

---

---

## DERECHO PROCESAL CIVIL

### Formulario 11/2003

#### DEMANDA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL CON HIJOS MENORES

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ

#### COMENTARIO PREVIO

El presente prólogo introductorio del formulario que se propone, no pretende hacer un análisis pormenorizado de todas las partes de la demanda elegida, sino, simplemente, destacar aquellos aspectos propios de la misma en los que la práctica viene acreditando la necesidad de su mejora, aludiendo a la fuente legal y jurisprudencial que nos podrá permitir su subsanación, siempre referido a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000.

Comenzando por el **ENCABEZAMIENTO DE LA DEMANDA** deberán tenerse en cuenta varios preceptos, a saber, por un lado el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que da cobertura a la creación de los Juzgados de Familia dentro del orden civil, y por otro los artículos 399 y 155 de la LEC que establecen la necesidad de identificar al demandante y demandado, y domicilio y residencia en que han de ser emplazados. Así, la demanda se dirigirá al «Juzgado de Primera Instancia que por turno corresponda» (si estamos ante un partido judicial con más de un Juzgado de dicha naturaleza), o al «Juzgado de Familia que por turno corresponda» (si estamos ante un partido con Juzgados de tal especialización, y se suprimirá la alusión al turno correspondiente si sólo hay uno de Familia). Deben incluirse en este apartado los datos de filiación, DNI, y se tendrá en cuenta que el artículo 155.2 de la LEC permite proporcionar cualquier otro dato del cónyuge demandado que permita lograr su localización y paradero a fin de que el órgano judicial ponga en su conocimiento la existencia del procedimiento en su contra, evitando así ulteriores nulidades de actuaciones por alegatos de indefensión. Deberá tenerse en cuenta que, aunque en la práctica suelen ser coincidentes, no hay que confundir el domicilio que se designa del demandado para el emplazamiento con el lugar del domicilio o residencia efectiva que será el criterio determinante de la competencia.

En relación con los **HECHOS** basta observar el apartado tercero del artículo 399 de la LEC para poder afirmar que hay tres subapartados a estimar:

- a) Hechos a narrar de forma ordenada y clara enfocados a la contestación del demandado.
- b) Documentos, medios e instrumentos a aportar en relación con los hechos.
- c) Facultativamente, valoraciones o razonamientos sobre los hechos.

En cuanto al primer subapartado [letra a)], el artículo 753 de la LEC, que alude al artículo 405 de la LEC, explica la causa de la necesidad de claridad en los hechos, ya que conforme a este último precepto el demandado en su contestación ha de admitir o negar los hechos vertidos de contrario. El actor ha de referir todos los hechos que den cobertura a su petición en función de la causa o causas de separación que sean alegadas, pues de no ser así puede, por un lado, estar dando alas a la indefensión del demandado que mal podría cumplir con el precitado artículo 405 de la LEC y, por otro, puede hallarse ante la infranqueable regla de preclusión que por motivos de seguridad jurídica ha establecido el legislador en el artículo 400. Aun así, deberá tenerse en cuenta la posibilidad de nuevas aclaraciones por la vía del artículo 424.1 de la LEC y del artículo 426.2 de la LEC.

En relación al segundo subapartado [letra b)], los documentos en cuestión serán los aludidos en el artículo 770 de la Regla 1.ª de la LEC y los incardinables en el artículo 265.1.1.º de la LEC, y sobre todo en materia matrimonial adquieren especial relevancia los informes periciales de los psicólogos (art. 265.1.4.º de la LEC) y los trabajos propios de los investigadores privados (art. 265.1.5.º de la LEC), relacionables, estos últimos, con las posibilidades que otorga el artículo 299.2 de la LEC como medio de reproducción de la palabra, sonido e imagen. Finalmente, y en cuanto al que hemos llamado tercer subapartado [letra c)], las valoraciones o razonamientos a realizar sí parecen convenientes para el derecho del litigante, no deja claro el precepto, artículo 399.3 de la LEC, si las susodichas valoraciones han de versar solamente sobre los hechos o si pueden también recaer sobre los dictámenes e informes relacionados con los hechos; entendemos que nada obsta en el precepto para que las valoraciones se extiendan a ambos extremos.

Dentro de este apartado de «Hechos» que estamos comentando previo al formulario, vamos a destacar en su literalidad **pronunciamientos judiciales esenciales recientes de nuestras Audiencias Provinciales**, que entiendo importantes para la elaboración adecuada de la demanda en este capítulo de «Hechos».

Primero. «La pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC constituye un derecho de carácter personal, renunciable y de naturaleza dispositiva que no puede ser apreciada *ex officio* por el órgano judicial».

Segundo. «El hecho de que el actor no solicite en su demanda la fijación de un límite temporal (para la pensión compensatoria) no constituye un óbice procesal para que lo pueda establecer el Juzgado toda vez que ello no infringe el principio de congruencia del art. 218 LEC ni el de justicia rogada del art. 216 LEC».

Tercero. «La prestación alimenticia a favor de los hijos tiene naturaleza de orden público pues constituye uno de los deberes fundamentales de la patria potestad y la contribución del progenitor apartado de los hijos ha de estimarse teniendo en cuenta no sólo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y circunstancias de la familia».

Cuarto. «Al ser la cuantía de los alimentos de los hijos una cuestión de orden público, tal cuantía no puede quedar limitada a las pretensiones de los litigantes gozando el Juzgado de amplias facultades en lo que respecta no sólo a su concesión sino también en lo referente a su cuantía».

**Quinto.** «Cuando la pensión compensatoria del art. 97 CC se solicita en un procedimiento de divorcio no habiéndose pedido en el anterior de separación matrimonial, no hay posibilidad de concederla porque cuando se tiene que apreciar el posible desequilibrio económico que constituye su causa originaria es al cesar la convivencia». «No es posible fijar pensión compensatoria cuando la misma se solicita después de un prolongado tiempo de separación de hecho en el que los cónyuges han vivido de forma independiente».

**Sexto.** «No puede acordarse en un procedimiento de modificación de medidas el establecimiento de la pensión compensatoria cuando la misma no se pidió en el proceso de separación matrimonial, puesto que tal falta de petición equivale a un reconocimiento de la inexistencia de desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial».

**Séptimo.** «Una vez que se ha declarado la separación definitiva y que procede disolver la sociedad de gananciales, la expresión *cargas del matrimonio*, ha de entenderse referida única y exclusivamente a las obligaciones patrimoniales asumidas constante el matrimonio».

Abordando ya el aspecto de los **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS** como elemento esencial de la demanda, hemos de diferenciar entre los requisitos procesales o adjetivos y los materiales o de fondo.

Dentro de los primeros sobresalen aquellos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales: Jurisdicción y competencia, Capacidad (para ser parte y procesal), Postulación y la clase de juicio. Para lo primero se tendrán en cuenta los artículos 22 de la LOPJ, 45 y 769 de la LEC y en cuanto a la apreciación de oficio de la falta de competencia, los artículos 48 y 58 de la LEC. La capacidad para ser parte la ostentan los cónyuges conforme al artículo 6.º 1.1.º de la LEC y la procesal la tienen por estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles conforme al artículo 7.º de la LEC, y ambos tipos de capacidad integran la legitimación *ad processum* (art. 9.º de la LEC). La postulación se contempla en el artículo 750 de la LEC aplicando la regla general de carácter preceptivo de la postulación técnica. Finalmente, en cuanto a la clase de juicio se tendrá en cuenta el artículo 770 de la LEC en función de la clase de pretensión que se ejercite, y las peculiaridades de los artículos 748 a 755 de la LEC.

En cuanto a los fundamentos materiales o de fondo, en materia de legitimación se ha de justificar la *ad causam* (art. 10 de la LEC), que se ostenta por la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso. Dicha titularidad la ostentaban exclusivamente hasta ahora los cónyuges, si bien desde la STC de 18 de diciembre de 2000 (su texto y comentario se hallan en el núm. 1 de esta misma publicación, correspondiente al mes de febrero de 2001), también tienen esta legitimación para pedir la separación los tutores respecto de sus pupilos. Finalmente, y antes de la petición, se ha de completar el requisito de la fundamentación jurídica de la pretensión que se ejercita, y en esta materia las normas a tener en cuenta serán el artículo 32 de la Constitución Española y los artículos 82 y 86 del Código Civil pero sin que sea bastante la genérica invocación de uno de estos preceptos sino que se ha de razonar cuál de las causas de ambos preceptos resulta ser la concurrente o sea el apartado concreto y causa que se invoca dentro del mismo. Debe recordarse que el empleo y cita de la jurisprudencia que sea favorable a nuestra pretensión refuerza las posibilidades de éxito y además que la causa invocada puede sufrir alteraciones con ocasión del juicio.

En cuanto al **SUPPLICO, PETICIÓN O PETITUM** de nuestra demanda, su cobertura está en el artículo 399.1 de la LEC cuando señala la expresión: «Se fijará con claridad y precisión lo que se pida». De no hacerse así, las posibilidades de alegación de indefensión por el demandado son grandes al no poder conocer con claridad la pretensión que contra él se dirige. Dice el artículo 399.5 que «En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán

con la debida separación». La primera petición, como es normal, será la de la separación o la disolución del matrimonio por divorcio. En el caso de que sea demanda de divorcio y en la separación judicial anterior se adoptasen medidas, si se pide la modificación de las mismas da igual el orden en que se pidan si se hace con una clara separación de peticiones.

Téngase en cuenta que es muy frecuente el uso de genéricas expresiones («y todas las medidas inherentes a la misma», «que se eleven a definitivas las acordadas»), que desoyen la regla que hemos citado del artículo 399.5 de la LEC. La Jurisprudencia lo dice claramente: «Es preciso clarificar, delimitar y diferenciar lo que son cargas del matrimonio, pensión alimenticia entre cónyuges, pensión compensatoria, etc.».

La pensión alimenticia se podrá aumentar proporcionalmente según se incrementen o disminuyan las necesidades del alimentista y la situación económica del alimentante. En cambio la compensatoria no podrá incrementarse tras la sentencia que la reconozca. Deben pedirse ambas pensiones en el suplico de forma separada, pues al tener distinta naturaleza no son integrables en una misma pretensión. Finalmente debe recordarse la posibilidad de hacer otras peticiones accesorias o subsidiarias como la anotación preventiva de demanda, o medidas provisionales.

## FORMULARIO QUE SE PROPONE

### AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA (O DE FAMILIA QUE POR TURNO CORRESPONDA)

D. ... Procurador de los Tribunales en nombre y representación de D. ... con domicilio en... calle... con DNI... según acredito con la escritura de poder que como doc. 1 acompaño y cuya devolución solicito una vez dejada en autos testimonio (cabe acreditar la representación *apud acta* ante el Secretario Judicial o con la certificación colegial correspondiente en caso de designación de oficio), y bajo la dirección letrada del Abogado D. ... Colegiado n.º ... comparezco ante el Juzgado y como mejor proceda en Derecho DIGO:

Que por medio del presente escrito formulo demanda de SEPARACIÓN MATRIMONIAL contra el cónyuge de mi representado D. ... con domicilio en... calle... de esta localidad, y con base en los siguientes

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha... mi cliente contrajo matrimonio civil con el demandado/a en la localidad de... lo cual acredito con la certificación del Registro Civil de... que adjunto como doc. n.º 2.

SEGUNDO. De tal matrimonio nacieron dos hijos llamados... Nacido el... y... nacido el... ambos en la localidad de... Se adjuntan a los efectos oportunos las certificaciones registrales correspondientes como docs. 3 y 4.

TERCERO. El régimen económico matrimonial del matrimonio ha sido el de sociedad de gananciales.

CUARTO. El demandado/a se halla incurso en la causa legal de separación por incumplir de forma reiterada los deberes conyugales propios en base a los siguientes hechos que expongo.....

QUINTO. Que el cónyuge de mi representada trabaja con la categoría profesional de... en la empresa... y es trabajador fijo desde... y tiene en la actualidad unos ingresos de... como retribución anual, y se acompaña a tal efecto copia de la nómina correspondiente al mes pasado, como doc. 5.

Mi cliente no ha trabajado nunca habiéndose dedicado al cuidado de hijos y hogar de manera exclusiva y se adjunta copia de la última declaración de la renta del año pasado como doc. 6. Entendemos acreditada la desigualdad económica de los cónyuges.

SEXTO. La vivienda familiar es ganancial y se acompañan para acreditar los gastos propios de ella los recibos de la hipoteca que se viene abonando, de los gastos de comunidad y del seguro multirriesgo del hogar, como docs. 7, 8 y 9.

SÉPTIMO. Los gastos de manutención de los hijos tal y como se acredita con la documentación que se adjunta como docs. 10, 11 y 12, ascienden a... y los de educación a... incluyendo los gastos propios de las actividades que desarrollan una vez finalizado el curso escolar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### JURÍDICO PROCEDIMENTALES

**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** Es competente la jurisdicción civil de acuerdo con los arts. 21.1 y 22.3.º LOPJ y art. 36 LEC.

De acuerdo con el art. 85 LOPJ corresponde al Juzgado de Primera Instancia conocer de este asunto y en concreto al que por turno corresponda de los Juzgados de Familia de conformidad con la especialización existente en este partido merced al art. 98 LOPJ.

De conformidad con el art. 769 LEC es competente el Juzgado al que me dirijo desde el punto de vista territorial, al ser esta localidad aquella en que las partes tuvieron su último domicilio conyugal.

**CAPACIDAD.** La tiene mi representada para ser parte de acuerdo con los arts. 6.º 1.1.º y 7.º los dos de la LEC.

**POSTULACIÓN.** De acuerdo con el art. 750 LEC comparece mi mandante representado por procurador y defendido por letrado, ambos legalmente habilitados para actuar en este partido y ante estos Juzgados.

**LEGITIMACIÓN.** De acuerdo con el art. 81 CC mi representado está legitimado activamente para la interposición de esta demanda y lo está pasivamente el demandado.

**PROCEDIMIENTO.** Es el procedimiento a seguir el previsto en el art. 770 LEC para ventilar las pretensiones que se exponen.

### JURÍDICO MATERIALES

**PRIMERO.** De acuerdo con el art. 81.2 CC será decretada judicialmente la separación de los cónyuges cuando habiendo sido pedida por uno de ellos, se halle el otro incurso en causa legal de separación.

SEGUNDO. El art. 82.1 CC establece como causa legal de separación la de... así como cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales.

TERCERO. A) En relación con la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio y de conformidad con los arts. 92 CC y 103 CC y atendiendo al superior interés de los hijos menores, deben quedar con mi mandante y fijándose un régimen de visitas en relación con el cónyuge que no tenga otorgada la citada guarda.

B) El uso de la que hasta ahora ha sido la vivienda familiar, deberá quedar atribuida a mi representada y sus hijos ya que al ser la encargada de la guarda y custodia de los hijos menores ello debe conllevar la atribución de tal vivienda.

C) El demandado deberá contribuir para la manutención, vestido y educación de los hijos menores de acuerdo con el art. 93 CC con la cantidad de... euros mensuales como pensión alimenticia y por mitad contribuirá con los gastos extraordinarios.

D) Mi representada carece de cualificación profesional al haberse encargado de las tareas propias del hogar e hijos durante la vigencia del matrimonio y las posibilidades de hallar trabajo a la vista de su edad son reducidas y es por ello que atendiendo al nivel de necesidades de ambas partes, la demandada debe contribuir como pensión compensatoria con la cantidad mensual de...

CUARTO. Al existir hijos menores debe ser llamado al proceso como parte el Ministerio Fiscal.

QUINTO. De conformidad con el art. 394 LEC deberán imponerse las costas a la parte demandada.

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentada la presente demanda con los documentos que se acompañan y dos juegos de copias y tenga por instada la separación de mi mandante D.<sup>a</sup> ... contra D. ... y una vez tramitada con intervención del Ministerio Fiscal sea dictada sentencia que decrete la separación legal de ambos cónyuges y se acuerden como medidas las siguientes:

1. Que los hijos menores habidos del matrimonio, manteniendo ambos compartida la patria potestad, queden bajo la guarda y custodia de mi representada con establecimiento de un régimen de visitas a favor del otro cónyuge que consistirá en fines de semana alternos desde las... horas del sábado hasta las... horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.

2. Que se atribuya el uso de la vivienda situada en... que constituía el domicilio conyugal a mi mandante y a los hijos menores debiendo abandonar el mismo el demandado en el plazo que se señala previa retirada de sus efectos personales.

3. Que se fije como pensión alimenticia a favor de los hijos menores y a cargo del demandado, la cantidad de... euros mensuales a abonar en los cinco primeros días de cada mes en la c/c... de la que es titular mi representada en la entidad bancaria... que deberán revisarse anualmente conforme al IPC.

4. Que se establezca a favor de mi mandante como pensión compensatoria la cantidad mensual de... euros a abonar en los cinco primeros días de cada mes con la misma actualización y en la misma cuenta antes citada.

Todo ello es justicia que pido en..... a..... de..... de.....

El Abogado/a.

El Procurador/a.