

LA GUARDA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN
LA LEY AUTONÓMICA VALENCIANA

*SHARED CUSTODY IN THE SPANISH CIVIL CODE AND IN
VALENCIAN COMMUNITY LAW*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.190-209



Carlos
ESPARZA
OLCINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de agosto de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 6 de septiembre de 2013

RESUMEN: El siguiente estudio nos facilita un acercamiento a la llamada “custodia compartida”, no sólo en el CC español, sino también en la legislación autonómica valenciana, tal como se aplica por los Tribunales, antes y después de la reforma del CC español llevada a cabo por la ley 15/2005.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad, custodia, custodia compartida, interés del menor.

ABSTRACT: This study allows us an approach to the so called “shared custody”, not only in the Spanish Civil Code, but also in the law of the Valencian Community, such as it’s implemented by the Tribunals, before and after the reform of the Spanish Civil Code by law 15/2005.

KEY WORDS: parental responsibility, custody, shared custody, best interest of child.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Concepto.- III. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio.- IV. La reforma del Código civil y la custodia compartida.- V. La jurisprudencia posterior a la ley 15/2005.- VI. La ley autonómica valenciana.

I. INTRODUCCIÓN.

La guarda de los hijos menores es una de las funciones inherentes a la patria potestad; en efecto, de acuerdo con el art. 154 CC, la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: “1º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”; en las expresiones “velar por ellos, tenerlos en su compañía”, se encierra el derecho-deber de la guarda y custodia, una de las proyecciones de la patria potestad, que comprende además las funciones del apartado segundo: “representarlos y administrar sus bienes”.

Si en situaciones de convivencia de los progenitores la guarda se ejerce de forma conjunta por los padres, cuando se produce la crisis, el esquema clásico del CC partía de atribuir a una sólo de los progenitores el ejercicio de la custodia, y ello, aunque se optara por la atribución a ambos del ejercicio de la patria potestad, cosa que por otro lado, podía no suceder; en efecto, tal es la solución legal que se desprendía de la anterior redacción del art. 92 (párrafo cuarto): “podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos”; también resultaba, y resulta, del art. 94 CC, que regula el denominado “régimen de visitas para el progenitor no custodio”: “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía..”

También del art. 96: “ en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”; y del art. 103.1ª, regulador de las medidas provisionales que cabe adoptar al admitir una demanda de nulidad, separación o divorcio: “determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo, y lugar en que podrá comunicar con ellos y

• Carlos Esparza Olcina

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Magistrado de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, especializada en Derecho de Familia. Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad de Valencia desde 1.994 hasta la actualidad. Miembro de la división civil para la Comunidad Autónoma Valenciana de la Red Española de Cooperación Judicial Internacional desde 2005 hasta 2010. Partícipe en numerosas jornadas y seminarios de Derecho de Familia.

tenerlos en su compañía”; asimismo del art. 159: “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. Se preveía por tanto la atribución de la custodia a uno de los progenitores, y el reconocimiento al “apartado de los hijos”, calificado de “progenitor no custodio” de un régimen de comunicación; en la actualidad, tras la reforma del CC por ley 15/2005 de 8 de julio ya no se habla del “apartado de los hijos”, sino, con expresión más suave, del “cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos”. Lo mismo resulta del art. 90. A) CC, regulador del contenido del convenio regulador.

En realidad, esta distinción era y es hasta cierto punto artificiosa, pues también se puede considerar al llamado progenitor no custodio como ejerciente de la guarda en los periodos en los que el menor se encuentra con él, en la mayoría de los casos en los fines de semana alternos y en los periodos vacacionales, como preveía el art. 139-3 del Código de Familia de Cataluña, publicado por la ley 9/1998 de 15 de julio; en estos periodos la asistencia ordinaria a los hijos, el “velar por ellos” le corresponde al llamado “progenitor no custodio”, con la misma intensidad que al “progenitor custodio”; hay que reconocer sin embargo que estas denominaciones convencionales tienen la ventaja de reflejar una realidad; que hay un progenitor al que le corresponde el ejercicio de la guarda con más asiduidad, y podemos decir, con carácter ordinario, al que le incumbe adoptar todos los comportamientos de ayuda a la prole que por su trascendencia no supongan el ejercicio de la patria potestad, que en la mayor parte de los casos se lleva a cabo conjuntamente con el otro progenitor; a este progenitor custodio, le corresponde también, por su condición de guardador, el uso de la vivienda conforme al art. 96 CC, así como la administración de la pensión alimenticia que paga el no custodio; se entiende además que no debe pagar una pensión de alimentos, porque su contribución a la manutención de los hijos la cumple mediante la asistencia cotidiana que implica el ejercicio de la guarda.

II. CONCEPTO.

Si este es el esquema clásico, en los últimos tiempos, al amparo de algunas corrientes psicológicas y de movimientos de defensa de los padres separados y divorciados, se ha abierto paso el concepto de custodia compartida o conjunta, que supone una igualación de los periodos de estancia de los menores con cada cónyuge, de modo que en este sistema no puede hablarse de “progenitor custodio” y “progenitor no custodio”, pues los dos lo son en la misma medida; con cierta razón se ha dicho que no estamos aquí en rigor ante un supuesto de “custodia compartida”, sino de “custodia sucesiva o alternativa”, pues los progenitores no viven juntos, y no pueden en consecuencia compartir el cuidado cotidiano de los hijos! [a “guarda

1 Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. “La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Sepin (persona y familia)* (2005), 45, 16 ss.

alternada semestralmente” se refiere la SAPValencia 17 septiembre 1992 (AC 1992, 1243) y a “residencia en régimen de alternancia” se refiere el Derecho francés²].

En efecto, los progenitores se alternan en la custodia de los hijos, por periodos que pueden ser de una semana, quince días, meses o periodos más largos; el acuerdo de los padres, o la situación de hecho, que se revela adecuada al interés de los hijos, pueden determinar la fijación de otra modalidad que implique la distribución equitativa de los tiempos entre los progenitores, como en el caso resuelto por la SAP Barcelona 9 noviembre 2005 (núm. 696-2005) en la que se atribuyó a la madre la estancia con los menores de lunes a miércoles, y al padre desde el miércoles a la salida del colegio hasta el viernes, y correspondieron a los dos por mitad los fines de semana y los periodos vacacionales; otro ejemplo de periodos de estancia más cortos lo encontramos en la SAP Madrid 17 septiembre 2002 (JUR 2003, 27985). Puede que sean los hijos los que se desplacen y cambien de domicilio, yendo al de cada uno de los progenitores, pero también puede establecerse que sean los padres los que ocupen alternativamente el domicilio de los hijos; la primera de las modalidades es la tenida en cuenta por la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre la custodia compartida y el empadronamiento de los menores (EDL 2006/20839); para la efectividad de la segunda modalidad el grupo familiar deberá disponer de tres viviendas, y puede ser altamente desaconsejable cuando concurren otras circunstancias, como por ejemplo, que alguno de los progenitores conviva con otra persona; puede pactarse o establecerse que cada progenitor asuma la manutención de los hijos en los periodos en los que le corresponda tenerlos, o bien, que uno de ellos pague una pensión al otro en los periodos en que esté con el otro progenitor; lo que será indicado cuando un progenitor tenga una capacidad económica superior a la del otro [por ejemplo, en la SAP Provincial Madrid 17 junio 2004 (ED) 2004/189629] o en la SAPValencia 22 abril 1999 (AC 1999, 4941)]; cabe también la apertura de una cuenta administrada por los progenitores en la que éstos hagan ingresos periódicos para atender los gastos pagaderos mediante domiciliación bancaria, como los de enseñanza, y que cada progenitor se haga cargo de los gastos de manutención ordinaria en los periodos en los que les corresponda la custodia (por ejemplo, en la SAP Castellón 10 abril 2003 (AC 2003, 846) y en la SAP Madrid 22 febrero 2005].

III. LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ANTERIOR A LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO.

Este sistema fue admitido en general por la jurisprudencia, aunque no tenía expresa consagración legal antes de la reforma del CC en virtud de la ley 15/2005 de 8 de julio; hay que reconocer sin embargo que el sentido de la jurisprudencia ha sido claramente restrictivo, como se comprueba con un estudio de algunas

2 Véase el comentario crítico a la SAP Navarra 13 abril 2005, en *Act. Civ.*, 2006.1°.

resoluciones judiciales: en la jurisprudencia anterior a la ley 15/2005 de 8 de julio se ponía de relieve, como fundamento para denegar la guarda compartida, lo que antes se ha señalado, es decir, que no tenía expreso reconocimiento legal: por ejemplo, la SAP Madrid 17 febrero 1998 (AC 1998, 4985), que la califica también de institución excepcional; la SAP 18 noviembre 2004 EDJ (2004/228727) decía que es una modalidad “incompatible con nuestro ordenamiento jurídico”; y también, ya poco antes de la reforma legal, la SAP Madrid 1 junio 2005 (núm. 431-2005); y en este mismo sentido la SAP Valencia 10 enero 2001 (núm. 2-2001).

Otro argumento muy empleado es que al implicar esta modalidad el cambio de vivienda del menor, podía afectar a su necesaria estabilidad y tranquilidad, de modo que aparecerá sólo indicada en los casos en que los dos progenitores vivan en el mismo barrio o calle, de forma que el cambio de guarda no suponga una ruptura del menor con su entorno habitual, ni represente especiales incomodidades para su asistencia al colegio; se descarta en consecuencia el establecimiento de la guarda compartida en supuestos en los que los progenitores viven lejos el uno del otro; en esta línea, la SAP Córdoba 14 julio 2003 (AC 2003, 1480) y la SAP Córdoba 12 septiembre 2005 (núm. 340-2005); aunque también se dice que el hecho de que los domicilios de los progenitores estén próximos no determina por sí solo la guarda compartida [SAP Córdoba 16 diciembre 2003 (JUR 2004, 20303)]; fue tomado en cuenta también este factor en la SAP Valencia 2 abril 2003 (EDJ 2003/149611), en la que se denegó la custodia compartida en un supuesto en el que la progenitora custodia iba a fijar su residencia en el Reino Unido.

También se decía asimismo que este sistema de guarda exige además una especial avenencia y colaboración de los progenitores, por lo que, más que imponerse en una sentencia, esta modalidad de custodia debe ser fruto del acuerdo de los cónyuges plasmado en el convenio regulador. Consideraciones que reflejaban esta idea se hicieron en las SSAP Valencia 25 abril 2001 (núm. 215-2001) y 11 mayo 2001 (núm. 242-2001), entre otras muchas.

En el supuesto de hecho objeto de la SAP Valencia 11 mayo 2001 (núm. 242-2001), la discrepancia de los progenitores alcanzaba a un aspecto tan básico como la alimentación y el tratamiento médico que debía dispensarse a su hijo, que padecía una grave dolencia, con lo que la diferencia de criterio atañía a un valor básico como es el de la salud. En ocasiones sin embargo, la Sala ha optado por mantener la guarda compartida pactada por los progenitores cuando ha funcionado razonablemente bien, como en la SAP Valencia 17 diciembre 2001 (núm. 604-2001), de que ratificó una custodia compartida por meses, aunque se constata que los progenitores han involucrado a los hijos en el conflicto familiar, que por tanto, se declara subsistente. En efecto, hay algunos casos en los que, como en el supuesto analizado, a pesar de que en la teoría el sistema de guarda compartida no es el más indicado, resulta

que acaba por establecerse porque esa inidoneidad teórica no resiste el contraste con la realidad, puesta de relieve en un informe pericial psicológico o social, que recomienda continuar con el sistema porque ha dado buenos resultados.

En la SAP Valencia 12 enero 2004 (núm. 9-2004) se acordó la custodia compartida, por meses alternos, asumiendo cada progenitor la manutención con gastos extraordinarios por mitad, con base en que el informe pericial, y la buena marcha escolar de la menor así lo aconsejaba.

Por el contrario, la SAP Valencia 5 mayo 2005 (núm. 274-2005) desestimó la custodia compartida con el argumento de la falta de avenencia de los progenitores, pese a que podía interpretarse que el informe pericial la recomendaba; recogen este mismo argumento con diferencias de matiz la SAP Barcelona 3 marzo 2004 (EDJ 2004/13497), las SSAP Valencia 19 mayo 2004 (núm. 310-2004), 6 abril 2005 (núm. 199-2005) y 21 abril 2005 (núm. 248-2005), y la SAP Madrid 28 junio 2005 (704-2012); máxima expresión de la conflictividad existente será la existencia de una prohibición de acercamiento derivada de una condena por malos tratos, como sucedía en el caso resuelto por la ya citada SAP Valencia 19 mayo 2004 (núm. 310-2004), lo que desde luego desaconseja el sistema de guarda compartida.

Un buen compendio de los argumentos más frecuentemente tenidos en cuenta para acordar la custodia compartida lo encontramos en la SAP Girona 28 febrero 2001 (AC 2001, 1827):

- "a) Que la niña ha venido asumiendo la guarda compartida sin traumas ni desequilibrios de ningún tipo.
- b) Que dicho régimen ha sido valorado como de resultados positivos por el Equipo de Asesoramiento Técnico.
- c) Que los resultados académicos y de desarrollo integral de A. no han acusado deterioro alguno, sino más bien al contrario, pueden calificarse buenos e incluso de excelentes.
- d) Que -el hecho de tener ambos progenitores el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, facilita los eventuales cambios domiciliarios y no afecta a las relaciones sociales de la menor (escolares, de amigas, actividades extraacadémicas, etc.) que pueden seguir manteniéndose sin cambio alguno.
- e) Que dispone en ambos domicilios de su propia habitación.

f) Que tanto el padre como la madre reúnen condiciones para asumir la guarda y custodia a satisfacción de la hija, y así lo han venido haciendo sin reproche alguno de esta.

g) Que los especialistas del Equipo de Asesoramiento Técnico, valoran la guarda y custodia compartida como la mejor opción actual para la hija, la cual, ante ellos, y en fecha bastante posterior a la de exploración judicial, manifiesta su deseo de mantener la compañía de los dos progenitores, aunque querría modificar la distribución del tiempo que comparte con cada uno, proponiendo el de una semana entera en cada domicilio para organizar mejor sus actividades”.

IV. LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio ha introducido en la ley la referencia expresa a la custodia compartida; en efecto, el art. 92.5 CC dice ahora 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”; se regula en este apartado la fijación de un sistema de guarda compartida en un convenio regulador; por lo tanto, conforme al trámite consensual del art. 777 de la LEC, o bien cuando los cónyuges lleguen a este acuerdo en el transcurso de un procedimiento contencioso; se prevé que el Juez razone su resolución; el sentido de esta previsión normativa no puede ser otro que el forzar al Juez a expresar la justificación de por qué el sistema de guarda compartida es el más adecuado a las circunstancias y al interés del menor o menores, lo que podrá constatar a través de las diligencias a las que se refiere el apartado sexto del art. 92 CC, es decir, después de conocer el informe del Ministerio Fiscal, de oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor; valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o 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; asimismo, podrá el Juez, conforme dice el apartado noveno, recabar de oficio o a instancia de parte, el dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores; si de la valoración de estos elementos de convicción el Juez llega al convencimiento de que el sistema de guarda compartida propuesto no responde al interés del menor, no lo aprobará, y se abrirá el trámite del art. 777.7 LEC; hay que entender que la previsión del apartado sexto del art. 92 del CC se refiere tanto a los procesos de mutuo acuerdo como a los contenciosos,

y en consecuencia, la comparecencia a la que alude este precepto puede ser la de las medidas previas, la de las coetáneas, la vista principal, cuando estemos en un juicio contencioso, y si de un procedimiento de mutuo acuerdo, esa comparecencia corresponderá al trámite del art. 777, apartados 4 y 5³. Hay que entender, que a pesar del tenor literal del art. 92.5 CC que dice “se acordará”, el régimen de la guarda y custodia compartida, el Juez puede no admitir dicho sistema cuando con las pruebas que se hayan practicado en el proceso de mutuo acuerdo, estime que no es el idóneo, atendidas las circunstancias.

Tampoco podrá el Juez aprobar la custodia compartida, conforme al art. 92.7 CC, cuando cualquiera de los dos progenitores 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 cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; por tanto, con independencia de si el inculpado es el padre o la madre, lo que conllevará, cuando de agresiones entre los progenitores se trate, en el primer caso la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer para conocer de la causa penal y de la civil, si concurren los requisitos del art. 87 ter de la LOPJ, y en el segundo del Juzgado de Instrucción, para el proceso penal, y el Juzgado de 1ª Instancia o de Familia para el pleito civil. También se prevé que el Juez rechace la custodia conjunta cuando advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica; ello le obligará además a poner en marcha el mecanismo para atribuir la competencia al Juzgado de Violencia contra la Mujer, si se dan los presupuestos para el conocimiento de la causa por este órgano (art. 49 bis-2 LEC). Debemos entender que la previsión de este apartado séptimo se refiere tanto al procedimiento consensual como al contencioso.

Si el apartado cinco del art. 92 CC regula la fijación de un sistema de guarda compartida en el procedimiento consensual, o como consecuencia de un acuerdo en el transcurso de un procedimiento contencioso, el apartado octavo prevé el establecimiento de este sistema en la sentencia que se dicte en un procedimiento no consensual; se fijan para ello algunos requisitos, como son la instancia de una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y la apreciación de que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Era merecedora de crítica esta regulación en cuanto exigía, para el establecimiento de la guarda compartida, el informe favorable del Ministerio Fiscal, lo cual implica la atribución de funciones jurisdiccionales a esa institución, y en consecuencia, la infracción del art. 117 CE, (en el mismo sentido, los Juristas de Familia), lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de este requisito

3 Conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia con representantes de la Asociación de Abogados de Familia de España, Fiscales especializados en Derecho de Familia y Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia celebrada en Madrid los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2.005, en www.poderjudicial.es.

en la STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012/1985); por otro lado, es digno de resaltar que al requerirse la petición de una de las partes se introduce, para conseguir una base mínimamente sólida para el sistema, una exigencia propia del principio dispositivo, ajena al Derecho Procesal aplicable a la materia familiar, o al menos a las cuestiones pertenecientes a este sector del ordenamiento jurídico en las que exista un interés público; en efecto, como dijo la STC 15 enero 2001 (RTC 2001, 4), “la naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados”; precisamente esta sentencia desestimó el recurso de amparo interpuesto contra la SAP Valencia 1 septiembre 1997, que acordó un sistema de guarda compartida, no solicitado por el apelante en el recurso de apelación. Algunas sentencias anteriores a la reforma de julio de 2005 ya habían declarado la no conveniencia de establecer la custodia compartida de oficio [SAP Barcelona 29 diciembre 2004 (ED) 2004/226824], aunque en algunas ocasiones se ha hecho [citada SAP Valencia 1 septiembre 1997 (720-1997), y SAP 22 abril de 1999 (AC 1999,4941)].

El legislador no ha considerado oportuno modificar la regulación de la pensión de alimentos ni de la atribución de la vivienda para los supuestos en los que se acuerde un sistema de guarda conjunta; en relación al primer problema, como antes ya se ha apuntado, los cónyuges pueden o bien prever y el Juez decidir que cada uno de ellos se haga cargo de la manutención de los menores en los periodos en los que estén consigo, o bien que uno de ellos debe pagar al otro una cantidad en los periodos en los que estén los hijos con el otro (como sucede en los casos de guarda exclusiva), cuando el otro progenitor tenga menos recursos económicos; tampoco cabe descartar que en el convenio o en la sentencia contenciosa, se prevea la fijación de alimentos a cargo de los dos progenitores, con la misma o con distinta cuantía, lo que en la práctica conllevará a la compensación de estas cantidades por la cantidad concurrente. También será práctico que se pacte o se establezca una cuenta administrada por los dos progenitores, en la que se hagan aportaciones para hacer frente a los gastos periódicos del menor (colegio, actividades extraescolares) y también a los gastos extraordinarios; En relación a la vivienda, los cónyuges podrán pactar y el Juez decidir, atribuir la vivienda familiar a uno de los cónyuges, aunque no tenga siempre la condición de progenitor custodio; deberá ser el cónyuge “más necesitado de protección”, como dice el apartado tercero del art. 96 CC, para cuando no existan hijos; esa será la justificación de la atribución del uso de la vivienda cuando no tenga a los menores, y cuando los tenga, además, ostentará el uso de la morada por su condición de cónyuge custodio. Los Juristas de Familia han propuesto que para estos casos se permita al Juez resolver lo procedente, tal como se prevé

en el apartado segundo del art. 96 en los casos en los que hay hijos con cada uno de los progenitores⁴.

V. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO.

En la SAP Valencia 22 julio 2005 (núm. 485-2005) se estableció la guarda por meses alternos, aplicando ya el art. 92 CC con su nueva redacción, y asumiendo cada progenitor el sustento en los periodos en los que tenga a los menores. Se apreció por la Sala la similitud de los estilos educativos de los progenitores, la proximidad de los domicilios, y se minimizó la falta de comunicación entre ellos por considerarse inherente a toda crisis matrimonial contenciosa.

También aplican el art. 92.8 CC, con la nueva redacción tras la ley 15/2005 de 8 de julio, las SSAP Valencia 18 enero 2006 (núm. 32-2006) y 22 febrero 2006 (núm. 125-2006), para no establecer la custodia compartida, la primera por vivir los progenitores en localidades distintas, y la segunda por la mayor idoneidad de la custodia exclusiva paterna.

Por el contrario, en la SAP Valencia 1 marzo 2006 (núm. 144-2006) se estableció una custodia por meses alternos, con visitas para el otro progenitor y asumiendo cada uno de ellos la manutención del menor en los periodos correspondientes por aconsejarlo así los dos informes periciales, el que se emitió en la instancia, y el que se hizo en la apelación. También la SAP Zaragoza 30 diciembre 2005 (EDJ 2005/244362) declara el carácter restrictivo con que el nuevo art. 92 CC regula la custodia compartida cuando no se recoge en un convenio regulador; lo que sirve de base jurídica para negar el sistema, junto con la voluntad en contrario de la menor concernida.

En la SAP Valencia 26 mayo 2008 (núm. 333-2008) la sección décima de la Audiencia, revocando la sentencia de instancia, estableció un sistema de guarda compartida- no constan los periodos, pues hay una remisión a la recomendación del informe pericial-, con asignación de la vivienda a la madre, pues el padre ya tenía cubiertas las necesidades de alojamiento al haber arrendado una vivienda, y por su buena situación, que lleva a la Sala a imponerle el pago de una pensión de 250 euros al mes para su hija.

En la SAP Valencia 10 febrero de 2009 (núm. 82-2009) la sección décima de la Audiencia confirmó la custodia compartida fijada por el Juzgado, por meses alternos, con régimen de visitas para el otro progenitor; vivienda para la madre y los dos hijos, por tener también el padre resuelto el alojamiento en una vivienda de alquiler próxima al domicilio de los hijos, y pensión de alimentos para estos de 250

4 Ver nota 3.

euros al mes para cada uno por la mejor situación del padre; se confirma también el razonamiento del Juzgado que llevó a establecer el sistema aun existiendo una denuncia penal contra el progenitor; lo que supone una aplicación ponderada y flexible del art. 92.7 CP.

En la SAPValencia 10 marzo de 2008 (núm. 146-2008) se confirmó una custodia compartida por meses con alimentos de 300 euros al mes a cargo del padre, sólo cuando los menores estuvieran con la madre, y no se asigna la vivienda a ninguno de los dos progenitores, aunque no es posible saber más sobre este pronunciamiento porque no fue impugnado en la apelación:

“Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con el artículo 92 CC, y las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no pueden desconocerse las conclusiones del informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 132 y siguientes), que recomienda el establecimiento de la guarda alterna porque dicha modalidad “proporcionará a los menores la estabilidad emocional que parece haber menguado con el cese de la convivencia de sus dos progenitores, y facilitará el óptimo desarrollo de las adecuadas relaciones que en la actualidad mantienen con ambos progenitores, perpetuando así las relaciones de apego y el vínculo emocional vigentes”, según dice literalmente el mencionado informe; dice también el informe, que “no existen discrepancias entre los estilos educativos de los progenitores, mostrándose ambos asertivos en la educación que proporcionan a sus hijos y empleando principalmente el diálogo como método de razonamiento. Además todo esto es percibido por los menores, que valoran ambos estilos parentales equitativamente”; además, consta en la exploración documentada en el folio 120, que los dos menores manifestaron su voluntad de vivir con los dos progenitores por igual; consta también la conformidad del Ministerio Fiscal con el establecimiento de este sistema de guarda (folio 149), y la solicitud por el apelado en su demanda, con carácter subsidiario a la guarda exclusiva que interesó en primer lugar. Procede por ello desestimar el motivo del recurso, porque el pronunciamiento sobre la guarda adoptado por la sentencia recurrida es adecuado, a la vista de las pruebas practicadas, al interés de los hijos, y concurren los requisitos a los que el artículo 92.8 CC subordina el establecimiento de una guarda compartida en un proceso matrimonial contencioso”.

En la SAP Valencia 21 abril 2008 (núm. 220-2008) se desestimó una custodia compartida, ratificando el criterio del Juzgado, aplicando estrictamente los criterios legales:

“Para determinar cuál el sistema de guarda más adecuado al interés del menor, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, y las disposiciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1.996, se tiene en cuenta que

no hay en la causa un elemento de juicio sólido, del que se desprenda que, tal como exige el artículo 92-8 del Código Civil, sólo mediante el establecimiento de una guarda compartida se proteja adecuadamente el interés del menor; lo que unido al carácter excepcional que este sistema tiene cuando no hay acuerdo entre las partes, conforme al mismo precepto citado, lleva a la desestimación del recurso del demandado. Con el reconocimiento de estar con su hijo una tarde entre semana además de los demás periodos reconocidos, se permite un intenso contacto paterno-filial, por lo que no procede la ampliación de los contactos interesada por el demandado”.

En la SAP Valencia 16 julio 2009 (núm. 507-2009), que ratificó una custodia compartida por quincenas, con fines de semana alternos, con asignación de la vivienda a la progenitora, incluyendo la plaza de garaje, cosa que fue impugnada en la apelación por él, y haciéndose cargo cada uno de la manutención del menor cuando lo tengan consigo, y el pago del colegio, y de los gastos extraordinarios al 50%:

“no pueden desconocerse las conclusiones de dos informes periciales que figuran en la causa, realizados por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 349 y siguientes, y el incorporado al rollo), que recomiendan el establecimiento de una guarda compartida por periodos de quince días, pues “dicha modalidad proporcionará al menor el desarrollo de adecuadas relaciones tanto con su padre como con su madre, manteniendo las relaciones de apego y vínculo emocional que informan que son actualmente vigentes, y, con ello, perpetuar la estabilidad emocional en el futuro, además de un adecuado desarrollo evolutivo y crecimiento personal”; en el informe realizado en la alzada, se dice que “ambos progenitores comparten el mismo estilo educativo, caracterizado por fomentar la adquisición de hábitos y comportamientos adecuados, en cuanto a las estrategias disciplinarias estas se basan en la comunicación y la reflexión, con una utilización muy escasa del castigo mediante la retirada de privilegios”, de lo que se desprende que se da la mínima avenencia y sintonía necesarias para que la guarda conjunta pueda tener éxito; la Sala comprueba que se dan en el presente caso los requisitos fijados en el artículo 92-8 del Código Civil: la petición de una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y la adecuación del sistema establecido al interés del menor; procede por ello la desestimación de la impugnación de la demandante”.

En la SAP Valencia 22 septiembre 2009 (núm. 576-2009) se revocó la guarda compartida establecida por el Juzgado, con el argumento de que el informe pericial recomendaba la guarda del padre, y además, la condena a la madre como autora de dos delitos de lesiones inferidos al padre, así como la existencia de una denuncia por maltrato contra éste:

“Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con los artículos 92 y 159 del Código Civil, y las disposiciones de

la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; no puede desconocerse el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 622 y siguientes) que recomendó la asignación de la custodia al actor, atendiendo a la mayor presencia paterna en la asistencia de los menores, y a la existencia de limitaciones para ejercer un sistema de guarda compartida; se recomienda también que el sistema de visitas con la progenitora sea lo más amplio posible; por otro lado, consta en el rollo de Sala la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Valencia de 19 de junio de 2.009, recurrida ante la Audiencia Provincial, que condenó a la demandada como autora de dos delitos de lesiones cometidos en la persona del actor; consta también la incoación de un proceso penal contra el demandante por maltrato psicológico, injurias, coacciones y vejaciones que se tramita en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Valencia como diligencias previas 290/2009; teniendo en cuenta que el artículo 92-8 del Código Civil preceptúa que el sistema de guarda compartida se fundamenta en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, y que el apartado 7 del artículo 92 del Código Civil establece que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por lesionar los bienes personales del otro, o de los hijos, o existan indicios fundados de violencia doméstica, no procede en este caso la fijación de ese sistema de guarda compartida; no se considera un obstáculo de entidad para el ejercicio de la guarda exclusiva por el padre, el que éste no esté ya en el paro, pues la flexibilidad de horarios que le da su profesión de fotógrafo, la permitirá atender con esmero a sus hijos; procede por ello revocar la sentencia recurrida para atribuir la guarda al padre, y reconocer un amplio régimen de comunicación materno-filial que comprenderá los fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, un contacto semanal que a falta de acuerdo será los miércoles de todas las semanas e incluirá la pernocta en casa de la demandada, y la mitad de las vacaciones escolares, las de verano divididas en quincenas, y la elección de los periodos corresponderá, a falta de acuerdo, al padre en los años pares y a la madre en los impares”.

En la SAP Valencia 7 octubre 2009 (núm. 612-2009) se confirmó la decisión del Juzgado modificando una custodia compartida, atribuyendo la guarda a la madre, sobre la base de la exploración de la menor, de 11 años de edad:

“no puede desconocerse el resultado de la exploración realizada a la menor, reflejado en el folio 85; en este acto la hija dijo que quería vivir con su madre, y seguir viendo a su padre; la Señora Jueza “a quo”, que ha acordado la asignación de la custodia a la actora, ha podido valorar directamente las expresiones de la menor, que a tenor de lo consignado en la propia sentencia, es despierta, sabe lo que quiere y presenta un suficiente grado de discernimiento; no hay otros elementos de prueba que desvirtúen las alegaciones de la actora, y que lleven a la Sala a entender que

otra resolución sería más beneficiosa para la niña; de la exploración resulta, pues, que la demanda tiene una base objetiva, y procede por ello la confirmación de la sentencia”.

La SAP Valencia 7 octubre 2009 (núm. 691-2009) rechaza también este sistema, confirmando la decisión del Juzgado, sobre la base del informe pericial, y del dictamen contrario del Ministerio Fiscal, en aplicación del art. 92.8 CC, que era, en lo relativo a la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal, una ley “formalmente válida y en vigor”

VI. LA LEY AUTONÓMICA VALENCIANA.

Como es sabido, la custodia compartida es una creación jurisprudencial, que fue abriéndose paso trabajosamente frente al tradicional y legal sistema de guarda exclusiva, a golpe de sentencia, como la muy conocida SAP Provincial Valencia 1 septiembre 1997 (sección sexta, 720-1997)), que llegó hasta el Tribunal Constitucional; esta institución finalmente fue regulada por el legislador en su reforma del año 2005 que dio nueva redacción al art. 92 CC, de modo muy restrictivo, pues frente a la anterior libertad de origen jurisprudencial, la sometió a estrictos controles como eran la petición de una de las partes (frente a la posibilidad de acordarla de oficio que el mismo Tribunal Constitucional había considerado legal en su sentencia de 15 de enero de 2001), el dictamen del Ministerio Fiscal (ahora declarado inconstitucional), y que sólo con su establecimiento se asegurara el interés superior del menor. La ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, “de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, libera a la custodia compartida de esas injustificadas, y en parte inconstitucionales desconfianzas, pero ha regulado otros muchos aspectos que ofrecen sin duda aspectos problemáticos. Se une la ley valenciana sobre esta cuestión a las leyes autonómicas de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011), Cataluña (Ley 25/2010) y Navarra (Ley Foral 3/2011).

Se trata de una ley con una terminología moderna, por ejemplo, no se habla de guarda, custodia o visitas, que son los términos habituales, sino de convivencia, y de régimen de relaciones familiares; son términos realmente más adecuados, y más reales, pues la palabra convivencia resalta que el menor vive con uno de los progenitores, pero no tiene un poder sobre el menor superior al del otro, y desde luego, el término relaciones familiares es menos ofensivo para el progenitor que el de visitas, que convierte al progenitor en un mero y esporádico “visitador” de su hijo. Esto va en la misma línea de las modernas convicciones sobre la familia. Tampoco se habla de alimentos, sino de gastos ordinarios de atención a los hijos, lo que no parece estar tan justificado.

Son varios los problemas prácticos que suscita la aplicación de la nueva ley 5/2011 de la Generalitat, dejando a un lado el de su cuestionable constitucionalidad,

por estar sujeta a la decisión del Tribunal Constitucional, y sobre la que por ello no me voy a pronunciar:

Al hilo de esto, se plantea la interpretación de la disposición transitoria tercera: “esta ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación y divorcio y medidas paterno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor” El problema era si la sentencia se refería a la de primera instancia, o a la apelación, es decir; si podía la Audiencia aplicar la ley valenciana aunque no lo hubiera hecho la sentencia de instancia. Desde sus primeros pronunciamientos, la sección 10ª se ha inclinado por entender que la sentencia a la que se refiere la disposición transitoria es la de instancia, de modo que si la ley no estaba en vigor en el momento de dictarse esta, la Sala apelación no podía aplicarla; se entendió que esta solución era más respetuosa con el derecho a la defensa y a la doble instancia, y evitaba una aplicación “imprevista” de la ley por la Audiencia [SAP Valencia 9 febrero 2012 (núm. 114-2012), 22 diciembre de 2011 (núm. 898-2011) y 18 enero de 2012 (núm. 35-2012)]; este criterio ha sido respaldado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por ejemplo en su S. 24 enero 2012 (núm. 1-2012). Hay que tener en cuenta además, que la ley entró en vigor el día 5 de mayo de 2011 fue suspendida por el Tribunal Constitucional el día 19 de julio de 2011 (BOE del 26 de julio), y restablecida el día 22 de noviembre del mismo año (BOE del 3 de diciembre), de modo que se debe entender que la ley no estaba en vigor en este periodo de suspensión y no puede ser en consecuencia aplicable ni por el Juez de instancia ni por el Tribunal de apelación.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, el art. 2 es el que exige que el menor ostente la vecindad civil valenciana; este requisito no ha sido objeto de pronunciamiento alguno por la Sala, porque no se ha suscitado problema alguno por nadie, por el momento. En cualquier caso, a título de opinión personal, estimo que la Sala no podría de oficio dejar de aplicar de oficio la ley valenciana si observara que el menor no ostenta la vecindad civil valenciana, porque podría producirse una situación de indefensión al aplicar el CC, cuando esa ley no ha sido alegada en la instancia. Por el contrario el Juez de instancia estimo sí podría pedir las aclaraciones o plantear las cuestiones que estime oportunas para aclarar cuál es la ley aplicable.

El aspecto de la ley que más ha trascendido, incluso fuera del ámbito jurídico, es el de la guarda de los menores de edad, y más en concreto, el de la llamada “convivencia compartida”, que la propia ley define como “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas, 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 aquellos, o en su defecto, por decisión judicial”.

Desde un punto de vista práctico, creo que la situación no ha cambiado mucho; en efecto, el Juez puede acordar la convivencia compartida, pero también, si el interés del menor lo aconseja, puede establecer el régimen de convivencia a favor de uno sólo de los progenitores (art. 5.4), algo que es lógico porque en esta materia el único principio que nos puede guiar es el del beneficio de los hijos, por imperativo no sólo de la Constitución española sino también de los textos legales internacionales vigentes; se ha suscitado alguna discusión en relación con la previsión del apartado 2 del art. 5, cuando dice que no será obstáculo para la convivencia compartida "las malas relaciones entre ellos", es decir, entre los progenitores, porque resulta que precisamente, en muchos informes psicológicos se desaconseja la convivencia compartida por las tensiones existentes entre los litigantes, sus desacuerdos sobre la educación de los hijos, su discordia permanente, incluso su odio. Con relación a esta cuestión, los Tribunales, y en particular la sección décima, han solido entender que debe prevalecer el interés de los hijos, de modo que si, por cualquier causa, incluso las malas relaciones de los progenitores, la custodia compartida no responde a su interés, el Juez debe asignar la convivencia a uno sólo de los progenitores, sobre la base del art. 5.4 de la ley [SAPValencia (núm. 704-2012)], que sigue subordinando la decisión acerca de la guarda de los hijos al beneficio de éstos.

Por lo demás, destaca la más flexible regulación de las relaciones entre un proceso penal por violencia cometida contra alguna de las partes y los hijos, y el proceso civil de asignación de la convivencia; la prohibición de otorgar la convivencia al progenitor incurso en un proceso penal de esta clase parece restringirse al régimen de custodia exclusiva, pero pienso que debe hacerse extensivo a la custodia compartida; en cualquier caso es menos rígido que la previsión del art. 92.7 CC, pues la ley valenciana exige que se haya dictado una 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 progenitor. Esto implica que por la simple presentación de una denuncia no pueda obstaculizarse ya, como a veces sucede bajo el régimen legal del CC, el régimen de la custodia, sino que se exige una resolución judicial que recoja los indicios de criminalidad.

Por otro lado, la regulación se presenta también más flexible en cuenta que no se exige para otorgar la convivencia compartida el dictamen favorable del Ministerio Fiscal, aunque el Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho, ha eliminado este requisito, que figuraba en el art. 92.8 del CC en su reciente STC 185/2012, de 17 octubre 2012 (RTC 2012/185).

Otro aspecto novedoso es la regulación de la vivienda, en concreto la previsión de que en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común

de ambos, y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Habrá de descartarse como supuesto de titularidad de derechos sobre otra vivienda, el ser copropietario de la misma junto con otros, como sucede frecuentemente en los supuestos de herencia, o también, cuando la vivienda esté en otra población lejana, o no esté en condiciones apropiadas para ocuparla, pues esta disposición, como todas las que conciernen a los menores, debe ser interpretada a la luz del principio de primacía del interés superior del menor.

Ha sido objeto de varios pronunciamientos de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia el problema de la fijación del plazo de uso de la vivienda asignada previsto en el art. 6.3 de la ley, una previsión que, como es sabido, no existe en el CC en los supuestos de uso de la vivienda cuando hay hijos menores de edad; la sección décima ha declarado que este plazo puede ser indeterminado, del tipo "certus an incertus quando", puesto que la ley no dice lo contrario, de manera que puede finalizar cuando el hijo alcance la independencia económica, lo que se ha considerado en varias ocasiones más adecuado al interés de los hijos: SSAPV 18 abril 2012 (núm. 271-2012), 5 junio 2012 (núm. 398-2012), 27 julio 2012 (núm. 563-2012) y 11 octubre 2012 (núm. 658-2012). La base jurídica de la distinción entre uno y otro tipo de plazo sabéis que se encuentra en el art. 1125 CC. Se constata sin embargo, en los últimos pronunciamientos, una tendencia a fijar plazos determinados, frecuentemente, hasta la mayoría de edad de los hijos.

Es destacable también la regulación de la asignación de la vivienda en los casos de convivencia compartida, una regulación que, como se sabe, no existe en el CC. La regulación de la ley autonómica se basa en lo que resulte más conveniente para los hijos e hijas menores y siempre que fuera compatible con ello, lo que resulte más adecuado al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

También es muy destacable por su novedad, la previsión de una compensación económica por el uso de la vivienda, cuando la vivienda asignada sea propiedad del otro progenitor o común de los dos, que se fijará "teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso" (art. 6.1); el problema práctico de esta disposición es que con frecuencia, quien obtiene el uso de la vivienda es un progenitor o progenitora que carece de recursos, por lo que no podrá pagar la compensación al otro, de modo que parece razonable moderar su cuantía atendiendo a las peculiaridades del caso, como el propio precepto parece prever cuando dice que se tendrán en cuenta "las demás circunstancias concurrentes en el caso". La Sala ha declarado que este derecho de carácter económico se rige por las reglas del principio dispositivo, de modo que no podrá otorgarse de oficio, y requerirá en su caso el planteamiento

de la oportuna reconvencción, como sucede con la pensión compensatoria, y en cualquier caso requerirá que el que la pretenda acredite la concurrencia de sus presupuestos, probando las rentas pagadas por viviendas similares: SSAP Valencia 25 julio 2012 (núm. 563-2012) y 26 septiembre 2012 (núm. 623-2012). Por otro lado, y en relación con la previsión de la disposición transitoria primera referida a la modificación de las medidas fijadas en una sentencia anterior para adecuarlas a la nueva ley, la Sala ha dicho que no procede el reconocimiento de una compensación por uso de la vivienda por el solo hecho de la entrada en vigor de la ley 5/2011, cuando se pueda suponer que la cesión del uso de la vivienda privativa o común fue ya tenida en cuenta en el proceso anterior para fijar unos alimentos con una cuantía inferior a la que correspondería si no se hubiera producido la asignación de la vivienda común o privativa del progenitor no beneficiario del uso [SAP Valencia 4 octubre 2012 (núm. 644-2012)]. Porque es cierto que antes de la vigencia de la ley autonómica, el hecho de asignar el uso de una vivienda del otro progenitor, o común de los dos, era una circunstancia que junto con otras, se tenía en cuenta para determinar la cuantía de los alimentos.

Y al hilo de esto, se ha planteado alguna discusión sobre el sentido de la disposición transitoria primera, que prevé la revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior; el recto entendimiento de esta disposición exige para acordar la modificación conforme a la nueva ley, no sólo la simple entrada en vigor de la nueva norma, como a veces se ha dicho, sino que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias como impone el art. 91 CC. En otras palabras, una demanda de modificación de medidas basada sólo en la entrada en vigor de la nueva ley estaría abocada al fracaso; para que prospere, debe haberse producido un cambio en las circunstancias que justifique las nuevas medidas. Esto es lo que viene a decirse en la SAP Valencia 22 noviembre 2012 (núm. 773-12): "por ello, no existiendo un prueba que con la mínima solidez exigible justifique la modificación de la medida pactada por los litigantes, debe desestimarse la fijación del régimen de custodia compartida, pues no es suficiente la entrada en vigor de la ley autonómica para llevar a cabo la modificación pretendida, sino que además es necesario que ésta responda al interés superior del hijo, que debe prevalecer como principio inspirador en todas las decisiones que le afecten, conforme al artículo 3-1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y el artículo 24-2 de la Carta sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Se puede decir, haciendo una valoración de conjunto de la ley, y dejando al margen los problemas de constitucionalidad, que contiene una regulación acertada de la convivencia compartida, sin las trabas y rigideces que contiene el CC, aunque tiene algún aspecto muy problemático, como la compensación por el uso de la vivienda, que además es innecesaria, porque como ya he dicho, la cesión de la vivienda siempre ha sido un elemento que se ha tenido en cuenta para fijar con

discrecionalidad los alimentos entendiendo que la asignación del uso de la vivienda forma parte de la prestación alimenticia, como claramente dice el art. 142 CC.

Espero que estas líneas contribuyan a dar alguna información valiosa sobre la aplicación en España, y en la Comunidad Autónoma Valenciana, de la ley reguladora de la custodia compartida, en un momento en el que se anuncia la aprobación por el Consejo de Ministros de un anteproyecto de ley de Corresponsabilidad Parental, que dará nueva redacción a los preceptos legales relativos a esta institución, suprimiendo, según se anuncia, el carácter excepcional de la misma.