó en el procedimiento de medidas provisionales ya que ha manifestado y acreditado estar en situación de más necesidad al no disponer de recursos suficientes para sufragar los gastos que supondría adquirir o alquilar una vivienda en la que residir con su hijo menor de edad y poder así ejercer la guarda de forma adecuada.

A su vez, de la prueba practicada se desprende que el progenitor puede y así lo está haciendo alquilar una vivienda en la que fijar su residencia y hogar con el menor de edad cuando esté con él.

No obstante, si se nos permite, consideramos que no sería justo que se eternizase esta atribución del uso de la vivienda debiendo limitarse el mismo en el tiempo.

En cuanto a las salidas del menor fuera del territorio Español.

Ya por último, como se contiene tanto en la demanda como en la contestación, en el apartado de deberes de información y consulta entre los progenitores en relación al hijo

menor de edad del plan de parentalidad, cada progenitor tiene el deber de informar al otro de los aspectos relativos a la salud, educación y ocio de su hijo.

En el caso que nos ocupa esta obligación consideramos que adquiere especial trascendencia atendiendo al incidente ocurrido cuando la madre se llevó a Camerún a su hijo sin avisar al padre ni a la escuela e incumpliendo el régimen de visitas.

Es por ello, que en aras a reforzar el cumplimiento de este deber y dado que la madre cuenta con su familia en Camerún y que la visita a los familiares puede suponer en muchos casos que el menor se ausente de sus clases, es conveniente que tanto el padre como la madre tengan conocimiento de cuándo y dónde va el menor de edad y presten su consentimiento al respecto.

Así pues interesamos se adopte la prohibición de salida del menor de edad sin previo consentimiento de ambos progenitores, debidamente documentado o en su defecto, autorización judicial.