



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA

Universidad Politécnica de Valencia
Grado en Gestión y Administración Pública

Curso 2015/2016

EVOLUCIÓN DE LA APLICACIÓN LEGISLATIVA DE LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

La custodia compartida y su grado de
implantación en el marco de la Ley 5/2011

TRABAJO FINAL DE GRADO

ALUMNO: Sílvia San Félix Balaguer

TUTOR: D. Pablo Amat Llombart

Julio de 2016



FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN Y
DIRECCIÓN DE EMPRESAS. UPV

AGRADECIMIENTOS

Agradecer a mis compañeros de Broseta Abogados S.L.P, por ayudarme, comprenderme y facilitarme el tiempo necesario para poder compaginar la realización de este trabajo con mis prácticas allí, me habéis apoyado en todo momento, por eso siempre tendré miles de sonrisas para vosotros.

Agradecer a mi familiar, por soportarme en los malos momentos y felicitarme en los buenos, y por haberme acompañado estos años de carrera.

Dar las gracias a mis amigos, por ser comprensivos con mi tiempo, en especial a Mireya, por haber estado codo con codo durante el final de este proceso y ver juntas la luz al final del túnel y a Judith, por escucharme en todo momento.

Por último, agradecer a mi tutor del Trabajo Final de Grado, Pablo Amat Llombart, su confianza depositada en mí para alcanzar con éxito el presente trabajo y su predisposición inmediata en las cuestiones relacionadas en el mismo.

ÍNDICE

GLOSARIO DE ABREVIATURAS	5
CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN	6
1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TFG	6
1.2. OBJETO	7
1.3. METODOLOGÍA	8
1.4. OBJETIVOS.....	9
CAPÍTULO 2: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESTATAL COMÚN: EL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.....	10
2.1. SITUACIÓN EN LA COMUNIDAD VALENCIANA ANTERIOR A LA APROBACIÓN DE LA LEY 5/2011	10
2.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	16
CAPÍTULO 3: LA LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.....	20
3.1. ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA Y LA COMPETENCIA LEGISLATIVA SOBRE DERECHO CIVIL FORAL VALENCIANO.....	20
3.2. LA LEY 12/2008 DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.....	23
3.3. OBJETO, FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN DE LA LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA	27
a) OBJETO DE LA LEY	27
b) FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN DE LA LEY.....	30
c) OBJETIVOS DEL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA.....	33

3.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY: LA VECINDAD CIVIL VALENCIANA.....	34
CAPÍTULO 4: DEFINICIONES LEGALES.....	40
CAPÍTULO 5: RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA DERIVADO DEL PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR.....	43
CAPÍTULO 6: EL ESTABLECIMIENTO JUDICIAL DEL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA EN DEFECTO DE PACTO: LAS MEDIDAS JUDICIALES.....	47
CONCLUSIONES.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	70

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

LRF: Ley de Relaciones Familiares

EACV: Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana

C.C.: Código Civil

L.E.C.: Ley de Enjuiciamiento Civil

C.E.: Constitución Española

STS: Sentencia Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia

LREMV: Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TFG

El presente Trabajo toma como punto de partida la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana (en adelante LRF 2011), aprobada por las Cortes Valencianas el 1 de abril de 2011, a fin de aplicar una legislación autonómica a dichas relaciones familiares y desvincularse así de la normativa del Código Civil sobre la custodia de los menores cuando los progenitores cesan su convivencia.

Esta ley nació en un contexto social marcado por el aumento sustancial de separaciones o divorcios durante la última década, hecho que ha provocado la necesidad de replantearse el modelo de custodia que se ha venido implantando en los casos de separación entre los progenitores, inducido también por la demanda social suscitada al respecto.

Por ello, la realización del presente trabajo se encaminará a estudiar y analizar la entrada en vigor de la Ley, el impacto en las relaciones familiares y su grado de implantación y aplicación en la sociedad civil valenciana.

1.2. OBJETO

El presente trabajo final de grado de Gestión y Administración Pública aborda el estudio y análisis de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Comunidad Valenciana (LRF 2011) en particular y en comparación con la legislación anteriormente aplicable en este ámbito material.

Concretamente, se analizará la LRF 2011 según su grado de implantación y las modalidades de convivencia aplicadas cuando los progenitores dejan de convivir al amparo de esta ley, así como la aplicación de la custodia compartida mediante pacto entre las partes o en defecto del mismo.

Por tanto, el objeto del presente trabajo será el análisis de la LRF 2011 y su repercusión en las relaciones familiares de familias con hijos menores de edad, post ruptura de la convivencia de los progenitores, prevaleciendo el acuerdo entre las partes frente a las medidas judiciales.

1.3. METODOLOGÍA

La metodología empleada para la realización del trabajo final de grado se ha basado principalmente en los siguientes pasos:

Para poder comprender el motivo por el cual esta ley fue aprobada, en primer lugar hemos estudiado la normativa anteriormente aplicable a los casos de separación de la unidad familiar, en concreto el articulado del Código Civil que lo regula, en especial los artículos 90 a 92. En ello hemos centrado una parte del trabajo para conocer las diferencias que comporta la nueva LRF 2011 de la Generalitat Valenciana y para entender por qué se aplicaba la normativa estatal y no se había elaborado anteriormente una ley propia de estas características.

Posteriormente hemos analizado los antecedentes legales en los que se sustenta la LRF 2011, como son el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana o La Ley 12/2008 de Protección de la infancia y la adolescencia para valorar la relación que existe entre dichas normas y la propia ley objeto de estudio.

Hemos comparado la nomenclatura utilizada en la legislación estatal con la que se formula en la LRF 2011, concluyendo con el avance que supone en materia y régimen de custodia la ley valenciana.

El último paso ha sido la realización del análisis de la LRF 2011, en particular por lo que afecta a la materia de custodia compartida, es decir, el estudio de la aplicación de la custodia de los hijos menores cuando existe un pacto entre los progenitores o cuando no habiendo tal pacto, es la autoridad judicial la que tiene que decidir al respecto, incluyendo todas las medidas que se deban aprobar referentes a los menores, como el régimen mínimo de relaciones con sus familiares o la custodia aplicable en cada caso.

1.4. OBJETIVOS

El principal objetivo de este trabajo es el análisis del impacto de la ley 5/2011 en las relaciones familiares conflictivas, y en los casos de cese de convivencia de los progenitores existiendo hijos menores de edad.

Partiendo de este objetivo general se pueden desagregar los siguientes objetivos específicos:

- Estudio del grado de implantación y aplicación de las medidas legales establecidas.
- Estudio de las medidas para organizar la vida familiar y económica de las unidades familiares con hijos menores de edad, tras el cese de la convivencia entre los progenitores: preferencia de la adopción de acuerdos entre las partes frente a las medidas judiciales.
- Análisis del régimen de convivencia compartida y su desarrollo: cuestiones a establecer respecto de los menores en lo referente a la relación con sus progenitores y otros familiares.

CAPÍTULO 2: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESTATAL COMÚN: EL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN LA COMUNIDAD VALENCIANA

2.1. SITUACIÓN EN LA COMUNIDAD VALENCIANA ANTERIOR A LA APROBACIÓN DE LA LEY 5/2011

Durante más de 300 años, en la Comunidad Valenciana la legislación que se ha venido aplicando en todos los ámbitos de la vida privada ha sido el Código Civil, puesto que en España sólo había unas pocas regiones a las que se les otorgaba la competencia de poder elaborar sus propias leyes civiles.

Hasta el año 1982, en el cual se aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (en adelante EACV), mediante el cual la Comunidad Autónoma asumió la competencia para elaborar leyes propias que sólo afectaran a su territorio, el Código Civil fue la norma por la que se regían los ciudadanos en todos los aspectos de su vida. Así pues, en la materia de familia y respecto a la regulación de la custodia sobre hijos menores cuyos progenitores cesan la convivencia, vemos como el C.C. en sus artículos 90 y siguientes, ha sido la norma aplicable, hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana (D.O.C.V. 5 abril 2011, n. 6495, [pág. 13863]) (en adelante LRF 2011). Debido a la gran influencia del C.C. durante tantos años, vamos a analizar el contenido y alcance de los artículos anteriormente mencionados, para ver de qué manera repercutían en la regulación de la sociedad valenciana.

El C.C. contiene un régimen basado en los efectos del matrimonio, es decir, su normativa en el ámbito familiar gira en torno al supuesto de dos personas unidas en matrimonio para formar una familia. En base a ello, en los artículos 90 y siguientes el C.C. regula los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio,

entre los cuales figura la atribución de la custodia de hijos e hijas menores, materia en la que nos centraremos.

En base a lo dispuesto en el Código Civil existen dos formas de regular la custodia de los hijos menores:

En primer lugar se plantea la posibilidad de alcanzar un acuerdo entre los cónyuges, es decir, que los progenitores acudan a un procedimiento judicial de mutuo acuerdo para determinar (entre otros aspectos) el régimen de guarda y custodia de sus hijos, suscribiendo al efecto el llamado convenio regulador. El artículo 90, apartado A, del Código Civil exige que el convenio regulador deberá determinar la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos, así como el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio, y una vez esté firmado por ambos cónyuges, el juez deberá aprobarlo o no¹. Partiendo de ésta redacción de la norma, podemos observar cómo parece que el legislador se basa en la custodia de uno de los progenitores, dejando de lado la posibilidad de contemplar explícitamente la custodia compartida ante el cese de la convivencia cuando existen hijos e hijas menores comunes.

En segundo lugar, el artículo 92.5 del C.C. establece que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

Con este precepto el legislador intenta contemplar la guarda y custodia compartida como una opción para los menores, quedando no obstante muy lejos de constituir la regla general y sin profundizar en la regulación de su contenido,

¹ AFONSO RODRÍGUEZ, M. E. “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y LEC: guarda y custodia compartida”. *Anales de la Facultad de Derecho*, n. 23, 2006, p. 84

planteándola simplemente como alternativa que se podría solicitar en caso de haber acuerdo entre los padres.

Así pues, cabe la posibilidad de que los padres mediante mutuo acuerdo soliciten el régimen de guarda y custodia compartida, bien inicialmente mediante la propuesta del convenio regulador o durante el transcurso del procedimiento contencioso. En el primer caso, los padres propondrán al juez que sea aplicable la guarda y custodia compartida, pero éste debe recabar la información necesaria y requerida para dictar una resolución a favor o en contra de la misma, y en todo caso si el juez estimase que la forma de custodia propuesta en el convenio es contraria al interés del menor podrá modificarla y decidir aquello que considere oportuno en cada caso².

En el segundo supuesto, los cónyuges podrían llegar a un acuerdo en el transcurso del procedimiento contencioso, es decir, aun cuando el procedimiento se hubiera tramitado en vía contenciosa ante los juzgados competentes cabría la posibilidad de aprobar un convenio de mutuo acuerdo donde se establezca la custodia compartida como régimen regulador. Conllevaría la reconducción a un procedimiento de mutuo acuerdo, conforme dispone el artículo 774.1 de la L.E.C., en el acto de la vista. De hecho, en la vista, si no lo hubiesen hecho antes, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubiesen llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación, o divorcio.

En ambos casos la ley exige al juez que tanto si adopta la guarda y custodia compartida como si no, deberá fundamentar su resolución en base a la información recabada durante el proceso y adoptar las cautelas necesarias para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido.

Según señala AFONSO RODRÍGUEZ³ “los artículos 90 y 92 del CC al regular la opción de custodia de los hijos en el supuesto de separación o divorcio de los padres no prevé en

² GARCÍA RIVAS, F. J. “Guarda y custodia compartida: La Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil”. Revista jurídica de la Región de Murcia, n. 37, 2006, p. 82.

³ AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira. “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y LEC: guarda y custodia compartida”. Anales de la Facultad de Derecho, n. 23, 2006, p. 93.

concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíbe, pero del hecho de esa falta de previsión se revela que en la mente del legislador no estuvo la concesión de la custodia de ese modo con carácter general, sin duda ante la problemática que suscitaría en una situación de crisis matrimonial y, por lo tanto, en las relaciones entre los progenitores, que éstos se hubieran de poner de acuerdo hasta las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la cual y si bien es cierto que una situación ideal podría derivar en esa atribución de custodia compartida, tal atribución, cuando se hace lo es en base a una situación en que las circunstancias no sólo lo permitan sino que así lo aconsejen”. A ello debemos añadir que la legislación del Código Civil con respecto a la custodia compartida resulta escasa, insuficiente y poco precisa para las necesidades que plantea la sociedad española en la actualidad.

A parte del sistema consensuado o pactado entre los padres, la segunda forma de regular la custodia de los hijos menores es mediante medidas judiciales, es decir, al no llegar a un mutuo acuerdo los cónyuges, el juez es el encargado de aprobar las medidas aplicables a la separación o divorcio que estime convenientes en cada caso, fundamentando las mismas en la información que haya recabado durante el procedimiento contencioso y prevaleciendo el interés superior del menor.

En este sentido, el C.C. en su artículo 91 dispone que “el Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos [...], estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna”.

De tal forma, el Código Civil habilita al juez con amplias facultades para decidir cuál debe ser la solución adecuada según las pruebas o informes que obren en autos, contando con la aprobación o no de los cónyuges, que deberán acatar la resolución que dicte al respecto, sin perjuicio de los recursos que en su caso puedan interponerse contra la sentencia, que no obstante será de aplicación inmediata.

Por su parte, el artículo 92.8 del C.C. establece lo siguiente en cuanto a la decisión de implantar la custodia compartida: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”

El hecho de que al inicio de éste artículo figure la palabra “excepcionalmente”, ya indica el escaso peso que el Código Civil otorga a la modalidad de custodia compartida como forma de relación familiar cuando los progenitores no conviven, ya que tras la crisis matrimonial y cese de convivencia entre los progenitores, queda condicionada la posibilidad de que ambos padres sigan compartiendo los cuidados y la custodia de los hijos a que exista un acuerdo entre ellos o que lo solicite uno de los progenitores y el juez decida favorablemente atendiendo al interés superior del menor y previo informe del Ministerio Fiscal.

En este aspecto, el C.C., antes de producirse el divorcio o separación del matrimonio considera un deber de ambos progenitores cuidar y atender a los hijos conjuntamente, mientras que tras dicha separación, la custodia conjunta entre ambos, que sería la custodia compartida, queda en un segundo plano puesto que son necesarios requisitos especiales que citaremos a continuación para que sea concedida, dando preferencia a dictar sentencia favorable a la custodia por parte de uno de los progenitores, y estadísticamente casi siempre favorable a la madre.

En ambos casos, tanto si hay un acuerdo entre los progenitores para aplicar la custodia compartida como si no es así, existen unos requisitos comunes que deben estar presentes a la hora de aprobar dicho régimen de custodia, entre los cuales se encuentran: el informe del Ministerio Fiscal, audiencia con los menores con juicio suficiente para oír su opinión al respecto, cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda, así como recabar

dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad de la custodia compartida⁴.

⁴ GARCÍA RIVAS, F. J. “Guarda y custodia compartida: La Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil”. Revista jurídica de la Región de Murcia, n. 37, 2006, p. 92.

2.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En cuanto a las sentencias dictadas en los últimos años a nivel estatal, resalta el cambio de criterios establecidos en la interpretación del artículo 92 del Código Civil, el cual regula la posibilidad de la custodia compartida, pues ordinariamente se ha venido aplicando la custodia individual con régimen de visitas en favor del otro progenitor (progenitor no custodio).

En las resoluciones judiciales analizadas observamos que en el momento de separación de los progenitores, ambos suscribieron un convenio regulador en el cual la guarda y custodia de los menores quedaba a favor de la madre. Así, en la STS (Sección 1ª) núm. 616/2014, de 18 de noviembre (núm. Recurso 412/2014) se establece que “Tras la disolución de la pareja, ambos acordaron una serie de medidas en relación con su hijo que fueron recogidas en el convenio suscrito notarialmente con fecha 27 de noviembre de 2008. Fueron las siguientes: a) patria potestad compartida por ambos progenitores; b) guarda y custodia a favor de la madre, c) régimen de visitas a favor del padre, y d) pensión de 400 euros en concepto de alimentos para el hijo”.

Transcurrido el tiempo, el progenitor no custodio ve la posibilidad de cambiar la custodia que se venía ejerciendo desde la aprobación del convenio regulador, por lo que presenta una demanda para la modificación de la misma. La STS (Sección 1ª) núm. 616/2014, de 18 de noviembre (núm. Recurso 412/2014) plantea el siguiente caso: “Lo que se pretende a través de la demanda que formuló don Juan Alberto es que se establezca la guarda y custodia compartida. Tanto la sentencia del Juzgado, como de la Audiencia negaron dicha pretensión”. Lo que recoge la sentencia es que, en primera instancia, se niega la pretensión del padre de cambiar el régimen en favor de la custodia compartida, argumentando que “al tiempo de la quiebra de la unidad familiar, ambos progenitores consideraron que tal alternativa era la que mejor se adaptaba a las necesidades del hijo, por lo que el simple transcurso del tiempo, o los alegados cambios residenciales o de horario laboral del hoy recurrente, no tienen entidad suficiente para modificar un status que, ha ofrecido las condiciones necesarias

para un desarrollo armónico y equilibrado del niño”. Por tanto la razón principal es la alteración de los hábitos y rutina diaria a la que el menor viene acostumbrado, repercutiendo negativamente en la estabilidad que el mismo necesita.

Ante el fallo de la Audiencia el progenitor no custodio procede a interponer un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

En el primero el demandante alega los motivos por los cuales interpone el recurso, con el objetivo de que se considere nula la sentencia que dictó la Audiencia denegando la custodia compartida. En el primer motivo se manifiesta que “la sentencia no motiva suficientemente la desestimación de la guarda y custodia compartida, que ha propuesto de semanas alternas, pues tan solo se basa en el acuerdo contraído entre las partes y protocolizado ante notario”. Esta razón se desestima porque “la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”. En segundo lugar, el recurso se presenta por considerar que ha existido infracción por parte de la Sala de los artículos 770.4 y 774 de la L.E.C. y que se ha realizado una inaceptable cita de los artículos 335 y siguientes de la misma ley, artículos 92 del C.C. y 24.1 de la C.E., “así como artículos concordantes y jurisprudencia relativa al mismo”, a lo que la Sala responde denegando este motivo por el hecho de que “el recurso debe precisar cuál es la concreta infracción y la norma infringida; no cabe la cita heterogénea de normas, para que esta Sala busque y adivine cuál es la que puede sustentar la infracción”.

La siguiente vía legislativa es el recurso de casación, el cual se formula por “vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida porque la sentencia solo ha valorado para denegarla el convenio firmado ante notario en el mes de noviembre de 2008 sin tener en cuenta el cambio de circunstancias que propician este régimen de custodia” y porque “no se puede comparar un negocio jurídico con un convenio regulador de relaciones paterno filiales desde el momento en

que se refiere a personas menores”. En este caso, se estima la demanda ya que se establece la sentencia de 29 de abril de 2013 como doctrina jurisprudencial en cuanto a que la interpretación de los artículos 92.5, 6, y 7 del C.C. debe estar fundada en el interés superior de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, teniéndose en cuenta criterios como la implicación de los progenitores antes de la separación, los deseos de los menores, el cumplimiento de las obligaciones parentales, los informes pertinentes, etc. Por tanto, la redacción del artículo 92 del C.C. no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional en cuanto a que permite que sea efectivo el derecho de los hijos a tener relaciones con ambos progenitores y puede hacer que concurren todos los criterios anteriormente mencionados⁵.

Así pues, la Sala estima que “la sentencia anterior petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido”. Por consiguiente, la valoración del interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardada, así que se estima la casación y se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida para asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor que le puede aportar el tener una igualdad en las relaciones con ambos progenitores.

En esta misma línea resuelve la STS (1ª Sección) núm. 390/2015, de 26 de junio (núm. Recurso 469/2014), en la que la Audiencia desestima la demanda paterna de cambiar el régimen en favor de la custodia compartida por considerar que, al haber pasado sólo un año desde la sentencia en la que el convenio regulador suscrito por ambos progenitores establecía la custodia en favor de la madre, se debe justificar de forma clara y contundente la existencia de hechos que no se pudieron prever cuando se aceptó el convenio. Por consiguiente, la Sala estima que “en este caso no existe ningún motivo objetivo para modificar la situación sobre la guarda y custodia que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores y por tanto se debe mantener pues en el convenio se podría haber

⁵ En el mismo sentido la STS, (Sección 1ª) núm. 465/2015, de 9 de septiembre (núm. Recurso 545/2014) y STS, (Sección 1ª) núm. 390/2015, de 26 de junio (núm. Recurso 469/2014).

previsto esa posibilidad de la guarda y custodia compartida en el futuro, y nada se recogió y para la decisión de atribuir la guarda y custodia a la madre, se debió tener en cuenta todas las circunstancias y en concreto la actividad laboral de los progenitores, y en base a todo ello se asumió esa medida, que se debe mantener”.

En cuanto a los recursos interpuestos con posterioridad a esta resolución, el extraordinario por infracción procesal y el de casación siguen la misma tendencia que la STS (Sección 1ª) núm. 616/2014, de 18 de noviembre (núm. Recurso 412/2014), resolviendo en última instancia la aplicación de la custodia compartida entre ambos progenitores por considerar errónea la interpretación hecha anteriormente del artículo 92 del C.C. y prevalecer el interés superior del menor según las circunstancias de igualdad de trato con ambos progenitores y de compromiso de los mismos con sus obligaciones paterno-filiales.

En las sentencias analizadas la legislación aplicable es el C.C., del cual la autoridad judicial hace una interpretación mucho más amplia que la que venía haciendo en años precedentes, reflejada en el punto anterior, entendiendo que la custodia compartida debe dejar de ser una excepción a la norma, puesto que el interés superior del menor es el fundamento de toda resolución judicial sobre la guarda y custodia de los hijos, y para salvaguardarlo hay que tener en cuenta la posibilidad de que se establezca éste régimen de custodia. Es decir, se deja de poner a un lado la custodia compartida entre ambos progenitores, considerándola tan válida como la custodia individual en favor de uno solo.

CAPÍTULO 3: LA LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

3.1. ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA Y LA COMPETENCIA LEGISLATIVA SOBRE DERECHO CIVIL FORAL VALENCIANO

La Constitución Española (en adelante C.E.), en su artículo 149.1.8ª reconoce al Estado “la competencia exclusiva sobre legislación civil, esto sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan”⁶. Tradicionalmente se ha considerado que sólo son regiones forales Cataluña, Baleares, Galicia, Navarra, País Vasco y Aragón, puesto que en 1707 y tras el Decreto de Nueva Planta de Felipe V, el pueblo valenciano es castigado con la abolición de sus Fueros. Desde ese instante Valencia fue despojada de su cuerpo normativo, de su Derecho civil propio. Siglos más tarde la posibilidad de legislar sobre ese derecho civil se recuperó mediante la redacción del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana en el año 1982, reformado en 2006, mediante la modificación de los 61 artículos de éste y añadiendo 20 artículos nuevos al texto definitivo para recuperar el derecho civil foral perdido.

El hecho de que se aprobara el estatuto valenciano generó mucha controversia ya que dentro del Título IV, dedicado a las competencias exclusivas de la Generalitat, aparece el art. 49.1.2ª que dispone lo siguiente:

*“La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”.*⁷

⁶ 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, n. 9, 2011, p. 7.

⁷ Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, 10/07/1982, BOE n. 164.

El contenido de este artículo era cuestionado, a pesar de que el Estatuto recalca que se realizará en plena armonía con la C.E., porque cuando entró en vigor la Constitución nuestro derecho foral llevaba varios siglos abolido, hecho que hace que el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española, citado anteriormente, fuera de inmediata aplicación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, entendió que la exigencia de un derecho civil propio preexistente a la Constitución de 1978, como título habilitante para el ejercicio de la competencia civil, se cumplía tanto si se había dispuesto de compilación como si únicamente se había conservado alguna figura jurídica por vía de la costumbre.

Por tanto, ya no cabe interpretar los territorios forales en el artículo 149.1.8ª de la C.E. referidos al momento de entrada en vigor de la Constitución, sino en sentido amplio, a la vigencia del Derecho foral en algún momento anterior, aunque en 1978 se encontrara derogado. El texto estatutario, a la luz del respeto a los “Derechos históricos de los territorios forales”, establecido en la Disposición Adicional 1ª de la Constitución, da por sentado que el Derecho civil foral valenciano existe en la Comunidad Valenciana. Este presupuesto viene corroborado, además, por el contenido de la Disposición Transitoria Tercera del propio Estatuto, que dispone lo siguiente:

“La competencia exclusiva sobre el Derecho Civil Foral Valenciano se ejercerá por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española”.

Esto significa que, mientras el Tribunal constitucional no dictamine la inconstitucionalidad del art. 49.1.2ª las Cortes Valencianas están plenamente legitimadas para legislar “conservando, desarrollando y modificando” el Derecho civil foral valenciano⁸.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional se ha mencionado recientemente estimando el recurso presentado por el Gobierno contra la Ley

⁸MOLINER NAVARRO, R. “Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2ª del nuevo estatuto de autonomía de la comunidad valenciana”. Corts: Anuario de derecho parlamentario, n. 18, 2007, p. 363.

10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano y contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, por el cual quedan declaradas nulas i inconstitucionales ambas leyes. Tanto en la STC 42/2016 de 28 de abril de 2016 en la que se deroga la LREMV como en la STC de 9 de junio de 2016 por la que se estima nula la ley de uniones de hecho, la autoridad judicial explica que la competencia en materia de legislación civil corresponde como regla general al Estado, pudiendo haber excepciones en los territorios que con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española su Derecho foral ya comprendía legislación propia sobre Derecho civil. En este caso, las sentencias concluyen que las normas impugnadas se han extralimitado de la competencia legislativa que en materia de derecho civil tiene la Comunidad Valenciana, ya que no ha quedado demostrado la vigencia, previa promulgación de la Constitución, de normas legales en materia de Derecho civil.

3.2. LA LEY 12/2008 DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

El Preámbulo de la LRF 2011 vincula directamente su propia razón de ser con el interés superior del menor, argumentando que “la preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar, viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990”.

Así pues, a través de la protección del interés superior del menor, los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven deben tener el mismo derecho a relacionarse con sus progenitores independientemente de la relación o conflicto que medie entre ellos, haciendo posible la convivencia igualitaria entre sus dos progenitores⁹.

En este sentido, la LRF 2011 tiene como antecedente inmediato la Ley 12/2008, de 3 de julio (LCV 2008, 310), de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, mediante la cual, en su artículo 22 regulador del “Derecho del menor a las relaciones familiares”, se configura el sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la LRF 2011 en los siguientes términos:

⁹BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. “El interés superior del menor como criterio de aplicación de la Ley Valenciana de relaciones familiares”. Revista Boliviana de Derecho, n. 19, 2015.

- 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”¹⁰.

Durante mucho tiempo se han dado situaciones en las que el concepto de patria potestad, que permanece en ambos progenitores tras el cese de la convivencia como competencia fundamental en cuanto a los aspectos y decisiones más relevantes en la vida de los hijos e hijas menores, se confundía con la guarda y custodia. De esta manera, el progenitor que ostentaba la custodia se atribuía unas facultades más propias de la patria potestad, reduciendo de forma significativa las funciones del progenitor no custodio, que pasaba a ser simplemente un progenitor “visitador y pagador”. Ante esta realidad, se generó un movimiento reivindicativo en pro de la custodia compartida, que ha ido creciendo progresivamente en los últimos años y presionando para obtener modificaciones legislativas que amparasen sus pretensiones. Por ello, cuando la Ley 12/2008 aludía a la coparentalidad, también estaba claramente pensando en el ejercicio compartido de la custodia¹¹.

- Derecho de cada menor a “crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos”.

Se trata de un derecho que se refiere a la idea, mencionada repetidamente en la LRF 2011, de que exista la convivencia igualitaria entre sus dos progenitores, para una óptima crianza de los hijos basada en la igualdad de trato, responsabilizándose tanto en derechos como en obligaciones, entre los menores y sus progenitores.

¹⁰ Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana. DOCV, n. 5803, 10/07/2008.

¹¹ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. “Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 1.

- Derecho de cada menor, separado de un progenitor, “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular”.

Este derecho contribuye al correcto desarrollo afectivo y emocional de los menores, puesto que todo niño o niña necesita la figura paterna y materna para ello, tanto en los casos de custodia compartida como en aquellos en los que es monoparental. Con ello, se garantiza la correcta relación del hijo con el otro progenitor no custodio, teniendo en cuenta siempre casos excepcionales de relaciones nocivas y no adecuadas según el interés superior del menor como relaciones de maltrato, abusos o desprotección.

- Derecho de cada menor “a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados”.

En este caso se amplía la perspectiva en cuanto a la forma de relacionarse con la familia, puesto que el menor no debe tener contacto únicamente con los progenitores sino que se debe ampliar a lo que se denomina “familia extensa”, con la que el menor también ha de relacionarse al ser uno de los núcleos principales de socialización y desarrollo personal.

- Por último, y aunque no constituya un derecho como tal, hay que tener en cuenta que en la observancia de los anteriores principios o derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social.

Se reconoce así el principio superior de protección del interés del menor, consagrado en los Tratados y Resoluciones de las organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 o la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, entre otros. Este principio inspira también numerosos preceptos del Código Civil, y constituye la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del

Menor y, por supuesto, ha de constituir el eje central de toda la normativa relativa a menores, entre las que se encuentra la nueva Ley valenciana.¹²

¹²CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. “Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 2.

3.3. OBJETO, FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN DE LA LEY 5/2011 DE RELACIONES FAMILIARES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

a) OBJETO DE LA LEY

El 1 de Abril de 2011, las Cortes Valencianas aprobaron la Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que a nivel coloquial se ha denominado “Ley valenciana de custodia compartida”. Con dicha norma, el legislador autonómico pretende regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven con sus hijos o hijas sometidos a su autoridad parental, y la de éstos con sus hermanos o hermanas, abuelos o abuelas, y otros parientes.

Además del objeto principal de la ley 5/2011 mencionado anteriormente, dicha norma pretende ser una forma más de conseguir la igualdad en el ámbito familiar entre las mujeres y hombres, planteando una regulación basada en criterios establecidos desde una amplia perspectiva de los tipos de casos que puedan existir y las posibles soluciones a aplicar.

Si esta regulación va a servir o no para alcanzar la igualdad deseada entre padres y madres en materia de custodia compartida dependerá, no sólo del contenido de la propia ley, sino de la interpretación que se realice de ésta por parte de los jueces y tribunales encargados de tramitar los casos y dictar sentencia, y de la forma en que los progenitores ejerzan en la práctica sus competencias familiares.

Cabe observar, que la evolución de los tribunales con respecto a la relación de los progenitores que no conviven con sus hijos e hijas ha sido notoria en los últimos años, puesto que anteriormente se venía implantando con regularidad el sistema tradicional: la titularidad y ejercicio de la patria potestad otorgada a ambos progenitores en caso de ruptura o no convivencia, y

la guarda y custodia de los menores se concedía a la madre, reconociéndola como cuidadora natural de los hijos e hijas. Esto quiere decir que la madre era el progenitor con el que los hijos iban a vivir y el padre tenía derecho a un régimen de visitas estipulado por el juez (En esta cuestión incidiremos en puntos posteriores del trabajo).

Pero en los últimos años se percibe cómo el sistema jurídico evoluciona a marchas forzadas y se van sumando los legisladores (sobre todo autonómicos) y tribunales que optan por implantar en su legislación o aplicar respectivamente la custodia compartida como sistema de regularizar las relaciones familiares de progenitores que no conviven con sus hijos e hijas.

La Ley valenciana abre un camino hacia la normativización de los comportamientos entre los progenitores desde una perspectiva de género y el fomento de la continuidad del deber que tiene cada uno como padre o madre de cuidar y atender a los menores, aunque ellos no convivan. De esta forma, se intenta promover de forma equitativa y en igualdad de condiciones los lazos de unión entre progenitores y los hijos e hijas menores, para que la corresponsabilidad en la crianza de aquellos sea el interés primordial.

En esa línea de acción, La ley 5/2011 establece como medida general la custodia compartida (llamado “régimen de convivencia compartida”), la cual será adoptada por la autoridad judicial sin que sea necesario que los progenitores la soliciten de mutuo acuerdo, para facilitar que no se generen o se solucionen posibles conflictos entre las partes. Dentro de sus facultades, el juez debe adoptar la decisión más adecuada según las circunstancias de cada caso, lo cual no significa que la custodia compartida deba ser el modelo adecuado en situaciones concretas y se llegue a la conclusión de que sea mejor implantar otro tipo de régimen, como la custodia individual o monoparental.

En definitiva, la ley 5/2011 favorece el establecimiento del “régimen de convivencia compartida” y posibilita e incentiva la adopción de un “pacto de convivencia” entre los progenitores para evitar conflictos en las relaciones

familiares, protegiendo siempre el interés del menor, pero dando las mismas oportunidades a la hora de cumplir con sus derechos y obligaciones parentales a ambos progenitores.

b) FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN DE LA LEY

La Ley 5/2011, según se indica en el preámbulo de la misma, fue elaborada para dar respuesta a una demanda creciente en la sociedad civil valenciana acerca de la necesidad de regular y compatibilizar, en casos de ruptura o no convivencia de progenitores, la convivencia con hijos o hijas menores prevaleciendo el principio fundamental del interés superior del menor como base de todas las sentencias que se puedan dictar al respecto. La ley valenciana se aprueba para poder hacer compatibles tres aspectos clave a la hora de regular positivamente la guarda y custodia de los menores cuyos progenitores no conviven: el principio fundamental de interés superior de cada menor citado anteriormente, el principio de igualdad entre los progenitores y el derecho del menor a convivir con ambos. A continuación se desarrollarán en profundidad estos tres factores a tener en cuenta.

Con respecto al primer factor a considerar, la jurisprudencia mantiene un criterio común, que pretende ser la base de todas y cada una de las resoluciones judiciales en este ámbito: “el beneficio del menor, favor filii o bonum minoris”¹³. Dicho criterio incide en que será este interés superior de los hijos el que guiará el proceso de toma de decisiones judiciales, y en definitiva, la adopción del régimen de custodia y visitas más conforme con el mismo. En este ámbito se deberá abordar el planteamiento de qué es o en qué consiste el interés superior del menor, ya que viene configurado como un concepto jurídico indeterminado, sin una definición legal, por lo que debe valorarse y definirse en cada caso concreto según las circunstancias particulares que concurran y se acrediten.

¹³ RAMÍREZ SIMÓ, M.L. (2012). *Análisis de la ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, desde una perspectiva de género*. Otras responsabilidades: Marta Otero Crespo. Trabajo Final de Máster. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

A pesar de ello, se pueden tomar en consideración distintas interpretaciones acerca del principio de tutela del interés del menor, según diferentes puntos de vista¹⁴:

Desde una perspectiva personal del propio menor, su interés implica que se deben tener en cuenta sus expectativas y opiniones, considerando que la voluntad del menor no tiene por qué ser equivalente al interés del mismo, es decir, el menor no tiene una voluntad propia totalmente formada, por lo que puede ser manipulada o no corresponder a su beneficio propio real. Por tanto el interés del menor desde esta perspectiva significa respetar su derecho a ser oído, pero no un derecho a que se decida unilateralmente lo que él quiere, ya que esto debe ser interpretado y valorado junto con otras circunstancias del caso.

Desde una perspectiva familiar, el interés tiene diversas interpretaciones, entre otras las de mantenerse en el seno de su familia biológica, mantener la máxima relación posible con sus progenitores o la de no separarse de otros familiares como por ejemplo hermanos.

Desde un punto de vista social, el interés implica una educación del menor en valores comúnmente aceptados como la dignidad, libertad o igualdad entre otros, y evitar que incurra en situaciones que puedan considerarse socialmente “anómalas” o “tóxicas” (es el caso de conductas relacionadas con la delincuencia, drogadicción, violencia, etc.).

El segundo aspecto que debe hacer compatible la Ley 5/2011 es el que se refiere al principio de igualdad entre los progenitores.

Este principio hay que enmarcarlo en la consolidación de un modelo social en el que tanto mujeres como hombres participan en el mercado laboral e intentan conciliar su vida profesional con la familiar. Este modelo social tiene un vínculo que está permanentemente unido a los progenitores que

¹⁴ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. “Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 3.

constituyen el mismo. Así, los hijos e hijas deben mantener unas relaciones con sus progenitores basadas en el principio de igualdad, garantizado en el artículo 14 de la Constitución española:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Por tanto, con este principio como base, se pretende que haya unos lazos de unión de forma equitativa y en igualdad de condiciones entre los progenitores y los hijos e hijas menores, fomentándose la corresponsabilidad y una distribución igualitaria de los roles entre mujeres y hombres en el ámbito familiar.

En definitiva, el objetivo es que, como regla general, ambos progenitores ejerzan la custodia legal de sus hijos e hijas en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.

El tercer aspecto a tener en cuenta a la hora de regular la guarda y custodia de los menores cuando los progenitores no conviven es que los hijos e hijas puedan ejercer el derecho a vivir con ambos progenitores, tal y como fue proclamado por la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y ratificada en España el 30 de noviembre de 1990¹⁵:

“Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

Con ello se pretende que los hijos e hijas posean y ejerzan el derecho a vivir en un entorno estable y favorable para poder desarrollarse satisfactoriamente mediante la igualación de los períodos de estancia y convivencia de los menores con cada progenitor.

¹⁵ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana”. Revista Boliviana de Derecho, n.18, 2014, p. 569.

c) OBJETIVOS DEL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA

Con la implantación de la LRF 2011 se pretende conseguir una serie de objetivos que mencionamos a continuación¹⁶:

Ante todo se pretende conjugar los dos principios fundamentales que concurren en las situaciones de no convivencia de los progenitores con hijos o hijas menores: el derecho de los hijos e hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores, junto con el derecho-deber de éstos de proveer a la crianza y educación de sus hijos en el ejercicio de la responsabilidad familiar, hecho que exige de los progenitores una mayor grado de compromiso y cooperación.

El régimen de convivencia compartida busca facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar para el menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores.

Por último, al aplicar la ley valenciana de custodia compartida, el legislador intenta disminuir el nivel de litigiosidad entre los progenitores, que se da por la pertinaz atribución del régimen de custodia a uno sólo de ellos. Así, se quiere reducir el número de casos discutidos ante los tribunales, y a su vez favorecer la corresponsabilidad y distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares.

¹⁶ Preámbulo de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Comunidad Valenciana. 5 abril 2011. D.O.C.V., n. 6495.

3.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY: LA VECINDAD CIVIL VALENCIANA

El ámbito de aplicación de la LRF 2011 se encuentra regulado en el artículo 2 de la ley, donde establece que “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatut d’Autonomía de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”.

Para entender cómo se adquiere la vecindad civil valenciana debemos analizar previamente la regulación prevista en el citado artículo 2 con respecto al Código Civil y al Estatut d’Autonomía de la Comunitat.

En cuanto a la regulación del Código Civil, hay que centrarse en su artículo 14 para determinar en qué circunstancias la vecindad civil determina el ámbito de aplicación de los distintos derechos civiles españoles.

El artículo 14.1 reconoce la coexistencia del derecho civil común junto con el derecho civil foral o especial, estableciendo que *“la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”*.

Seguido del artículo 14.2 según el cual, *“tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes”*.

De acuerdo con estos preceptos, los progenitores transmiten a sus hijos por nacimiento su vecindad civil. De la misma manera puede atribuirse a los hijos e hijas menores la vecindad civil de uno sólo de los progenitores cuando la filiación sólo se hubiese determinado respecto de uno de ellos, haciendo valer el criterio “ius sanguinis” para determinar la vecindad civil originaria, como en el caso de padres o madres solteras debido a desamparo por una de las partes, fallecimiento, desconocimiento del otro progenitor, etc.

En el caso del adoptado no emancipado tiene la misma eficacia ya que adquiere la vecindad de los adoptantes cuando éstos tengan la misma vecindad civil o del único adoptante si fuera el caso.

Por tanto, si los progenitores poseen la vecindad civil valenciana sus hijos e hijas también la tendrán.

El artículo 14.3 del Código Civil establece las reglas para determinar la vecindad civil del hijo o hija por filiación natural o adoptiva cuando no se dé lo dispuesto en los artículos anteriores.

“Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento, y, en último término, la vecindad de derecho común”.

El primer criterio, que depende de la filiación otorgada primeramente, corresponde a situaciones donde existe un hijo o hija de progenitores no unidos en matrimonio que es inscrito inicialmente sólo con la filiación materna, y que posteriormente es reconocido por el padre o se dicta sentencia determinando la filiación paterna, o donde hay un hijo o hija con un solo progenitor que más tarde es adoptado por el otro.

La vecindad del lugar de nacimiento se aplica si la filiación se hubiera determinado simultáneamente respecto de ambos progenitores, mientras que la vecindad común se daría en el caso de un hijo cuyos progenitores tuvieran distinta vecindad civil, la filiación se determinó al mismo tiempo respecto de ambos y no hubiera nacido en España.

El artículo 14.3 continua diciendo: *“Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción. La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los*

hijos. En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal”.

Y el caso del cambio de vecindad civil por voluntad de los progenitores antes de los 6 meses de vida de su hijo, se refiere a supuestos en los que, por aplicación de las reglas anteriores, el hijo o hija ha adquirido una vecindad civil distinta a la de sus progenitores, o la de uno de ellos, y se decide cambiarla a la de cualquiera de ellos o a la del otro en ese plazo de 6 meses desde el nacimiento o la adopción.

Otra de las normas que establece el Código Civil en su artículo 14.4 es la no alteración de la vecindad civil por matrimonio, favoreciendo así la unidad familiar de la vecindad civil mediante la elección de la misma por parte de los cónyuges:

“El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los dos cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro”.

El artículo 14.5 establece las posibilidades de cambio de vecindad civil por residencia:

“La vecindad civil se adquiere: por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

Por residencia continuada diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas”.

En el primer caso se trata de una declaración adquisitiva puesto que persigue la adquisición de la vecindad en un plazo temporal, más corto que el general, mientras que el segundo consiste en una declaración conservativa, es decir, pretende evitar la adquisición de la nueva vecindad por un plazo de diez años.

Por último, el apartado 14.6 dispone que *“en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”*.

En definitiva, por aplicación de la regulación arriba analizada, podemos enumerar los casos en que los menores tienen la vecindad civil valenciana según la normativa común (Código Civil), y por tanto les sería de aplicación la LRF 2011 de la Generalitat Valenciana¹⁷:

1. Los nacidos de padre y madre que tengan ambos vecindad civil valenciana.
2. Los hijos que tengan determinada únicamente una filiación si el progenitor tiene la vecindad valenciana.
3. Los adoptados por una sola persona si el adoptante tiene la vecindad civil valenciana.
4. Los adoptados por dos personas si los dos adoptantes tienen vecindad valenciana.
5. Los nacidos de dos progenitores con distinta vecindad civil, cuando la filiación se hubiera determinado antes respecto del que tiene vecindad valenciana.
6. Los nacidos de dos progenitores con distinta vecindad civil, y cuya filiación hubiera sido determinada simultáneamente, si han nacido en la Comunidad Valenciana.
7. Los adoptados por dos progenitores con distinta vecindad civil, si hubieran sido adoptados primeramente por el adoptante que tiene vecindad valenciana.
8. Los adoptados al mismo tiempo por dos progenitores con distinta vecindad civil, si el adoptado hubiera nacido en la Comunidad Valenciana.

¹⁷ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. “Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 5.

9. Los nacidos con una vecindad civil distinta a la valenciana, con un progenitor con vecindad valenciana, cuyos progenitores, o aquel que ejerce o tiene atribuida la patria potestad, les atribuyen la vecindad valenciana dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento.

10. Los adoptados que por la adopción adquieren una vecindad distinta a la valenciana, con uno de los adoptantes con vecindad valenciana, cuyos padres adoptivos, o aquel de ellos que ejerza o tenga atribuida la patria potestad, les atribuyan la vecindad valenciana dentro de los 6 meses siguientes a la adopción.

11. Los hijos menores de edad no emancipados, pero de al menos 14 años de edad, nacidos en la Comunidad Valenciana pero con otra vecindad civil distinta, que optan, asistidos por su representante legal, por la vecindad valenciana como la propia de su lugar de nacimiento.

12. Los hijos menores de edad no emancipados, pero de al menos 14 años de edad, que no tienen la vecindad valenciana pero uno de cuyos progenitores sí la tiene, que optan, asistidos por su representante legal, por la vecindad valenciana como última vecindad de su progenitor.

13. El hijo menor de edad, pero emancipado, que no tiene vecindad civil valenciana, nacido en la Comunidad Valenciana pero con otra vecindad civil distinta, que opta por sí mismo por la vecindad valenciana como la propia de su lugar de nacimiento, antes de que transcurra un año desde su emancipación.

14. El hijo menor de edad, pero emancipado, que no tiene la vecindad civil valenciana, pero uno de cuyos progenitores sí la tiene, que opta por sí mismo por la vecindad valenciana como última vecindad de su progenitor, antes de que transcurra un año desde su emancipación.

15. El menor con vecindad distinta a la valenciana que reside en la Comunidad Valenciana continuamente durante 2 años, cuyo representante legal

manifieste ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de que el menor adquiriera la vecindad civil valenciana.

16. El menor con vecindad distinta a la valenciana que reside en la Comunidad Valenciana continuadamente durante 10 años y cuyo representante legal no manifieste ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de que el menor conserve su anterior vecindad civil.

17. El menor con vecindad civil valenciana que reside fuera de la Comunidad Valenciana durante 10 años y cuyo representante legal manifieste ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de que el hijo conserve la vecindad valenciana.

En cuanto a la legislación valenciana en materia de vecindad civil, el artículo 3.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana citado a su vez por el artículo 2 de la LRF 2011, dispone que *“el Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes”*.

Se establece así un ámbito de aplicación de tipo personal, y no geográfico, que supone que para poder aplicar las normas de la nueva ley, no habrá que atenerse al criterio del domicilio o del lugar de residencia, sino al de la vecindad civil de las partes.

Por tanto, si los progenitores y en su caso, los menores hijos o hijas de los mismos, poseen la vecindad civil valenciana, por alguna de las vías previstas en el Código Civil y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, les será de aplicación la LRF 2011.

CAPÍTULO 4: DEFINICIONES LEGALES

La LRF 2011 introduce una serie de definiciones legales de los conceptos jurídicos más relevantes en cuanto a la interpretación que se puede realizar de la misma, cambiando la terminología para ser más acorde con los nuevos tiempos.

Según el Preámbulo de la LRF 2011, ya no procede hablar de custodia puesto que es un término corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que refuerza la relevancia del contacto cotidiano entre los progenitores y sus hijos e hijas como la vía más favorable para el adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor. Es por eso que ya no se incide en el término custodia, dejando paso a la denominación convivencia compartida¹⁸.

Por su parte, el artículo 3 de la LRF 2011 establece una serie de definiciones terminológicas respecto de conceptos utilizados en el articulado de la misma, y que conllevan una diferencia conceptual respecto a la legislación de Derecho común:

- a) “Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”.

Este concepto podría equipararse a la guarda y custodia compartida a que hace referencia el Código Civil en sus artículos 5 y 8, con algunas diferencias.

En primer lugar la LRF 2011 da una definición legal de éste régimen, ausente en el articulado del Código Civil, que simplemente utiliza el término sin explicar en qué consiste o las condiciones del mismo, importantes en la definición de la ley

¹⁸LANUZA GARCÍA, A. “Guarda y custodia compartida en la Comunidad Valenciana. Legislación, jurisprudencia y aplicación”. Fiscal.es.

<https://fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ana%20Lanuza.pdf?idFile=c7931c7e-560c-41f3-b052-3c89c310c727> [Consulta: 29 de febrero de 2016]

valenciana ya que la base es la distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de los hijos con cada progenitor.

En segundo lugar, y como ya hemos mencionado al inicio del epígrafe, cambia el concepto “guarda y custodia” por el de “convivencia”, terminología más acorde con los nuevos tiempos.

Por último, la normativa valenciana ha establecido el régimen de convivencia compartida como la regla general aplicable en el caso de menores cuyos progenitores no conviven, al contrario que el Código Civil, que lo contempla como una medida excepcional.

- b) “Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.

Se trata del equivalente a la custodia exclusiva, individual o monoparental, donde sólo uno de los progenitores ostenta la custodia de los hijos, mientras el otro tiene la posibilidad de relacionarse con ellos a través de un sistema de visitas o estancias acordado previamente o decidido en sede judicial.

Como sucede con el régimen visto de convivencia compartida, la LRF 2011 conceptualiza esta modalidad de convivencia y modifica la denominación empleada por el Código Civil. Además lo conforma como el régimen de aplicación secundario o subsidiario, aplicable, separándose en este punto de la normativa del Derecho común que lo considera el régimen principal a establecer en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

41

- c) “Por régimen de relaciones debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia”.

Se puede equiparar con el régimen de visitas y comunicaciones reglado en el artículo 94 del Código Civil, aplicable tanto a los casos en que ninguno de los progenitores vive con los hijos, supuestos de convivencia compartida por periodos largos, como en los de convivencia individual donde sólo un progenitor convive con ellos.

- d) “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”.

La LRF 2011 se diferencia del Derecho común también en este aspecto en cuanto a la terminología, puesto que en el Código Civil dicho pacto es denominado “convenio regulador”. La ley valenciana introduce este cambio para concienciar a los progenitores de la necesidad de llegar a un pacto entre ambos para buscar el interés superior del menor y establecer un régimen equitativo entre los hijos e hijas y sus progenitores.

CAPÍTULO 5: RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA DERIVADO DEL PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR

La LRF, con el fin de cumplir el objetivo de velar por el interés del menor y aplicar los valores que se reconocen en la presente ley, considera hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o no convivencia de los mismos, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores¹⁹. Así pues, el artículo 4 de la LRF establece la regulación, funcionamiento y contenido del denominado pacto de convivencia familiar, en el que se presupone el acuerdo de voluntades entre los progenitores mediante un documento suscrito por ambos progenitores que no convivan o cuya convivencia haya cesado, que contiene el régimen de relaciones entre aquellos y sus hijos e hijas, tanto a nivel familiar como a nivel patrimonial, después de dejar de convivir, y que debe ser aprobado judicialmente.

La LRF, mediante esta regulación, engloba los distintos modelos de familia, ya que la norma hace referencia a las relaciones de los hijos e hijas cuyos progenitores dejan de convivir, sin especificar la regulación en las situaciones de separación o divorcio. En este sentido se deja de lado la consideración del matrimonio como eje del que partir en cuanto a la regulación de la custodia de hijos menores, pasando a considerarse otras situaciones en igualdad de condiciones como las parejas estables o de hecho, o aquellas en las que los progenitores no han convivido nunca entre sí.

En cuanto al artículo 4 de la LRF, el apartado 1 establece el momento en que se podrá otorgar el pacto de convivencia familiar y el objeto del mismo:

“Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas”.

¹⁹ RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “Prospectiva del derecho civil foral valenciano”. Ed. Universitat Politècnica de València, 2011, p. 329.

El momento de presentar el pacto ante la autoridad judicial será cuando los progenitores dejen de convivir (o bien si nunca convivieron), en el cual cada una de las partes implicadas podrá hacer llegar al juez una propuesta de pacto con las condiciones que crea oportunas y que se pondrán en común para llegar al acuerdo deseado. Respecto al objeto del pacto de convivencia familiar será el establecimiento del régimen de convivencia y de relaciones con sus hijos o hijas, y demás extremos previstos en la ley.

En efectos la LRF regula el contenido mínimo que debe contemplar el pacto de convivencia familiar (artículo 4.2), señalando, al menos, los siguientes extremos:

- El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores.
- 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.

En estos dos extremos la ley valenciana se vuelve más amplia y más flexible con respecto al Código Civil, ya que el régimen de visitas se hace más extenso, ampliándose a más familiares y amistades aparte de padres y abuelos.

- El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.

En este punto, que se utilice el término de “destino” de la vivienda familiar implica además del uso de la misma por parte de uno o ambos progenitores y sus hijos o hijas menores, la posibilidad de venta o alquiler de la vivienda si se considera oportuno.

- La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

La ley se refiere en exclusiva a los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios, de los hijos o hijas cuyos progenitores no conviven, dejando

fuera las posibles compensaciones entre los cónyuges en caso de divorcio, separación o cese de la convivencia²⁰.

En este sentido, el régimen de la ley valenciana es más reducido que el de Código Civil, ya que el pacto de convivencia familiar no abarca ni el régimen económico matrimonial ni la pensión compensatoria de los cónyuges, como sí lo hace el convenio regulador previsto en la ley estatal. Este hecho se produce porque la LRF 2011 tiene un objeto más concreto y específico como es la regulación de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, quedando fuera de su ámbito de aplicación todas las cuestiones que afecten únicamente a los progenitores entre sí.

Ahora bien, ello no significa que en el pacto de convivencia familiar no se puedan incluir estas otras cuestiones, puesto que el artículo 4 establece el contenido mínimo, quedando abierta la posibilidad de incluir más extremos, que deberán regularse necesariamente conforme al Derecho común puesto que el valenciano no las regula²¹.

En otro orden de cosas, el artículo 4.3 la LRF prevé las causas que pueden dar lugar a la modificación o extinción del pacto de convivencia familiar:

- Por causas específicas del propio pacto.
- Por mutuo acuerdo.
- A petición de uno de los progenitores, cuando hubieran sobrevenido circunstancias relevantes.
- Por iniciativa del Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados.
- Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto.
- Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto.

²⁰ ARNAU MOYA, F. "Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida". Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 2013, p. 4.

²¹ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. "Ley Valenciana de Custodia Compartida". Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 8.

A excepción del primer motivo, que puede dar lugar a la modificación o extinción automática del pacto de convivencia familiar, los demás supuestos son causas que pueden ocasionar la interposición de un procedimiento de modificación de medidas, de mutuo acuerdo o bien por vía contenciosa.

Por último, para que el pacto, sus modificaciones o posible extinción sea eficaz, es necesaria la aprobación judicial del mismo, interviniendo en audiencia el Ministerio Fiscal por tratarse de medidas que afectan a hijos menores, como señala el artículo 4.4 de la LRF: *“El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal”*.

La necesidad de aprobación judicial del pacto de convivencia familiar implica que la ley no concede eficacia jurídica al pacto (ni como contrato ni como negocio jurídico), si no existe un auto o sentencia judicial que lo avale, siempre entendiendo que la falta de eficacia solamente es de aplicación al contenido mínimo requerido para la validez del pacto de convivencia familiar, es decir, a las cuestiones que afectan a los hijos e hijas menores, y no a otras cuestiones que hayan podido pactar los progenitores, como la liquidación del régimen económico matrimonial.

CAPÍTULO 6: EL ESTABLECIMIENTO JUDICIAL DEL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA EN DEFECTO DE PACTO: LAS MEDIDAS JUDICIALES

La LRF, en su artículo 5, dispone que cuando los progenitores no lleguen a un acuerdo y por lo tanto no otorguen un pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial será la encargada de adoptar las medidas judiciales que crea oportunas en cada caso, decidiendo sobre los extremos a los que hace referencia el precepto que regula el pacto de convivencia familiar, previa audiencia del Ministerio Fiscal:

“A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley”.

Entre las medidas a adoptar se encuentra el contenido más destacable de la ley valenciana, la regulación de la convivencia de los progenitores con sus hijos ante la falta de acuerdo entre las partes. En este sentido, el artículo 5.2 de la LRF constituye la regla general a aplicar, salvo que los progenitores acuerden otra cosa en el pacto de convivencia:

“Como regla general, el juez atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad”.

Para que prevalezca la custodia compartida, la ley valenciana autoriza al juez a atribuir la convivencia compartida a ambos progenitores, aun a falta de pacto entre ellos y sin exigir informe favorable del Ministerio fiscal, permitiendo así la adopción de oficio por el juez de la custodia compartida, con audiencia del Ministerio Fiscal²².

Con este artículo, el legislador autonómico establece como regla general un régimen de convivencia compartida, y de forma excepcional la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, asumiendo que el régimen más beneficioso para

²² ARNAU MOYA, F. “Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida”. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 2013, pág. 6.

el menor cuyos padres han dejado de convivir es aquel que hace posible un contacto similar entre ambos, y el que supone el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad de los progenitores²³.

El artículo 5.2 de la Ley 5/2011 determina que *“no será obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”*.

La primera circunstancia, la oposición de uno de los progenitores al establecimiento del régimen de convivencia compartida, tiene su fundamento en no ser un obstáculo a la adopción de la custodia compartida, pues en caso de que los dos progenitores estuviesen de acuerdo no se estaría regulando la aprobación de esta medida por la autoridad judicial, ya que solo se produce por vía judicial cuando no hay acuerdo entre las partes, mientras que si lo hubiese se recogería en el pacto de convivencia el cual vendría aprobado en la sentencia judicial como medida no controvertida.

La segunda circunstancia ha sido incluida en la LRF para solucionar uno de los problemas que existía con la legislación común a la hora de otorgar la custodia compartida. Antes de la entrada en vigor de la ley valenciana, el motivo principal por el cual se denegaba la custodia compartida entre ambos progenitores era la existencia de conflictos o malas relaciones entre los padres, ya que se consideraba que ésta situación dificultaba la implantación de dicho régimen. Así, la parte que se oponía a éste régimen lo utilizaba como argumento (o provocaba las malas relaciones) para que no se aplicara la custodia compartida.

Por tanto, podemos decir que es de gran importancia que la LRF incluya estas dos condiciones que no constituyen impedimento a la hora de adjudicar la custodia compartida entre los progenitores, ya que la mala relación entre los progenitores puede considerarse una circunstancia negativa tanto para la convivencia compartida

²³DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J. “La Ley 5/2011, de 1 de Abril, de la Generalitat, de relaciones familiares con los hijos cuyos progenitores no conviven: Un estudio en clave jurisprudencial”. Cuadernos jurídicos del instituto de derecho iberoamericano, n. 1, 2015, p. 19.

como para la convivencia exclusiva o individual, puesto que en ningún caso esa situación va a ser favorable para el interés superior del menor.

Para llevar a la práctica la regla general consistente en implantar la custodia compartida entre ambos progenitores y que sea efectiva hay varias posibilidades a tenor de las sentencias dictadas en aplicación de la LRF.

La primera opción es que los hijos menores de edad se queden en el domicilio familiar de forma continuada, siendo los progenitores los que deberán alternarse el uso de la vivienda. Esta opción sería la más costosa dado que obliga a los padres a tener una casa en la que alojarse cuando no se encuentren en la vivienda familiar con sus hijos, y puede crear situaciones de disputa y tensiones entre ambos progenitores.

La segunda posibilidad a la hora de implantar la custodia compartida, es que los hijos menores sean los que periódicamente se trasladen a los domicilios de sus progenitores. Además, a uno de los progenitores se le puede atribuir el uso exclusivo de la vivienda familiar, en virtud de pacto o si uno de ellos tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

La estancia de cada menor con sus progenitores puede ser por meses, por semanas o cada quince días, según la sentencia emitida por el juez competente del caso, atendiendo siempre a las particularidades de cada situación. El juez puede decidir establecer el régimen de convivencia compartida por meses, argumentando la necesidad de estabilidad en la estancia del hijo con cada progenitor, y con el objetivo de que la separación de los progenitores no suponga para el hijo una alteración significativa en su vida cotidiana por estar permanentemente trasladándose de un domicilio a otro.

Por otra parte, el juez puede estimar más adecuado y beneficioso para las relaciones de los menores con sus padres el que la custodia compartida se estipule por semanas, es decir, que los progenitores puedan convivir con sus hijos por semanas alternas, para que el contacto de los menores con sus progenitores sea mayor y más frecuente, facilitando las relaciones familiares de tal forma que no supongan un cambio significativo para el menor.

En todo caso, queda patente que el régimen de convivencia compartida pretende que los tiempos de convivencia de los hijos menores con sus progenitores sean prácticamente iguales en duración. Ahora bien, hay excepciones en las que no tiene por qué ser siempre así, como en el caso de que la disponibilidad de los progenitores para hacerse cargo de sus hijos no sea la misma, por ejemplo por razones de trabajo, por razones económicas o por no vivir ambos progenitores en el mismo municipio.

Otra modalidad para hacer efectivo el régimen de convivencia compartida consiste en que los progenitores se alternarían la pernocta de sus hijos entre semana, es decir, los menores dormirán noches alternas con cada progenitor, y pasarán con cada uno de ellos los fines de semana alternos. De esta manera, los tiempos de permanencia con los progenitores no son totalmente igualitarios, pero no constituye un problema adoptar esta modalidad puesto que la LRF no especifica el modo concreto en que plasmar el régimen de convivencia.

A pesar de que en la LRF tiene preferencia el régimen de convivencia compartida sobre el régimen individual, dicha modalidad no tiene carácter automático, ni siquiera cuando se solicite por ambos progenitores. Es decir, la autoridad judicial deberá tener en cuenta los siguientes factores a la hora de establecer la convivencia compartida, fundamentados siempre en el interés superior del menor, tal y como indica el artículo 5.3 de la LRF:

“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 los siguientes factores²⁴:

- a) *“La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”.*

²⁴VIÑAS MAESTRE, D. “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”. Revista para el análisis del derecho, n. 3, 2012, p. 19.

En este apartado el legislador indica en qué medida influye la edad de los hijos menores a la hora de determinar su régimen de convivencia, o un baremo en el que se clasifiquen las edades en las que es más conveniente o no la custodia compartida, dejando al juez la facultad de decidir sobre este factor según su criterio y los informes que pueda recabar. A pesar de ello, destaca la novedad en la LRF de la incorporación de un régimen provisional para los menores que dependan directamente de la madre durante sus primeros meses de vida, en el que los menores pasarán mayor tiempo con la madre, acercándose este modelo a un régimen de convivencia individual, pero siempre con carácter temporal, transitorio y progresivamente ampliable a petición de cualquiera de los progenitores²⁵.

A pesar de que la edad de los menores sea un factor que la autoridad judicial deba tener presente a la hora de decidir, la LRF no considera que la edad constituya un impedimento en sí mismo para otorgar la custodia compartida.

b) *“La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años”.*

En base a este factor, se entiende que los menores a partir de esa edad ya tienen la capacidad de expresar su opinión sobre con cuál de los dos progenitores quieren estar, o si quieren estar con los dos, de manera más objetiva. Para ello se lleva a cabo una prueba de exploración de los menores, en la que deben explicar libremente su situación con ambos progenitores y su voluntad respecto a ellos, y que es de carácter automático, preceptiva, es decir, debe ser cumplida siempre que así lo considere oportuno el juez²⁶.

De esta manera la voluntad manifiesta de los menores se valora como un criterio legal relevante a la hora de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, el cual debe interpretarse basándose en el interés superior del

²⁵ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. “Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 14.

²⁶ ARNAU MOYA, F. “Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida”. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 2013, p. 7.

menor en todos los casos. Dicho interés puede no coincidir con la voluntad expresada por el menor, ya que cabe la posibilidad de que esté alterada por actitudes, situaciones o comentarios de los progenitores, en cuyo caso el juez deberá decidir siempre en base a lo más beneficioso a sus intereses, hecho que puede aconsejar el establecimiento de un régimen de convivencia compartida aunque el menor haya manifestado una opinión contraria. Por ello la opinión de los menores es muy importante, más aún cuando más cerca estén de la mayoría de edad, pero no quedan fuera del análisis estricto y valoración minuciosa de la autoridad judicial para tomar una decisión²⁷.

c) *“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”.*

Estas circunstancias son tenidas en cuenta por el juez para evitar que al fijar el régimen de convivencia los hijos experimenten el menor cambio posible en relación con la situación anterior a la ruptura, dejando aparte el inevitable cambio que supone dejar de convivir simultáneamente con ambos progenitores, por lo que son factores que se consideran decisivos y determinantes a la hora de fijar el régimen de convivencia²⁸.

En este criterio confluyen dos requisitos a valorar:

El primero es el tiempo y el grado de dedicación de los progenitores a los hijos, que debe ser valorado por el juez en el periodo anterior a la separación y puede conllevar diferentes decisiones judiciales.

En primer lugar establecer el régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores por las siguientes razones:

²⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J. “La Ley 5/2011, de 1 de Abril, de la Generalitat, de relaciones familiares con los hijos cuyos progenitores no conviven: Un estudio en clave jurisprudencial”. Cuadernos jurídicos del instituto de derecho iberoamericano, n. 1, 2015, p. 19.

²⁸ ARNAU MOYA, F. “Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida”. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 2013, p. 7.

- Existir conflicto entre ambos progenitores, el cual no se puede afrontar de forma conjunta por ellos, y que uno haya tenido un papel principal en el cuidado de los menores, estando así más vinculado a los mismos.
- Asumir uno de los progenitores en exclusiva la guarda y custodia de los hijos con anterioridad a la presentación de la demanda porque el otro progenitor se desentienda de sus obligaciones para con sus hijos.
- La carencia de la figura de uno de los progenitores como tal por el poco tiempo que pasaba con sus hijos y por no atender a los mismos en el régimen de visitas adjudicado.

En segundo lugar fijar el régimen de convivencia compartido, cuando no se dan ninguna de las circunstancias anteriores y ambos progenitores se encuentran en plena disposición de ejercer sus obligaciones como padres con el mismo nivel de exigencia porque su situación laboral o económica se lo permita, aunque uno de ellos haya dedicado con anterioridad al cese de la convivencia más tiempo al cuidado y educación de sus hijos.

El factor de la dedicación pasada a la familia habrá que interpretarlo, en definitiva, con cierta flexibilidad, porque el hecho de que el menor, en particular, durante sus primeros años de vida, haya pasado más tiempo con uno de los progenitores, en sí mismo, no puede impedir el cambio a un régimen de convivencia compartida, si es más conveniente para el hijo y el otro progenitor puede asumirlo.

El otro criterio es la capacidad y aptitud de los padres para el cuidado y crianza de los hijos.

Para que dicha capacidad sea analizada correctamente, es conveniente que la autoridad judicial recurra a informes de peritos que informen de la situación de cada progenitor y ayuden a decidir en base al interés superior del menor, de gran importancia en los procesos de separación familiar.

d) *“Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”.*

En este tipo de situaciones generalmente complicadas, la emisión de dictámenes periciales resulta de gran importancia y son elementos fundamentales en los que los Tribunales suelen basar sus decisiones, por lo que es conveniente que todos los juzgados con competencia en esta materia estén dotados de un Equipo Técnico o Psicosocial que pueda emitir estos informes con la suficiente rapidez y de forma objetiva e imparcial.

Este Equipo puede aportar a la autoridad judicial evaluaciones psicológicas de cada progenitor, así como informes sobre la situación socio-familiar de cada uno, para dar mayor claridad al caso y ayudar en la toma de decisión. Incluso, en los casos que se considere necesario, se pueden realizar pruebas de evaluación de la capacidad para proporcionar atención y cuidado a los hijos por parte de sus progenitores para valorar si ambos cumplen con sus obligaciones y responsabilidades paterno filiales y si lo hacen de forma igualitaria.

A pesar de que dichos informes constituyan un factor importante en valorar, existen circunstancias en que los tribunales dejan de lado el informe pericial o el contenido del mismo:

La autoridad judicial puede decidir la cuestión, pese a que tales informes no se hubiesen elaborado, en casos patentes de manifiesta aptitud o ineptitud de uno de los progenitores para el cuidado de los hijos.

Cabe la posibilidad de prescindir de los informes periciales en los casos de menores cuya edad permite presuponer cierta madurez a la hora de declarar sus preferencias por un concreto régimen de convivencia.

En otros casos, los tribunales deciden en contra de la recomendación del perito basándose en argumentos que resultan del propio informe psicológico que elabora el equipo psicosocial, que son valorados de forma distinta a como lo ha hecho el perito que lo ha redactado y suscrito.

- e) *“Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores”.*

En este factor se debe tener en cuenta que cualquier régimen de convivencia ha de procurar la mayor estabilidad posible de los menores, en cuanto que el arraigo familiar puede ser determinante a la hora de establecer un régimen de convivencia u otro, determinando una convivencia más frecuente con aquella familia con la que el menor tiene más arraigo. Por otra parte, el arraigo social y escolar debe implicar el mantenimiento de los menores en su entorno escolar, siendo perjudicial para su anteriormente mencionada estabilidad un régimen de convivencia que obligue a cambiar al menor constantemente de colegio, o lo saque de su ambiente social habitual, salvo que existan causas perfectamente justificadas.

Para que estos supuestos no supongan un impedimento a la hora de adjudicar la custodia compartida a ambos progenitores, queda implícito que los domicilios de estos deben ser compatibles, es decir, no es necesario que estén a pocos metros de distancia, sino que las ubicaciones de cada progenitor permitan a los menores mantener su ambiente social y escolar sin que la lejanía de sus viviendas sea un obstáculo para seguir yendo al mismo colegio o a las mismas actividades que solía realizar²⁹.

Si la aplicación del régimen de convivencia compartida constituyera el desarraigo del menor respecto de su círculo familiar, de amigos, o de compañeros, la autoridad judicial se opondría al mismo³⁰.

²⁹ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. “Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 14.

³⁰ ARNAU MOYA, F. “Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida”. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 2013, p. 7.

f) *“Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores”.*

Aquí habrá que ponderar el horario de las respectivas jornadas laborales de cada progenitor, ya que la convivencia con los hijos requiere una disponibilidad horaria para atenderlos personalmente que está ligada directamente con los horarios laborales de los progenitores³¹.

La autoridad judicial deberá valorar las circunstancias laborales de cada progenitor, para comprobar si pueden compaginar o no su horario de trabajo con el cuidado cotidiano de sus hijos, a fin de establecer la custodia compartida como régimen de convivencia a aplicar.

En casos en que alguno de los progenitores tuviera horarios laborales prolongados, o trabajase según turnos, o su labor conllevara pasar gran parte de su tiempo en ciudades distanciadas, y por tanto, les resultara más difícil conciliar el cuidado y educación de sus hijos con su jornada laboral, el juez será más propenso a denegar la custodia compartida como régimen de convivencia, argumentando la falta de éxito de la misma en la no conciliación de vida laboral y familiar.

g) *“La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad”.*

Este factor se encuentra en estrecha relación con el anterior. Además de valorar la disponibilidad horaria de cada progenitor, se pretende evaluar las capacidades parentales para ocuparse personalmente de las atenciones que precisan a todos los niveles los hijos, como son el aseo, las comidas, los deberes escolares o las actividades extraescolares que realicen.³²

³¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J. “La Ley 5/2011, de 1 de Abril, de la Generalitat, de relaciones familiares con los hijos cuyos progenitores no conviven: Un estudio en clave jurisprudencial”. Cuadernos jurídicos del instituto de derecho iberoamericano, n. 1, 2015, p. 39.

³² CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L. “Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Revista de treball, economia i societat, n. 62, 2011, p. 14.

La jurisprudencia entiende que la circunstancia de que el padre o la madre se auxilien eventualmente de familiares cercanos para atender a sus hijos no debe conducir automáticamente a la denegación del régimen de convivencia compartida, pues son muchas las ocasiones en que se cuenta con esta ayuda, en situaciones en las que no existe ningún tipo de crisis familiar, siendo de gran ayuda en la sociedad actual para la adecuada crianza de los hijos e hijas menores³³.

h) *“Cualquiera otra circunstancia relevante a estos efectos”*.

En este punto se deja abierta la posibilidad de tomar en consideración cualquier circunstancia relevante, por lo que no hablamos de un número de criterios concreto a tener en cuenta, ya que según el supuesto concreto de cada caso se evaluarán más o menos factores³⁴.

En este factor podrían encajar todos aquellos aspectos no incluidos en los apartados anteriores y que puedan tener importancia a la hora de optar por un régimen de convivencia u otro. DE VERDA Y BEAMONTE establece una serie de circunstancias relevantes a estos efectos:

- Distancia entre el domicilio de los progenitores: esta distancia afecta a la aplicación del régimen de convivencia puesto que la cercanía entre los domicilios favorece el régimen de convivencia conjunta, pero el que dicha distancia sea mayor no puede considerarse obstáculo para la custodia compartida. En el caso en que ambos progenitores vivan en localidades distintas pero puedan asegurar la continuidad de los ámbitos escolar y social del menor conforme estaba establecida hasta la separación de los progenitores, la autoridad judicial puede optar por la custodia compartida al no alterar los hábitos del menor.

³³ SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014).

³⁴ GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S. “La guarda y custodia compartida. Una nueva institución de Derecho de Familia en España”. Universidad Autónoma de Barcelona, TFM Ed. 2011-2013, 2013, p. 76.

- La conveniencia de no separar a los hermanos: la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio de 2014 (núm. recurso 283/2014), dice que tradicionalmente se ha venido considerando perjudicial para los menores su separación. Así lo pone también de manifiesto el art 92.5 C.C., situación perfectamente subsumible en el apartado h) del art. 5.3 de la Ley 5/2011. Por tanto se entiende que no es beneficioso que los hermanos vivan separados por el vínculo y la relación que pueda existir entre ellos o que tengan un régimen de convivencia con ambos progenitores distinto.
- La amplitud del régimen de comunicación con el progenitor no custodio: en el régimen de convivencia que se venía estableciendo puede existir un sistema de comunicación con el menor muy amplio, que en la práctica los resultados del mismo sean similares a la custodia compartida. Éste factor puede ser tenido en cuenta para denegar la modificación del régimen de convivencia, como en el caso de la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio de 2014 (núm. recurso 283/2014), en la cual se desestima el establecimiento de la custodia compartida argumentando que “el sistema que está viviendo el menor es muy próximo al de custodia compartida”, ya que “está viviendo la mitad de los días con el padre y la mitad con la madre más o menos”.
- La dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia: actualmente, en la sociedad es habitual que, tras la crisis familiar, los progenitores rehagan su vida con una nueva familia, por lo que el hecho de que un progenitor haya rehecho su vida con otra persona, no debe suponer un obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida. Sin embargo, este factor debe analizarse teniendo en cuenta las singularidades de cada caso concreto, ya que pueden existir supuestos en los que la convivencia de los hijos con su nueva familia sea un factor de distorsión de su desarrollo personal o repercuta negativamente sobre los menores desde un punto de vista psicológico.

- La adicción a las drogas de los progenitores: la autoridad judicial tendrá en cuenta a la hora de atribuir o no la custodia compartida el historial de consumo de drogas que pueda tener cualquiera de los progenitores, estudiando las circunstancias de cada caso.
- El rendimiento académico de los menores: el régimen de custodia establecido al dejar de convivir los progenitores se mantendrá o no dependiendo de si el menor obtiene buenas notas en el colegio, asiste con regularidad a las clases o hace periódicamente los deberes con el sistema de custodia adoptado.

La LRF 2011 contempla la opción del régimen de convivencia individual, es decir, de la custodia exclusiva en favor de un solo progenitor, como regla excepcional, en su artículo 5.4: “La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”.

El factor determinante por el cual la autoridad puede romper con la regla general de atribución de la custodia compartida es la premisa del interés superior del menor. El juez al analizar las peculiaridades de cada caso concreto y a la vista de la totalidad de las pruebas practicadas, incluyendo informes sociales, médicos o psicológicos, puede, en base al interés superior del menor, otorgar, como excepción, la custodia exclusiva a uno sólo de los progenitores. Como vemos en el artículo, en el caso de determinar el régimen de custodia monoparental, el tribunal deberá otorgar al progenitor no custodio un régimen de visitas adaptadas a la situación de cada caso, que normalmente estará relacionada con el horario escolar de los menores, y con el

trabajo del progenitor con el que no convivan los menores, su lugar de residencia o su propia capacidad para cuidar de los hijos³⁵.

Independientemente de que el juez decida otorgar la custodia compartida o la custodia individual, tendrá la potestad de modificar el régimen de convivencia en el momento en que las circunstancias del caso lo hiciesen necesario, según establece 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”.

De esta manera, el juez podrá comprobar la idoneidad de la resolución adoptada, mediante mecanismos de control periódico como informes de Servicios Sociales o psicólogos que intervengan en la unidad familiar, y en caso contrario, podrá variar la misma adoptando otro régimen de convivencia.

Siguiendo con el régimen de custodia de los menores ante el cese de la convivencia entre sus progenitores, la LRF 2011 establece una disposición, como excepción a la regla general de aplicar la custodia compartida. Es el caso en que exista una situación de violencia familiar, que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor, incluso aunque no haya existido una previa sentencia firme. Así, el artículo 5.6 dice:

“Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro

³⁵ ARNAU MOYA, F. “Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida”. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 2013, p. 8.

progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

En este precepto la legislación valenciana prevé como requisito la existencia de una resolución judicial motivada, no siendo preciso una sentencia firme ni tampoco suficiente la mera interposición de la denuncia. Además introduce el requisito de que, a tenor de la situación de violencia, la aplicación del régimen de convivencia pueda suponer un riesgo objetivo para los menores o para el otro progenitor. No se produce por tanto un veto automático para el supuesto mencionado, sino que la prohibición entrará en juego cuando exista un riesgo objetivo en el cumplimiento del régimen de convivencia³⁶.

En el ámbito autonómico, desde la entrada en vigor el año 2011 de la LRF 2011, los tribunales han sido prácticamente unánimes a la hora de decidir sobre la custodia de hijos menores cuando los progenitores no conviven, basándose en los preceptos y consideraciones de esta nueva ley.

Para poder ejemplificar todo lo expuesto anteriormente sobre la LRF 2011, hemos analizado varias sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana en las que se trata fundamentalmente la atribución de la custodia de los hijos a ambos progenitores.

Así, en la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1/2016, de 25 de enero el padre decide interponer recurso extraordinario de infracción procesal sobre la sentencia de apelación en la que se adoptó el régimen de custodia monoparental respondiendo al interés de la menor según la prueba pericial practicada.

En este caso la sentencia recoge el informe de un profesional aportado por la madre, en el que se han evaluado las condiciones psicológicas y sociales de la menor, concluyendo con la idoneidad de aplicar el régimen de custodia individual en favor de la madre. Es en éste informe en el que se ha basado el tribunal para dictar dicha resolución, ya que el padre presentó fuera de plazo el informe recabado por su parte,

³⁶ GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S. “La guarda y custodia compartida. Una nueva institución de Derecho de Familia en España”. Universidad Autónoma de Barcelona, TFM Ed. 2011-2013, 2013, p. 78.

por lo que quedó inadmitido por extemporáneo y no pudo ser valorado en el proceso judicial.

La sentencia se fundamenta en el artículo 5 de la LRF 2011 para establecer que, a falta de pacto entre los progenitores, la autoridad judicial decidirá sobre la custodia, y como supuesto ordinario el régimen de custodia será el de convivencia compartida, referido como la regla general a aplicar en la legislación valenciana. Añade además que el establecimiento o mantenimiento del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, vinculadas al interés superior del menor, por lo que el juez valorará si el informe aportado por la madre en las sentencias anteriores corresponde a las circunstancias excepcionales mencionadas o si existe alguna diferente por la que se deba seguir manteniendo el régimen de custodia individual. En este sentido la sentencia señala que “acorde a la interpretación que hemos llevado a cabo del artículo 5º de la Ley 5/2011 debemos circunscribirnos a valorar hasta qué punto puede afirmarse que se recogen circunstancias suficientemente excepcionales como para adoptar una decisión de esta naturaleza”.

Según lo dispuesto en la sentencia, en ningún momento se llega a desarrollar suficientemente causa o razón que justifique en aras al interés superior de la menor que haya de atribuirse la custodia en exclusividad a la madre, ya que para tomar esta decisión anteriormente se expusieron los siguientes argumentos, ahora refutados por la autoridad judicial en esta sentencia³⁷:

El contenido del informe elaborado por la psicóloga que aporta la madre cuestiona que el padre sea una persona idónea para atender a su hija, en cambio el régimen acordado hasta el momento no restringe el contacto entre la menor y su padre, sino que está ampliado el régimen de visitas con pernoctas entre semana, lo cual es muy similar a la modalidad de custodia compartida solicitada por el progenitor paterno. Además, es un informe parcial, es decir, recoge una evaluación de la menor y un estudio de las competencias de la madre, pero no hay intervención alguna del

³⁷V. en este sentido STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 9/2013, de 6 de septiembre.

padre ni un estudio similar de sus competencias, siendo cuestionable que sea suficiente éste informe para tomar una decisión de esta naturaleza.

Por otro lado, en las sentencias anteriores se alude a las dificultades de comunicación entre los progenitores para adoptar el régimen de custodia individual, dejando de lado con ello el artículo 5.2 de la LRF 2011 en el que se señala que la regla general es la atribución del régimen de custodia compartida sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. Con ello se pretende que los menores tengan una continuidad en cuanto a la relación con ambos progenitores y que en los casos de crisis familiares con desavenencias entre los progenitores evitar que los menores queden afectados o sean utilizados como mecanismo de presión contra el otro progenitor.

La STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1/2016, de 25 de enero especifica que otro argumento por el que se dictó la custodia individual son las preferencias de la menor, la cual no ha sido oída por el juez y ha manifestado su deseo de ver a ambos progenitores durante la semana como ha estado haciendo hasta ahora gracias al amplio régimen de visitas. Por tanto, el deseo de la menor no constituye una oposición al régimen de custodia compartida sino que lo favorece, quedando invalidado este argumento para mantener el régimen de convivencia establecido hasta el momento.

Por último se alude al mantenimiento del régimen fijado tras la separación de hecho y medidas provisionales. En este punto, el Tribunal Supremo se ha manifestado en otras ocasiones declarando sobre la adopción del régimen de custodia compartida, que el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es significativo para impedirlo. Así pues, en este caso concreto, en las medidas provisionales se asignó un régimen provisional de custodia individual a la madre, pero debido a la conveniencia de la menor se ha ampliado el régimen de visitas paterno a pernoctas entre semana que antes no existían, por lo que la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1/2016, de 25 de enero indica que aunque las partes en las medidas provisionales llegaran a un acuerdo en el régimen de custodia, esta circunstancia no autoriza a darles un carácter definitivo, pudiéndose modificar posteriormente, como es el caso.

Por tanto las sentencias analizadas concluyen que se estima oportuna la adopción de un régimen de convivencia que permita a los menores una relación igualitaria con sus dos progenitores, en el ejercicio del derecho de ambos a estar presente en la vida de los menores, sin que esto sea obstáculo para la adaptación de éstos y posibilitando el contacto semanal con ambos progenitores³⁸. Así, finalmente establecen el régimen de guarda y custodia compartida de los menores.

³⁸ V. en este sentido STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 7/2015, de 25 de marzo.

CONCLUSIONES

Primera.- En el territorio de la Comunidad Valenciana, hasta la entrada en vigor de la Ley de Relaciones Familiares, en abril de 2011, el Código Civil ha constituido la normativa aplicable en materia de régimen de custodia respecto de los hijos menores en caso de separación o divorcio, y cuando los progenitores no conviven. Hasta ese momento, los Tribunales aplicaban el artículo 92 del C.C. para decidir sobre la custodia de los menores, si bien el régimen que preferentemente se aprobaba en vía judicial era la custodia exclusiva o monoparental, y mayoritariamente a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas para el progenitor no custodio (padre), quedando así el sistema de la custodia compartida como medida excepcional. En consecuencia, se aprecia que la legislación de Derecho común en su aplicación estricta no favorece la igualdad de trato entre ambos progenitores respecto a las obligaciones y derechos de parentalidad respecto de sus hijos menores, ya que la custodia monoparental casi siempre va a prevalecer en relación con la custodia compartida.

Segunda.- Hemos podido comprobar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los últimos tiempos, ha venido a suavizar la estricta aplicación del C.C. en esta materia, realizando una más actual interpretación del artículo 92 del C.C. diferente a la defendida anteriormente. De hecho se procede a la equiparación de ambas modalidades de custodia (monoparental o compartida), entendiendo que la prevalencia del interés superior del menor puede conllevar a la aprobación del régimen de custodia compartida, sin que ello suponga una alteración del espíritu del articulado, puesto que aunque no suponga la regla general, no existe prohibición alguna o impedimento para que el juez decida aplicar la custodia compartida si así lo considera, en beneficio del menor.

Tercera.- La competencia legislativa de la Comunidad Valenciana sobre derecho civil foral, se remonta a los intentos por recuperar y actualizar el derecho foral valenciano que quedó abolido en 1707 mediante los Decretos de Nueva planta aprobados por Felipe V, vencedor de la guerra de sucesión a la Corona de España.

Partiendo de que la Constitución Española reconoce la pluralidad de órganos legislativos con competencia propia en el territorio respectivo y de carácter exclusivo en base a la competencia histórica que le atribuyen los fueros a dichos territorios, la Comunidad Valenciana en su Estatuto de Autonomía establece que corresponde a la misma la competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano, en plena armonía con la Constitución Española. El objetivo perseguido es la recuperación del contenido de los Fueros medievales valencianos abolidos en su día, poniendo en práctica a tal fin la indicada competencia legislativa.

En aplicación de la competencia legislativa que otorga el Estatuto de Autonomía, se han dictado en la Comunidad Valenciana diversas leyes de Derecho civil propio, en materias también previstas y reguladas por el articulado del Código Civil común. Entre otras, y referidas al Derecho de familia, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana o la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana.

No obstante, a pesar del contenido del EACV, de la aprobación de las mencionadas leyes forales y de su puesta en marcha, el Tribunal Constitucional ha interpretado recientemente en sentido restrictivo el alcance de la competencia en materia de Derecho civil foral de la Comunidad Valenciana. Según lo resuelto en STC, de 28 de abril de 2016, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 9888/2007 contra la Ley 10/2007 de régimen económico matrimonial y en STC, de 9 de junio de 2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 4522/2013 sobre la Ley 5/2012 de uniones de hecho, el Estado tiene atribuida con carácter general la competencia exclusiva en materia de legislación civil, respetando la facultad de las Comunidades Autónomas de conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles, forales o especiales “allí donde existan”, es decir, en aquellas donde haya existido previamente a la entrada en vigor de la C.E. Derecho civil propio. Finalmente las sentencias estiman los recursos de inconstitucionalidad y concluyen que dichas normas valencianas se han extralimitado de la competencia legislativa que en materia de

Derecho civil tiene la Comunidad Valenciana, al no demostrar la vigencia previa a la C.E. de normas legales o consuetudinarias en materia de régimen económico matrimonial y de uniones de hecho.

La resolución que contienen tales sentencias del TC constituyen un importante precedente que a buen seguro incidirá en el recurso de inconstitucionalidad, pendiente de Sentencia, interpuesto en su día contra la LRF 2011, puesto que la ley objeto del presente trabajo se aprobó en base al mismo artículo del EACV que las leyes impugnadas y ya declaradas inconstitucionales, en su totalidad o parcialmente.

Cuarta.- La LRF 2011 se fundamenta en la aplicación del principio de igualdad entre los progenitores, la prevalencia del interés superior del menor y el ejercicio del derecho de los menores a vivir con ambos progenitores. Es decir, pretende lograr la igualdad en el ámbito familiar, para que la situación de crisis familiar no afecte a la continuidad del trato que mantenían los progenitores con sus hijos e hijas hasta el momento del cese de la convivencia, favoreciendo también la igualdad real en los periodos de convivencia de los hijos con ambos progenitores, siempre y cuando el interés del menor quede por encima de cualquier situación particular o decisión que se pueda tomar.

La ley valenciana pretende disminuir el nivel de litigiosidad que se produce en los casos donde las partes discuten sobre la atribución del régimen de convivencia de los hijos menores. De hecho, puesto que en la mayoría de casos el régimen de custodia se concedía a uno de los progenitores (sobre todo a la madre), ello hacía que la otra parte (el progenitor no custodio) no estuviera de acuerdo con la sentencia y agotara todas las vías posibles para recurrir la resolución judicial, convirtiendo el proceso en largo, costoso y nada beneficioso para los menores. Así, se quiere moderar el número de casos planteados en vía contenciosa ante los tribunales, favoreciendo el acuerdo entre los progenitores (pacto de convivencia familiar) como la mejor opción para regular la custodia de los menores.

67

Quinta.- La LRF asume la necesidad de que los progenitores sean conscientes de la importancia de pactar un régimen equitativo de relaciones familiares con los hijos

menores de edad, inclinándose de forma expresa por un modelo regulador de las relaciones familiares basado en la convivencia compartida, como regla general, relegando el régimen de convivencia individual a un segundo plano o excepcional, siendo adoptado solamente cuando concurren una serie de circunstancias que imposibiliten la aplicación de la norma general.

Así pues, en esta tesitura el pacto de convivencia representa una pieza fundamental de la LRF 2011, puesto que se pretende que los propios progenitores de mutuo acuerdo establezcan el régimen de relaciones con los hijos ante el cambio en la situación familiar, favoreciendo un régimen igualitario como es el de la convivencia compartida. Para que dicho pacto sea efectivo y plenamente aplicable, es necesaria la audiencia previa del Ministerio Fiscal (y su no oposición), así como la final aprobación judicial del mismo.

Sexta.- Cuando no haya sido posible alcanzar un acuerdo entre los progenitores, mediante la aprobación del pacto de convivencia familiar, será la autoridad judicial la encargada de fijar las medidas judiciales necesarias para regular la custodia (entre otras cuestiones) de los menores cuando los progenitores cesen en su convivencia, atendiendo ante todo al establecimiento del régimen de convivencia compartida como norma general y sin que sea necesaria una petición expresa de alguna de las partes a tal efecto, o para acordar un régimen de convivencia determinado.

Teniendo presente como principio rector de la Ley la atribución del régimen de convivencia compartida, se prevé expresamente que la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no representarán un obstáculo para establecer el modelo de convivencia compartida.

Por otra parte, el régimen de convivencia individual o monoparental es considerado por la LRF 2011 como una modalidad excepcional, hecho que exigirá que su adopción sea considerada como necesaria por la autoridad judicial para garantizar el interés superior del menor, a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

Finalmente, de la jurisprudencia autonómica se desprende que en los últimos tiempos las autoridades judiciales de la Comunidad Valenciana, en aplicación e interpretación de la Ley, han establecido de forma mayoritaria el régimen de convivencia compartida por semanas alternas como modelo de régimen de convivencia entre los progenitores y sus hijos. Tanto en los supuestos de acuerdo entre los progenitores como en aquellos en que no se alcanzó dicho acuerdo, siendo el juez quien tuvo que aprobar la medida correspondiente en materia de custodia, se ha llegado a la conclusión de que, en base al articulado de la LRF 2011, el régimen de convivencia compartida resulta el más idóneo, por regla general, para que la nueva situación familiar, en la que los progenitores viven separados, no afecte sustancialmente a la vida y relaciones de los menores, pudiendo seguir con su vida como lo hacían hasta ahora, tanto a nivel escolar, social y familiar, eso sí con las debidas adaptaciones derivadas de la nueva situación familiar entre sus progenitores.

BIBLIOGRAFÍA

AFONSO RODRÍGUEZ, M. (2006). “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código civil y la LEC: guarda y custodia compartida”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, pp. 83-97.

<<http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/23%20-%202006/06%20Maria%20Elvira%20Afonso%20Rodriguez.pdf>> [Consulta: 14 de enero de 2016]

ALGARRA, E. y BARCELÓ, J. (2014). “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana”, en *Revista bolivariana de derecho*, N. 18, pp. 566-577.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4766656>> [Consulta: 18 de febrero de 2016]

ARNAU MOYA, F. (2013). “Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida”, en *Institut de Dret Europeu i Comparat*, Universidad de Girona, pp. 1-14.

<<http://dugi-doc.udg.edu//handle/10256/11029>> [Consulta: 11 de marzo de 2016]

BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2015). “El interés del menor como criterio de aplicación de la ley valenciana de relaciones familiares”, en *Revista bolivariana de derecho*, N. 19, pp. 790-803.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4907633>> [Consulta: 22 de febrero de 2016]

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L. (2011). “Ley valenciana de custodia compartida”, en *Revista de treball, economia i societat*, N. 62, pp. 1-30.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3742351>> [Consulta: 15 de febrero de 2016]

DE TORRES PEREA, J.M. (2011). “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, N. 4/2011, pp. 1-61.

<http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf> [Consulta: 20 de enero de 2016]

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2015). “El régimen de convivencia con los hijos menores de edad en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana (última jurisprudencia)”, en *Revista de Derecho Civil Valenciano*, N. 17, pp. 1-14.

<<http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/17-primer-semester-2015/item/211-el-r%C3%A9gimen-de-convivencia-con-los-hijos-menores-de-edad-en-la-ley-5-2011-de-1-de-abril-de-la-generalidad-valenciana-%C3%BAltima-jurisprudencia>> [Consulta: 25 de marzo de 2016]

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MARTÍNEZ CARLOS, P.J. (2015). “La ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un análisis en clave jurisprudencial”, en *Cuadernos jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, N. 1,2, pp. 1-104.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5190905>> [Consulta: 20 de abril de 2016]

FISCAL.ES. *Guarda y custodia compartida en la Comunidad Valenciana. Legislación, jurisprudencia y aplicación.*

<https://fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ana%20Lanuza.pdf?idFile=c7931c7e-560c-41f3-b052-3c89c310c727> [Consulta: 29 de febrero de 2016]

GARCÍA RIVAS, F.J. (2006). “Guarda y custodia compartida: La Ley 15/2005 de 8 de Julio de reforma del Código Civil”, en *Fundación Mariano Ruiz Funes*, Murcia, pp. 77-102.

<http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=134>
[Consulta: 29 de enero de 2016]

GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S. (2013). *La guarda y custodia compartida: una nueva institución en Derecho de Familia en España*. Otras responsabilidades: María YsàsSolanes. Trabajo Final de Máster. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

MOLINER NAVARRO, R. (2007). “Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2ª del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N. 18, pp. 345-365.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2319995>> [Consulta: 11 de febrero de 2016]

PEINADO MARTÍNEZ, S. (2013). “Aplicación de la ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en *Revista de la facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, N. 9, pp. 21-37.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4219180>> [Consulta: 21 de marzo de 2016]

RAMÍREZ SIMÓ, M.L. (2012). *Análisis de la ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, desde una perspectiva de género*. Otras responsabilidades: Marta Otero Crespo. Trabajo Final de Máster. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2011). *Prospectiva del derecho civil foral valenciano*. Valencia: Editorial UPV.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M. (2005). “La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, Madrid: Universidad Complutense, vol. 18, pp. 137-162.

<<http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0505110137A/7588>> [Consulta: 22 de enero de 2016]

SORIANO MARTÍNEZ, E. (2011). “La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el derecho de familia”, en *Revista de Derecho Civil Valenciano*, N. 9, pp. 1-10.

<<http://derehocivilvalenciano.com/revista/numeros/9-primer-semester-2011/item/23-la-ley-valenciana-de-relaciones-familiares-de-los-hijos-e-hijas-progenitores-no-conviven-nuevas-tendencias-en-el-derecho-de-familia>> [Consulta: 29 de febrero de 2016]

VIÑAS MAESTRE, S. (2012). “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda” en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, ISSN-e 1698-739X, N. 3, pp. 1-55.

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994894>> [Consulta: 1 de abril de 2016]

JURISPRUDENCIA

STS (Sección 1ª) núm. 4608/2014, de 18 de Noviembre de 2014 (núm. Recurso 412/2014).

STS Madrid (Sección 1ª) núm. 2736/2015, de 26 de Junio de 2015 (núm. Recurso 469/2014).

STS (Sección 1ª) núm. 465/2015, de 9 de Septiembre de 2015 (núm. Recurso 545/2014).

STS (Sección 1ª) núm. 801/2016, de 3 de Marzo de 2016 (núm. Recurso 523/2015).

STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 9/2013, de 6 de septiembre.

STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 7/2015, de 25 de marzo.

STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1/2016, de 25 de enero.

LEGISLACIÓN

España. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. *BOE*, 9 de Julio de 2005, núm. 163, p. 24458-24461.

España. Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *BOE*, 25 de Julio de 1889, núm. 206.

España. Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana. *D.O.C.V.*, 5 de abril de 2011, núm. 6495, p. 13863.