

**INCIDENCIA DE LA LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA EN PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA POR
CESE DE CONVIVENCIA DE LOS PROGENITORES HABIENDO HIJOS
BAJO AUTORIDAD PARENTAL**

Dr. Pablo Amat Llombart

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Politécnica de Valencia

e.mail: pabamll@urb.upv.es

Dra. Marta Espuny Sanchís

Magistrada-Juez de Primera Instancia e Instrucción

e.mail: m.espuny@poderjudicial.es

RESUMEN: El artículo estudia la incidencia del régimen jurídico de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de la Comunidad Valenciana en los procedimientos de familia. Se analiza la tramitación y efectos del pacto de convivencia familiar, la aprobación de medidas judiciales en defecto de pacto, la revisión de medidas definitivas acordadas según la legislación anterior y el régimen de los procedimientos pendientes de sentencia.

PALABRAS CLAVE: Relaciones familiares; procedimientos de familia; cese de convivencia; pacto de convivencia familiar; medidas definitivas.

ABSTRACT: The article studies the incidence of the legal regime of Law 5/2011 on family relations of the Valencian Community in the family procedures. It analyzes the processing and effects of the family life agreement, the approval of judicial measures in default of the agreement, the revision of definitive measures agreed according to the previous legislation and the regime of the procedures pending judgment.

KEY WORDS: Family relationships; family procedures; cessation of cohabitation; family life agreement; definitive measures.

1. APROXIMACIÓN AL DERECHO CIVIL FORAL VALENCIANO EN MATERIA DE FAMILIA: LA LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, tanto en su versión originaria¹ como en la versión vigente surgida tras la reforma de 2006², atribuye a la Generalitat Valenciana la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano. De hecho, la última reforma estatutaria trajo consigo relevantes modificaciones que permiten mayores niveles de autogobierno a esta Comunidad Autónoma.

En ejecución de dicha competencia legislativa exclusiva, en el ámbito del Derecho de familia fue aprobada la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, modificada posteriormente por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, la cual representó un paso valiente en un camino cuya meta final era la elaboración de un futuro Código de Derecho civil foral valenciano que englobase las distintas leyes que fueran promulgándose. Sin embargo, la Ley 10/2007 ha sido anulada por Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016 (Pleno) de 28 de abril de 2016, argumentado que la norma impugnada se ha extralimitado de la competencia legislativa que en materia de derecho civil tiene la Comunidad Valenciana (art. 149.1.8 CE), ya que no se ha demostrado la vigencia, previa a la promulgación de la Constitución, de normas legales o consuetudinarias en materia de régimen económico matrimonial. La Comunidad Valenciana, afirma la sentencia, “*indudablemente posee competencia*” para legislar sus costumbres, por lo que la cuestión que debe determinarse es “si las instituciones jurídicas que [la ley impugnada] pretende convertir en norma legal, es decir, en derecho escrito legislado, pertenecen o no a su derecho consuetudinario”. Es

¹ Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, publicada en el B.O.E. núm. 164 de 10 de julio de 1982 (art. 31.2).

² Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, publicada en el B.O.E. núm. 86 de 11 de abril de 2006 (art. 49.2).

decir, “*la validez de la LREMV 10/2007 depende de que la Comunidad Autónoma pueda acreditar la existencia de reglas consuetudinarias que en materia de régimen económico matrimonial estuvieran en vigor*” cuando se promulgó la Constitución, cosa que no ha podido demostrarse y de ahí la declaración de inconstitucionalidad. En suma, a día de hoy, el art. 149.1.8 CE reconoce a la Comunidad Valenciana “competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución”. Tal competencia sólo puede tener por objeto “*las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico*”, quedando vetado “*crear un Derecho civil ex novo*”.

En todo caso, la consolidación de la competencia de la Generalidad en materia de Derecho civil foral valenciano, así como la creciente preocupación por el más correcto y adecuado desarrollo del menor ante las situaciones de crisis familiares, se reflejó también en la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, cuya finalidad era la promoción y desarrollo de los derechos básicos del menor, regulando de manera integral y sistemática el reconocimiento, la promoción y desarrollo de las modernas tendencias y orientaciones sobre la protección de la infancia y la adolescencia³.

El artículo 22 de la Ley 12/2008, configuró un sistema de principios y valores que ha sido recogido por la LRF 2011. En primer lugar, se establece el principio de coparentalidad: “*Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses*”. En segunda instancia, se reconoce el Derecho de cada menor a “*crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza,*

³ Sobre esta materia en particular, consúltese a AMAT LLOMBART, P. “Régimen jurídico de la protección de la infancia y del menor en la Comunidad autónoma valenciana”, en Ramón Herrera Campos y Miguel Ángel Barrientos Ruiz (Edits.), *Derecho y familia en el siglo XXI*, Vol. 2º, Universidad de Almería, Almería, 2011, pp. 863-884.

procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos". En tercer lugar, se indica el Derecho de cada menor, separado de un progenitor, *"a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular"*. En cuarto lugar, se señala el Derecho de cada menor *"a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados"*. En último lugar, se pone de manifiesto que en la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social. La LRF 2011 asume plenamente los principios y presupuestos mencionados, y para garantizarlos adecuadamente, considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones familiares con sus hijos e hijas menores⁴.

De tal forma se pretende conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos o hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos e hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores, y por otro lado, el derecho-deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar⁵.

De entre todos los principios y criterios generales que la Ley recoge y proclama, merece destacarse, en primer lugar (así en el Título I), el de primacía del interés del menor, orientado a la consecución particular de su desarrollo armónico y pleno y a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social.

⁴ Vid. REYES LÓPEZ, M.J. "Panorama de las normas de Derecho de familia en la Comunidad Valenciana", *Revista de Derecho Civil Valenciano*, nº. 12, 2012, p. 15.

⁵ Vid. SORIANO MARTÍNEZ, E. "La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el Derecho de familia", *Revista de Derecho Civil Valenciano*, nº. 9, 2011, p. 8 y REYES LÓPEZ, M.J. "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

La LRF 2011 incorpora en su articulado dichos principios generales pero apartándose a su vez de la regulación de Derecho común contenida en el Código Civil, pues opta decididamente por un nuevo modelo de reglamentación de las situaciones de crisis de pareja más acorde con el principio de igualdad de los progenitores y, especialmente, con el interés superior del menor, como se desprende claramente del contenido material de su articulado, y especialmente de los artículos 4 y 5. Efectivamente, el artículo 4 regula el pacto de convivencia de los progenitores y fija su contenido. En defecto de pacto, el artículo 5 señala que será la autoridad judicial la que fije los extremos que deban regular las relaciones paterno-filiales. En todo caso, la opinión de los hijos representará un factor a tener en cuenta. Por otro lado, se establece como regla general la atribución del régimen de convivencia a ambos progenitores, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de ellos o las malas relaciones entre ambos⁶.

Así pues, la LRF 2011 apuesta decididamente por la custodia (convivencia) compartida a la que se otorga un carácter preferente, ya que dicho sistema permite un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor así como el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Igualmente considera que se disminuirá el nivel de litigiosidad entre los progenitores, actualmente derivado del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos, favoreciendo la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares⁷.

En conclusión, la LRF articula una regulación avanzada de las relaciones paterno-filiales derivadas de la no convivencia entre padres e hijos menores, desde la

⁶ Vid. MOLINER NAVARRO, R. “El razonable ejercicio de la competencia por parte del legislador valenciano en materia de derecho civil: las tres primeras leyes civiles forales”, *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 309-312.

⁷ BARONA SELLÉS, M.A. “Valoración crítica sobre la Ley de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *Ley Valenciana de relaciones de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 223, señala la convivencia compartida como régimen preferente como una de las bondades de la Ley.

perspectiva del respeto al principio de igualdad entre los progenitores así como al interés del menor.

La ley valenciana viene a satisfacer la creciente demanda social que reivindica que la convivencia de los hijos tras una crisis familiar sea pactada teniendo en cuenta el interés superior del menor, el principio de igualdad de los progenitores y el derecho de cada menor a convivir con ambos. El legislador autonómico valenciano ha sido sensible a esta demanda social y considera necesario, en primer lugar, concienciar a los progenitores sobre la necesidad de pactar un régimen equitativo de relaciones con sus hijos y, en segundo lugar, para los supuestos en que no sea posible alcanzar un acuerdo, otorga una clara preferencia por el sistema de custodia compartida, término que es sustituido en la LRF por el de “régimen de convivencia compartida”.

Pues bien, seguidamente se analizarán las principales cuestiones procedimentales que la aplicación de las normas de la LRF ha traído consigo en el orden jurisdiccional civil, y concretamente en el ámbito de los Juzgados de familia.

2. ASPECTOS PROCESALES RELATIVOS AL “PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR”

2.1. Aproximación introductoria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, apartado d) de la LRF 2011, “*por pacto de convivencia familiar debe entenderse el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley*”.

Considera VICENTE TORRES⁸ que el “pacto de convivencia” es el eje sustancial de la Ley, de modo que los progenitores que no convivan tendrán que hacer esfuerzos por lograr establecer un acuerdo que recoja los aspectos en torno a los cuales se debe sustentar la convivencia con sus hijos.

Por su parte, la Disposición Adicional Única de la LRF 2011 señala las directrices que deben aplicarse para la tramitación procesal del pacto de convivencia familiar, ya que establece que *“el pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción se tramitarán en los términos previstos por la legislación procesal civil para el convenio regulador en los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo”*. Es por ello que procede analizar los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que regulan el convenio regulador ya que dichas normas serán de aplicación al pacto de convivencia.

2.2. Ámbito de aplicación de la Disposición adicional única de la Ley 5/2011

En primer lugar, cabe señalar que el procedimiento que debe seguirse para la tramitación del “pacto de convivencia” es el previsto en el artículo 777 de la LEC, que se refiere a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Ello no obstante, dicho procedimiento hay que entenderlo aplicable igualmente a las parejas no casadas con hijos menores, a pesar de que no exista referencia alguna a las mismas, ya que no existe ningún otro procedimiento diferenciado para los casos en que no exista matrimonio. De hecho, el apartado 6º del artículo 770 de la LEC establece que *“en los procesos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos, se seguirán los trámites establecidos*

⁸ VICENTE TORRES, M. “La Disposición adicional de la Ley de relaciones familiares: tramitación del pacto de convivencia familiar”, *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, op. cit., p. 162.

en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”⁹.

Consideramos igualmente que dicho trámite procedimental debe ser el adecuado tanto para aquellos procedimientos iniciados de mutuo acuerdo desde la presentación de la demanda, como para aquéllos contenciosos que se reconducen a mutuo acuerdo durante su tramitación judicial, pues el artículo 770.5 LEC, referido al procedimiento contencioso, prevé expresamente que *“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”*.

2.3. Tramitación procesal y eficacia del pacto de convivencia familiar

a) Redacción y aportación del pacto de convivencia al procedimiento judicial

Teniendo en cuenta el apartado segundo del artículo 777 LEC, a la demanda por la que se promueva el procedimiento deberá acompañarse, entre otros documentos¹⁰, el pacto de convivencia familiar.

⁹ A diferencia de la LRF 2011, el Código Civil de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo), sí prevé especialidades procesales. Así pues en la Subsección 5ª, titulada «Medidas provisionales» del Capítulo II del Título II, se regulan las medidas que pueden adoptarse judicialmente antes de dictarse la resolución definitiva que apruebe el pacto de relaciones familiares o las medidas judiciales aplicables. Para la solicitud de estas medidas provisionales se legitima no solamente a los padres, sino también a los hijos a cargo mayores de catorce años y al Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores. En cuanto a los criterios que debe tener en cuenta el Juez se opta por una fórmula genérica de remisión a los criterios establecidos en la Sección, con el fin de que desde un primer momento se apliquen unas medidas que se ajusten lo máximo posible a las que serán definitivas.

¹⁰ El artículo 777.2 de la LEC señala que *“Al escrito por el que se promueva el procedimiento 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 la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar”*.

Según VICENTE TORRES¹¹, el pacto de convivencia no es un verdadero convenio regulador de forma que no puede sustituirlo, pues el convenio regulador deriva de la ruptura del matrimonio y ordena sus efectos mientras que el pacto de convivencia regula las relaciones entre progenitores, parientes e hijos aunque no haya habido ruptura. Entiende que tanto el CC como la LEC exigen la presentación del convenio regulador por lo que la nueva exigencia legal que plantean los artículos 3 y 4 de la LRF 2011 supone que el pacto de convivencia familiar es una exigencia legal a añadir a la presentación del convenio regulador dada su distinta naturaleza. El único supuesto donde considera que debe presentarse únicamente un pacto de convivencia es en los casos en que se trate de medidas de hijos extramatrimoniales, ya que no existe ruptura de matrimonio. No obstante lo anterior, desde el punto de vista práctico, podrá redactarse un único documento que integre tanto el convenio regulador como el pacto de convivencia¹².

Respecto al contenido que debe incluir el pacto de convivencia, procede acudir al artículo 4 apartado 2 de la LRF 2011: *“El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: a) el régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores; b) el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación; c) el destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar; d) la cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas”*.

b) Ratificación

¹¹ VICENTE TORRES, M. “La Disposición adicional de la Ley de relaciones familiares: tramitación del pacto de convivencia familiar”, op. cit., p.166.

¹² Vid. también CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 119, donde señala que el tratamiento que da el legislador valenciano al pacto de convivencia es similar al plan de parentalidad en el Código Civil de Cataluña cuando el cese de la convivencia procede de la ruptura matrimonial.

Admitida la demanda, y al igual que se señala para los convenios reguladores, el pacto de convivencia familiar debe ser ratificado por ambos progenitores. A tal efecto, indica el apartado 3 del artículo 777 LEC que el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que ratifiquen por separado su petición y si ésta no fuera ratificada por alguno de ellos, se acordará el archivo inmediato de las actuaciones, quedando a salvo la posibilidad de acudir al procedimiento contencioso previsto en el artículo 770 LEC.

Si una vez ratificada la solicitud la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieran propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias que en cada caso sean exigidas por la normativa foral valenciana y para apreciar la procedencia de aprobar el pacto de convivencia.

c) Informe del Ministerio Fiscal

En el caso de que hubieran 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 4 del artículo 777 LEC o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

Como señala MORÁN GONZÁLEZ¹³ “*el papel del Ministerio Fiscal en los procesos de familia, ha ido desarrollándose de manera semejante a los cambios legislativos*

¹³ MORÁN GONZÁLEZ, I. “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en José Jaime Tapia Parreño (Dir.), *Custodia compartida y protección de menores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 86.

producidos como consecuencia de la nueva sensibilidad hacia la infancia en nuestra sociedad". En los procesos de familia, la intervención del Ministerio Fiscal adquiere una función tuitiva de los intereses de los menores e incapaces en una manifestación más del cumplimiento de su misión constitucional de promover la acción de la justicia y del interés público¹⁴.

Según ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA¹⁵ la intervención del Ministerio Fiscal se ha proyectado en los procesos civiles en una doble línea, como parte plena y, en segundo lugar, como informante.

Como establece el artículo 749.1 de la LEC, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de nulidad matrimonial, en los cuales actuará como parte aunque no haya sido el promotor ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes. En los demás procesos matrimoniales y paterno-filiales, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté incurso en situación de ausencia legal.

Las consecuencias de la concepción del Ministerio Público como parte, son que el mismo podrá contestar a la demanda que inste el procedimiento, proponer las pruebas que estime oportunas, intervenir en la práctica de las mismas y recurrir las resoluciones que recaigan en estos procedimientos.

d) Audiencia de los menores

¹⁴ A este respecto, cabe destacar la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles.

¹⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 1191.

Mientras que la LEC mantiene la audiencia de los menores como potestativa para el Tribunal (artículo 770.4)¹⁶, la LRF 2011 señala en su artículo 5.3.b) que la autoridad judicial debe tener en cuenta la opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años, lo que permite incorporar al procedimiento los deseos y necesidades del menor que deberán tenerse en cuenta como elemento de ponderación.

Sobre la forma en la que debe efectuarse la audiencia del menor, nada dice la LRF 2011, por lo que cabe recurrir a lo dispuesto en el artículo 770.4^a de la LEC, que señala que “en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

Entendemos que dichas reglas procedimentales resultan de aplicación al procedimiento de mutuo acuerdo en el que se apruebe el pacto de convivencia familiar si procede la audiencia de menores. Se trata, en definitiva, de incorporar al proceso el pensamiento u opinión del menor ya que las medidas que recaigan afectarán de forma relevante a su esfera personal, familiar y social¹⁷.

Y respecto a la forma de realizar tal audiencia, la misma no deberá practicarse en el acto de la vista pues debe efectuarse en un lugar idóneo y ambiente adecuado para que el

¹⁶ El artículo 770.4 LEC señala: “...el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil 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. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

¹⁷ Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M. “La protección de menores: una perspectiva constitucional”, en José Jaime Tapia Parreño (Dir.), *Custodia compartida y protección de menores*, op. cit., pp. 17-22.

menor pueda expresarse con libertad y confianza. Debe efectuarse de manera separada sin la presencia de las partes, con la única presencia del Ministerio Fiscal y del Juez o Magistrado, sin perjuicio de que pueda resultar aconsejable en algún caso la presencia de un técnico del gabinete psicosocial¹⁸.

e) Aprobación judicial

Expuesto cuanto antecede, cabe subrayar que la fuerza ejecutiva del pacto de convivencia queda supeditada a su aprobación judicial, pues hasta que el mismo no sea aprobado judicialmente no tendrá acceso a la ejecución¹⁹. Tal y como señala la LEC (artículo 777.5), cumplido todo lo anterior, o en caso de que no proceda la práctica de prueba alguna para completar la demanda, una vez haya sido ratificada la demanda así como el pacto de convivencia y el convenio regulador, en su caso, la autoridad judicial dictará sentencia en la que se concederá o denegará la separación, el divorcio o las medidas sobre hijos no matrimoniales, pronunciándose en su caso sobre el pacto de convivencia.

Concedida la separación, el divorcio o la fijación de las medidas relativas a los hijos no matrimoniales, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el pacto de convivencia, se concederá a los progenitores un plazo de diez días para que aporten un nuevo pacto de convivencia limitado a los puntos que no hubieran sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta de pacto de convivencia o transcurrido el plazo sin haberlo efectuado, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

¹⁸ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, A.M. “Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones sustantivas)”, en Ana María Saravia González y Juan José García Criado (Dirs.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 212.

¹⁹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*, op. cit., pp. 1118-1128, donde analiza la validez y efectos del convenio regulador no aprobado judicialmente.

En todo caso, como señala el artículo 770.8 LEC, la sentencia que deniegue la separación o el divorcio así como el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del pacto de convivencia que hayan propuesto los progenitores, podrán ser recurridos en apelación. El recurso de apelación contra dicho auto no suspenderá la eficacia de las medidas ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio. Finalmente, cabe añadir que la sentencia o el auto que apruebe en su totalidad la propuesta del pacto de convivencia sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapaces, por el Ministerio Fiscal.

3. APROBACIÓN DE MEDIDAS POR EL JUEZ A FALTA DE PACTO DE CONVIVENCIA

3.1. Introducción

En ausencia de acuerdo por parte de los progenitores respecto del cuidado de los hijos comunes, la autoridad judicial deberá establecer la forma en que deben reglamentarse las consecuencias derivadas de la no convivencia entre los progenitores y los hijos sujetos a su autoridad parental. La regulación procesal del procedimiento contencioso es la prevista en el artículo 770 LEC, que será de aplicación a las demandas de divorcio, separación así como a aquellas que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores o incapaces o sobre alimentos a favor de éstos.

3.2. El procedimiento contencioso de divorcio, separación o nulidad

Las demandas de divorcio, separación o nulidad se sustanciarán por los trámites previstos en el juicio verbal, si bien conforme a las reglas especiales establecidas en el Capítulo I del Título I del Libro IV de la LEC. En tal sentido, se dispone la obligada intervención de abogado y procurador, se fijan unas reglas particulares sobre la

indisponibilidad del objeto litigioso (artículo 751 LEC), la posibilidad de práctica de prueba de oficio, así como el carácter preferente de los procedimientos.

En relación con la tramitación del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 753 LEC, el mismo se sustancia como juicio verbal pero se prevé que el Secretario Judicial dé traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás partes personadas que deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que contesten en el plazo de veinte días en los términos del artículo 405 de la LEC. Por otra parte, se dispone expresamente que en las vistas, tras la práctica de la prueba, el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones.

El procedimiento principiará por demanda a la que 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”*.

A la vista deberán concurrir las partes, por sí mismas, con el 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, siendo igualmente obligatoria la presencia de los abogados respectivos (artículo 770.3 LEC).

En relación con la prueba, el apartado 4 del artículo 770 LEC establece que 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 Código Civil 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. Si el procedimiento fuere contencioso y se estimara necesario de oficio o a petición del fiscal, de las partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

En todo caso, se prevé que las partes puedan solicitar la transformación del procedimiento al mutuo acuerdo, así como la suspensión para someterse a mediación.

3.3. El procedimiento de medidas relativas a hijos menores cuyos padres no estén casados

Por cuanto afecta a los procedimientos relativos a los hijos cuyos progenitores no estén casados, resultan de aplicación las reglas anteriormente expuestas, toda vez que el apartado 6 del artículo 770 dispone expresamente lo siguiente: *“En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”*.

De modo que en aquellos casos en los que no exista vínculo matrimonial, se seguirán los mismos trámites procesales previamente examinados, limitándose la pretensión principal a la adopción de las medidas interesadas en relación con los hijos menores o

incapacitados, ya que no existirá por improcedente solicitud de pronunciamiento judicial sobre el divorcio o la separación.

3.4. Reglas especiales procesales previstas en la Ley 5/2011

La LRF 2011 no hace mención alguna al tipo de procedimiento que debe seguirse para el caso de que los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo respecto de las medidas a acordar en relación con los hijos menores, a diferencia del caso de que se presente el pacto de convivencia, donde hay una remisión expresa al procedimiento de mutuo acuerdo previsto en el artículo 777 LEC. Ello supone la aplicación del procedimiento contencioso previsto en la LEC, con las particularidades que la LRF 2011 prevé y que a continuación se exponen.

a) Aportación del pacto de convivencia familiar

Junto con la demanda en la que se interese la disolución del matrimonio o, en otro caso, únicamente se solicite la adopción de medidas relativas a los hijos no matrimoniales, deberá acompañarse una propuesta de pacto de convivencia familiar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la LRF 2011, con un contenido mínimo que viene fijado en el apartado segundo del artículo 4 al que ya hemos hecho referencia anteriormente.

Asimismo, aquella parte que se persone y comparezca en el procedimiento en la fase de contestación a la demanda, deberá a su vez aportar su propia propuesta de pacto de convivencia familiar.

b) Audiencia previa del Ministerio Fiscal

Habida cuenta de que los respectivos pactos aportados por ambas partes afectan a cuestiones de tipo personal o económico relativas a menores de edad o en su caso incapaces, resulta preceptiva la audiencia previa al Ministerio Fiscal (artículo 5.1 LRF).

Respecto a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, la fórmula asumida por la LRF 2011 “previa audiencia del Ministerio Fiscal” difiere claramente de la necesidad del “informe *favorable* del Ministerio Fiscal” que fue regulada en el artículo 92.8 CC para acordar la custodia compartida a solicitud de uno sólo de los progenitores según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Sin embargo, el inciso «favorable» contenido en dicho precepto fue declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012.

No obstante lo anterior, la regulación que trae causa de la Ley 15/2005, de 8 de julio, no altera el régimen legal y procesal contenido en la LEC, que en la praxis judicial se traducían en que la posición del Ministerio Fiscal quedaba a resultas de la prueba que se practicase en el acto de la vista.

El informe del Ministerio Fiscal, en todo caso no vinculará al juez, pues únicamente se refiere la LRF 2011 a una previa audiencia que hoy guarda consonancia con la jurisprudencia constitucional sentada tras resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la redacción del mencionado inciso “favorable” del artículo 92.8 del CC. Como recuerda el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 17 de octubre de 2012, la función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio Fiscal si se exige en los casos contenciosos de custodia conjunta que su informe fuera favorable, concluyendo que la función jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial efectiva quedan conculcados con tal exigencia. Tras la decisión del Pleno del TC, eliminando el inciso “favorable” del citado artículo 92.8 del CC, la función del Ministerio Fiscal en estos casos se limita a “informar” sobre la cuestión, quedando el Juez libre para valorar las pruebas e informes a la hora de tomar su decisión.

c) Informes a tomar en consideración

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.d) de la LRF 2011, la autoridad judicial, antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos menores, tendrá en cuenta los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. El apartado cuarto del mismo artículo se refiere igualmente a los citados informes, cuando indica que la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior y a la vista de los mismos.

Ello debe conectarse con el artículo 752 de la LEC, que se refiere a la prueba en los procesos que ahora examinamos, donde se establece que los procesos se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados. Como continúa diciendo el meritado artículo, la prueba que se practique será la que propongan el Ministerio Fiscal, las partes o la que acuerde el Tribunal de oficio cuando lo estime pertinente. En tal sentido, a instancia de las partes intervinientes o del propio Tribunal se podrá incorporar al proceso informes periciales que arrojen información de interés, siendo habitual en la práctica la aportación de informes psicológicos de parte o los emitidos por el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado, los cuales deberán ser ratificados en el acto de la vista²⁰.

d) Factores que el Juez deberá tener en cuenta para la adopción del régimen de convivencia que corresponda

²⁰ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, A.M. “Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones sustantivas)”, en Ana María Saravia González y Juan José García Criado (Dirs.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, op. cit., pp. 216-219.

Según el artículo 5.3 de la LRF 2011, antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta determinados factores.

En primer lugar, señala la edad de los hijos e hijas, haciendo especial mención a los menores lactantes, debiendo establecerse un régimen de convivencia acorde con sus necesidades que podrá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.

En segundo término, la opinión de los hijos, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido los doce años²¹.

En tercera instancia, el Juez deberá tener en cuenta la dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor, pudiéndose entender que si ambos progenitores se han dedicado por igual al cuidado de los hijos resulte más conveniente el régimen de convivencia compartida o, en caso contrario, si sólo uno de ellos se ha dedicado a la crianza y educación, parece más adecuado establecer un régimen de custodia exclusiva con él.

En cuarto término, los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan, los cuales podrán apoyar con criterios científicos la conveniencia de uno u otro régimen.

En quinto lugar, los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos menores, debiendo valorarse la especial vinculación afectiva que los menores puedan

²¹ Previsión que está igualmente recogida en la Ley Orgánica 1/1996, conforme a la redacción dada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuando en su artículo 9.1 regula el derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que se encuentre implicado.

tener con los progenitores, así como con su entorno, aspecto íntimamente vinculado al domicilio de cada uno de los progenitores.

En sexto lugar, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, ya que permitirá conocer la disponibilidad del progenitor para poder implicarse, como consecuencia de su situación laboral, en la crianza de los menores.

En séptimo lugar, la disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad, factor coincidente en parte con el anterior si bien desde una perspectiva subjetiva que permita valorar la voluntad de asumir los deberes que como progenitor le corresponden. Finalmente, se prevé la conveniencia de que el Juez pueda valorar cualquier otra circunstancia que pueda ser relevante a estos efectos, distinta a la enunciada anteriormente.

e) Control periódico de la situación familiar

Según el artículo 5.5 de la LRF 2011, la autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.

Pese a la ausencia de una regulación expresa sobre las circunstancias que puedan justificar un control periódico sobre las medidas acordadas en sentencia o contenidas en el pacto de convivencia homologado judicialmente, debe entenderse que dicho control periódico se debe establecer en sentencia y su fundamentación última no es otra que la protección del interés del menor afectado por la situación familiar.

Las circunstancias que puedan justificar dicho control se revelan como excepcionales, atendida la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Castellón, Valencia y Alicante. En tal sentido, merece especial mención la Sentencia de la AP de Valencia de 29 de noviembre de 2012 (ROJ 5256/2012), la cual, atendiendo a que la pareja de la progenitora fue condenada por un delito contra la salud pública, establece adecuado que por los servicios sociales del municipio de residencia de los menores se realice un informe semestralmente sobre la situación de los mismos, informe que deberá ser requerido por el Juzgado con la citada periodicidad; la Sentencia de la AP de Valencia de 17 de junio de 2013 (ROJ 2899/2013), en atención al contenido del informe emitido por el Equipo Psicosocial, que considera imprescindible la actuación urgente de los servicios sociales de la zona con el fin de dotar al progenitor de estrategias para el adecuado ejercicio de las funciones parentales, que revela una situación de riesgo para los menores, acuerda que el Juzgado solicite la intervención de los servicios sociales del lugar de residencia de la familia para el seguimiento de la situación de los menores y establecer un control periódico (semestral) de la situación familiar a la vista de los informes que se requerirá a los mencionados servicios sociales u otros que estime el Juez, a fin de evaluar la procedencia o no de establecer un nuevo régimen de convivencia; y finalmente, la Sentencia de la AP de Valencia de 31 de julio de 2013 (ROJ 3921/2013), donde en atención a que el informe del Equipo Psicosocial recomendaba de modo expreso la participación de ambos progenitores en una terapia especializada y dirigida por el SEAFI (Servicio de Atención a la Familia y la Infancia) que correspondiese, para mejorar las pautas educativas de los progenitores, acordaba que las partes se sometieran a la intervención del SEAFI y que el Juzgado efectuara el seguimiento mediante un control periódico (semestral) de la situación familiar a la vista del informe pericial que requerirá a fin de evaluar la procedencia o no de establecer un nuevo régimen de convivencia transcurridos los seis meses desde la intervención del SEAFI.

A la vista de las decisiones judiciales expuestas, podemos deducir que el control periódico obedece a circunstancias familiares de especial relevancia relacionadas en ocasiones con las aptitudes de los progenitores que pueden perjudicar el buen desarrollo del régimen de custodia o convivencia acordado, así como de los menores, permitiendo

al Juzgador acordar la intervención de los Servicios de atención a la familia para que puedan evaluar la situación o su evolución.

A nuestro entender, el problema se presenta cuando el control periódico ponga de manifiesto que el régimen de custodia deba ser modificado, pues la LRF 2011 no prevé cómo debe articularse dicho cambio. Del tenor de la ley valenciana y de la jurisprudencia examinada, parece suficiente la previsión de dicho control en sentencia con el establecimiento de las pautas en que consista dicho control, pero entendemos que procedería en todo caso una nueva audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, para salvar el principio de contradicción. Caso de no existir conformidad entre las partes para modificar el régimen existente, sería necesario la celebración de una vista para que las partes puedan instar la práctica de prueba si lo estimaran oportuno.

Existe doctrina contraria a la posibilidad de cambiar en sede de ejecución el contenido de una resolución firme²², si bien hay autores que reconocen dicha posibilidad con carácter excepcional, aunque se trata de reflexiones a la vista de la regulación procesal común.

La ley valenciana parece superar la concepción restrictiva, y otorga mayores posibilidades a la facultad judicial de modificar, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, el régimen de convivencia establecido, siempre bajo las debidas cautelas ya expuestas. La forma de articular dicha modificación tampoco viene recogida en la Ley, pudiendo entenderse que debería realizarse a través de un auto complementario a la sentencia recaída previamente.

4. REVISIÓN EN VÍA JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS ADOPTADAS SEGÚN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY 5/2011

²² Como contrario a dicha posibilidad, DÍEZ NÚÑEZ, J.J. “¿Se puede modificar una medida definitiva en la fase de ejecución sin necesidad de acudir al trámite del artículo 775.2 y 3 LEC?”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º. 8, 2013. ESPINOSA CONDE, G. y GALÁN CÁCERES, E. le reconocen un carácter excepcional en ese mismo artículo.

4.1. Aproximación introductoria

Si el espíritu de la LRF 2011 viene marcado no sólo por la preocupación por asegurar el interés superior del menor, sino también por la implementación de nuevos principios de igualdad entre progenitores y de coparentalidad en la regulación de las relaciones familiares post ruptura, resulta plenamente coherente establecer un procedimiento encaminado a la revisión de las medidas judiciales aprobadas conforme a la legislación anterior.

En ese sentido, señala VICENTE TORRES²³ que respecto a los menores que vivieron la regulación de las relaciones con sus padres según la legislación anterior, es de justicia que no vean mermados sus derechos ya que tienen el mismo derecho a que se les aplique el principio de coparentalidad, el derecho a crecer y vivir con sus padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular y a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados.

Para hacer efectiva dicha revisión, la Disposición Transitoria Primera de la LRF 2011 dispone: *“A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma”*.

²³ VICENTE TORRES, M. “Las Disposiciones transitorias de la Ley de relaciones familiares”, *Ley Valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, op. cit., p. 186.

Los procedimientos a que se refiere son aquellos que fueron resueltos conforme al Derecho común sustantivo del CC, toda vez que la Comunidad Valenciana carecía de Derecho civil foral en la materia hasta la entrada en vigor de la LRF 2011.

4.2. Medidas susceptibles de revisión

De conformidad con el tenor literal de la Disposición Transitoria Primera de la LRF, cabe entender que son revisables las medidas adoptadas conforme a la legislación anterior en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, ya sea de mutuo acuerdo o contencioso, así como las medidas relativas a hijos no matrimoniales.

Por otra parte, desde el ámbito material, podemos considerar que cabrá la revisión de las medidas previstas en la propia LRF 2011, es decir, aquellas que recoge el artículo 4.2. De modo que será factible revisar las medidas relativas a: a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores, para garantizar su contacto con ambos progenitores; b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación; c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar; y d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

Respecto a los límites que cabe aplicar a la facultad de revisión que examinamos, resulta llamativa la ausencia de fijación de un plazo que delimite temporalmente las solicitudes de revisión sobre las medidas recaídas con anterioridad, pudiendo desprenderse de tal falta de previsión la voluntad del legislador valenciano de extender al máximo los efectos de la nueva norma²⁴. En el Proyecto de Ley sí estaba previsto

²⁴ Por el contrario, el Código Civil de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, prevé en su disposición transitoria sexta que la solicitud de custodia compartida es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a partir del 8 de septiembre de 2010, estableciendo así un plazo de caducidad para el ejercicio de la

inicialmente que la revisión sólo se podría efectuar en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley, de modo que suprimido dicho criterio cronológico, no existe límite temporal alguno a la revisión de medidas previamente acordadas.

Por otra parte, VICENTE TORRES²⁵ entiende que al haberse introducido la expresión “*respecto de casos concretos*” presupone la idea del legislador de que no fuera de forma masiva la modificación de las medidas ya acordadas bajo la legislación anterior. Considera la autora que podrán revisarse en todo caso aquellos casos en que la adopción del pacto de convivencia constituya un interés evidente para el menor, concluyendo que no se puede señalar un límite a las peticiones de modificación salvo en lo referente a las medidas que pueden ser modificadas, ya que eso sería ir en contra del espíritu de la LRF 2011.

4.3. Procedimiento para la revisión de las medidas

El procedimiento legalmente previsto para proceder a la revisión de las medidas acordadas bajo la legislación anterior, es el mismo que la LEC contempla para la modificación de las medidas definitivas, regulado en el artículo 775 de la LEC. La legitimación activa para instar el procedimiento recae en todo caso en los progenitores así como en el Ministerio Fiscal, habiendo menores o incapacitados. Asimismo, podrán someterse a revisión tanto las medidas convenidas en su día por los progenitores, como las adoptadas por el Juez en defecto de acuerdo.

a) La revisión planteada por el Ministerio Fiscal o por uno de los progenitores

revisión. Por su parte, en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña se establece (Disposición Transitoria Tercera) que a los procesos matrimoniales iniciados antes de su entrada en vigor se aplica la normativa vigente en el momento de iniciarlos, descartando la aplicación de la nueva normativa.

²⁵ VICENTE TORRES, M. “Las Disposiciones transitorias de la Ley de relaciones familiares”, *Ley Valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, op. cit., p. 189.

Las peticiones de modificación de medidas, cuando no exista consenso entre los progenitores, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 770 de la LEC analizado anteriormente. El procedimiento comenzará con la presentación de la demanda de modificación de medidas, en la que se indique las medidas definitivas aprobadas que se pretende modificar. De dicha solicitud se dará traslado a la otra parte, progenitor o a ambos si se insta por el Ministerio Fiscal, para que conteste a la misma y pueda plantear, en su caso, reconvención (artículo 770.2 LEC).

Resulta igualmente aplicable la obligatoriedad respecto de la asistencia a la vista de las partes y de sus letrados, así como lo señalado respecto a la práctica de la prueba. Asimismo, en cualquier momento del trámite procesal las partes pueden reconducir el procedimiento a uno de mutuo acuerdo o bien acudir a la mediación.

En todo caso, el artículo 775.1 *in fine* de la LEC recoge como requisito imprescindible para poder dar curso a la demanda de modificación de medidas, que la petición se formule “siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

En ese sentido y al efecto de comprender el alcance preciso de dicho requisito en el marco de la LRF 2011, resulta relevante destacar la Sentencia dictada por el TSJCV de 6 de septiembre de 2013, que dispone que, con carácter general, las medidas establecidas como consecuencia de un procedimiento de divorcio pueden ser modificadas cuando varíen de modo sustancial las circunstancias que determinaron el establecimiento de las mismas, atendiendo al interés de los hijos, siendo la variación de circunstancias consecuencia de hechos nuevos y sobrevenidos sin que quepa sustituir por el cauce del procedimiento de modificación de medidas un régimen de custodia individual por otro de custodia compartida sin alegar ninguna alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptar las medidas que se pretenden modificar. Sin embargo, el Tribunal señala que la posibilidad de modificar las medidas adoptadas se puede sustentar en una modificación de la legislación aplicable, “*lo que se produce en el ámbito de la Comunidad Valenciana por la Ley de la Generalitat Valenciana*”.

5/2011, de 1 de abril, pues en definitiva con esta regulación se modifican las reglas que regían con anterioridad a la adopción de las medidas y ello constituye una circunstancia sobrevenida que altera sustancialmente el rebus sic stantibus connatural y propio de las medidas adoptadas, lo que expresamente recoge la disposición transitoria primera de la citada Ley valenciana que establece la posibilidad de revisión judicial de medidas definitivas adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando expresamente se solicite la aplicación de la citada norma respecto de casos concretos...”.

En consecuencia, la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye por sí mismo un hecho sustancial que altera las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, en tanto en cuanto el régimen jurídico aplicable resulta distinto. Dicha interpretación jurisprudencial favorable a la modificación de medidas, sin duda ha suscitado la presentación de numerosas demandas de modificación sobre todo encaminadas a interesar la tan esperada custodia compartida (convivencia compartida).

b) La revisión planteada por ambos progenitores de mutuo acuerdo

En aquellos casos en los que la solicitud de revisión de medidas se formule a instancia de ambos progenitores o por uno con el consentimiento del otro, será de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 777 de la LEC, ya analizado al estudiar el procedimiento para tramitar el “pacto de convivencia”, al cual nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

5. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA LEY 5/2011 A LOS PROCEDIMIENTOS EN TRÁMITE PENDIENTES DE SENTENCIA

La Disposición Transitoria Segunda señala que la LRF 2011 *“será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor”*.

De este modo, la nueva regulación resulta de aplicación a todos aquellos procedimientos de nulidad, separación, divorcio o de medidas paterno-filiales que se encuentren en tramitación al tiempo de su entrada en vigor.

Por cuanto afecta a los procedimientos de mutuo acuerdo en trámite, deberá complementarse el convenio regulador o las medidas propuestas por ambos progenitores con el pacto de convivencia familiar que prevé la LRF 2011. En el caso de que se trate de un procedimiento contencioso, el cambio de perspectiva es evidente, toda vez que la nueva regulación apuesta por el sistema de custodia o convivencia conjunta que tendrá un carácter preferente.

Asimismo, en materia de vivienda familiar, la LRF 2011 prevé la fijación de una compensación económica a favor del progenitor que no obtenga la atribución del uso de la vivienda habitual cuando sea ganancial o privativa de aquel. También se prevé que el juez pueda establecer la cantidad que cada uno de los progenitores deberá satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención de los hijos menores, así como en relación a los extraordinarios. Toda esta nueva regulación podrá y deberá ser tenida en cuenta por el Juez a quien le vincula a la hora de dictar sentencia.

Se trata, en definitiva, de extender al máximo la aplicación de la nueva normativa valenciana, la cual como vemos contiene importantes novedades de carácter sustantivo que podrán influir de forma determinante en el propio contenido de la resolución que se dicte, sobre todo en materia de régimen de convivencia.

En todo caso hay que tener presente que, habida cuenta el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LRF 2011 (ya varios años), resultará nula o realmente mínima la incidencia de la disposición transitoria examinada, puesto que a fecha actual la práctica totalidad de procedimientos que en primera instancia se encontraban en trámite a mediados del año 2011 habrán sido ya resueltos.