

**A. DERECHO
CIVIL**

SEPARACIÓN MATRIMONIAL CONTENCIOSA

**Núm.
73/2004**

Carlos BELTRÁ CABELLO
Secretario Judicial

• **ENUNCIADO:**

Por la procuradora señora Pérez, en nombre y representación de doña Asunción Altares Medina, se interpuso ante el Juzgado de Primera instancia número 2 de Parla (Madrid) como lugar del último domicilio conyugal, demanda de separación matrimonial respecto de su esposo don Juan Andrino Andrino, interesando se acordaran, además de la separación, las siguientes medidas:

- *Atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia de la hija menor Ana de 13 años.*
- *Privación de la patria potestad al padre respecto de la menor por cuanto no tenía contacto alguno con ella.*
- *Pensión alimenticia de 180 €/mes tanto para la menor como para el hermano de ésta Juan de 21 años.*
- *Pensión compensatoria para la esposa, de 41 años de edad, de 300 €/mes.*
- *Contribución al levantamiento de cargas al 50%, tanto del préstamo hipotecario, como de los gastos de consumo.*

En la demanda la actora señalaba que tenía un trabajo a tiempo parcial, cuatro horas diarias, de camarera. El hijo de 21 años se encontraba como soldado profesional.

Dado traslado de la demanda al demandado para contestar a la misma por éste se contestó oponiéndose a la demanda en cuanto a la privación de la patria potestad, a la pensión para el hijo mayor y a la pensión compensatoria de la esposa, igualmente se opuso a la contribución al 50% de los gastos de uso, y solicitó se Oficiara a la Seguridad Social para que expediera el informe de vida laboral de la demandante y se oficiara al Ministerio de Defensa para determinar la situación en la que se encuentra el hijo mayor de edad. Igualmente acreditó que estaba en situación de demandante de empleo desde 10 días antes de la presentación de la demanda de contrario.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Competencia y procedimiento.
2. Guarda y custodia. Patria potestad.
3. Pensión alimentos.
4. Pensión compensatoria.
5. Levantamiento de cargas.

• SOLUCIÓN:

1. En materia de competencia establece el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000 que «salvo que expresamente se disponga otra cosa, será el Tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será el Tribunal competente, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiese determinarse así la competencia, corresponderá ésta al Tribunal del domicilio del actor».

En el caso práctico planteado la actora no ha facilitado los datos de cuál sea el domicilio del demandado o el último domicilio conyugal de modo fehaciente, esto es, acreditado documentalmente. De no tener ningún indicio claro de dichos datos, por ejemplo que la certificación matrimonial señale como domicilio de los cónyuges el partido judicial donde se ha presentado la demanda, deberá requerirse a la actora para que acredite dicho domicilio por cuanto es requisito indispensable para determinar la competencia territorial del Juzgado.

En cuanto al procedimiento, establece el artículo 770 de la LEC de 2000 que «las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777 (mutuo acuerdo), las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil (CC), se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

Sólo se admitirá la reconvencción cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio, a la separación o al divorcio o cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio.

La reconvencción se propondrá, en su caso, con la contestación a la demanda y el actor dispondrá de diez días para contestarla.

A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos.

Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el CC para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oír si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años.

En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo».

Se completa con el artículo 753 de la LEC de 2000 que señala que salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días.

Se observa que en estos procedimientos, si bien el trámite de los mismos es el juicio verbal en el que no hay trámite de contestación y ésta debe verificarse en el acto de la vista, en estos procedimientos de familia sí hay un trámite de contestación del modo establecido para el juicio ordinario y la razón de ser es la de que en ocasiones es necesario solicitar una serie de pruebas que hay que acordarlas previamente al juicio para que se desarrolle éste en unidad de acto y de esperar al trámite de la vista habría que suspender ésta por dicha razón.

En el supuesto planteado la parte demandada se opusó a la demanda y solicitó se oficiara a los organismos competentes para que se informara sobre la vida laboral de la demandante y al ministerio de Defensa para que determinara la situación del hijo mayor de edad.

Dicha prueba solicitada previamente no implica que deba ser admitida y declarada pertinente por Su Señoría, pues esto debe verificarse en la vista.

2. En materia de guarda y custodia existía acuerdo entre las partes no planteando ningún problema dado que la situación fáctica era que la menor vivía con su madre en el que fue domicilio conyugal no existiendo discrepancia en este aspecto.

La parte actora solicita la privación de la patria potestad que es una medida de carácter grave por lo que ha de reputarse excepcional y aplicarse en casos extremos no pudiendo considerarse como una sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares ya que lo que prima en todo caso es el interés del menor. Para adoptar esa medida no basta la sola constatación de un incumplimiento sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte adecuada a los intereses del menor.

La actora debió fijar en su demanda para que se acordara la privación de la patria potestad que existía y subsistía una causa grave y de entidad suficiente para acordarla; y la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e interés del menor.

Para determinar estas circunstancias, en estos procesos en los que interviene el ministerio fiscal, ha de procederse a la exploración de la menor, tiene 13 años, y si bien ésta manifiesta que no tiene contacto con el padre no se acredita que ello obedezca a una voluntad manifiesta del padre de incumplir el régimen de visitas o a un comportamiento grave de entidad relevante por parte del mismo hacia su hija que haga acordar esa drástica medida por lo que no debe acordarse.

Dado que la menor tiene 13 años y se comprueba en la exploración judicial que tiene ya una opinión formada no procede acordar un específico régimen de visitas dejando a la libre iniciativa de los afectados el modo y manera de realizarlos.

3. Establece el artículo 93 del CC que el Juez ha de determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, adoptando las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos a cada momento, considerándose contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicara a la atención de los hijos.

Mientras los hijos sean menores de edad la obligación alimentaria por parte de los progenitores existe incondicionalmente.

Para valorar la condición económica del alimentante deben valorarse no sólo las pruebas directas sino las presunciones. Y en el caso práctico planteado el demandado no acredita ningún tipo de ingresos ni siquiera los que le corresponden por situación de desempleo ni por qué causó baja y por ello y además teniendo el demandado 42 años de edad y hallarse en plenas facultades para trabajar debe fijarse una pensión a favor de la menor de 180 €/mes.

En cuanto a la pretensión respecto al hijo mayor de edad debe desestimarse toda vez que se encuentra trabajando como soldado profesional lo que le permite gozar de autonomía económica sin necesidad de gravar indefinidamente la economía paterna, y en todo caso se ha acreditado su capacidad laboral.

4. Solicita la demandante una pensión compensatoria de 300 € por entender que ese era el perjuicio que le ocasionaba la separación y con la misma se trataría de mantener la situación económica anterior.

Pero compete a la parte actora acreditar ese desequilibrio económico que no ha sido así pues del enunciado del supuesto no se desprende ninguna situación distinta y además trabaja la actora lo que revela que no hay para ella limitación de perspectivas económicas y laborales y que tiene aptitud y capacidad para acceder al mercado laboral, tiene 41 años.

Por ello dado que no se acredita el perjuicio ni que exista impedimento alguno para acceder al mercado laboral no procede acordar esa pensión.

5. Lo único acreditado es la existencia de una hipoteca que grava la vivienda familiar que deberá ser abonada al 50 por 100 por ambos cónyuges, pero en cuanto a la reclamación de la actora de que igualmente el demandado abone el 50 por 100 de los gastos de luz, teléfono, comunidad y otros de consumo, debe desestimarse la misma ya que son gastos que se derivan afectan al uso de la vivienda y deben ser abonados exclusivamente por aquel que utiliza la vivienda, en este caso la esposa.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **Constitución Española, art. 39.**
- **Código Civil, arts. 93, 96, 142, 152 y 154.**
- **Convención de los Derechos del Niño de 1989, arts. 3.º 1, 9.º y 18.**
- **STS, Sala Primera, de 5 de octubre de 1993.**
- **SSAP de Barcelona de 25 de julio de 2001 y de Madrid de 24 de octubre de 2002.**