

# F ormulario

---

---

## DERECHO PROCESAL CIVIL

### Formulario 1/2002

#### DEMANDA EN RECONOCIMIENTO DE GUARDIA Y CUSTODIA. PRECEPTO DESARROLLADO: ARTÍCULO 748.4.º DE LA LEC DE 2000

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ

#### COMENTARIO PREVIO.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) no ha suprimido todos los procesos civiles especiales que se hallaban dispersos en diferentes textos legales como pudiera pensarse, sino que los ha reducido y simplificado en una encomiable tarea de sistematización de materias hasta ahora dispersas. La filosofía que ha presidido tal labor ha sido la de establecer para todos ellos el mismo procedimiento con objeto de facilitar la tramitación procesal de los mismos, sin perjuicio de, para determinadas cuestiones por su importancia social o económica, arbitrar un tratamiento específico. No obstante lo dicho, la tarea emprendida se queda corta al no incluir el cauce procesal para determinadas materias que deben tratarse de forma conjunta con los temas previstos en el artículo 748.4.º de la LEC: las acciones reconocidas en la legislación civil autonómica catalana (Ley 10/1998, de 15 de julio), aragonesa (Ley 6/1999, de 26 de marzo), y navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio) sobre uniones estables de pareja, uniones estables no casadas e igualdad jurídica de las parejas estables, respectivamente, cuando existen hijos comunes y las uniones de hecho.

Para la regulación procesal de estas cuestiones se ha de acudir a los generales artículos 249 a 251 de la LEC, ya que el denominado juicio verbal especial queda reservado para pretensiones que versen **exclusivamente sobre guardia y custodia y alimentos de los hijos menores**. El problema procesal se planteará cuando se acumulen acciones de la citadas con aquellas que dimanen de las relaciones interparentales pues a tenor de lo mandado por el artículo 73.1.2.º de la LEC, para que la acumulación de acciones sea admisible es preciso que las acumuladas no deban, por razón de la materia, ventilarse en juicios de diferente tipo. ¿Se considerarán de diferente tipo los procesos ordinario y verbal por un lado y el verbal especial por otro? La respuesta no es fácil aunque dejemos simplemente apuntado aquí el problema.

Los antecedentes legislativos del artículo 748.4.º de la LEC se encuentran, en cuanto a la guardia y custodia, en la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil (CC) en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y en el artículo 484.4.º de la anterior LEC.

Entendemos que resultará especialmente problemática la interpretación y alcance a dar a la expresión «**exclusivamente sobre guardia y custodia de los hijos menores**», por las disfunciones procesales que causará en los pleitos sobre ejercicio, privación o distribución del ejercicio de la patria potestad al no ser éstos tramitados conforme al llamado juicio verbal especial, con lo cual no les serán de aplicación los preceptos propios de este último, y deberá para salvarse este escollo aplicarse interpretaciones extensivas o restrictivas de la expresión «guardia y custodia». Este problema que también apuntamos se dará sobre todo respecto de los hijos extramatrimoniales o los matrimoniales si surge la cuestión al margen del pleito matrimonial ya que los matrimoniales se ven protegidos por lo previsto en la legislación sustantiva.

Otra cuestión a tener en cuenta nace a partir de la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981 que se remite a la tramitación del Libro III de la anterior LEC reguladora de la jurisdicción voluntaria, el cual sigue plenamente vigente en tanto no se modifique la LEC en esta materia, y en qué medida puede afectar a la nueva regulación.

Sólo la práctica, el dictado de resoluciones sobre los problemas apuntados, y, sobre todo, las primeras sentencias de nuestras Audiencias Provinciales como llamada jurisprudencia menor, arrojarán algo de luz sobre lo que dejamos reseñado.

#### MODELO QUE SE PROPONE:

##### AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID

Don ....., Procurador de los Tribunales, y de doña ....., cuya representación ostenta y acredita con la escritura de poder notarial que se acompaña como doc. N.º 1, comparezco ante el Juzgado y como más procedente sea en derecho, D I G O :

Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA EN RECONOCIMIENTO DE GUARDA Y CUSTODIA** de conformidad con los artículos 748.4.º y 753 de la LEC, contra don ....., mayor de edad de nacionalidad española, con domicilio en Madrid, calle ..... número ..... CP ..... con base en los siguientes

##### HECHOS

PRIMERO: Mi poderdante y el demandado mantuvieron relaciones sentimentales no matrimoniales, fruto de las cuales nació el pasado 22 de enero de 2001 un hijo de nombre ..... cuyo nacimiento se encuentra inscrito en el Registro Civil de Madrid al Libro ..... página ....., Sección ....., conforme se acredita con certificación del Registro citado como doc. N.º 2.

El domicilio de la pareja se estableció en la calle ..... de Madrid, hasta que hace tres meses por motivos que no vienen al caso, decidieron poner fin a su relación viviendo separados. Mi poderdante y el hijo se han trasladado a vivir a la calle ..... de Madrid donde siguen residiendo tal y como acredito con el certificado de empadronamiento expedido por la Junta Municipal del Distrito ..... dependiente del Ayuntamiento de Madrid como doc. N.º 3.

SEGUNDO: Mi poderdante vive desde el primer momento con el hijo sobre el que ejerce la guarda y custodia, entregando el padre puntualmente la cantidad mensual de 50.000 pesetas para alimentos y gastos diversos.

Esta situación de guarda y custodia de hecho resulta incómoda para mi mandante, pues al carecer de reconocimiento legal, ha de resolver múltiples problemas cotidianos que afectan al hijo siendo preciso constantemente el consentimiento del padre, causando ello constantes demoras y fricciones entre los progenitores.

Siendo éste el motivo por el que mi mandante desea legalizar esta situación con el reconocimiento por la jurisdicción de la guarda y custodia de su hijo a todos los efectos.

A los anteriores hechos les son aplicables los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PROCESALES

**I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** De conformidad con el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) serán competentes los Tribunales españoles para conocer en materia de filiación, relaciones paterno filiales cuando el hijo tenga residencia habitual en España, al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España, como acontece en el presente caso.

Corresponde la competencia objetiva al Juzgado de Primera Instancia de conformidad con el artículo 85 de la LOPJ y 45 de la LEC y la territorial a los Juzgados de Madrid al encontrarse aquí el último domicilio de los progenitores, el del menor y el del demandado conforme a los artículos 50 y 769 de la LEC.

**II. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN:** Ostenta ambas mi mandante de conformidad con los artículos 6.º 1.1.º y 10 de la LEC, como madre del niño cuya guarda y custodia se pretende sea fijada judicialmente con efectos *erga omnes* y la pasiva la ostenta el demandado como padre del niño.

Deberá ser igualmente parte el Ministerio Fiscal por mandato del artículo 749 de la LEC al haber un menor de edad.

**III. POSTULACIÓN:** Comparece la parte demandante representada por procurador y defendida por letrado según prescribe el artículo 750.1 de la LEC.

**IV. PROCEDIMIENTO:** Deberá sustanciarse la demanda por los trámites del juicio verbal especial previsto y regulado en el artículo 753 y siguientes de la LEC, debiendo emplazarse al demandado y al Ministerio Fiscal para contestación por 20 días.

### MATERIALES

**I.** De conformidad con el artículo 159 del CC si los padres viven separados y no deciden de común acuerdo, el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. Es por ello que para llevar a cabo sin problemas y a favor del hijo se solicita el reconocimiento judicial de la guarda y custodia inherentes a la patria potestad, teniendo en cuenta que siempre la ha ejercido con consentimiento del padre atendiendo plenamente al hijo de corta edad. Igualmente tal precepto establece que si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva.

**II.** Mi mandante ha respetado en todo momento el derecho del padre a ver al niño relacionándose con él en la medida en que su corta edad lo ha permitido, de acuerdo con el artículo 160 del CC, cuyas visitas se podrán seguir efectuando en el domicilio de la madre durante las horas que venían haciéndose, sin que dada la edad del hijo sea dable permitir que el mismo pernocte con su padre.

**III.** Para el supuesto de que el padre se oponga con mala fe se solicita la condena en costas del demandado.

En su virtud,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por presentada la presente demanda junto con sus copias y documentos, los admita y forme autos de demanda de reconocimiento judicial de guarda y custodia, dictando tras el correspondiente juicio, sentencia favorable a lo solicitado reconociéndose frente a todos la misma, estableciéndose el régimen de visitas que dejo interesado sin autorizar por ahora la salida del niño fuera del domicilio de la madre para pernoctar con su padre, con condena al demandado al pago de las costas sólo en el caso que dejo interesado,

En Madrid a ..... de ..... de 2001.

Firma del letrado.

Firma del Procurador.