

Aspectos económicos de la ruptura conyugal en la ley valenciana de custodia compartida

FEDERICO ARNAU MOYA
Professor contractat Doctor
Universitat Jaume I

SUMARI

I. INTRODUCCIÓN	2
II. DEFINICIONES LEGALES	3
III. EL PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR	4
IV. MEDIDAS JUDICIALES	5
1. La custodia compartida como regla general.....	5
2. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.....	9
3. Gastos de atención a los hijos.....	11
V. CONCLUSIONES.....	13
BIBLIOGRAFÍA.....	14

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del Estatut de Autonomía de la Comunitat Valenciana llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, ha comportado un salto cualitativo en materia competencial, el nuevo art. 49.1.2 atribuye competencia exclusiva a la Generalitat, para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano. En el ejercicio de dicha competencia se aprobó la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, como primer paso para la elaboración de un futuro Código de derecho civil foral valenciano. El segundo paso del legislador valenciano hacia el proceso de codificación del derecho civil tendente a establecer un sistema jurídico civil completo y autónomo ha sido la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de la Comunidad Autónoma Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (en adelante LRF).

Esta ley ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la nación (recurso nº 3859/2011), por estimar este que se han regulado instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación foral civil de Valencia y, por tanto, excede las competencias de la región para la «conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano». La inicial suspensión cautelar de su vigencia ha sido levantada mediante Auto 161/ 2011, de 22 de noviembre del Tribunal Constitucional, de modo que a fecha de hoy la ley es de aplicación a resultas de lo que finalmente resuelva el Alto Tribunal.

La Ley valenciana de Relaciones Familiares, popularmente conocida como Ley de custodia compartida valenciana, parte de la prioridad del pacto entre progenitores pero en su ausencia establece como regla general la custodia compartida. Esta norma se aparta del modelo del Código civil estatal, en cuyo art. 92, se establece la custodia exclusiva como regla general y la compartida con carácter excepcional, por exigir no sólo el acuerdo de los progenitores sino el informe favorable del Ministerio Fiscal¹. La ley valenciana sigue la estela de la de

¹ MORÁN GONZÁLEZ, M.I.: “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia. Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, *Custodia Compartida y protección de menores*, (Dir. Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, 2009, pág.109 entiende que el informe favorable se convierte en una cuestión de procedibilidad y que, sin dicho informe el Juez no podría establecer la guarda y custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores.

la aragonesa Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres².

La Ley 5/2011, persigue hacer compatible el principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores hombre y mujer. O incluso con el derecho a la conciliación entre la vida laboral y familiar. Así como el correspondiente derecho de los menores a estar con sus padres, y no sólo con éstos, sino también con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados, de manera que la ruptura incida lo menos posible en su desarrollo³.

II. DEFINICIONES LEGALES

La ley valenciana -siguiendo el modelo aragonés- se apartada del sistema del Código civil incluso en la terminología utilizada. No obstante estos nuevos conceptos jurídicos empleados tienen su paralelismo con expresiones clásicas del Derecho común. En primer lugar, en el art. 1º, establece que el objeto de esta ley es el de regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su «autoridad parental»⁴. El legislador valenciano utiliza esta última expresión en vez la patria potestad del Código civil, por considerar a este último concepto como obsoleto para las situaciones de no convivencia con los hijos. La diferencia terminológica respecto del Código civil se termina de evidenciar en el artículo 3º, que ofrece un elenco de definiciones: ya no se habla de régimen de guarda y custodia, sino «régimen de convivencia» en sus dos modalidades de compartida o individual. Se utiliza la expresión «régimen de relaciones» como equivalente del clásico «régimen de visitas» del Código Civil español. También es de destacar la expresión «pacto de convivencia familiar» es el nuevo concepto acuñado por la ley valenciana como expresión cercana- aunque no idéntica - al «convenio regulador» del artículo 90 del Código Civil.

² La norma aragonesa ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Los efectos de la ruptura de la convivencia familiar ahora se regula en los artículos 75 a 83.

³ RAMÓN FERNÁNDEZ, F: «Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y gastos de atención a los hijos e hijas en la Ley de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven», *Ley de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, p. 90.

⁴ En el sistema aragonés se habla de «autoridad familiar» (art. 75 "Código del Derecho Foral de Aragón" - en adelante CFA). En el Libro II del Código Civil de Cataluña -en adelante CCCat- se utiliza la expresión «potestad parental» (art. 233-1 y 233-10).

III. EL PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR

El pacto de convivencia familiar se regula en el art. 4 LRF. Se trata de un documento suscrito por ambos progenitores que no convivan o cuya convivencia haya cesado, en el que se establecen los términos de su relación con sus hijos. El pacto de convivencia ha de tener el siguiente contenido mínimo:

- A) *El régimen de convivencia y/o de relaciones de los progenitores con los hijos menores.* La nueva expresión de «convivencia» se refiere a la clásica guarda y custodia, mientras que el término «relaciones» es el equivalente a las antiguas visitas, para el caso de que se estableciera un régimen de «convivencia monoparental». Este régimen de visitas es más extenso que su homólogo del artículo 90 del Código Civil, donde las visitas se restringen a padres y abuelos. En el sistema valenciano se amplía a sus hermanos, otros parientes y personas allegadas⁵.
- B) *Destino de la vivienda y ajuar familiar.* Los progenitores en el caso de que hubiesen estado casados, o incluso hubieran convivido juntos, deberán fijar en el «pacto de convivencia» cual va a ser el destino de la vivienda familiar. Así como el destino de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar. El concepto «destino» es más amplio que la «atribución del uso» empleado por el artículo 90 del CC, puesto que permite la venta o alquiler de la vivienda familiar.
- C) *Cuantía y modo de satisfacer los gastos de los hijos.* La ley valenciana, nuevamente siguiendo el modelo aragonés, se aleja de la terminología del Código civil, donde se habla «cargas del matrimonio y alimentos» para referirse en exclusiva los gastos de los hijos. Tanto los ordinarios como los extraordinarios, a los que se refiere el art. 3 (definiciones).

En el art. 4.3º LRF se contemplan una serie de supuestos que pueden dar lugar a su «modificación o extinción». Finalmente, se establece la exigencia de la aprobación judicial para que el pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, produzcan efectos una vez aprobados por la autoridad judicial y sea oído el Ministerio Fiscal.

El pacto de convivencia y el convenio regulador, no son instituciones equivalentes, si bien presentan cierto paralelismo. La institución estatal regulador tie-

⁵ El régimen de relaciones valenciano es idéntico al del CFA (art. 77.2.b). En el caso catalán el CCCat restringe las relaciones personales a abuelos y hermanos (art. 233-12).

ne un contenido más amplio, puesto que regula todo lo concerniente al régimen de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, a más de las medidas relativas a la separación y disolución del matrimonio por divorcio de la pareja, y pensión compensatoria⁶. Además, el convenio regulador supone la exigencia de un matrimonio previo, tal como se colige del art. 90 CC, y se aplica con independencia de la existencia de hijos comunes. Por el contrario, en la LRF el pacto de convivencia familiar sólo es exigible cuando existan hijos comunes, independientemente de la existencia de matrimonio o convivencia entre los progenitores. El pacto de convivencia familiar regula las relaciones de los hijos con sus padres, aunque éstos no hayan convivido nunca. La Ley valenciana no se enmarca en el ámbito de las relaciones entre cónyuges, ni siquiera en el ámbito de las relaciones entre progenitores, sino entre éstos y sus hijos⁷. El pacto de familia y el convenio regulador son complementarios, si los progenitores están casados, de modo que ante el silencio de la ley valenciana, entendemos que en caso de crisis matrimonial el pacto de convivencia familiar se tendría que presentar junto con el correspondiente convenio regular *ex art. 90 CC*.

IV. MEDIDAS JUDICIALES

La LRF después de regular en el art. 4 el pacto de convivencia, establece toda una serie de medidas a adoptar por la autoridad judicial ante la ausencia de pacto entre progenitores (arts. 5 a 7).

1. La custodia compartida como regla general

El aspecto más destacable de la ley valenciana, tal como habíamos avanzado reside, en que la custodia compartida se establece como regla general ante la falta de acuerdo entre las partes (art. 5º), de modo similar al sistema aragonés. Sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores ni las malas

⁶ El CFA emplea el término «pacto de relaciones familiares» (art. 77 y ss.), sin que aparezca ninguna conexión con el convenio regulador. Por el contrario, de manera más acertada en el CCCat se utiliza la expresión «plan de parentalidad» (arts. 233-2; 233-8, 233-9 y 233-11) pero se configura como una parte integrante del convenio regulador, para el caso de que existan hijos comunes (art. 233-2).

⁷ CLEMENTE MEORO, M.: «El pacto de convivencia familiar y las medidas familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven», *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, p.56.

relaciones entre ellos⁸. Además la ley valenciana autoriza al Juez a atribuir la convivencia compartida a ambos progenitores, aun a falta de pacto entre ellos, y sin exigir informe favorable del Ministerio Fiscal. Lo que en nuestra opinión permitiría incluso la adopción de oficio por el juez de la custodia compartida aunque no la hubiese solicitado ninguno de los progenitores, si bien con audiencia del Ministerio Fiscal. Cuestión ésta que imaginamos será resuelta por los tribunales.

En el caso del Código civil, ante la falta de pacto, cuando la custodia compartida es solicitada por uno de ellos, con la oposición del otro, se requerirá el informe favorable del Ministerio Fiscal, para que el Juez pueda entrar a conocer del fondo del asunto, esto es, si es conveniente para el menor otorgarla o no. El CCCat no se manifiesta expresamente a favor de la custodia compartida, habiéndose decantado por una fórmula un tanto ambigua al establecer que la responsabilidad parental debe ejercerse, en la medida de lo posible, conjuntamente (art. 233-8, 2º CCCat). Entendemos que habrá que estar a los pronunciamientos judiciales para que concreten la norma⁹.

La regla general de la custodia compartida no tiene carácter automático, ni tan siquiera cuando se solicite por ambos progenitores¹⁰. En este sentido el art. 5, 3º dice que *“antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores (la edad, la opinión de los hijos, la dedicación pasada a la familia, etc.)”*. Lo que permite considerar que la atribución inmediata o su aplicación directa, a la vista de las circunstancias exigidas por el mismo, permitirán a los jueces y tribunales apartarse de este precepto y no conceder la compartida, convirtiendo, conforme a la jurisprudencia dictada hasta la fecha, el interés superior del menor en la regla general por excelencia, a la vista asimismo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada

⁸ El legislador aragonés no hace referencia alguna a las malas relaciones entre los cónyuges, si bien si que se refiere a que la oposición de uno de los cónyuges no será base suficiente para denegar la custodia compartida (art. 80.5 CFA).

⁹ En la Ley Foral 3/2011, de Navarra de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, tampoco se establece la custodia compartida como regla general ante la falta de acuerdo de los progenitores, pero el juez puede acordarla si lo solicita uno de ellos, oído el Ministerio Fiscal, sin exigirse el informe vinculante de este (art. 3º).

¹⁰ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L.: «Ley valenciana de custodia compartida», Revista de treball, economia i societat, nº 62, p. 13.

por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

¿Y que criterios son esos que debe tomar en consideración la autoridad judicial antes de otorgar la convivencia compartida?

- a) La edad de los hijos e hijas. La LRF establece como innovación, en el caso de hijos lactantes, un régimen de convivencia provisional, que podrá ser ampliado progresivamente a instancia de los progenitores.
- b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. Se parte de la idea de que a partir de esa edad, ya pueden opinar con cual de los dos progenitores quieren estar, o si quieren estar con los dos. Opinión que será obtenida en la prueba de exploración de los menores. A diferencia del art. 92.6 CC la audiencia de los menores tiene carácter automático, es preceptiva.
- c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. Estas circunstancias son tenidas en cuenta para evitar que al fijar el régimen de custodia los hijos experimenten el menor cambio posible con la situación previa a la ruptura.
- d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.
- e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. En este requisito va implícito el hecho de que los domicilios de los progenitores no se encuentren muy distanciados. La doctrina se opone a la convivencia compartida si ello supone el desarraigo del menor respecto de su círculo familiar, de amigos o de compañeros escolares¹¹.
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. En casos extremos, de progenitores, con trabajos a turnos o con horarios prolongados, o en ciudades distanciadas, es fácil que el juez deniegue la custodia compartida.
- g) La disponibilidad de cada uno de los progenitores para mantener un trato directo con cada menor. Criterio que perfectamente puede encuadrarse en el anterior.
- h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos. En este apartado tiene encaje todos aquellos aspectos no incluidos en los apartados anteriores y que puedan tener su importancia a la hora de optar por un

¹¹ CLEMENTE MEORO, M.: «El pacto de convivencia...», *op. cit.*, p. 66.

régimen de convivencia (enfermedades psíquicas o físicas de los padres, hijos que precisen atenciones especiales...).

En el art. 5.4º se establece, como regla excepcional, la custodia exclusiva en favor de un progenitor: «La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan».

Este apartado, obedece, lógicamente, a la prevalencia del interés superior del menor, cuya analogía con el Derecho Común no ofrece duda, por cuanto es evidente que el Juzgador, después de analizar cada caso concreto, y a la vista de la totalidad de las pruebas practicadas, haciendo especial hincapié en los informes técnicos, y obviando la regla general recogida en la ley valenciana, como excepción otorgará la convivencia compartida a uno sólo de los progenitores.

El art. 5.4º de la ley valenciana funciona de modo similar al art. 92.8 CC, en ambos casos bajo la premisa del interés superior del menor se rompe con la regla general, en el caso valenciano con la custodia compartida como norma y en la estatal la custodia monoparental. Es de notar que en la norma autonómica no se exige el informe favorable del Ministerio Fiscal.

En el caso de optarse por la convivencia monoparental, se otorga al otro progenitor un régimen de visitas, esto es, un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que normalmente estarán relacionadas con el horario escolar de los menores y con el trabajo del otro progenitor, su lugar de residencia, su propia capacidad para cuidar de los hijos, caso de que sea alguna persona que tenga algún tipo de discapacidad, etc.

Otra novedad de la normativa valenciana atribuye a la autoridad judicial la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar (art. 5.5). Lo que no especifica la norma, es cómo se ejercerá este control judicial y menos todavía, por quien será realizado.

Como cláusula de cierre del sistema, se denegará el 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 (art. 5.6). En este aspecto el legislador valenciano ha hecho suyo lo establecido en el art. 92.8º del CC. Si bien en el caso valenciano es suficiente para denegar la convivencia que el juez a la vista de las pruebas practicadas advierta la «existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

2. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar

En la atribución del uso de la vivienda el legislador valenciano ha introducido toda una serie de novedades que lo alejan del sistema del Derecho común. El art. 96 CC contiene dos únicos criterios a aplicar en defecto de pacto: a) Existiendo hijos menores o incapacitados, se atribuye el usos de la vivienda a los hijos y al progenitor que tenga la guarda y custodia. b) En ausencia de hijos la regla general es la atribución del uso al titular del inmueble, excepcionalmente se atribuye al cónyuge no titular, siempre con carácter temporal, cuando ostente un interés más digno de protección.

La rigidez del sistema del Código civil, respecto de la adjudicación al cónyuge con el que queden los hijos, conduce a situaciones angustiosas en los casos de familias con escasos recursos económicos: la imposible atender al pago de la hipoteca y mantener a la vez dos viviendas, conduce, a la larga a un desahucio inexorable.

El sistema valenciano ofrece una regulación más completa y con varias posibilidades de actuación.

- a) *Acuerdo de las partes*. En primer lugar, está el acuerdo de las partes, si bien tendrá que ser aprobado por el Juez.
- b) Regla general en defecto de acuerdo entre las partes. Se establece tanto para los casos de custodia compartida como individual, que el uso de la vivienda familiar, se atribuye en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores, y siempre que fuera compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda (art. 6.1)¹². La flexibilidad de esta regla permite una amplia configuración del uso del inmueble: cabe atribuirlo a un progenitor o al otro, o hacerlo a favor de los hijos de suerte que sean los progenitores los que entren y salgan de la vivienda en los periodos en que tengan a los menores en su compañía. El interés superior de los hijos se compagina con el de protección del progenitor que tenga objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda (aquí se valoraría la capacidad económica de ambos, o si alguno de ellos dispone de otra vivienda en la que constituir su domicilio)¹³.
- c) *Compensación al titular del inmueble no adjudicatario*. Es novedoso, que en el caso de que el inmueble se atribuya a uno sólo progenitor, se establezca

¹² En parecidos términos se atribuye la vivienda en el CFA art. 81.1. El hecho de la atribución de la vivienda al progenitor más necesitado también se contempla en el art. 233-20, 3º CCCat.

¹³ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, «Ley valenciana...», *op. cit.*, p.19.

en favor del otro una compensación por la pérdida del uso y disposición, cuando éste sea el titular privativo o cotitular de la vivienda. En todo caso la compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial.

- d) *Prohibición de adjudicación.* También es novedoso, lo dispuesto en el art. 6.2 LRF al determinar que -salvo acuerdo- no procederá la adjudicación de una vivienda -privativa del otro cónyuge o común de ambos- que hubiese sido residencia familiar, cuando el progenitor adjudicatario fuera titular de derechos sobre otra vivienda que le faculden para ocuparla como vivienda familiar. En el caso que estos derechos se incorporen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tras habersele adjudicado la vivienda familiar, éste cesará en su uso, salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.
- e) *Temporalidad de la adjudicación.* En todo caso la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal¹⁴. La autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario (art. 6.3). Este régimen jurídico no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias. La temporalidad de la adjudicación también nos plantea dudas, puesto que parece que el legislador valenciano esté pensando más en los derechos del cónyuge no adjudicatario que en el interés superior de los menores.
- f) *Segundas viviendas.* Establece el art. 6.4º que “*el régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias*”. Esto supone que, salvo pacto de las partes, no procede efectuar ningún pronunciamiento sobre estas viviendas atendiendo a los criterios contemplados en la ley para el domicilio familiar. La jurisprudencia ha sido contraria a la regulación judicial de esas viviendas, sobre la base de una interpretación estricta del artículo 96 del CC que nada dice al respecto, a diferencia de otros textos legales como el CCCat, cuyo artículo 233-20-6 dice que « La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la

¹⁴ La temporalidad de la atribución de uso de la vivienda y ajuar familiar también aparece en el CFA (art. 81), así como en el CCCat art. 233-20, 5º.

de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos».

En la doctrina se ha criticado el régimen de atribución de la vivienda, tal como aparece en el art. 6 LRF por resultar farragoso, de difícil entendimiento, puesto que el legislador al referirse a la atribución de la vivienda mezcla dos tipos de convivencia, la compartida y la individual¹⁵.

En cuanto al ajuar familiar se establece tres reglas:

- a) El ajuar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él (art. 6.5).
- b) En todo caso, el progenitor no adjudicatario podrá retirar sus efectos personales en el plazo que establezca el juez (art. 6.5).
- c) Cuando se acuerde que ninguno de los cónyuges permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y los demás que sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable (separación de bienes, gananciales), bien por pacto de las partes bien por decisión judicial (art. 6.5).

Es de destacar, lo establecido en el art. 6.6 donde se establece -de modo indirecto- la posibilidad de que la vivienda no se establezca en favor de ningún progenitor. Este sería el supuesto en el que el juez fije el uso de la vivienda en favor de los hijos, estableciéndose un sistema de turnos rotatorios para los progenitores. Pese a la poca claridad del texto valenciano, cabe deducir que esta modalidad de atribución sólo es posible si existe el acuerdo de ambos cónyuges. En este sentido habría que entender la expresión «cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar» del art. 6.6. En parecidos términos se establece por el legislador catalán al establecer que los cónyuges pueden «acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados» (art. 233-20, 1 CCCat).

3. Gastos de atención a los hijos

La LRF nuevamente se aleja de la terminología del Código civil, puesto que prescinde de la expresión pensión alimenticia, utilizando las de gastos ordinarios y extraordinarios.

Gastos ordinarios. Según la ley valenciana son aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo

¹⁵ RAMÓN FERNÁNDEZ, F: «Atribución del uso...», *op. cit.*, p. 103.

sea previsible en dicho periodo. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación (art. 3.e) y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de la convivencia. Estos son los gastos que en la regulación del CC, quedarían incluidos dentro de la pensión de alimentos.

Las reglas para su determinación son las siguientes: En primer lugar se estará a lo establecido en el pacto de convivencia familiar. En defecto de pacto será la autoridad judicial quien determine su cuantía de arreglo a tres criterios:

- a) Los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores
- b) Las necesidades de los hijos menores¹⁶.
- c) Según el sistema de convivencia establecido, compartido o individual. En el supuesto de custodia individual, el progenitor que no convive deberá abonar al otro una cantidad de dinero mensual como contribución a los gastos, a semejanza de la pensión alimenticia del Código civil. Si la convivencia es compartida se abren varias vías para sufragar los gastos ordinarios (que cada progenitor los abone cuando tenga a los hijos consigo, abrir una cuenta común donde cada uno ingresará una cantidad fija mensual para atender esos gastos, o que el progenitor de mayor capacidad económica abone al otro determinada cantidad de dinero para ayudarle a hacer frente a esos gastos...).

Existe una previsión mínimo de los gastos necesarios, al establecer la ley que «en todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial» (art. 7.3 *in fine*).

Gastos extraordinarios. Estos gastos se definen en la LRF como aquellos que puedan surgir con respecto a los hijos menores de forma excepcional (art. 3. F). La LRF valenciana, a diferencia de la les estatal, contiene mención a esta modalidad de gastos. Se establece que a falta de pacto, será es la autoridad judicial la que decidirá el modo en que deban ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no.

En cuanto al pago de los gastos de los hijos, se hecha en falta en la ley valenciana la a posibilidad de establecer las bases de actualización y garantías de su pago, en un sentido similar a como están contempladas en el CC. Sin embargo,

¹⁶ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, «Ley valenciana...», *op. cit.*, p.19.

esta omisión no impide que en el pacto de convivencia familiar se establezcan estos extremos que además, en lo que se refiere a las cláusulas de actualización, los tribunales en los procesos contenciosos vienen fijando sin necesidad de que exista petición expresa de las partes¹⁷.

V. CONCLUSIONES

Primera.- En el sistema valenciano la custodia compartida constituye la regla general, si bien ello no comporte su automatismo. El juez sigue teniendo total libertad para determinar el régimen de convivencia, compartido o monoparental, que crea más adecuando para los intereses del menor.

Segunda.- Tras la entrada en vigor de la LRF es mucho más sencillo la obtención de la custodia compartida, al haberse eliminado los dos principales obstáculos presentes en el Código: el acuerdo de los cónyuges y el informe favorable del Ministerio Fiscal.

Tercera.- La LRF establece la posibilidad de que el Juez dictamine de oficio la custodia compartida aunque no haya sido solicitada por ninguno de los cónyuges, si su concesión favoreciese el interés superior del menor.

Cuarta.- El legislador valenciano debería de haber incluido cláusula de actualización de los gastos ordinarios, tal y como es recogida en el Código Civil para la pensión alimenticia, conforme a las variaciones sufridas por el Índice de Precios al Consumo o equivalente. Y en el mismo sentido también se echa de menos la exigencia de la fijación de una garantía para el caso de impago de las pensiones de alimentos (ex art. 93 cc).

Quinta.- La ley valenciana debería de haber explicitado toda una serie de aspectos como las características del lugar de residencia, unos plazos de duración de los cambios de turnos en los que los progenitores tienen consigo a los menores, quienes asumirán los costes que generen los desplazamientos, el tipo de educación a recibir por los menores y que tipo de actividades extraescolares realizarán.

¹⁷ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, «Ley valenciana...», *op. cit.*, p.21.

BIBLIOGRAFÍA

CLEMENTE MEORO, M.: «El pacto de convivencia familiar y las medidas familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven», *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L.: «Ley valenciana de custodia compartida», *Revista de treball, economia i societat*, nº 62, págs. 1-30

MORÁN GONZÁLEZ, M.I.: “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia. Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, *Custodia Compartida y protección de menores*, (Dir. Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, 2009, pág.109.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: «Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y gastos de atención a los hijos e hijas en la Ley de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven», *Ley de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.