



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)

POR

José Ramón de Verda y Beamonte.

Catedrático de derecho civil de la Universidad de Valencia

RESUMEN: En el presente trabajo se estudia la jurisprudencia más reciente sobre la Ley 5/2011, de 5 de abril, que introduce, como regla general, el régimen de convivencia compartida de los hijos menores de edad con sus progenitores, examinando los criterios que permiten la fijación del régimen de convivencia con arreglo al principio de interés superior del menor.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la Comunidad Valenciana existe una normativa propia, que incide sobre varios de los aspectos atinentes a las crisis familiares, en particular, sobre las relaciones paterno-filiales. Se trata de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, la cual se aplica respecto de hijos menores, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que tengan la vecindad civil valenciana (art. 2).

La Ley 5/2011, de 1 de abril, que está pendiente de un recurso de inconstitucionalidad¹, entró en vigor el 5 de mayo de 2011. Sin embargo su aplicación fue suspendida por Providencia del TC (Pleno) de 19 de julio de 2011, desde la fecha de interposición del recurso, esto es, el 4 de julio de 2011. Posteriormente, dicha suspensión fue levantada por el ATC de 22 de noviembre de 2011, por lo que la Ley se aplica actualmente ante los Tribunales de Valencia, en espera de que recaiga sentencia resolutoria del referido recurso.

Dicha Ley se refiere a cuestiones tales como alimentos, régimen de custodia y visitas o atribución del uso de vivienda y ajuar familiar (no trata la pensión compensatoria, para la cual rige íntegramente el CC), estableciendo, como principio básico el respeto a la autonomía privada de los padres, ya que, al igual que sucede en el CC, el Juez decidirá, siempre “A falta de pacto entre los progenitores” (art. 5.1).

El principio de autonomía privada se concreta en la posibilidad, prevista en el art. 4.1 de la Ley 5/2011, de que los progenitores puedan otorgar un pacto de convivencia familiar (esto es, una especie de convenio regulador), en el que acuerden “los términos de su relación” con sus hijos, el cual producirá efectos, una vez que sea aprobado judicialmente, previa audiencia del Ministerio Fiscal; parece que el Juez deberá aprobar las estipulaciones contenidas en dicho pacto, salvo si

¹ Por invasión, por parte de la Generalidad, de las competencias estatales en materia de Derecho civil, que según el art. 149.1, regla 8ª CE, corresponden de manera exclusiva al Estado, salvo la posibilidad de modificar o desarrollar la legislación civil foral allí donde existiera.



fueran dañosas para los hijos (por ejemplo, en materia de alimentos² o de relaciones con los progenitores) o gravemente perjudiciales para uno de los padres³.

En cuanto al contenido del negocio, “El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: 1. El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. 2. 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. 3. El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar. 4. La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas” (art. 4.2)⁴.

II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO REGLA GENERAL.

El art. 4.1 y 2 de la Ley 5/2011 establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el Juez establecerá, como regla general, el régimen de “convivencia compartida”. Por lo tanto, Valencia, al igual que otras regiones (señaladamente, Aragón y, en menor medida, Cataluña o Navarra), se aparta de la solución prevista en el art. 92.8 CC, previendo la custodia compartida con carácter general, y no, excepcional (es la solución aragonesa)⁵.

² La SAP Valencia (Sección 10ª) 609/2014, de 28 de julio (recurso núm. 308/2014) consideró, así, nulos los pactos de exoneración, reducción o renuncia a las actualizaciones de las pensiones alimenticias, por ser “de carácter indisponible, en cuanto a su configuración legal, y su régimen jurídico no permite que las partes ignoren que durante la minoría de edad de los hijos son los dos progenitores los que están obligados a atender las necesidades alimenticias de los mismos de forma proporcional a las posibilidades y medios de cada uno de ellos. Así resulta de lo establecido por el art. 143 CC”.

³ Es la solución prevista en el art. 90.II CC.

⁴ Según el art. 4.3 de la Ley, “El pacto de convivencia familiar podrá modificarse o extinguirse: 1. Por las causas especificadas en el propio pacto. 2. Por mutuo acuerdo. 3. 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. 4. Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto. 5. Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto”.

La circunstancia prevista en el apartado 3º del precepto deberá invocarse en un procedimiento de modificación de medidas, a cuyo promotor, como observa la SAP Valencia (Sección 10ª) 609/2014, de 28 de julio (recurso núm. 308/2014), corresponderá acreditar cumplidamente en los términos del art. 217 LEC la existencia “sobrevenida de una alteración sustancial”, esto es, “de notoria entidad, con importancia suficiente para producir una modificación de lo convenido o de lo acordado judicialmente”, exigiendo la concurrencia de dos requisitos: a) que, “tales cambios o alteraciones sean imprevistos, de modo que surjan por acontecimientos externos al actor, sin posibilidad de previsión anticipada, en términos de ordinaria diligencia; y b) que, “tales alteraciones tengan estabilidad o permanencia en el tiempo y no sean meramente coyunturales, que hagan necesaria la modificación de la medida, excluyéndose toda forma de temporalidad”. En particular, cuando la modificación que se solicita afecte a los hijos, deberá tener “por finalidad conseguir el mayor de los equilibrios en las prestaciones para con ellos, no penalizándose, en todo caso, futuros matrimonios, a los que tienen indudable derecho los progenitores que lo deseen contraer”, pero siempre, respetando el principio preferencial del interés superior del menor.

⁵ No obstante el claro tenor del art. 92.8 CC, la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (núm. recurso 2637/2012), establece una doctrina jurisprudencial favorable a considerar la custodia compartida como un régimen normal, y no excepcional, en la medida en que fomenta la integración del menor con los dos progenitores, estimula la cooperación de ambos en beneficio de aquél, evita el sentimiento de pérdida afectiva del hijo y salva los desequilibrios en los períodos de estancia y acompañamiento del menor.



En el Preámbulo de la Ley 5/2001, se dice que “Con esta actuación legislativa se pretenden conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos e hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho-deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación”⁶.

La regla general es, pues, que, conforme al art. 5.2 de la Ley 5/2011, salvo que otra cosa haya acordado por los progenitores, el Juez atribuirá a ambos, “de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”⁷, extremo, este último, importante, porque la razón más habitual para denegar la custodia compartida (antes de la entrada en vigor de la Ley) era, precisamente, la existencia de malas relaciones entre los padres, considerándose que dicha situación dificultaba extraordinariamente un régimen de este tipo⁸.

Las SSAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) y núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), explican que “Se establece, por tanto, como regla general un régimen de convivencia compartida y, de forma excepcional, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores. El legislador autonómico ha instaurado una suerte de presunción iuris tantum de que el régimen de convivencia más beneficioso para un menor cuyos padres ya no conviven juntos es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es, en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a los progenitores”.

Respecto de la concreta manera de hacer efectivo ese régimen de custodia o convivencia compartida caben varias posibilidades: que los hijos menores queden en el domicilio familiar, alternándose los padres en el uso del mismo (solución muy costosa económicamente, porque obliga a la familia a tener tres viviendas⁹) o que sean los propios menores los que periódicamente (p. ej., cada semana¹⁰,

⁶ Más adelante, se añade: “El régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares”.

⁷ Ni tampoco, con mayor razón, la ausencia de relación entre ellos. V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 71/2012, de 14 de febrero (núm. recurso 709/2011).

⁸ La SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 89/2012, de 16 de enero (núm. recurso 642/2011), revocando la sentencia apelada, consideró beneficioso para el menor el establecimiento de un régimen de custodia compartida ante la ausencia de conflicto alguno entre los progenitores en lo relativo al cuidado del menor pues el que los padres como pareja no tengan buena relación no influye en lo relativo a la guarda y custodia de menor que hasta el momento ha funcionado de modo correcto”.

⁹ Es, por ello, que esta solución no es muy frecuente. La adopta, sin embargo, la SAP Alicante (Sección 4ª) núm. 389/2013, de 24 de octubre (núm. recurso 562/2012). Dice, así, que, “Con relación al uso de la vivienda que fue conyugal y atendiendo al beneficio del menor se considera que debe ser éste, quien permanezcan de forma continuada en el domicilio familiar, y sean los progenitores que se alternen en el ejercicio de la guarda y custodia quienes entren y salgan del mismo, según los turnos de la misma. En el art. 6º de la Ley 5/11 de la Generalitat Valenciana se contempla que a falta de acuerdo entre las partes, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores, entendiéndose que en el presente supuesto dada la edad del mismo y sus condiciones actuales es lo mejor para el niño”.



cada quince días¹¹ o cada mes¹²) se trasladen a los domicilios de sus progenitores, a uno de los cuales puede atribuírsele el uso de la casa familiar, común o privativa del otro, en virtud de pacto o, en su defecto, cuando, como dice el art. 6.1 de la Ley, “tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

III. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA EN FAVOR DE SOLO UNO DE LOS PROGENITORES COMO EXCEPCIÓN.

Se establecen dos excepciones al régimen de convivencia compartida:

a) En primer lugar, el Juez “podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior” (“a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”), en cuyo caso deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto con el otro progenitor (art. 5.4)¹³.

Las SSAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), y núm. 660/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 404/2013), observan que el interés de los niños no debe ser medido “bajo parámetros de confort material”, y que “en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor”.

A mi parecer, el elemento preponderante ha de ser el objetivo. De hecho, según veremos más adelante, el art. 5.3 de la Ley 5/2011 se refiere a la opinión de los menores, como el segundo de los factores, que han de ser tenidos en cuenta para fijarse el régimen de convivencia, pero, a partir de que los hijos hayan cumplido doce años; y, aun así, se trata sólo de un factor que, si bien alcanza progresiva importancia cuanto mayor sea la edad del menor, sin embargo, ha de ser valorado junto con otros para determinar el interés superior de aquél desde un punto de vista objetivo.

¹⁰ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 89/2012, de 16 de enero (núm. recurso 642/2011), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013), SAP Alicante (Sección 4ª) núm. 392/2013, de 25 de octubre (núm. recurso 732/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 620/2014, de 9 de septiembre (núm. recurso 318/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 635/2014, de 15 de septiembre (núm. recurso 728/2014), y SAP Valencia 450/2014, de 22 de septiembre (núm. recurso 450/2014). Es usual establecer periodos más amplios, de quince días, para los meses de julio y de agosto.

¹¹ V. en este sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 745/2013, de 14 de noviembre (núm. recurso 605/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013).

¹² V. en este sentido SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 659/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 560/2013).

¹³ 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 (art. 5.5).



b) En segundo lugar, el art. 5.6 de la Ley 5/2011, excepciona el régimen de convivencia, cuando exista una situación de violencia familiar, que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor.

Dice el precepto que, “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 progenitor¹⁴. 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”¹⁵.

IV. CRITERIOS LEGALES PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

En cualquier caso, conforme al art. 5.3 de la Ley 5/2011, el Juez, antes de fijar el régimen de convivencia, “a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar” que cada uno de los progenitores deberá presentar, tendrá en cuenta una serie de factores, que el precepto enumera, por el orden en que se exponen (todos los cuales deberán ser tamizados por el filtro del interés superior del menor).

1. La edad de los hijos.

El precepto se refiere, en primer lugar, a “La edad de los hijos e hijas”, pareciendo presuponer el interés de los niños muy pequeños en tener un mayor relación con la madre.

Así lo da a entender la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), que, al justificar al cambio a un régimen de convivencia conjunta, observa que “El menor se encuentra próximo a cumplir los diez años, edad en la que ya no existe la dependencia materna propia de los primeros meses de vida”.

Precisa, que “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”.

2. La opinión de los menores.

¹⁴ V. a este respecto, SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 582/2014, de 21 de julio (núm. recurso 302/2014).

¹⁵ Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.



En segundo lugar, deberán tenerse en cuenta, “La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años”.

No obstante, la jurisprudencia ha matizado este criterio, entendiéndolo que debe interpretarse a la luz del principio del interés superior del menor, que puede aconsejar el establecimiento de un régimen de convivencia compartida, a pesar de la opinión contraria de aquel.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) explica que, aunque “ciertamente, la opinión de un menor de catorce años debe tenerse en cuenta”, sin embargo, sus “posibles preferencias, fruto del egoísmo propio de la edad (siguiendo las palabras de la perito) no tienen por qué ser interpretadas como lo más beneficioso a sus intereses, pues no parece que el egoísmo o la comodidad tengan que ser valores preeminentes frente al cariño, el contacto directo y las enseñanzas que le puede transmitir la vida en común con su padre”.

En cualquier caso, parece claro que la opinión de los menores será tanto más importante cuanto más cerca se hallen de alcanzar la mayoría de edad.

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), observa, así, que no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre habida cuenta que la hija cumple 18 años dentro de 3 meses, y ha revelado inequívocamente su voluntad de seguir con su madre, dando cumplida explicación de ello en su exploración [...], lo que aconseja no acordar dicho tipo de custodia, procediendo por ello mantener la sentencia de instancia en este punto”.

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 508/2014, de 21 de julio (núm. recurso 303/2014), confirmó la sentencia apelada, que se había pronunciado en contra del régimen de convivencia compartida, porque a “la inexistencia de comunicación” entre el padre e hijo, “se une la edad de dicho hijo, de 15 años, y su inequívoca voluntad de vivir con su madre y no con una custodia compartida”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 599/2014, de 24 de julio (núm. recurso 327/2014), denegó la pretensión del padre de que se modificara el régimen de convivencia con los 4 hijos menores, teniendo, en cuenta, entre otras circunstancias, “las reticencias hacia la custodia compartida de los dos hijos más mayores, cuya opinión debe ser tenida especialmente en cuenta, porque su edad hace presumir su madurez” (sus edades eran de 16 y 14 años, respectivamente).

3. La dedicación pasada a la familia y la capacidad de cada progenitor.

En tercer lugar, habrá que ponderar, “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”¹⁶.

¹⁶ La SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), revocando la sentencia apelada, atribuyó el régimen de convivencia compartida a los dos progenitores, por considerar que ambos eran “perfectamente capaces de asumir el cuidado y educación del menor”, estando, además, éste “adaptado por igual a ambos padres”, sin apreciar “razones o factores que aconsejen optar por una solución que la nueva Ley considera excepcional” (se refiere a la atribución del régimen de convivencia en favor de uno solo de los progenitores).

La SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 375/2013, de 31 de octubre (núm. recurso 177/2013), revocó la sentencia recurrida, que había concedido el régimen de convivencia en favor de la madre, basándose en las declaraciones testificales de que el padre era consumidor habitual de alcohol. Afirma que “las declaraciones de los testigos no



Aquí, en rigor, se contemplan dos circunstancias distintas.

a) En primer lugar, el tiempo y el grado de dedicación de los progenitores a los hijos, que pueden convertir a uno de ellos en “la figura referente y primaria” de los mismos, como consecuencia de la existencia de “una estrecha vinculación entre ellos”¹⁷.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 678/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 437/2013), establece un régimen de convivencia en favor de la madre, constatando “la inexistencia de relación entre los progenitores y que existe un intenso conflicto, careciendo de vías para afrontar de manera conjunta las dificultades que puedan presentar sus hijos. La madre ha tenido un papel principal en el cuidado de los hijos y los menores se encuentran más vinculados a la madre (no trabajó y se dedicó al hogar desde el año 2006), lo que se corresponde con el mayor papel asistencial que ha ejercido, si bien los menores se encuentran vinculados también con el progenitor, siendo más adecuado el estilo educativo de la progenitora (menos permisivo que el paterno)”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 585/2014, de 22 de julio (núm. recurso 251/2014), estableció el régimen de convivencia de los hijos en favor de la madre, por constar que, “ya con anterioridad a la presentación de la demanda era la actora quien venía asumiendo el cuidado de los hijos menores, asumiendo en exclusiva la guarda y custodia de los hijos desde agosto de 2009 en que el demandado marchó del domicilio familiar, inhibiéndose total y absolutamente de sus responsabilidades alimenticias para con sus hijos hasta el momento en que en 2011, a través de medidas provisionales se impuso una cuantía mínima para subvenir las necesidades de los hijos, posición que indudablemente pone de manifiesto su posición reticente al cumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la patria potestad”. Más adelante, insiste en “la poca disposición del progenitor para asumir sus obligaciones parentales”, lo que, le lleva “incluso a desconocer las circunstancias académicas de los menores, sus rutinas extraescolares y en suma le impide conocer sus necesidades”; y concluye: “esta ausencia de implicación en la educación y crianza de los hijos, junto con el resultado de la exploración de los menores desaconseja total y absolutamente la atribución de una custodia compartida”.

El factor de la dedicación pasada a la familia habrá que interpretarlo, no obstante, con cierta flexibilidad, porque el hecho de que el menor, en particular, durante sus primeros años de vida, haya pasado más tiempo con la madre, en sí mismo, no puede impedir el cambio a un régimen de convivencia compartida, si es más conveniente para el hijo y el padre puede asumirlo (por ejemplo, porque reduce su jornada laboral).

Las SSAP Alicante (Sección 4ª) núm. 389/2013, de 24 de octubre (núm. recurso 562/2012), y núm. 392/2013, de 25 de octubre (núm. recurso 732/2012), afirman que en los supuestos por ellas decididos “ambos progenitores están suficientemente capacitados para asumir la guarda y custodia de sus hijos, y de que tienen unas circunstancias laborales y unas disponibilidades horarias favorables, y aunque si bien es cierto que la madre se ha ocupado de manera más prioritaria del

son los suficientemente convincentes por sí solas para acreditar que el padre sea un consumidor habitual de alcohol cuando ello no viene respaldado por ninguna prueba objetiva que acredite esta circunstancia, cuando además en el informe psicológico [...] el menor manifiesta su deseo de vivir también con su padre [...] las manifestaciones en cuanto a la falta de suministros básicos de la vivienda o de falta de higiene del menor son meras manifestaciones de la madre”.

¹⁷ Como dice la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014).



cuidado de éstos, no existe obstáculo acreditado alguno en el padre para otorgársela también a él, por lo que entendemos que la custodia compartida es la solución indicada, según establece el art. 5, 2º de la Ley 5/11, atendiendo al interés superior de los menores”.

b) En segundo lugar, se contempla la capacidad o aptitud de los padres para el cuidado y crianza de los hijos, para cuya valoración es conveniente que la autoridad recurra a informes de peritos, lo que, en la práctica, suele hacerse casi siempre.

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), y núm. 660/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 404/2013), afirman que en el ámbito de los procesos familiares habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor”.

4. Informes periciales.

Siguiendo el tenor del precepto, en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta “Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”.

Estos informes, en particular, los psicológicos son, en efecto, uno de los elementos fundamentales en los que los Tribunales suelen basar sus decisiones.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), por ejemplo, entre otras muchas, estableció un régimen de convivencia en favor exclusivo de la madre, apoyándose en el informe psicológico, que afirmaba que la misma “había sido la principal figura de referencia en el desarrollo evolutivo de los menores”.

No obstante, la autoridad judicial puede decidir la cuestión en ausencia de tales informes, en casos patentes de manifiesta aptitud o ineptitud de uno de los padres para el cuidado de los hijos.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 71/2012, de 14 de febrero (núm. recurso 709/2011), afirma que el régimen de convivencia compartida puede acordarse, incluso en ausencia de un informe psicológico que lo aconseje, por no haberlo pedido ninguna de las partes, ni haberse acordado de oficio, interpretando que el art. 5.3.d) de la Ley 5/2011 no lo exige necesariamente, sino sólo “cuando proceda”, porque “la presunción ha de ser la de que cualquier progenitor es capaz de asumir la paternidad”. En el caso por ella decidido, confirmando la sentencia apelada, atribuyó el régimen de convivencia compartida contra la oposición de la madre que alegaba la falta de conocimiento e interés del padre en las necesidades de la hija. Replica la Audiencia que “Su ignorancia de cuestiones meramente puntuales respecto de la menor, parece consiguiente a quien no ha convivido con ella”.



Así mismo, es también posible prescindir de informes periciales en los casos de menores, cuya edad permite presuponer que tienen un grado de madurez suficiente y han manifestado una clara preferencia por un concreto régimen de convivencia.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 642/2014, de 15 de septiembre (núm. recurso 349/2014), desestimó el recurso de apelación del padre, quien argumentaba que la sentencia recurrida había acordado el régimen de convivencia en favor de la madre sin haber mediado un informe pericial. Afirma, así, que “No podemos compartir tal censura, ya que tratándose de un chico que tiene actualmente 14 años, y que en la exploración practicada no dejó lugar a dudas, con la madurez propia de esa edad, de que quería seguir viviendo con su madre, y que la casa del padre actual (no la que pudo ser anteriormente) no reúne condiciones y no pasa allí los fines de semana, resultó adecuada la decisión de la juez de no considerar necesaria recabar una prueba pericial que además hubiera dilatado sin duda muchos meses la resolución del procedimiento”.

No son extraños los casos, en los que se decide en contra de la recomendación del perito, muchas veces, basándose en argumentos que resultan del propio informe psicológico, que son valorados de manera distinta a como lo ha hecho el perito que lo ha redactado.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) recuerda que “el juzgador no está sujeto o vinculado a ningún parámetro valorativo tasado o legal en su ponderación de los dictámenes periciales, a diferencia de lo que ocurre con otros medios de prueba (documental no impugnada, por ejemplo)”. Dice, así, que “Aunque no se puede desconocer la importancia de las opiniones técnicas expuestas por los peritos en el proceso ello no debe desvirtuar el verdadero papel de éstos, que no es sustituir al juez, sino auxiliarlo”. En el caso concreto, contra la opinión del psicólogo, sustituyó el régimen de convivencia en favor de la madre, que había sido establecido cuatro años antes, por un régimen de custodia compartida (exonerando, en consecuencia, al padre de la obligación de pagar la pensión de alimentos que venía satisfaciendo a los hijos). Para ello, tuvo en cuenta que, según se deducía del informe psicológico, el padre había obtenido un mejor resultado que la madre en el test que valoraba sus respectivas habilidades como cuidadores para ejercitar la responsabilidad parental (“Medio”, frente a “Medio-bajo”).

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), reiterando la misma doctrina de que el papel de los peritos, “no es sustituir al juez, sino auxiliarlo”, en contra de la recomendación del psicólogo, estableció también un régimen de convivencia conjunta, en sustitución del anterior, convivencia individual en favor de la madre. Para ello se apoya en los mejores resultados obtenidos por el padre en su valoración en aspectos tales como asertividad, flexibilidad y capacidad de resolución del duelo, que constaban en el informe pericial. Afirma, que el padre ha hecho gala de un “estilo educativo asertivo”, más beneficioso para el interés del menor, “que el sobreprotector-permisivo”, en ocasiones, empleado por la madre. Observa que “Los menores, como personas en fase de desarrollo y educación suelen ser bastante permeables a los estilos de comunicación de sus progenitores, en tanto que éstos constituyen referentes importantes a la hora de aprender cómo comportarse frente a los demás. Es por ello que no se puede negar que un contacto más regular y normalizado de [el menor] con su padre le va a ser muy beneficioso en este plano. La normalización de las relaciones incluye la pernocta habitual y equitativa del menor con su progenitor, pues es éste el contexto más frecuente de relaciones de aquellos otros menores cuyos padres no se encuentran inmersos en una situación de crisis”.



5. Las situaciones de especial arraigo de los menores.

En quinto lugar, el precepto se refiere a “Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores”.

Sobre este factor ha tenido ocasión de pronunciarse la reciente STSJ Valencia (Sección 1ª) 6 septiembre 2013 (núm. recurso 2/2013), revocando la sentencia recurrida, la cual había afirmado que la distancia entre las localidades de residencia de los padres (el menor reside y asiste al colegio en Gandía, mientras que el padre vive en Denia) “y los cambios de ambiente del menor” a que daría lugar el régimen de custodia compartida, “representan un obstáculo al éxito” de la misma.

El TSJ observa que “en la sentencia recurrida la mera referencia a la distancia -que no se concreta ni en tiempo ni en distancia- y su proyección a un cambio de ambientes -que tampoco se especifican-, en primer lugar, no se compadece con la necesidad de integración del contenido del superior interés del menor en cada caso, adoleciendo por tanto del carácter genérico de la invocación del mismo que hace la sentencia recurrida y en segundo lugar y en punto a la alegación de la parte recurrida, no da contenido a este factor legal de ponderación pues la simple referencia a los cambios de ambiente no integran un supuesto de especial arraigo, sin que las consideraciones de la parte recurrida acerca de la distancia, las actividades y horarios escolares y extraescolares, la existencia de una hermana nacida de una relación posterior, permitan estimar el superior interés del menor determinante de la excepción de la regla general legal de convivencia compartida en el presente caso, a más de que para la determinación del concreto interés superior del menor, que como se ha dicho obvia la sentencia recurrida, ni en las alegaciones de la parte recurrente se tienen en cuenta otros factores de ponderación del artículo 5.3 de la Ley valenciana, cuales son la edad la dedicación y capacidad de los progenitores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores y su disponibilidad para mantener un trato directo con el hijo, en especial y particularmente la del padre solicitante de la modificación del régimen de convivencia”.

6. La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral.

En sexto lugar, deberán, en efecto, tenerse en cuenta las “posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores”.

Habrà, por lo tanto, que ponderar el horario de sus respectivas jornadas laborales.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013), para sustituir el régimen de convivencia individual por otro de convivencia conjunta, tuvo en cuenta que, como consecuencia de la crisis de su empresa, el padre había pasado a tener una jornada laboral de veinte horas a la semana, lo que le permitía tener las tardes libres para cuidar de los niños. Precisa, además, en contra de lo argumentado por la madre, que “La posibilidad de que el padre en un futuro pueda recuperar un trabajo a jornada completa tampoco se puede constituir en un obstáculo insalvable [...] nos encontramos ante un futurible que, a fecha de hoy y en el contexto de una crisis económica severa y de larga duración, desconocemos si se va a llegar a producir. Es más, entrando de lleno en el terreno de las hipótesis no cabría descartar que fuera la [madre] quien obtuviera un contrato a tiempo completo y no por ello quedaría invalidada para el ejercicio de las potestades de guarda”.



Por el contrario, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio (núm. recurso 283/2014) se pronunció en contra de la modificación del régimen de convivencia solicitado por el padre, valorando “las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores”. Consideró, así, “de indiscutible relevancia” que la madre hubiera reducido su jornada laboral “a fin de conciliar la vida laboral y la familiar, con el indudable sacrificio económico”, mientras que, por el contrario, el padre (trabajador a turnos) no hubiese hecho lo mismo; y añade “que a la mayor dificultad de atención directa del menor por el progenitor”, ha de sumarse su constatada actitud renuente “respecto del cumplimiento de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, incluidas las obligaciones alimenticias del menor”.

7. La disponibilidad de los progenitores para mantener un trato directo con los hijos.

En séptimo lugar, se ha de ponderar la “disponibilidad” de cada uno de los progenitores “para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad”, factor éste, que se encuentra en estrecha relación con el anterior.

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 no son pocas las veces en que se cuenta con esta ayuda en situaciones en las que no existe ningún tipo de crisis familiar”¹⁸. Pensemos, en la imprescindible ayuda que en la sociedad actual prestan los abuelos en la crianza de los nietos.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 688/2012, de 28 de noviembre (núm. recurso 441/2012) afirma, así, que no es obstáculo para el establecimiento de un régimen de convivencia conjunta “que el padre que ya goza de un amplio régimen de visitas, vaya a necesitar eventualmente ayuda de tercera persona”. La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012), al conceder dicho régimen, señala que “ambos cónyuges con domicilios próximos y amplio apoyo familiar, pueden delegar en algún pariente la entrega y recogida de la menor”. La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013) valora la circunstancia de que el padre tenga una hermana en la ciudad de Alicante, cercana a Elche.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 745/2013 (núm. recurso 605/2013), de 14 de noviembre, se apoya en el informe pericial psicológico, que “recomendó el sistema de convivencia compartida, por estimarse beneficiosa para las hijas, incluyendo el mayor contacto con la abuela paterna que ese sistema conllevaría, atendiendo a la profesión del actor, que es camionero, y trabaja hasta las 19 horas”.

8. Otras circunstancias relevantes.

Por último, deberá tenerse en cuenta, “Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”.

¹⁸ V. así SSAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012) y núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013).



8.1. La distancia entre el domicilio de los progenitores,

Una de esas circunstancias es la distancia que exista entre el domicilio de los progenitores, pues su cercanía favorece el régimen de convivencia conjunta¹⁹.

No obstante, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), estableció el régimen convivencia compartida, apoyándose en el informe pericial, según el cual ambos progenitores disponían de características y competencias personales beneficiosas y complementarias para el cuidado de las hijas. Afirma que “El inconveniente fundamental que alega la recurrente para la fijación de este sistema, el hecho de que los litigantes tienen su residencia en localidades distintas, no es un obstáculo suficiente para la implantación de la custodia compartida, teniendo en cuenta la proximidad de las dos localidades (...), pertenecientes a la misma comarca y distantes tan sólo (...) 17 kilómetros, sin que se haya acreditado que estén unidas por una carretera especialmente inadecuada”.

8.2. La conveniencia de no separar a los hermanos.

Igualmente un criterio consolidado es el de intentar no separar a los hermanos.

Así lo expone la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio de 2014 (núm. recurso 283/2014), que confirmó la sentencia apelada, la cual se había pronunciado en favor de la conveniencia de no separar a los hermanos. Dice, así, que “tradicionalmente se ha venido considerando perjudicial para los menores su separación, así lo pone de manifiesto el art 92.5 C.C., situación perfectamente subsumible en el apartado h) del art. 5.3 de la Ley 5/2011”²⁰.

8.3. La amplitud del régimen de comunicación con el progenitor no custodio.

Otro factor que puede ser tenido en cuenta, en particular, para denegar la modificación del régimen de convivencia, es la existencia de un sistema de comunicación con el menor, tan amplio, que, en la práctica, sus resultados se asemejen a la custodia compartida.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio de 2014 (núm. recurso 283/2014) confirmó, así, la sentencia de primera instancia, a pesar de la recomendación de la perito, favorable al establecimiento de una custodia compartida. La Audiencia observa que, no obstante dicha recomendación, a preguntas del Ministerio Fiscal, en el acto del juicio, la misma perito “manifestó que el niño está bien adaptado viviendo con la madre y mantiene una buena comunicación con el padre” y 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”. A ello,

¹⁹ V. así SSAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012) y núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013).

²⁰ V. también SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 599/2014, de 24 de julio (núm. recurso 327/2014).



añadió la mayor capacidad de la madre para conciliar su vida laboral y familiar y los incumplimientos del padre respecto del pago de la pensión alimenticia.

V. LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 5/2011 COMO ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA AL ESTABLECER EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

Hay que llamar la atención sobre los problemas interpretativos suscitados por la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 5/2011, según la cual “Esta Ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor”. Es doctrina jurisprudencial consolidada que la Disposición se refiere, exclusivamente, a los procedimientos que estuvieren pendientes de sentencia en primera instancia, pero no, en apelación²¹.

A este respecto, hay que distinguir claramente lo que es la aplicación retroactiva de la Ley a situaciones ya juzgadas, que, obviamente, es improcedente, de lo que es una revisión del régimen de custodia adoptada en su día, por la vía de la modificación de medidas por alteración sustancial de la circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de su establecimiento (90.III CC), las cuales tienen que ser apreciadas, con arreglo a la normativa autonómica vigente, en el que, a diferencia de lo previsto en el CC, el régimen de convivencia conjunta es la regla general, y el de convivencia en favor de uno de los progenitores, la excepción.

La diferencia es importante, porque en algunos Tribunales existía una gran reticencia a sustituir el régimen de convivencia individual por otro de convivencia conjunta, con el argumento de que no existía una alteración sustancial de las circunstancias, requisito éste, que, a veces, se examinaba con tal rigidez que hacía realmente difícil la nueva adopción de un sistema de custodia compartida. En el fondo subyacía el temor a que lo que se pretendiera conseguir era una implícita aplicación retroactiva de la Ley 5/2011.

Sin embargo, con buen criterio, la STSJ Valencia (Sección 1ª) 6 septiembre 2013 (núm. recurso 2/2013) ha reconducido la cuestión a sus justos términos, afirmando que “la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivada de la regulación legislativa de la Ley valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio fiscal lo soliciten, mediante el procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior en procesos de separación nulidad o divorcio con base a la modificación legislativa de las reglas contenidas en la nueva legislación valenciana, pues en definitiva la alteración de las reglas de derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia”²².

²¹ V. en este sentido, STSJ Comunidad Valenciana (Sección 1ª) núm. 1/2012, de 24 de enero (núm. recurso 5/2011) y AATSJ Comunidad Valenciana (Sección 1ª) núm. 7/2012, de 12 marzo de 2012 (núm. recurso 14/2012), y núm. 11/2012, de 17 de abril (núm. recurso 1/2012).

²² Acogen ya esta doctrina, entre otras, SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014).



No obstante, como expone la referida sentencia, la decisión sobre la modificación del régimen de convivencia deberá valorar “los casos concretos”, en atención al interés superior del menor y a los criterios del art. 5.3 de la Ley 5/2011.