

Divorcio Mutuo Acuerdo

18 de Febrero de 2013

El proceso puede ser instado por los 2 cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

La defensa y representación procesal deberán ser ejercidas por Letrado y Procurador.

Al respecto, el art. 750.2 LEC recoge la posibilidad de acudir ambas partes con una misma defensa y representación.

El propio precepto establece que cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el tribunal, el Secretario judicial requerirá a las partes a fin de que el plazo de 5 días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas, o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación.

La demanda.

El art. 777.2 LEC no habla de demanda sino de escrito, de manera que basta con un escrito que contenga los requisitos mínimos para conocer la identificación de las partes, los hechos que fundamentan la solicitud y la concreta petición aunque lo normal es acudir al modelo de demanda. En su **encabezamiento** se precisará si la demanda se interpone por ambos cónyuges o por 1 solo de ellos con el consentimiento del otro así como la representación que ostenta El Procurador sobre 1 o sobre ambos.

Se indicará, el domicilio actual de cada uno de los cónyuges y la acción que se ejercita.

Importante manifestar la nacionalidad de cada uno de los litigantes en el mismo encabezamiento a fin de establecer la necesidad de fundamentar la demanda conforme a una legislación extranjera y de anunciar la aportación de la misma junto con el escrito de demanda.

A la hora **de narrar** los hechos serán imprescindibles fecha y lugar del matrimonio celebrado; si ha habido o no descendencia, y en el 1º caso, la completa identificación de los hijos; y por último, el lugar del último domicilio conyugal.

Los fundamentos jurídicos se limitarán a consignar las normas de competencia, procedimiento aplicable, y las normas sustantivas que regulan la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente para la separación y divorcio (arts. 81.1.º y 86 CC), siendo únicamente preciso -desde la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio- el transcurso del plazo de 3 meses desde la celebración del matrimonio para solicitar una u otro, junto a la aportación -en ambos casos- de la propuesta de convenio regulador redactada conforme al art. 90 CC.

Sí que resulta muy importante en caso de ciudadanos de otros países la invocación del art. 107 CC sobre todo cuando por su aplicación resulte observable una legislación extranjera, ya en cuanto a la separación o el divorcio; a las medidas entre los cónyuges; a las medidas respecto de los hijos, casos en los que deberá hacerse una relación de los artículos o normas de derecho extranjero aplicable y de ser necesaria su interpretación jurisprudencial.

El suplico especificará la petición de separación o divorcio y solicitará la aprobación del Convenio Regulador.

En la demanda podrá ser propuesta prueba, normalmente por medio de otrosí, para acreditar hechos que tengan relevancia para la declaración de separación o divorcio o para determinar la aprobación del Convenio Regulador.

Documentos que deben acompañar a la demanda

Son, junto al necesario poder o designación de oficio que autorice al Procurador para representar a 1 o a los 2 cónyuges:

- a.- el certificado de inscripción del matrimonio y del nacimiento de los hijos,
- b.- el convenio regulador,
- c.- así como el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho.

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

www.padresdivorciados.es
e-mail: info@padresdivorciados.es

Respecto a los primeros, hay que decir que la Ley no distingue el tipo de certificación por lo que podrá ser el extracto, literal o el mismo libro de familia. Ahora bien, respecto a los hijos será conveniente aportar la literal porque así constará debidamente todas las circunstancias relativas a cambios de nombres y apellidos, filiación, patria potestad o capacidad.

Cuando se trate de matrimonios celebrados en el extranjero será la certificación del Registro Civil del Consulado español, la del Registro extranjero previamente legalizada o la del Registro Civil Central.

En cuanto al **Convenio Regulador** (que se tratará más pormenorizadamente en los aspectos sustantivos del Derecho de Familia) lo 1º que debe destacarse es su obligatoriedad como presupuesto de admisibilidad de la demanda, y ello, aun en el caso de que no exista nada que regular entre los cónyuges y permanezca como valor residual la manifestación de voluntad relativa a la separación o al divorcio.

El convenio de separación puede servir para regular el divorcio aportando una copia testimoniada del mismo aunque siempre será preciso que los cónyuges en documento aparte firmado por ambos y encabezado como un Convenio Regulador se remitan expresamente al anterior.

Por último, y en relación a otros documentos en que las partes funden su derecho, destacan aquellos que acrediten ceses de convivencia así como, fundamentalmente, se insiste, la legislación extranjera aplicable al caso.

De relevancia también resulta, aquellos otros documentos que hacen prueba de pactos concretos susceptibles, en principio, de no ser aprobados.

Como novedad introducida por **la Ley 15/2005, de 8 de julio**, hay que destacar que, dentro de la finalidad de la Ley de fomentar que los cónyuges acudan a mediación familiar se acompañe como documento a presentar junto con el escrito de demanda aquél que contenga "**el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar**" (art. 777.2 LEC).

Al respecto, también destacar que según señala el art. 87 ter.5 LOPJ en la redacción dada por el art. 44 de la Ley Integral contra la Violencia de Género "en todos estos casos está vedada la mediación". Es decir, en estos casos: las partes no podrán recurrir a la mediación como alternativa a la incoación del proceso civil, ni antes ni durante, ni después de proceso civil que se siga ante el Juzgado de Violencia.

Ahora bien, ello no parece excluir, a juicio de la doctrina más autorizada, que las partes alcancen un acuerdo con intervención del Juez o de sus Letrados, lo que supondría la posibilidad de consignar el acuerdo en acta o, incluso, de transformar el procedimiento en uno de mutuo acuerdo, donde para mayor seguridad de ambas partes, debería exigirse que ambos litigantes tengan cada uno su propia asistencia Letrada.

Aplicación de las tasas judiciales

la actividad judicial originada por la presentación de la solicitud de separación o divorcio de común acuerdo **no constituye hecho imponible** de la tasa que regula la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, esgrimiendo las siguientes **razones**:

- **1.ª)** El escrito por el que se inicia el procedimiento que regula el art. 777 LECb **no** recibe el nombre de **demanda** (art. 2.a) L Tasas) **sino de solicitud** y, si bien ésta pudiera parecer una cuestión meramente terminológica, es cierto que cuando el procedimiento comienza mediante un acto al que la ley no da el nombre de demanda, como ocurre en el juicio monitorio que comienza por petición, su consideración como hecho imponible se desprende del art. 7.1 L Tasas.
- **2.ª)** El procedimiento de separación y divorcio de común acuerdo **es en realidad un acto de jurisdicción voluntaria** que, por tanto, no supone el ejercicio de potestad jurisdiccional (art. 2 L Tasas).

En efecto, el citado art. 777 LEC habla literalmente de "*escrito por el que se promueva el procedimiento*".

Luego, en estos procedimientos no existe demanda dirigida contra nadie, no existe propiamente contienda, y el Juez, en principio, no resuelve sobre el fondo del asunto, sino que se limita a comprobar determinados requisitos formales (LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI).

A mayor abundamiento, dispone el art. 770 LEC que "*las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777 (...) se sustanciarán por los trámites del juicio verbal*".

Se excluye por tanto expresamente de las reglas del juicio verbal al procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo (que es el del art. 777 LEC).

Por tanto, la separación o el divorcio de mutuo acuerdo ni es un verbal, ni sigue sus reglas.

No obstante, en el hipotético supuesto de que la solicitud de separación o divorcio de común acuerdo constituya hecho imponible habría que tener en cuenta:

- **a)** Que el cálculo de la cuota tributaria no tendría una parte fija, al no estar previsto en el art. 7.1 L Tasas.
- **b)** Que los cónyuges tendrían derecho a la devolución del 60 % del importe de la cuota porque presentan al Juez un acuerdo sobre todos los extremos sobre los que debe pronunciarse (art. 8.5 L Tasas).

Admisión

El Secretario judicial, examinada la solicitud, la admitirá mediante decreto o dará cuenta de ella al Tribunal para que resuelva lo que proceda sobre la admisión por auto.

Si faltare algún documento podrá requerir a la parte su subsanación en base a la norma general contenida en el art. 231 LEC.

Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los 3 días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición.

La citación se hará por medio del Procurador personado en las actuaciones, si bien, si la demanda se presenta por uno solo de los cónyuges con el consentimiento del otro, el profesional no está obligado a ello, de manera que el cónyuge no representado deberá ser citado personalmente.

Ratificación

En principio, los cónyuges están obligados a comparecer ante el Tribunal aunque no residan en el partido judicial en el que se sigue el procedimiento.

Con fundamento, no obstante, en el art. 169.4 LEC, se admite la ratificación por exhorto cuando resulte imposible o muy gravosa su comparecencia, e incluso, y pese a considerarse un acto de carácter personalísimo, por medio de otra persona apoderada: eso sí, el poder deberá ser especial. La ratificación, en principio, deberá hacerse por separado, y siempre en presencia judicial, pudiendo estar presentes los Letrados y Procuradores. No obstante, la práctica judicial ha impuesto una ratificación de ambos cónyuges en un solo acto a fin, principalmente, de poder rectificar en dicho acto extremos del Convenio no susceptibles de aprobación o incluso adiciones a realizar por los propios cónyuges que se recogerán en el acta y serán objeto de aprobación en sentencia junto al resto del contenido del Convenio.

La falta de ratificación de los cónyuges conducirá al inmediato archivo de las actuaciones por el Secretario judicial salvo que exista causa justificada para la incomparecencia, a criterio del Juzgador y previamente acreditada, en cuyo caso será posible establecer otro señalamiento. Contra la resolución de archivo podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal.

Informe del Ministerio Fiscal

La audiencia del Ministerio Público es preceptiva de manera que su omisión puede ocasionar la nulidad del procedimiento.

El informe que emita el mismo tras el examen del Convenio Regulador y en cuanto a los hijos menores o incapacitados no es vinculante para el Juez.

Audiencia del menor

Pese al carácter preceptivo con que el art. 777 LEC contemplaba la audiencia de los menores mayores de 12 años, la praxis judicial había limitado la audiencia del menor a los supuestos en que de lo pactado se desprendiera su necesidad o los progenitores o los propios menores lo soliciten. Ello ha sido objeto de sanción legislativa con la modificación operada en el apartado 5 del art. 777 LEC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que pasa a tener el siguiente tenor literal:

"Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del Convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio **cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor**. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de 5 días".

Sentencia

La sentencia se pronunciará sobre la separación o el divorcio y en principio aprobará el Convenio Regulador suscrito por ambos cónyuges.

Además tendrá mención en la fundamentación jurídica la aplicabilidad del derecho extranjero y su contenido.

En casos de desestimación de la demanda ésta puede estar fundada bien en la falta de concurrencia de los presupuestos legales para declarar la separación o el divorcio, o bien en la falta de aprobación en todo o en parte del convenio regulador.

Los cónyuges únicamente podrán recurrir la sentencia en caso de desestimación de la petición de separación o divorcio.

Sólo el Ministerio Fiscal puede recurrir la aprobación del Convenio Regulador.

La falta de aprobación del convenio deberá venir justificada por ser perjudicial para los intereses de los hijos menores o de cualquiera de los cónyuges.

Modificación posterior del Convenio

Si con posterioridad a la fecha de la sentencia variaran las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges en el momento de la firma del convenio y ambos están conformes en la modificación del mismo los trámites serán los mismos.

En otro caso, deberá acudirse al procedimiento de modificación de medidas previsto en el art. 775 LEC.