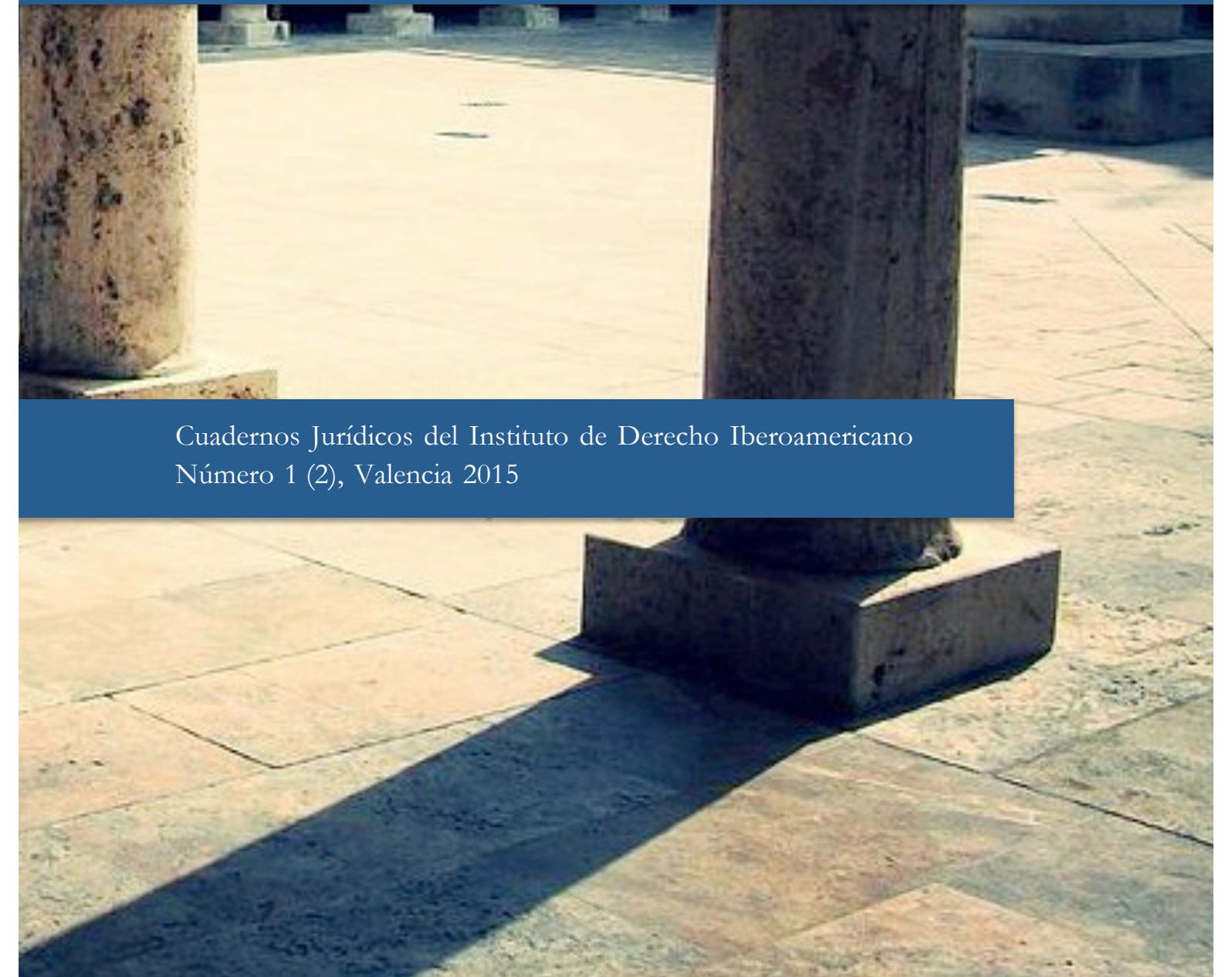




LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA
GENERALITAT, DE RELACIONES FAMILIARES DE
LOS HIJOS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN:

UN ESTUDIO EN CLAVE JURISPRUDENCIAL

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS



Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 1 (2), Valencia 2015

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
46023 Valencia, España.

Correo Electrónico: info@idibe.com
Dirección web: www.idibe.com
Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-9224

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SUBDIRECTORES

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, LUMSA, ITALIA

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA,
ESPAÑA

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

SECRETARÍA TÉCNICA

D. PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ABOGADO, ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. ANDREA FEDERICO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. GIAMPAOLO FREZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, LUMSA, ITALIA

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA, ESPAÑA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

D. CRISTIAN LEPIN MUÑOZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CHILE

D. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,
CATEDRÁTICO DE CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DRA. GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES, UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES, ARGENTINA

DR. LORENZO MEZZASOMA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

DRA. MARIEL F. MOLINA DE JUAN
ABOGADA. PROFESORA DE DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

DR. ORLANDO PARADA VACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL RENÉ MORENO,
BOLIVIA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DR. DAVID VARGAS ARAVENA
PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN, CHILE

LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA GENERALITAT,
DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS CUYOS
PROGENITORES NO CONVIVEN: UN ESTUDIO EN
CLAVE JURISPRUDENCIAL

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
Abogado

La presente monografía se enmarca en el Proyecto de Investigación "DER2013-47577-R. Impacto social de las crisis familiares y del grupo de Investigación de la Universidad de Valencia Research Group Person and Family (GIUV 2013-101)".

IDIBE

Valencia, 2015.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 11 |
| CAPÍTULO I. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES DE EDAD CON LOS PROGENITORES..... | 15 |
| I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES..... | 15 |
| II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO REGLA GENERAL..... | 19 |
| 1. La existencia de malas relaciones entre los progenitores no es obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida..... | 20 |
| 2. Forma de hacer efectivo el régimen de convivencia compartida..... | 20 |
| III. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA EN FAVOR DE SOLO UNO DE LOS PROGENITORES COMO EXCEPCIÓN..... | 23 |
| 1. El interés superior del menor..... | 23 |
| 2. La existencia de una situación de violencia familiar..... | 24 |
| IV. CRITERIOS LEGALES PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA..... | 25 |
| 1. La edad de los hijos..... | 26 |
| 2. La opinión de los menores..... | 27 |
| 3. La dedicación pasada a la familia y la capacidad de cada progenitor..... | 29 |
| 4. Informes periciales..... | 35 |
| 5. Las situaciones de espacial arraigo de los menores..... | 38 |
| 6. La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral..... | 38 |
| 7. La disponibilidad de los progenitores para mantener un trato directo con los hijos..... | 39 |
| 8. Otras circunstancias relevantes..... | 41 |
| A) La distancia entre el domicilio de los progenitores..... | 41 |
| B) La conveniencia de no separar a los hermanos..... | 42 |
| C) La amplitud del régimen de comunicación con el progenitor no custodio..... | 42 |
| D) La dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia..... | 43 |
| E) La adicción a las drogas de los progenitores..... | 44 |
| F) El rendimiento académico de los menores..... | 44 |
| V. LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 5/2011 COMO ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA AL ESTABLECER EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA..... | 45 |

| | |
|--|--------|
| CAPÍTULO II. LOS GASTOS DE ATENCIÓN A LOS HIJOS..... | 49 |
| I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES..... | 49 |
| II. GASTOS ORDINARIOS..... | 49 |
| 1. Concepto..... | 49 |
| 2. Reglas de distribución..... | 50 |
| A) Determinación judicial en caso de convivencia individual..... | 52 |
| B) Determinación judicial en caso de convivencia compartida..... | 58 |
| III. GASTOS EXTRAORDINARIOS..... | 62 |
| 1. Concepto..... | 62 |
| 2. Formas de distribución..... | 63 |
| 3. La exigencia de acuerdo previo o previa autorización judicial..... | 67 |
| CAPÍTULO III. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL..... | 71 |
| I. LA REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN..... | 71 |
| II. LA TEMPORALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN..... | 72 |
| 1. Régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores..... | 73 |
| 2. Régimen de convivencia compartida..... | 76 |
| III. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VALENCIANA..... | 80 |
| 1. La atribución en favor de los hijos mayores de edad en estado de necesidad..... | 80 |
| 2. La atribución temporal al cónyuge más necesitado de protección, en ausencia de hijos menores o mayores de edad..... | 83 |
| IV. LA POSIBILIDAD DE OCUPAR OTRA VIVIENDA COMO RESIDENCIA FAMILIAR..... | 86 |
| V. LA COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA USO DE LA VIVIENDA..... | 89 |
| VI. EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR..... | 94 |
| VII. EL PAGO, POR PARTE DEL CÓNYUGE ADJUDICATARIO, DE LOS GASTOS ORDINARIO DE COMUNIDAD Y DE SUMINISTRO DE SERVICIOS DE LA VIVIENDA..... | 95 |
| VIII. LA EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE “CARGAS DEL MATRIMONIO” DE LAS CUOTAS DE AMORTIZACIÓN DEL PRÉSTAMO CONCEDIDO PARA LA COMPRA DE LA VIVIENDA GANANCIAL O COMÚN..... | 96 |
| IX. LA POSIBILIDAD ATRIBUIR EN EL JUICIO MATRIMONIAL EL USO DE UNA VIVIENDA DISTINTA DE LA FAMILIAR..... | 100 |
| X. CESACIÓN DEL DERECHO DE USO..... | 100 |

INTRODUCCIÓN

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 Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven (en adelante, la “Ley 5/2011” o la “Ley”), 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; y parece que el Juez deberá aprobar las estipulaciones contenidas en dicho pacto, salvo si fueran dañosas para los hijos (por

¹ Por invasión, por parte de la Generalitat, 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, conservar o desarrollar la legislación civil foral allí donde existiera.

ejemplo, en materia de alimentos o de relaciones con los progenitores) o gravemente perjudiciales para uno de los padres².

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.”

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).

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 “sobrevvenida 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

² Es la solución prevista en el art. 90.II CC.

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.

CAPÍTULO I

EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES DE EDAD CON LOS PROGENITORES

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO REGLA GENERAL.- 1. La existencia de malas relaciones entre los progenitores no es obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida.- 2. Forma de hacer efectivo el régimen de convivencia compartida. - III. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA EN FAVOR DE SOLO UNO DE LOS PROGENITORES COMO EXCEPCIÓN.- 1. El interés superior del menor.- 2. La existencia de una situación de violencia familiar.- IV. CRITERIOS LEGALES PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.- 1. La edad de los hijos.- 2. La opinión de los menores.- 3. La dedicación pasada a la familia y la capacidad de cada progenitor.- 4. Informes periciales.- 5. Las situaciones de espacial arraigo de los menores.- 6. La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral.- 7. La disponibilidad de los progenitores para mantener un trato directo con los hijos.- 8. Otras circunstancias relevantes.- A) La distancia entre el domicilio de los progenitores.- B) La conveniencia de no separar a los hermanos.- C) La amplitud del régimen de comunicación con el progenitor no custodio.- D) La dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia.- E) La adicción a las drogas de los progenitores.- F) El rendimiento académico de los menores.- V. LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 5/2011 COMO ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA AL ESTABLECER EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El art. 5.1 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, Comunidad Valenciana se aparta de la solución prevista en el art. 92.8 CC, previendo la custodia compartida con carácter general, y no, excepcional.

La Ley de 8 de julio de 2005 dio nueva redacción al art. 92 CC, admitiendo el precepto en su número 5 que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitan ambos progenitores en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento (con las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a valorar “la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”). Así

mismo, según el número 8 de la norma, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida, incluso, en defecto de acuerdo de ambos progenitores (siempre que lo pida uno de ellos) ³, pero sólo “Excepcionalmente”, oído el Ministerio Fiscal⁴, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”⁵.

³ Así se deduce claramente del art. 92.8 CC, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”, por lo que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. V., en este sentido, STS 19 abril 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269).

⁴ V., en este sentido, STS 19 abril 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269). Téngase en cuenta que la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente art. 92 CC), dejaría de ser excepcional, siendo un régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores). Así, según la redacción que se propone para un nuevo art. 92 *bis* CC, concretamente, en su número primero, párrafo primero, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”, añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que “Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

⁵ El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente art. 92 CC), dejaría de ser excepcional, siendo un régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores). Así, según la redacción que se propone para un nuevo art. 92 *bis* CC, concretamente, en su número primero, párrafo primero, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”, añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que “Podrá

La solución es diferente en las más recientes legislaciones autonómicas sobre la materia, donde hay dos orientaciones: a) la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez (a falta de acuerdo de los progenitores) una u otra modalidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 233-10 y 11 CC de Cataluña y art. 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo); o b) la custodia compartida no sólo no es excepcional, sino que se considera “abstractamente” como lo más conviviente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que concurran circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos (art. 80 CDF de Aragón), orientación, ésta última, que es la seguida por el art. 5 de la Ley 5/2011.

No obstante lo dicho, hay que tener en cuenta recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de “corrección” del art. 92.8 CC, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más conveniente para los hijos (aunque sin llegar a la solución de los legisladores aragonés y valenciano).

Ha establecido, así, como doctrina jurisprudencial consolidada que la custodia compartida “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”; se afirma, así, “que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”⁶.

establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

⁶ Tal es la doctrina que establece la STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269), y que es seguida

Se prima, pues, el interés del menor, afirmándose que su protección “exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”⁷. Se afirma que ello es “el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”⁸. “Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”⁹.

por otras muchas posteriores, como la STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), STS 25 abril 2014 (RAJ 2014, 2651), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

⁷ STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

⁸ STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), la cual acuerda el cambio del régimen de custodia (de individual en favor de la madre a compartida), a pesar de la existencia de malas relaciones entre los padres (lo que suele acontecer cuando ambos no están de acuerdo con compartir la custodia de los hijos menores). Dice, así, que “El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos”. No obstante, la STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) matiza que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad

⁹ STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO REGLA GENERAL.

Volviendo a la legislación valenciana, en el Preámbulo de la Ley 5/2011, 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”¹⁰.

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”.

Las SSAP Alicante (Sección 9^o) 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”.

¹⁰ 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”.

La SAP Valencia (Sección 10^a), núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014), al igual que otras muchas, expresa el beneficio que la custodia compartida “va a comportar para la hija que se verá así cuidada por ambos progenitores desde su más pronta niñez, sin ni siquiera haber tenido tiempo para considerar a uno de los progenitores como alguien casi extraño al que solo percibe como un visitante esporádico”.

1. La existencia de malas relaciones entre los progenitores no es obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida.

El art. 5.2 de la Ley 5/2011 precisa que será obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida “la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”¹¹.

Este último extremo es 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 tipo. Por supuesto, con mayor razón, no podrá impedir el establecimiento de régimen de convivencia compartida la inexistencia de relaciones entre los progenitores¹².

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014), examinando un caso en el que “las malas relaciones, o inexistencia de las mismas, entre ambos progenitores, es el único motivo real de oposición por parte de la recurrente”, explica que la existencia de dichas malas relaciones “además de no ser motivo bastante para no acordarla, choca con la disposición legal del régimen general de custodia compartida recogido en la Legislación Valenciana, a la par que admitir tal causa supondría, en realidad, dejar en manos de quien se opone a dicho tipo de custodia, para no poderla jamás acordar”¹³.

2. Forma de hacer efectivo el régimen de convivencia compartida.

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 viviendas¹⁴, y que puede dar lugar a toda clase de disputas entre los

¹¹ V. a este respecto SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 71/2012, de 14 de febrero (núm. recurso 709/2011).

¹² 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”.

¹³ En el mismo sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 297/2015, de 20 de mayo (núm. recurso 239/2015).

¹⁴ 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).

progenitores¹⁵) o que sean los propios menores los que periódicamente (por ejemplo, cada semana¹⁶, cada quince días¹⁷ o cada mes¹⁸) se trasladen a los

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 5/2011 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, entendiendo que en el presente supuesto dada la edad del mismo y sus condiciones actuales es lo mejor para el niño”.

¹⁵ Pues como afirma la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014) “no es ese el espíritu de la Ley Valenciana (...), ni, asimismo, es posible, ni conveniente, atribuir su uso (el de la vivienda familiar) a los hijos y que sean los padres los que se turnen en su uso, pues ello, además de no ser, como se ha dicho, el espíritu de la Ley Valenciana, lleva, en la práctica totalidad de los casos, a disputas de toda clase entre los progenitores, teniendo estos que acudir constantemente a los Juzgados para dirimir toda suerte de problemas.”

¹⁶ 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 Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2015), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 173/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 838/2015), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 107/2014, de 2 de septiembre (núm. recurso 95/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 388/2014, de 3 de junio (núm. recurso 1173/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 401/2014, de 6 de junio (núm. recurso 88/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 411/2014, de 10 de junio (núm. recurso 1191/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 421/2014, de 11 de junio (núm. recurso 430/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 569/2014, de 17 de julio (núm. recurso 401/2014), 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), SAP Valencia 450/2014, de 22 de septiembre (núm. recurso 450/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 552/2014, de 14 de julio (núm. recurso 231/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 297/2015, de 20 de

domicilios de sus progenitores¹⁹, 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”.

A este respecto, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014) revoca la sentencia de instancia y configura el régimen de convivencia compartida por meses en lugar de por semanas. Con dicha Sentencia, la Audiencia establece que “salvo acuerdo entre las partes, las estancias con cada progenitor deben ser siempre superiores a la señalada en la instancia (por semanas), a fin de dotar de estabilidad la estancia del hijo con cada progenitor, y no tener que estar permanente trasladándose de un domicilio a otro, con el consiguiente desconcierto que ello puede, incluso, conllevar para el hijo, si bien tampoco los períodos deben ser tan largos como el interesado por el apelante, por lo que la Sala estima deben ser por meses, manteniéndose el resto en lo concerniente a las visitas”.

No obstante la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014) estima “más adecuado, por beneficioso para las relaciones de los menores con sus padres, el que dicha custodia lo sea por semanas, a fin de que de esta forma sea mayor y más frecuente el contacto con cada progenitor, no existiendo beneficio alguno el que lo fuese por trimestres como solicita el padre subsidiariamente”.

En principio la custodia compartida parece que exige que los tiempos de convivencia con los progenitores sean tendencialmente iguales en duración. Ahora bien, esto no tiene por qué ser siempre así, máxime cuando la disponibilidad de los progenitores para hacerse cargo de los menores no sea la misma (por ejemplo por razones de trabajo).

Por su parte, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 494/2014, de 1 de julio (núm. recurso 178/2014), establece un peculiar régimen de convivencia

mayo (núm. recurso 239/2015).

¹⁷ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 162/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 839/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 745/2013, de 14 de noviembre (núm. recurso 605/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013).

¹⁸ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 659/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 560/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014).

¹⁹ Es usual establecer períodos más amplios, de quince días, para los meses de julio y de agosto.

compartida, heredero e idéntico al amplio régimen de visitas que regía anteriormente cuando la convivencia era exclusiva de uno de los progenitores. Dicho régimen consiste en que “el progenitor estará con su hija todas las semanas dos días, uno de ellos con pernocta para reintegrarla al centro escolar al día siguiente, y los fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes siguiente”. Continúa la Audiencia explicando que “la diferencia semanal de pernocta con la madre es mínimo, y además no se exige en el sistema compartido de guarda el que los tiempos de permanencia con ambos progenitores sean matemáticamente igualitarios”.

También la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 557/2014, de 16 de julio (núm. recurso 289/2014) considera que el sistema de visitas configurado por la sentencia de instancia en el marco de una convivencia individual es tan amplio que “podría ser considerado como muy próximo a la custodia compartida, si tenemos en cuenta la definición de este sistema dada por el artículo 3 a) de la ley autonómica 5/2.011 de 1 de abril, de relaciones familiares, y entendemos que la expresión legal "igualitaria y racional" no equivale a "idéntica", de modo que podría considerarse como custodia compartida una distribución de los tiempos de convivencia en que ambos progenitores gozaran, como en este caso, de amplios y frecuentes periodos de estancia con su hijo”.

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

Se establecen dos excepciones al régimen de convivencia compartida:

1. El interés superior del menor.

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)²⁰.

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

²⁰ 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).

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 nuestro 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 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.

2. La existencia de una situación de violencia familiar.

En segundo lugar, tampoco existirá el régimen de convivencia compartida, cuando exista una situación de violencia familiar, que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor, incluso aunque no haya existido una previa sentencia firme.

Así resulta del art. 5.6 de la Ley 5/2011, cuyo tenor es el siguiente: “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 progenitor”²¹.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 436/2014, de 16 de junio (núm. recurso 152/2013) aclara que “la lectura de la norma, revela que, para no dar lugar a la custodia compartida ha de concurrir la doble circunstancia de que "se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad" y que "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" (...).” Así, pese a que “consta acreditado en

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

autos que se está siguiendo un proceso penal contra el progenitor por un delito de violencia en el ámbito familiar”, continúa la sentencia, “de las manifestaciones del perito judicial en el acto del juicio ha de concluirse que no existen indicios de que la custodia compartida implique un riesgo objetivo para los menores o la recurrente, siempre que se acuda a terapia”²².

Continúa el precepto advirtiendo que “Tampoco procederá el régimen de convivencia compartida 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”²³.

A título ejemplificativo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 436/2014, de 16 de junio (núm. recurso 152/2013) confirmó la atribución de la custodia a la madre, ya que al dictarse la sentencia de instancia la juez advirtió, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia familiar. Así, explica que aunque al dictarse la sentencia de instancia no se había fallado aún en el procedimiento penal, incoado como consecuencia de un delito de maltrato contra la hija, la juez tenía presente cierto riesgo de violencia familiar que fue corroborado ya que posteriormente se dictó resolución confirmada por la Audiencia Provincial condenando al padre como autor de una falta de vejación injusta.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013) atribuyó la custodia a la madre ya que advirtió “que el esposo está incurso en un procedimiento penal por malos tratos en el ámbito familiar que no ha finalizado por sentencia firme”. Aunque no se había dictado resolución motivada alguna, la Audiencia advirtió la existencia de indicios fundados de violencia de género pues “en informe psicosocial emitido por el Centro 24 Horas de Valencia en fecha 23 de febrero de 2012 (folio 227 y siguientes), donde se ha realizado una intervención respecto de la esposa, se informa de que la sintomatología mostrada por la esposa es acorde a la que presentan las mujeres víctimas de maltrato”.

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

²² V. también SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014).

²³ 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.

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.

Ahora bien, todos estos factores deberán ser tamizados por el filtro del interés superior del menor. Es decir, el interés superior del menor no es un concepto abstracto ni un factor adicional que haya que considerar en primer lugar, sino que es el principio fundamental que ha de alumbrar, en el caso concreto, todos y cada uno de los factores que a continuación se enumeran.

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 9º) 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”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014) atribuye la custodia del menor de 18 meses de edad a la madre, señalando que “En el informe emitido por perito judicial se recomienda con claridad mantener la guarda del menor en el ámbito materno por ofrecer mayor estabilidad en las variables más relevantes en el estadio evolutivo en que se encuentra el menor, siendo el contexto en el que el menor ha nacido y crecido y reconoce primariamente como contexto de seguridad referente”. Añade la Audiencia que también “debe tenerse presente la muy corta edad del menor”.

Por su parte, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014) establece la custodia compartida y considera que “el menor va a cumplir dos años, por lo que, con independencia de que el menor lleva teniendo trato frecuente con su padre (merced al régimen de visitas vigente), la edad no constituye impedimento alguno para la custodia compartida”.

El precepto precisa también 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.

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”.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 569/2014, de 17 de julio (núm. recurso 401/2014) explica que el “deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado”²⁴.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014) estimó la demanda de modificación de medidas y cambió el régimen de convivencia individual por el de convivencia compartida. Señala la Audiencia que “nos encontramos con una menor de 14 años de edad, con madurez destacable, cual indica el tribunal de instancia que presencié la exploración de la misma. Manifestando en la exploración que ‘está muy bien con su padre y con Raquel su pareja y su hermana pequeña Azucena, que su padre le hace la comida y la cena y ella se hace el desayuno. Que quiere estar con su padre más tiempo y que no haya horarios rígidos. Que con su madre está bien y que es más exigente con los horarios, pero que tampoco le agobia. Con el tema de los médicos es su madre la que se ocupa, que ahora le tienen que colocar un catéter que no sabe si tienen que ir a la Fe de Valencia. Que prefiere ver más días a su padre, y cuando quiera, que su padre estuvo los días que estaba ingresada en la UCI, que cuando subieron a planta le visitó cuando le dejaba el trabajo y también algunos días por la mañana”.

No obstante, la jurisprudencia ha matizado este criterio, entendiendo que debe interpretarse a la luz del principio del interés superior del menor, que

²⁴ En el mismo sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2014, de 22 de mayo (núm. recurso 129/2014).

puede aconsejar el establecimiento de un régimen de convivencia compartida, a pesar de la opinión contraria de aquel²⁵.

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 el mismo sentido, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014) razona que “Cierto es que los menores en la exploración se mostraron favorables a seguir viviendo con su padre como lo hacían desde enero de 2013, pero a la vista del acta de exploración parece latir unas causas algo sugerentes, donde se mezcla un sentimiento de lástima por el padre al que vieron llorar, combinado con la reacción negativa ante una nueva pareja de la madre, la complacencia de los chicos ante el estilo menos riguroso del padre en cuanto a disciplina, limpieza, etc.. en una edad complicada, y la utilización por los mismos de argumentos un tanto justicieros que han de provenir -sin duda- de la información y valoraciones del padre, como que su madre pretende "tirar a su padre" o "quedarse con todo" y que "lo hace por la pensión" (...) Por ello las opiniones de los menores son muy importantes, pero no quedan fuera del análisis crítico ni dejan de ser valorables”. La Audiencia difirió de la opinión de los menores y estableció un régimen de custodia compartida.

También hay ocasiones en las que los menores no desean cambiar la convivencia individual por la convivencia compartida por reticencia al cambio, pero no hay ningún otro motivo que desaconseje la aplicación de este último régimen. En estos casos, es posible que la opinión de los menores no sea significativa, porque, como explica la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 173/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 838/2015), “es normal que exista una tendencia a mantener el status quo actual puesto que los cambios generan incertidumbre y un cierto proceso adaptativo que nadie desea *ab initio*”.

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 edad²⁶.

²⁵ Como indica la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013) y la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013).

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).

También la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013) considera que “no puede dejar de tomarse en consideración que dicho hijo tiene 17 años y solo le faltan unos meses para alcanzar la mayoría de edad y que, habiendo declarado que la relación con su progenitor es buena, desea continuar viviendo con su madre y hermana, habiendo ponderado la Juzgadora el grado de madurez del hijo en la exploración”.

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”²⁷.

²⁶ V. en este sentido SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 310/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 193/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 292/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 314/2015).

²⁷ 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

Aquí, en rigor, se contemplan dos circunstancias distintas.

a) En primer lugar, el tiempo y el grado de dedicación de los progenitores a los hijos²⁸, 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”²⁹.

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

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 son lo 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”.

²⁸ V. a título ejemplificativo SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014) y SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 126/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 112/2014).

²⁹ Como dice la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014).

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, como 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”.

Así mismo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013) estableció el régimen de custodia individual de los hijos en favor de la madre, ya que constata “la carencia de una figura paterna desde tiempo antes de acontecida la separación, por el poco tiempo ‘de calidad’ que pasaba ya antes el padre con los hijos, situación que ha permanecido con la separación de hecho desde el 25 de mayo de 2012, aun a pesar del amplio régimen de visitas establecido a favor del padre, pues el tiempo que permanecen con él, lo pasan en el vivero de su propiedad, mientras el padre trabaja, sin que el padre preste atención directa a los hijos durante el tiempo que permanecen con él, hasta el punto que Apolonio percibe que es “algo secundario” en la vida de su padre; como sostiene el informe pericial de 8 de noviembre de 2012, no se trata de aumentar la cantidad de tiempo que pasa con su padre, sino de mejorar la calidad del que pasa, igual ocurre con Dolores”.

En el mismo sentido, la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 169/2015, de 6 de mayo (núm. recurso 804/2014) mantuvo la custodia exclusiva de la madre al constatar que “el hijo padece reiterados problemas de bronquitis e infecciones respiratorias que requieren una atención especial para observar los síntomas y administrar la medicación pertinente. En este sentido, y como consta al folio 173, en el informe de la Pediatra Dña. María Inés, es la madre la que habitualmente acude a la consulta acompañando a Gregorio y que en muy pocas ocasiones ha visto al padre del niño y han sido antes del 23 de octubre de 2013, siendo aquella la que acude a las revisiones cuando se cita al niño (...). Es la madre quien, durante los cursos 2012-2013 y 2013-2014, ha acudido a todas las reuniones convocadas en la escuela y lo recoge por las tardes y que su profesora, Dña. Frida, no conoce al padre, nunca se ha entrevistado con él ni ha llamado ni ha acudido a ninguna reunión o acto festivo del centro, lo que acredita que es la Sra. Clemencia la que cuenta con un horario laboral más adecuado para la atención del hijo, lo que hace más

idóneo que el régimen en este caso concreto sea de custodia individual a favor de la madre, teniendo en cuenta la propensión a padecer enfermedades respiratorias que requiere una atención especial”.

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 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”.

Igualmente, la SAP Alicante (Sección 9º) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014) estima la demanda de modificación de medidas y cambia el régimen de convivencia individual por el de convivencia compartida. Estima la Audiencia que “Es cierto que normalmente la madre es la que se ocupa de la enfermedad de la menor, pero ello es lógico teniendo en cuenta que viene ostentando la guarda y custodia de la misma desde hace más de 10 años. Haber prestado mayor atención en este ámbito sanitario, incluso en el educacional, no impide que cuando no existen razones justificadas para negar la custodia compartida, ésta deba concederse. Dado que el reparto igualitario de tiempo de convivencia y de posibilidad de ejercer el rol parental con su hija, es decir, la relación con ambas figuras parentales favorece un crecimiento psíquico y emocional más rico y saludable. Además existirá una mayor relación con su hermanastra. Es precisamente por ello que la Ley autonómica y la propia jurisprudencia, considera lo normal dicho régimen de custodia compartida, y sólo excepcionalmente debe mantenerse el monoparental. Desde esta óptica se concluye por este tribunal que la máxima protección del superior interés de la menor, sólo puede obtenerse de esta forma”.

Finalmente, la SAP Alicante (Sección 9º) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014) revoca la sentencia de instancia que había otorgado

la custodia exclusiva a la madre “teniendo en cuenta la edad del menor de cuatro años, así como el hecho de que desde su nacimiento el menor ha sido cuidado por la madre y su familia y el padre no ha asumido su atención debido a su situación laboral, a ello hay que añadir que ella trabaja en casa estando en contacto con el menor todo el día y teniendo plena disposición respecto del mismo, habiendo sido hasta ahora la madre la que se ha encargado de llevar al menor al colegio o llevarlo al médico”. Así, la Audiencia se inclina por establecer la custodia compartida con los siguientes fundamentos: “Partiendo de que el régimen idóneo para los menores, incluso desde la más tierna edad con las peculiaridades de los lactantes, es el de custodia compartida, dicha argumentación es más que endeble, pues de ser así nunca podría concederse dicho régimen en los supuestos en que el padre trabajara y la madre fuese ama de casa. Ciertamente la mayor o menor disponibilidad de trato directo y la conciliación familiar y laboral son dos de los parámetros a tener en cuenta según la legislación autonómica para determinar el régimen adecuado para el menor. Y aquí ciertamente el trabajo del recurrente en el taller mecánico, puede suponer una cierta limitación en cuanto a una mayor relación diaria directa con su hijo, pero también es cierto que es autónomo titular de su propio taller, puede auxiliarse de familiares próximos y que, además, dispone en la actualidad de un trabajador contratado que puede facilitar esa mayor relación con su hijo”.

b) En segundo lugar, la capacidad y aptitud de los padres para el cuidado y crianza de los hijos.

Como ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 455/2014, de 19 de junio (núm. recurso 457/2014) confirma la sentencia de instancia que atribuye la custodia del menor al padre, argumentando que la madre recurrente “ha dado muestras de una gran inestabilidad no solamente laboral, sino también en otros ámbitos de su vida”, y subrayando la conducta de la madre consistente en “haber tomado el dinero destinado al pago de la vivienda y abandonar el domicilio constando en las mismas diligencias que era el padre de a recurrente y el recurrido quienes cuidaban al menor”.

A efectos de ponderar dicha capacidad, es conveniente que la autoridad el recurso a informes de peritos, lo que, en la práctica suele hacerse casi siempre³⁰.

³⁰ Como hacen, entre otras muchas, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013) y la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013)

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”.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014), otorgó la custodia del menor a la madre ya que “En el informe emitido por perito judicial se recomienda con claridad mantener la guarda del menor en el ámbito materno; razonaba el informe pericial judicial que el Sr. Imanol tiene una baja estabilidad emocional, así como dificultad para tolerar la incertidumbre, los contratiempos, el rechazo y la desaprobación, frente a la adecuada estabilidad emocional de la madre, estructura flexible de pensamiento con capacidad para adaptarse a las diferentes situaciones, adecuada tolerancia a la frustración y resiliencia. De ello concluía que el cambio del régimen de guarda (atribuido a la madre en medidas provisionales), no era conveniente para el menor. Añadió en el acto del juicio que el hecho de que durante un tiempo, se introdujese un sistema de guarda compartida, como aconteció, produjo en el menor un una inquietud y nerviosismo, que en nada le beneficiaba.”

También la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014) atribuyó la custodia del menor a la madre, entre otros factores, porque “el informe psicológico en el extremo destinado al análisis de las aptitudes de ambos progenitores para el cuidado del menor señala que, aun cuando ambos padres poseen capacidades positivas, el padre presenta una desventaja frente a la madre para el desarrollo del cuidado del menor en cuanto a los criterios educativos, mostrando un carácter sobreprotector frente al asertivo de la madre, siendo éste último más adecuado, en cuanto a la estabilidad mental y disponibilidad para el cuidado del menor (...)”.

Igualmente la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014) estableció la custodia compartida ya que “se observa que ambos progenitores se hayan capacitados para desempeñar las funciones inherentes a la guarda y custodia; a tales efectos del informe emitido por los servicios sociales de Vila-Real se puede observar que ambos disponen de vivienda en condiciones, el sr. Higinio tiene pareja en la

actualidad conviviendo juntos, y además ostenta la guarda y custodia de su hijo Saturnino de ocho años, fruto de una anterior relación; el piso es propiedad de su hermano y no paga alquiler, pues solo se hace cargo de los gastos de mantenimiento; destacan los servicios sociales que se ocupa perfectamente de su hijo Saturnino y que cuando los visita Adrián ambos hermanos comparten habitación”.

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 decisiones³¹.

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”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 294/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 305/2015) también atribuyó la custodia a la madre siguiendo la recomendación de los peritos. Explica la Audiencia que “en el presente supuesto el Juzgador resolvió de conformidad con las recomendaciones efectuadas en el informe emitido por el Equipo Psicosocial que realizó la evaluación psicológica de los progenitores, tuvo en cuenta su

³¹ V. a este respecto SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 174/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 808/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 229/2014, de 7 de abril (núm. recurso 914/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 291/2014, de 6 de mayo (núm. recurso 1126/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 307/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 1321/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 295/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 130/2015).

situación socio-familiar y les sometió a pruebas de evaluación de capacidad para proporcionar atención y cuidado a la menor, apreciando carencias asistenciales en el entorno del progenitor, discrepancia en los estilos educativos, así como que la progenitora es y continua siendo la que ha asumido el papel de cuidador principal, presentando el progenitor limitaciones para el ejercicio de la custodia, siendo las rutinas adecuadas en el entorno materno, presentando también el progenitor otras carencias derivadas de sus ocupaciones laborales (es estibador en el puerto de Valencia) por el horario laboral y exigencia de disponibilidad, constatando que las medidas adoptadas, similares a las establecidas en la sentencia, han sido adecuadas permitiendo que la menor se encuentre vinculada a ambos progenitores”.

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 les permite presuponer un grado de madurez en su manifestación de tener 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”.

Habrá, por lo tanto, que ponderar el horario de sus respectivas jornadas laborales³².

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 futuro 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 (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 anterior³³.

³² V. SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014).

³³ V. SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 174/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 808/2014) y SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 126/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 112/2014).

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”³⁴. Pensemos, en la imprescindible ayuda que en la sociedad actual prestan los abuelos en la crianza de los nietos.

De hecho, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), al establecer la custodia compartida, valoró el hecho de que “Ambos progenitores tiene familia extensa de apoyo constituida por los abuelos de unos y otros y hermanos, que de hecho colaboran en sus obligaciones con los menores”.

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 conjunto “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. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) explica que “es cierto que el progenitor explicitó su dificultad para conciliar su vida laboral con la atención a la menor, como así pone de manifiesto la recurrente, pero también es cierto que, a fin de compensar tal dificultad, es auxiliado por los abuelos paternos, situación que por otro lado es habitual en nuestra sociedad cuando los horarios laborales no se ajustan a las necesidades familiares, lo que no ha de ser un obstáculo insalvable, pues del informe psicológico no se desprende en modo alguno que el progenitor delegue sus obligaciones parentales en los abuelos paternos de la menor o estos suplan las competencias de aquel, sino que constituyen un apoyo, y siendo cierto que existe una cierta distancia entre el domicilio de ambos progenitores, no es menos cierto que es fácilmente salvable con medios de locomoción, aun con las innegables molestias, pero ello permite a su vez que

³⁴ V. así SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) y SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014).

la menor continúe su educación en el entorno socio-cultural en el que lo venía haciendo hasta el divorcio de los padres, extremo que sin duda ha de contribuir a su estabilidad”.

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”.

A) 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 conjunta³⁵.

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”³⁶.

³⁵ V. así SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013).

³⁶ En el mismo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 401/2014, de 6 de junio (núm. recurso 88/2014) tampoco consideró que la distancia geográfica fuera un obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida: “Tampoco la distancia geográfica entre la residencia del padre, en Moncada y la de la madre y el colegio de la niña en Valencia es un obstáculo para impedir la convivencia conjunta, como ya ha

Así lo confirma también la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 295/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 130/2015) al señalar que el “hecho de que el actor viva en Torrent, y la demandada en Valencia no impide tampoco la custodia compartida, habida cuenta de que la distancia entre las dos ciudades es corta, y de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 6 de septiembre de 2.013, que admitió la convivencia compartida en un caso en el que los progenitores vivían uno en Denia y el otro en Gandía. Además, el actor manifiesta que tiene a su disposición una vivienda en Valencia”.

B) 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 por 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”³⁷.

En el mismo sentido, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013) considera que “siendo que el hijo mayor va a vivir con su padre, no parece beneficioso, sino al contrario, que los hermanos vivan separados o bajo un régimen distinto”.

C) 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 asemejan a la custodia compartida.

venido declarando esta Sala en supuestos semejantes, ni la mala relación entre las partes o las dificultades en la comunicación, que conforme a la Ley Valenciana no deben ser factores que por sí impidan la convivencia conjunta, máxime cuando, como afirma la juez la menor por su edad ya tiene capacidad expresiva propia y autónoma”. En el mismo sentido se pronuncia la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013), que no considera un obstáculo la distancia geográfica existente entre el domicilio de la madre de los hijos, en la Cañada, y el del padre en Alboraya, respecto del colegio El Plantía al que asisten los hijos.

³⁷ V. también SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 599/2014, de 24 de julio (núm. recurso 327/2014).

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, 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.

D) La dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia.

Asimismo, la dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia formada por solo uno de los progenitores puede ser también otro criterio tenido en cuenta para no modificar el régimen de convivencia y no establecer la custodia compartida tras la promulgación de la Ley 5/2011.

Se ha de recalcar que hoy en día está en la naturaleza de la realidad social que se rehaga la vida con una nueva familia tras la crisis familiar. Por tanto el mero hecho de que un progenitor haya rehecho su vida con otra persona no debe ser un obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida. Ahora bien esta idea es general, y la cuestión deberá ser decidida teniendo en cuenta el caso concreto, pues habrá supuestos en los que la convivencia de los hijos con la nueva familia pueda ser un factor de distorsión de su desarrollo personal o repercuta negativamente sobre los menores desde un punto de vista psicológico.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 445/2014, de 18 de junio (núm. recurso 1336/2013) confirma la sentencia recurrida, que había desestimado la pretensión del padre de modificar el régimen de convivencia estableciendo la convivencia compartida. Dice así: “Hemos de tener en cuenta que el argumento decisivo de los informes periciales para no recomendar la guarda conjunta y la sentencia para no acordarla no es una inidoneidad del padre, sino las circunstancias individuales de los hijos, que no han digerido, cinco años después de la separación de sus padres, la ruptura familiar; presumimos por ello que no están en condiciones de adaptarse a la nueva situación familiar del padre”, que tiene otro hijo, con una nueva pareja de la misma edad de los menores nacidos en el anterior matrimonio.

E) La adicción a las drogas de los progenitores.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014) considera como criterio relevante para decidir la atribución de la custodia individual a un progenitor el historial de consumo de cocaína de la otra progenitora, siempre y cuando ésta no se halle deshabitado con éxito.

Así, la Audiencia opta finalmente por establecer la custodia compartida ya que la progenitora con el historial de consumo de cocaína “a fin de deshabituarse ingresó en Centro Residencial, primero en ‘Llaurant la llum’ y después en ‘Comunidad Balsa Blanca’. Lo realmente relevante es que desde el 31 de octubre de 2011 a 23 de octubre de 2013, la progenitora se mantiene abstinentes, y así lo ponen de manifiesto diversos informes avalados por las pertinentes analíticas, es más el informe emitido por la Consellería de Sanidad en fecha 18 de octubre de 2012 señala no solamente la abstinencia de la Sra. Dulce, sino que “el curso del trastorno es de remisión total temprana (no se cumplen criterios de dependencia o abuso en este último año). Tanto la evolución como el pronóstico son favorables””.

Por su parte, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014) examina un caso en el cual el juzgador de instancia consideró que “la conducta nada ejemplarizante del padre por su consumo de estupefacientes, que aunque se ha intentado minimizar, aparece como demasiado habitual (dos denuncias conocidas y un análisis toxicológico con resultado positivo) y plantea serias dudas sobre la influencia que podría tener en el cuidado cotidiano de sus hijos”. No obstante la Audiencia observó que “No nos parece que tenga una relevancia decisiva para la resolución de la cuestión controvertida el hecho de que el padre sea consumidor de cannabis. Aunque no le faltan razones al juzgador de la primera instancia para calificar dicho consumo como ‘demasiado habitual’ (dos denuncias administrativas conocidas por tenencia de estupefacientes, y un reciente análisis toxicológico con resultado positivo), no parece que ello tenga repercusiones significativas en la vida del apelante (no se han evidenciado, y, según se dice en la sentencia recurrida, no se ha acreditado que dicho consumo produzca en el actor efectos físicos o psíquicos significativos)”.

F) El rendimiento académico de los menores.

Otro factor que los Tribunales pueden tener en cuenta a la hora de decidir si mantener o modificar un sistema de custodia, es el rendimiento de los menores en el colegio. Así, es posible mantener el sistema de custodia inicialmente adoptado (ya sea individual o compartida), si se constata con él

los menores obtienen buenas notas en el colegio, asisten con regularidad a las clases, hacen periódicamente los deberes, etc.

La SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), a la hora de mantener la custodia individual del menor, constata, así, que “existe ahora y desde la convivencia con el padre una normalización y estabilización académica del hijo Valentín, que antes no se daba al incurrir en numerosas faltas al colegio”.

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 apelación³⁸.

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

³⁸ 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).

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”³⁹.

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.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 550/2014, de 15 de julio (núm. recurso 225/2014) explica que la promulgación de la Ley 5/2011 no conlleva automáticamente la modificación del régimen de convivencia en el sentido de establecer la custodia compartida, sino que supone únicamente una alteración sustancial de circunstancias que permite revisar las medidas adoptadas en su día (art. 90.III CC)⁴⁰. Razona la Audiencia, “Y cierto también es que la sentencia de 6 de septiembre de 2013 del TSJCV fija como doctrina de la Sala que la entrada en vigor de la ley autonómica 5/11 de 1 de abril ‘altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas (...)’ (...) Tampoco puede afirmarse que la entrada en vigor de la ley autonómica suponga automáticamente el establecimiento de la custodia compartida sino que el establecimiento de una clase de custodia vendrá

³⁹ Acogen ya esta doctrina, entre otras, SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014).

⁴⁰ Igualmente, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 445/2014, de 18 de junio (núm. recurso 1336/2013) refrenda que “la entrada en vigor de la Ley 5/2011 altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas y por tanto permite la revisión de las mismas, con arreglo al nuevo régimen legal, en cada caso concreto y por vía de modificación de medidas definitivas”.

determinado por lo que, en el caso concreto, sea lo que más beneficie a los menores, a cada uno de ellos”. Examinando las circunstancias concurrentes en este caso, la Audiencia decide mantener la custodia a favor de solo la madre (tal y como establecía la sentencia original de divorcio, anterior a la Ley 5/2011), revocando la sentencia de instancia que modificaba las medidas estableciendo un régimen de custodia compartida. La decisión de la Audiencia favorable a otorgar la custodia a la madre se debe a informes periciales que aconsejan dicho régimen, así como al “parecer de los tres menores, la falta de manipulación materna y el haber ejercido la custodia de sus hijos tras la ruptura sin desconocer la importancia de la figura paterna. Si a ello se une el trastorno de déficit de atención de Juan Luis y los informes del neuropediatra y la neuropsicóloga que le atienden que desaconsejan situaciones de estrés y tensión como le produciría el cambio de entornos, si se tiene en cuenta las profesiones materna -psicóloga- y paterna -militar-, el que ha sido la madre la principal figura de apego de los menores por encontrarse junto a esta desde su nacimiento y tras la ruptura, la efectiva conciliación de su vida familiar y profesional, la decisión de la Sala no puede ser otra que la de mantener la custodia de la madre de sus tres hijos, tal y como lo convinieran las partes tras la ruptura de su matrimonio, por considerar que de esa forma se garantiza el único y superior interés de los menores cual es su bienestar”.

La SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 126/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 112/2014), ante un procedimiento de modificación de medidas fundamentado en la entrada en vigor de la Ley 5/2011, invierte la carga de la prueba, al exigir una mínima base probatoria al progenitor que desea el establecimiento del régimen de custodia compartida. Razona la Audiencia que es “evidente que no puede ser lo mismo un caso de divorcio reciente con régimen de custodia con escaso o medio desarrollo, que otro que ha dado lugar a una situación estable y consolidada”. De este modo –continúa la Audiencia– “es preciso algún tipo de prueba sobre el beneficio que podría reportar el cambio de régimen, puesto que no se trata de primar el deseo de los progenitores bajo un derecho a la igualdad en términos absolutos, sino que prima el interés del menor. (...) Un cambio legislativo no puede cambiar la particular situación beneficiosa derivada de un régimen organizativo de custodia que estaba funcionando durante largo tiempo”.

Finalmente, es interesante mencionar la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 494/2014, de 1 de julio (núm. recurso 178/2014), que argumenta que el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, aunque se enmarque en un régimen de custodia individual, es tan amplio que “participa más de lo que se ha dado en llamar régimen de convivencia compartido que de exclusiva custodia de uno de los progenitores”. La Audiencia revoca la sentencia de instancia que desestimaba la pretensión del padre de modificar

el régimen de custodia individual para instaurar un régimen de custodia compartida tras la entrada en vigor de la Ley 5/2011. En consecuencia, acuerda instaurar la custodia compartida en lugar de la custodia exclusiva de un progenitor, pero dicho régimen de convivencia compartida se articula de la misma forma que se articulaba el régimen de visitas de la convivencia individual. Así, dictamina que “procede estimar parcialmente el recurso en este motivo, para acordar que el sistema de guarda de la menor se comparte entre sus progenitores a través del régimen de comunicación que se contiene en la sentencia de instancia, (...). Dicho régimen supone la extinción de la pensión alimenticia a cargo exclusivamente del recurrente (...)”.

CAPÍTULO II

LOS GASTOS DE ATENCIÓN A LOS HIJOS

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. GASTOS ORDINARIOS.- 1. Concepto.- 2. Reglas de distribución.- A) Determinación judicial en caso de convivencia individual.- B) Determinación judicial en caso de convivencia compartida.- III. Gastos extraordinarios.-1. Concepto.- 2. Formas de distribución.- 3. La exigencia de acuerdo previo o previa autorización judicial.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El legislador valenciano distingue en la contribución de los progenitores a los gastos de atención a los hijos, según que los mismos sean ordinarios o extraordinarios, distinción ésta, que no está contenida en el CC (el cual habla genéricamente de “alimentos”) y que, en la práctica, da lugar a numerosos litigios.

La importancia de calificar como “ordinario” o “extraordinario” un gasto deriva del hecho de que es usual que en los convenios reguladores se pacte que, mientras el progenitor que no convive con los hijos contribuya a los gastos ordinarios mediante el pago de una pensión de alimentos, los extraordinarios sean satisfechos por los dos progenitores por mitad y previo acuerdo de ambos. De ahí que, salvo que en el convenio se haga una especificación muy detallada del carácter que tiene cada gasto, suela discutirse su carácter ordinario o extraordinario (en particular, si existen malas relaciones entre los padres).

II. GASTOS ORDINARIOS.

1. Concepto.

El art. 3.e) de la Ley 5/2011 define como “gastos ordinarios” aquellos que los “menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período”.

Por lo tanto, se trata de gastos habituales y previsibles anualmente.

El precepto, en su segundo inciso, precisa que “Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación”⁴¹.

Esta precisión es un tanto equívoca, ya que el uso de la expresión “siempre”, no es muy afortunado, porque pudiera dar lugar a pensar que este tipo de gastos son siempre ordinarios, lo que no es así, sino que deben ser habituales y previsibles en el marco de una anualidad. Así, en una familia de economía media, no serían gastos ordinarios los originados por la compra de ropas de unas marcas exclusivas de precios desorbitados, porque no son “habituales”; y, en particular, respecto de los de educación, tampoco los generados por la matrícula en un grado universitario, que son siempre extraordinarios, por lo que deben ser satisfechos por ambos padres, conforme a lo acordado por ellos en el pacto de convivencia familiar, y, en su defecto, en la forma que decida el Juez, según prevé el art. 7.3 de la Ley 5/2011.

De este modo, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 109/2014, de 3 de septiembre (núm. recurso 85/2014) considera que, en el ámbito de una familia con alto nivel de vida, los gastos derivados de “la actividad de Kart de elevado coste” del menor (que queda bajo la custodia de la madre), son gastos ordinarios, pues en ella concurren las notas de previsibilidad y habitualidad⁴².

2. Reglas de distribución.

El art. 7.1 de la Ley 5/2011 dispone que “En defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores”⁴³.

⁴¹ Así como “cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia”.

⁴² Además la Audiencia establece una peculiar regulación para sufragar la actividad de Kart en los siguientes términos: “se establecerá la necesidad de que los gastos ordinarios derivados de esa actividad (entrenamientos, fichas federativas, reparaciones...) sean abonadas por mitad por ambos progenitores, pero el coste de la asistencia a competiciones, que resulta muy elevado, solamente podrá ser exigido al padre cuando se normalice la relación paternofamiliar, pues no se considera justo obligar al progenitor a sufragar parte de esta carísima actividad cuando se le está negando la posibilidad de relacionarse con normalidad con su hijo, no debiendo convertirle en un mero padre pagador con todas las obligaciones (económicas) y ningún derecho (personal y afectivo)”.

⁴³ A título ejemplificativo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2014), en su FJ Segundo, valora los recursos de los padres y las necesidades de los hijos para decidir la cantidad que debe abonar el progenitor no

Del precepto se extraen dos reglas.

En primer lugar, habrá que estar a lo acordado por los progenitores, siendo habitual que, cuando no hay custodia compartida, se pacte que la contribución del no custodio a los gastos ordinarios se subsuma en el pago de una pensión de alimentos.

En defecto de acuerdo, el Juez será quien determine en qué medida debe contribuir cada uno de los padres, “en atención a sus propios recursos y a las necesidades” de los hijos, como también el régimen de convivencia establecido (art. 7.2 y 4 de la Ley 5/2011).

Además, hay que tener en cuenta que los antedichos recursos y necesidades pueden variar con el tiempo, y ello puede provocar una variación del importe de la pensión alimenticia⁴⁴.

Así, en el caso enjuiciado por la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 498/2014, de 30 de junio (núm. recurso 151/2014), los recursos del progenitor no custodio y las necesidades de los hijos comunes eran diferentes en el momento de la separación y en el momento del divorcio. Señala la Audiencia que “es evidente que el conocimiento que se tenía entonces cuando la sentencia de separación se limitó a aprobar los efectos de la separación, es muy diferente y dista mucho del actual conocimiento que se tiene de las circunstancias económicas del matrimonio tanto de las de entonces como de las de ahora, dado el carácter contencioso del divorcio”. Continúa la Audiencia resaltando “el menor gasto escolar actual de los hijos, pues antes ambos iban a una Guardería y hoy el chico va al Colegio concertado Hermanos Maristas con un coste de 120 euros y es precisamente la chica que

custodio como gastos ordinarios de la hija. Señala la Audiencia que “Para decidir cuál es la suma que debe pagar el demandado en concepto de contribución a los gastos ordinarios de la hija, de acuerdo con el artículo 7 de la ley 5/2011 de 1 de abril, se tiene en cuenta que el demandado trabaja en el puerto de Valencia, y percibió en 2.011, según manifestación de la actora en su demanda, no contradicha por el demandado, la suma de 5.426 euros al mes (folio2). Por su parte, la demandada ha sido despedida de su trabajo el día 15 de abril de 2.013, y percibió la prestación por desempleo con una cuantía de 623, 4 euros al mes (folio 239). Recibe cantidades periódicamente procedentes de la adquisición de una herencia en Francia de 200 euros/mes. La menor asiste al Liceo Francés, al que en el mes de enero de 2.013 se abonaron, por todos los conceptos, 616, 4 euros (folios 89 y siguientes). A la vista de estos datos, se considera que la cuantía más adecuada a la capacidad económica de los litigantes, y a las necesidades de la hija, es la de 850 euros al mes”.

⁴⁴ V. a este respecto SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 165/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 732/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 127/2014, de 16 de octubre (núm. recurso 125/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 293/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 250/2015).

generaba un superior coste -500 euros en el CEU- la que va a formalizar estudios en el extranjero a costa únicamente del progenitor”. Por todo ello, concluye el tribunal que resulta procedente “reducir a 500 euros la contribución que el progenitor debe hacer a los alimentos de cada uno de los hijos”. También la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013) reduce la pensión de alimentos como consecuencia de la reducción que han experimentado las retribuciones del progenitor que debe abonarla.

Asimismo, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 292/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 314/2015) consideró que “a la vista de la reducción de los ingresos del demandante, justificados documentalmente y basados fundamentalmente en el hecho notorio del cierre de Canal 9, con la consiguiente repercusión para el sector audiovisual valenciano en el que se engloba la actividad profesional del demandante, procede la reducción del importe de su contribución a los gastos ordinarios del hijo, que se fijan el 350 euros al mes”.

Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 298/2015, de 20 de mayo (núm. recurso 161/2015) mantuvo el importe de la pensión de alimentos del progenitor no custodio en 180 euros al mes para su hijo, al considerar que “la reducción de ingresos no ha sido tan sustancial como para justificar la reducción de la pensión de alimentos”. Los ingresos del progenitor habían descendido desde 952,61 euros al mes hasta 830,23 euros al mes.

A) Determinación judicial en caso de convivencia individual.

Si existe un régimen de convivencia individual, el Juez, normalmente, determinará que el progenitor con quien convivan los hijos contribuya a los gastos ordinarios, a través de la atención cotidiana que les presta y el otro progenitor mediante el pago de una pensión alimenticia⁴⁵. Dicha pensión

⁴⁵ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 151/2015, de 27 de abril (núm. recurso 803/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 161/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 809/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 162/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 839/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 174/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 808/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 175/2015, de 8 de mayo (núm. recurso 719/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 109/2014, de 3 de septiembre (núm. recurso 85/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 127/2014, de 16 de octubre (núm. recurso 125/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 130/2014, de 10 de octubre (núm. recurso 153/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 138/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 916/2013), SAP Valencia (Sección

10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 141/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1048/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 200/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1260/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1208/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 201/2014, de 27 de marzo (núm. recurso 1218/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 224/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 1053/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 206/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 842/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 245/2014, de 11 de abril (núm. recurso 1194/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 291/2014, de 6 de mayo (núm. recurso 1126/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 296/2014, de 7 de mayo (núm. recurso 1291/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 299/2014, de 8 de mayo (núm. recurso 1268/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 307/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 1321/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 310/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 193/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 361/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 414/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 368/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 113/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 383/2014, de 2 de junio (núm. recurso 24/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 397/2014, de 4 de junio (núm. recurso 1171/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 416/2014, de 11 de junio (núm. recurso 230/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 436/2014, de 16 de junio (núm. recurso 152/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 455/2014, de 19 de junio (núm. recurso 457/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 465/2014, de 23 de junio (núm. recurso 1251/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm. recurso 594/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 478/2014, de 27 de junio (núm. recurso 1323/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 484/2014, de 30 de junio (núm. recurso 479/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 498/2014, de 30 de junio (núm. recurso 151/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 510/2014, de 3 de julio (núm. recurso 999/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 527/2014, de 8 de julio (núm. recurso 174/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 529/2014, de 8 de julio (núm. recurso 82/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014),), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 555/2014, de 16 de julio (núm. recurso 390/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 557/2014, de 16 de julio (núm. recurso 289/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 558/2014, de 16 de julio (núm. recurso 545/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 569/2014, de 17 de julio (núm. recurso 401/2014)), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 278/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 209/2015), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 284/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 266/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 294/2015, de 19 de

deberá ser acorde con los medios económicos de los progenitores, las necesidades de los hijos y el estatus social o posición de la familia⁴⁶.

A título ejemplificativo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013) hace depender la cantidad que ha de abonar el padre en concepto de alimentos del hecho de que la menor acuda a un centro público, en cuyo caso la cantidad a abonar ascenderá a 600 euros, o a un centro privado, en cuyo caso ascenderá a 800 euros. También la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 159/2015, de 28 de abril (núm. recurso 722/2014) estableció una pensión de 1.000 euros mensuales teniendo en cuenta los gastos de escolarización del menor en un centro privado bilingüe.

Por su parte, la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 151/2015, de 27 de abril (núm. recurso 803/2014) tuvo en cuenta, a la hora de fijar la pensión de alimentos, el hecho de que “la hija de ambos litigantes, Luz, padece las siguientes patologías, de carácter crónico: síndrome de cortedad isquiosural, hiperlordosis lumbar, escoliosis de columna y disimetría de caderas. Así resulta, en todo caso, del informe de consulta obrante al folio 147 de autos, suscrito por la Dra. Enriqueta. En este informe se indica que ‘al tratarse de una patología crónica debe seguir un tratamiento rehabilitador de por vida, realizándose masajes descontracturantes, ejercicios de autoelongación y manipulación pélvica’ entre otros. Consta, por otra parte, que el coste del tratamiento rehabilitador que precisa la menor es de 60 € semanales, según se desprende del presupuesto por el centro terapéutico ‘Sinergia’ (f. 146). Es decir, el tratamiento se eleva a 240 € mensuales”.

A este respecto, hay que tener en cuenta que, habiendo hijos menores (que es cuando se aplica la Ley 5/2011), su interés es más digno de protección que el del progenitor con quien no conviven, lo que puede traducirse en la imposición a éste del pago de una pensión de alimentos para garantizarles sus necesidades básicas, esto es, el “llamado mínimo vital” o “mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia” de los mismos “en condiciones de suficiencia y dignidad”⁴⁷; incluso, aunque la misma le suponga

mayo (núm. recurso 305/2015), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

⁴⁶ Según se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre del 2014, entre otras muchas.

⁴⁷ Así lo afirman, entre otras, SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 200/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1260/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 201/2014, de 27 de marzo (núm. recurso 1218/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2014, de 22 de mayo (núm. recurso 129/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 361/2014, de

un gran sacrificio económico: prevalece, en definitiva, la necesidad de los hijos menores de ser atendidos⁴⁸.

Este mínimo vital ha sido fijado por las Audiencias Provinciales de la Comunidad Valenciana en una horquilla de entre 150 y 180 euros mensuales por hijo⁴⁹.

El mínimo vital rige únicamente en los casos de mala situación económica de los progenitores, pues de lo contrario la pensión deberá ser superior al mínimo vital. Así lo expone la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), en un caso en el que no es de aplicación el mínimo vital, “el cual se toma como referencia para casos de penuria económica de los progenitores y en especial de quién vaya a desempeñar la guarda. En este caso, la economía del progenitor es holgada como oficial de notaría, y vive con los hijos en el domicilio de su pareja actual. En una email fechado el 11 de julio de 2011 (f. 255) proponía el Sr. Fulgencio a su esposa que asumía él la guarda de los hijos y no la exigiría dinero alguno, pues con los 600 euros que por entonces le pasaba, tenía suficiente para mantenerlos”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 555/2014, de 16 de julio (núm. recurso 390/2014) es rotunda al afirmar que “un padre, respecto de unos hijos menores de edad sometidos a su patria potestad, no puede escudarse en sus

28 de mayo (núm. recurso 414/2014), la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 278/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 209/2015), y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

⁴⁸ V. en este sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 245/2014, de 11 de abril (núm. recurso 1194/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 307/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 1321/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 361/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 414/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm. recurso 594/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 296/2014, de 22 de julio (núm. recurso 296/2014).

⁴⁹ Así lo afirman la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 175/2015, de 8 de mayo (núm. recurso 719/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 201/2014, de 27 de marzo (núm. recurso 1218/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2014, de 22 de mayo (núm. recurso 129/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 277/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 293/2015), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 278/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 209/2015) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

pocos ingresos, en el aumento de gastos o, incluso, en la situación de paro, para no dar alimentos suficientes dentro de un mínimo decoroso de subsistencia, y más, cuando al no darse la convivencia diaria con ellos, está desplazando con exclusiva esa obligación a la madre que necesariamente tendrá que dar de comer a los hijos”⁵⁰.

Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 631/2014, de 11 de septiembre (núm. recurso 562/2014) afirma que cuando hay hijos menores “la colisión entre las necesidades de los progenitores y la de los hijos debe decantarse a favor de los hijos, dada su situación de necesidad, de modo que los padres deben sufrir el sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores, circunstancia que no se debe contemplar legalmente con la misma rigurosidad cuando se trata de hijos mayores en donde se debe buscar un mayor equilibrio entre la necesidad del progenitor y la necesidad del hijo. Por tanto, la fijación de estas medidas debe venir determinada conforme a los principios de necesidad de los hijos, privación y renuncia de los padres y ponderación equilibrada de las circunstancias concurrentes en todos ellos”. Concretamente, se impuso al padre, cuyo único ingreso era un subsidio de desempleo de 426 euros mensuales, que había perdido el uso de la vivienda familiar, el pago de una pensión de alimentos de 150 euros para atender las necesidades del hijo menor.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013) impuso al progenitor no custodio una pensión mensual de alimentos de 150 euros para la hija menor común, en lugar de los 100 euros que dicho progenitor había solicitado, “pese a que al momento de dictarse la sentencia el apelante había agotado la prestación asistencial de desempleo y ya no percibe ingreso alguno”. El tribunal recalcó que “La cantidad que estima adecuada el progenitor resulta notoriamente insuficiente para cubrir las necesidades de una menor, que carece de capacidad de trabajo ni de ganancia, como sí tiene el recurrente”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 245/2014, de 11 de abril (núm. recurso 1194/2013), por su parte, fijó la pensión de alimentos en 170 euros mensuales tomando en consideración que el progenitor no custodio se encontraba en prisión en calidad de preso y carecía de ingresos⁵¹.

⁵⁰ En el mismo sentido la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2014, de 22 de mayo (núm. recurso 129/2014).

⁵¹ La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2014, de 22 de mayo (núm. recurso 129/2014) permitió que la madre no custodia ingresara la cantidad de 75 euros mensuales por hijo en concepto de gastos ordinarios, cantidad que es inferior a los 150 euros mensuales que suele fijar como mínimo vital, debido a que el padre custodio solo pidió dicha cantidad en el marco del debate procesal, unido a las “nulas

En sintonía con las Audiencias Provinciales de la Comunidad Valenciana, el Tribunal Supremo, en su Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 55/2015, de 12 de febrero (núm. recurso 2899/2013), establece que en situaciones en las que el “progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia a favor de su hijo menor se encuentre en desempleo o carezca de ingresos”, la regla general será fijar siempre “un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante”. Sin embargo, a diferencia de la doctrina que venían aplicando las Audiencias Provinciales, para el Supremo existen casos extremos en los que el progenitor puede quedar eximido del pago de alimentos. Se trata de casos muy excepcionales, como el examinado por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 111/2015, de 2 de marzo (núm. recurso 735/2014), en el que “el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares y /o amigos”. Afirma el más alto Tribunal que “Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres”.

En desarrollo de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los casos muy excepcionales de pobreza absoluta de los progenitores, la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 171/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 824/2014) revoca la sentencia de instancia y disminuye la pensión de alimentos de 150 euros mensuales a 75 euros mensuales. Explica la Audiencia que “consta acreditado que la apelante es demandante de empleo y que no percibe pensión o subsidio alguno, reconociendo además el apelado en su escrito de oposición al recurso la falta de recursos de la madre para atender siquiera a su subsistencia al afirmar que de la misma manera que los padres de la recurrente la están ayudando a sobrevivir, tienen también la obligación de darle alimentos a su nieta. Con la situación económica de la Sra. Irene, que carece de recursos para poder hacer frente a su propia subsistencia, se debe revocar la sentencia recurrida, acordando el establecimiento de una pensión de alimentos por importe de 75€ mensuales, sin perjuicio de su modificación en caso de que la madre obtenga ingresos por un trabajo remunerado o sea

posibilidades económicas de la madre”.

beneficiario de algún tipo de pensión, subsidio o cualesquiera otras prestaciones”.

Por el contrario, la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 175/2015, de 8 de mayo (núm. recurso 719/2014), sí que aplica el mínimo vital, en contra de lo demandado por el recurrente. Tras recordar la reciente jurisprudencia del Supremo, considera la Audiencia que “no nos encontramos ante un supuesto de falta total de ingresos por parte del progenitor recurrente, sino como razona el tribunal de instancia: "se ha demostrado que el demandado no trabajan el momento actual de forma fija sino que va realizando según sus palabras "chapuzas" de 1 o 2 días para amigos suyos o personas que le contratan. No obstante vive de alquiler y pagar 120 € al mes". Es decir, ante una percepción de ingresos aunque sean mínimos que impone mantener la pensión de alimentos, aunque teniendo efectivamente encuentra que el recurrente se encuentra en desempleo, sin que cobre prestación de tipo alguno, resulta aconsejable reducir la pensión de alimentos, mientras se encuentre en esta precaria situación, al citado mínimo vital de 150 € mensuales”.

Finalmente, cabe señalar que la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014) estableció una pensión de alimentos a cargo del padre de 120 euros al mes por hijo para los hijos menores de edad, y 80 euros para los hijos mayores en situación de necesidad, cantidades que se encuentran por debajo de la horquilla habitual de mínimo vital. En este caso, pese a no encontrarse en una situación de pobreza absoluta, el padre contaba con 426 euros al mes del subsidio de desempleo como únicos ingresos, debiendo sufragar la pensión de alimentos de cinco hijos. De este modo, la Audiencia sugiere de forma implícita que es posible disminuir el mínimo vital por debajo de la horquilla cuando el progenitor cuanta con pocos ingresos y ha de sufragar un número relativamente elevado de pensiones.

B) Determinación judicial en caso de convivencia compartida.

Si, por el contrario, hay convivencia compartida, lo lógico es que ambos padres contribuyan al pago de los gastos ordinarios, en la cuantía que resulta proporcionada a los propios recursos, según resulta del art. 7.1 de la Ley 5/2011.

En la práctica, en los casos de custodia compartida suele ser habitual que el Juez determine que cada uno de los progenitores satisfaga los gastos ordinarios generados durante el tiempo en que los hijos convivan con cada

uno de ellos⁵². Ahora bien, hay gastos ordinarios diversos a los de pura comida y habitación, que se generan en períodos más amplios que el que los hijos conviven con cada progenitor (por ejemplo, material escolar o vestido), por lo que es común que se abra una cuenta conjunta en la que ambos padres hagan ingresos periódicos para atenderlos⁵³, la cual, si hay excesiva conflictividad entre ellos, quizás convenga que tenga carácter mancomunado⁵⁴.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013) fijó la cuantía de las aportaciones a dicha cuenta según la

⁵² V. en este sentido SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 89/2012, de 16 de enero (núm. recurso 642/2011), SAP (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), 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 Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2015), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 173/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 838/2015), SAP Castellón (sección 2ª) núm. 119/2014, de 3 de octubre (núm. recurso 97/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 388/2014, de 3 de junio (núm. recurso 1173/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 421/2014, de 11 de junio (núm. recurso 430/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 569/2014, de 17 de julio (núm. recurso 401/2014) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 635/2014, de 15 de septiembre (núm. recurso 728/2014).

⁵³ V. en este sentido, por ejemplo, SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 745/2013, de 14 de noviembre (núm. recurso 605/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 401/2014, de 6 de junio (núm. recurso 88/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 494/2014, de 1 de julio (núm. recurso 178/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014).

⁵⁴ V. en este sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 663/2014, de 22 de septiembre (núm. recurso 450/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 295/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 130/2015).

capacidad económica de cada progenitor⁵⁵, en 180 y 120 euros mensuales. Por su parte, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 388/2014, de 3 de junio (núm. recurso 1173/2013), estableció que los progenitores “ingresarán mensualmente en una cuenta bancaria la cantidad que se estime necesaria para atender el resto de gastos domiciliados o de devengo superior al mes en proporción del 80% el padre y el 20% la madre”, sin establecer cantidad concreta ninguna.

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 659/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 560/2013), observa, así, que aparte de los “gastos relativos a la estricta necesidad de habitación y comida”, “existen otros gastos que, no siendo extraordinarios, también deben atenderse para el bienestar de las menores tales como gastos de educación, de vestido y calzado, de ocio, etc., al que vienen obligados ambos progenitores pero en proporción a sus ingresos. Y habida cuenta que la proporción de ingresos es la mitad uno o el doble el otro, se está en el caso de mantener esa misma proporción en su respectiva contribución a los gastos ordinarios de sus hijas. En consecuencia y para llevar a efecto lo acordado deberá procederse a la apertura de una cuenta corriente en la que como contribución de los padres a los alimentos en sentido amplio de sus hijas, ingrese la madre 150 euros mensuales y el padre 300 euros también mensuales con la que se atenderá esos gastos de las hijas”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013) señala que, “habida cuenta que se ha acordado la custodia compartida por quincenas, lo lógico sería, como suele hacerse en casos similares, que cada progenitor proporcionase los alimentos a los hijos directamente cuando los tiene, pero, en el caso de autos, como quiera que existe una diferencia notable entre los medios de uno y otro progenitor, lógico es que dicha diferencia tenga su repercusión en la aportación de cada uno de ellos a la pensión alimenticia de los hijos”. Considera, así, que “Por ello, y teniendo en cuenta la diferencia entre ambos (3.000 euros mensuales el marido y 600 euros mensuales la mujer) la Sala estima debe señalarse que el padre, además de contribuir, al igual que la madre directamente a los alimentos de sus hijas cuando estén con el mismo, debe abonar a la madre 100 euros mensuales por hija, en lugar de los 300 que señala la sentencia de

⁵⁵ En el mismo sentido SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013).

instancia, mas sin que en dicha pensión estén incluidos todos los gastos de colegio”⁵⁶.

En el mismo sentido se manifiesta la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 620/2014, de 9 de septiembre (núm. recurso 318/2014), confirmando la imposición al padre del pago de una pensión de alimentos de 150 euros mensuales para atender a la mantención de la hija. Observa que, tanto en el art. 149 CC, como en el art. 7.2 de la Ley 5/2001, se establece “que los progenitores contribuirán al mantenimiento de sus hijos en atención a sus recursos y a las necesidades de sus hijos, lo que se traduce en que cuando la diferencia de ingresos es considerable se justifica una proporción distinta de contribución a los alimentos. Y, siendo así, que los ingresos de ambas partes están acreditados en autos y no existe cuestión sobre los mismos, la contribución que se ha fijado por el Juzgador de instancia se considera proporcionada en los términos exigidos por los mencionados preceptos”⁵⁷.

Por su parte, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014) estableció que “Cada progenitor asumirá los gastos de manutención del menor durante los períodos en que este esté con cada uno de ellos. Aunque, visto el diferente nivel de ingresos de los progenitores, y atendida la propia propuesta realizada por el apelante en el punto 3º del ‘suplico’ de su recurso, se establece que los gastos de colegio y médico-sanitarios del menor sean asumidos por el padre, así como los extraordinarios (debiendo existir acuerdo previo entre los dos progenitores en su realización, en relación con todos aquellos gastos extraordinarios que no sean de urgente necesidad)”.

Según se ha visto, el art. 7.1 de la Ley 5/2011, se refiere a “los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores” para fijar su contribución al pago de alimentos, pero es indudable que no es éste el único parámetro que debe ser tenido en cuenta: debe, así, ponderarse la concreta dedicación que cada uno de ellos preste a los hijos, la cual, a pesar de la existencia de dicho régimen, puede ser diversa, circunstancia ésta, que podrá ser tenida en cuenta al establecer la respectiva cuantificación.

A título ejemplificativo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 411/2014, de 10 de junio (núm. recurso 1191/2013) estableció la obligación del padre de

⁵⁶ En el mismo sentido SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014).

⁵⁷ En el mismo sentido la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 552/2014, de 14 de julio (núm. recurso 231/2014), que estableció que “Los gastos ordinarios de los menores se costearan por el padre durante el tiempo que conviva con él, contribuyendo el padre también a satisfacer los gastos ordinarios de los menores del periodo semanal en que convivan con la madre”.

contribuir con 300 euros mensuales a la manutención de cada hijo, además de los gastos de manutención durante los periodos en los que convive con ellos. La Audiencia valoró el hecho de que el padre era titular de una farmacia y contaba con una renta disponible anual de 69 mil euros, más del doble de los 29 mil euros de la madre, lo que llevó a la Audiencia a concluir que “El actor goza, por lo tanto, de mayor capacidad económica que la demandada, lo que justifica la fijación de una contribución a los gastos de los hijos (...)”. En el mismo sentido la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 286/2014), que estableció la obligación del padre de pagar la cantidad de 300 euros mensuales por hijo, además paga íntegramente los gastos de “colegio, comedor escolar, informes, libros, material escolar y seguro médico”.

Sin embargo, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) confirmó la sentencia de instancia que establecía un régimen de convivencia compartida, corriendo cada cónyuge con los gastos durante el periodo en el que el menor estuviera bajo su custodia, además de la apertura de una cuenta común donde ambos cónyuges ingresaban el mismo importe. El hecho de estar la madre en una situación de desempleo, cobrando la consiguiente prestación por desempleo, mientras el padre recibía un salario bruto anual de 19 mil euros, no fue motivo suficiente para que la Audiencia fijara una mayor contribución por parte del padre empleado “pues es proceder habitual de esta Sala que únicamente cuando existe una muy radical diferencia entre los ingresos de ambos progenitores, fijar una contribución distinta a los gastos extraordinarios”.

III. Gastos extraordinarios.

Los gastos extraordinarios se definen por contraposición a los ordinarios.

1. Concepto.

El art. 3.f) de la Ley 5/2011 define los gastos extraordinarios como aquéllos que puedan surgir “de forma excepcional”, esto es, que no sean habituales y previsibles anualmente.

A tenor del art. 7.3 de la Ley son siempre extraordinarios los “gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo” (por ejemplo, gastos generados por actividades extraescolares, campamentos de verano⁵⁸, y libros escolares⁵⁹, que no material escolar que son gastos

⁵⁸ V. SAP Valencia (sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014).

⁵⁹ V. SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso

ordinarios⁶⁰) 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” (por ejemplo los medicamentos⁶¹, los derivados de operaciones quirúrgicas, las prótesis, los derivados de largas enfermedades⁶², los de ortodoncia y los psicológicos⁶³). Por tanto, dichos gastos serán siempre extraordinarios con independencia de que sean habituales y previsibles anualmente.

Dentro de los gastos extraordinarios habrá que distinguir los que son estrictamente necesarios de aquellos que no lo son, por ejemplo no ya que los hijos accedan a la enseñanza superior, sino que lo hagan estudiando en una universidad privada con una matrícula muy elevada en relación con los ingresos de la familia. La distinción es importante, porque estos últimos, los no necesarios, solo podrán realizarse previo acuerdo de los progenitores o en su defecto mediante autorización judicial. Mientras que los necesarios bastará que se acrediten suficientemente.

2. Formas de distribución.

El art. 7.3 de la Ley 5/2011 establece dos reglas:

a) La primera de ellas (al igual que sucedía respecto de los gastos ordinarios) es la de la primacía de la autonomía de los progenitores para determinar la cuantía de la contribución de cada uno de ellos a este tipo de gastos. El precepto dice, así, que “Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos”. Por lo tanto, pueden acordar que los gastos extraordinarios sean satisfechos sólo por uno de ellos⁶⁴ o lo que es más común, por ambos, por partes iguales.

140/2014) y la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013).

⁶⁰ La SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014) consideró gastos ordinarios el “pequeño material escolar”.

⁶¹ V. SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014).

⁶² V. SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 484/2014, de 30 de junio (núm. recurso 479/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 529/2014, de 8 de julio (núm. recurso 82/2014).

⁶³ V. SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013).

⁶⁴ Esta fórmula puede ser muy útil para evitar litigios entre los progenitores acerca de la calificación de un determinado gasto como “ordinario” o “extraordinario”, si uno de los progenitores se obliga a pagar una pensión alimenticia lo suficientemente alta para garantizar la adecuada atención del menor.

b) La segunda de las reglas, de carácter subsidiario, es que “A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no”.

La precisión de que el juez decidirá sobre la contribución de los padres a los gastos extraordinarios, “con independencia de quien los satisfizo”, se explica, porque, en la práctica no suele ser infrecuente que dichos gastos sean satisfechos por uno de los progenitores, normalmente, el que convive con ellos, que luego tiene que poder reclamar al otro la parte que le corresponde.

“En todo caso –añade el precepto–, 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”.

Normalmente, los Tribunales suelen determinar que los gastos extraordinarios, en general, sean satisfechos por ambos progenitores por partes iguales⁶⁵.

⁶⁵ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 89/2012, de 16 de enero (núm. recurso 642/2011), SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2015), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 161/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 809/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 162/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 839/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 173/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 838/2015), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 174/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 808/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 175/2015, de 8 de mayo (núm. recurso 719/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 107/2014, de 2 de septiembre (núm. recurso 95/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 109/2014, de 3 de septiembre (núm. recurso 85/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 130/2014, de 10 de octubre (núm. recurso 153/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 138/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 916/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 141/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1048/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013), SAP Valencia

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014) explica que “esta Sala usualmente viene señalando su abono por mitad entre ambos progenitores, salvo que la diferencia de ingresos entre uno

(Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1208/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 200/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1260/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 201/2014, de 27 de marzo (núm. recurso 1218/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 206/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 842/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 224/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 1053/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 245/2014, de 11 de abril (núm. recurso 1194/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 296/2014, de 7 de mayo (núm. recurso 1291/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 299/2014, de 8 de mayo (núm. recurso 1268/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 307/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 1321/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 310/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 193/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2014, de 22 de mayo (núm. recurso 129/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 361/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 414/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 368/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 113/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 401/2014, de 6 de junio (núm. recurso 88/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 416/2014, de 11 de junio (núm. recurso 230/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 421/2014, de 11 de junio (núm. recurso 430/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm. recurso 594/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 478/2014, de 27 de junio (núm. recurso 1323/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 510/2014, de 3 de julio (núm. recurso 999/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 436/2014, de 16 de junio (núm. recurso 152/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 455/2014, de 19 de junio (núm. recurso 457/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 484/2014, de 30 de junio (núm. recurso 479/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 552/2014, de 14 de julio (núm. recurso 231/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 529/2014, de 8 de julio (núm. recurso 82/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 557/2014, de 16 de julio (núm. recurso 289/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 558/2014, de 16 de julio (núm. recurso 545/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 569/2014, de 17 de julio (núm. recurso 401/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 278/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 209/2015), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 284/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 266/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 295/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 130/2015), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 297/2015, de 20 de mayo (núm. recurso 239/2015) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

y otro sea tan abismal que aconseje establecer una proporción distinta”⁶⁶. De hecho, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 557/2014, de 16 de julio (núm. recurso 289/2014) dictaminó que “La contribución a los gastos extraordinarios debe ser al 50% porque aun existiendo un desequilibrio a favor del demandado, no es tan pronunciado como para justificar el establecer una proporción diferente para el pago de estos gastos”.

De este modo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013), en un caso de convivencia compartida, confirmó la sentencia recurrida, la cual había establecido una participación diversa de los progenitores en los gastos extraordinarios (2/3 el marido y 1/3 la mujer). Afirma, así, que “En cuanto a los gastos extraordinarios, es cierto que los mismos vienen siendo acordados al 50%, salvo que concurren circunstancias excepcionales que aconsejen su variación”. Concretamente, se tuvo en cuenta la existencia de una gran diferencia entre los salarios de los progenitores, circunstancia que también determinó, que, contra lo que suele ser habitual en estos supuestos, el padre, además, de hacerse cargo de los gastos ordinarios de las tres hijas mientras residieran con él, debiera pagar 100 euros mensuales por cada una de ellas en concepto de pensión de alimentos.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013) observa “una capacidad económica superior en el demandado, (...). Por esa misma razón, la contribución del demandado a los gastos extraordinarios de los hijos será del 60%, mientras que la de la actora será del 40%”. La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 286/2014) establece la obligación del padre de afrontar el 70% de los gastos extraordinarios, frente al 30% de la madre⁶⁷.

Por otra parte, en la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014) se determina que el cónyuge no custodio abonará la totalidad de los gastos extraordinarios por un periodo de 3 años, periodo temporal que coincide con el periodo en el cual dicho cónyuge deberá abonar la pensión compensatoria del art. 97 CC. Transcurridos los tres años, se extinguirá la pensión compensatoria y se configura el régimen habitual según el cual cada cónyuge debe abonar el 50% de los gastos extraordinarios.

⁶⁶ En el mismo sentido SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013).

⁶⁷ La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 465/2014, de 23 de junio (núm. recurso 1251/2014) estableció que el 75% de los gastos extraordinarios debían ser abonados por el padre y el 25% por la madre.

Finalmente, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013) introduce la posibilidad de que ambos progenitores ingresen cantidades periódicas y proporcionadas a sus respectivos recursos en una cuenta (1.200 euros el padre y 200 euros la madre), en la que se domiciliarán tanto los gastos ordinarios como extraordinarios de los hijos. En el mismo sentido, la SAP Castellón (sección 2ª) núm. 119/2014, de 3 de octubre (núm. recurso 97/2014) estableció que “El padre ingresará mensualmente 175 euros y la madre ingresará 125 euros, en una cuenta bancaria a nombre del menor”, destinada a los gastos extraordinarios.

3. La exigencia de acuerdo previo o previa autorización judicial.

A diferencia de lo que acontece con los gastos ordinarios, la realización de gastos extraordinarios, si no son necesarios, requiere el previo acuerdo de los progenitores o, en su defecto, la previa autorización judicial⁶⁸. Porque si lo son, bastará que se acrediten suficientemente⁶⁹.

Son gastos extraordinarios excluidos del régimen de previo acuerdo o autorización judicial *ex art.* 7.f los “gastos médicos no cubiertos por la seguridad social”, al tratarse de gastos extraordinarios pero necesarios⁷⁰, y los

⁶⁸ V. a este respecto, entre otras muchas SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 173/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 838/2015), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 361/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 414/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 368/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 113/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm. recurso 594/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 478/2014, de 27 de junio (núm. recurso 1323/2013) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014).

⁶⁹ V. SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1208/2013) o SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 484/2014, de 30 de junio (núm. recurso 479/2014), que se refieren a operaciones quirúrgicas, prótesis y largas enfermedades.

⁷⁰ V. SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 138/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 916/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1208/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 421/2014, de 11 de junio (núm. recurso 430/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 397/2014, de 4 de junio (núm. recurso 1171/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

“gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo”⁷¹.

También es común que el Tribunal sentenciador otorgue a determinados gastos extraordinarios el carácter de necesario, excluyéndolos expresamente del régimen de previo acuerdo o autorización judicial. Así, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013) concreta que se consideran excluidos de dicho régimen los gastos ortopédicos y farmacéuticos, y la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013) señala que los psicológicos también se exceptúan del régimen al considerarse necesarios.

Ahora bien, los gastos extraordinarios de carácter necesario, aunque no hayan sido expresamente excluidos del régimen de previo acuerdo o autorización judicial, excepcionalmente podrán ser hechos por uno de los padres (normalmente el que conviva con los menores cuando deban realizarse), cuando concurra una situación de urgencia que impida recabar el consentimiento del otro o la autorización judicial (piénsese, por ejemplo, en el caso de que haya que proceder a una extracción dental de manera inmediata)⁷².

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 151/2015, de 27 de abril (núm. recurso 803/2014) considera que los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social de carácter periódico y previsible tienen naturaleza ordinaria. Se trata de un caso en el que la menor debe seguir un tratamiento de rehabilitación semanal con carácter indefinido, con un coste de 240 euros mensuales. En consecuencia, al calificarlos como ordinarios, la Audiencia se aparta del tenor literal del artículo 7.3 de la Ley, según el cual dichos son gastos son “en todo caso” extraordinarios. Entendemos las razones de fondo por las que el Tribunal ha calificado los gastos de rehabilitación como ordinarios, dado la potencial fuente de conflictos que supone recabar mensualmente el consentimiento del otro progenitor o la autorización judicial. No obstante lo

⁷¹ V. SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 310/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 193/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 361/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 414/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

⁷² V. a este respecto, entre otras muchas, SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 201/2014, de 27 de marzo (núm. recurso 1218/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 361/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 414/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014).

anterior, dicho problema quedaría superado al tratarse de gastos extraordinarios pero necesarios, y por tanto quedar excluidos del régimen de previo acuerdo o autorización judicial, bastando su acreditación suficiente.

CAPÍTULO III

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL

SUMARIO: I. LA REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN.- II. LA TEMPORALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN.-1. Régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores.- 2. Régimen de convivencia compartida.- III. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.- 1. La atribución en favor de los hijos mayores de edad en estado de necesidad.- 2. La atribución temporal al cónyuge más necesitado de protección, en ausencia de hijos menores o mayores de edad.- IV. LA POSIBILIDAD DE OCUPAR OTRA VIVIENDA COMO RESIDENCIA FAMILIAR.- V. LA COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA USO DE LA VIVIENDA.- VI. EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR.- VII. EL PAGO, POR PARTE DEL CÓNYUGE ADJUDICATARIO, DE LOS GASTOS ORDINARIO DE COMUNIDAD Y DE SUMINISTRO DE SERVICIOS DE LA VIVIENDA.- VIII. LA EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE “CARGAS DEL MATRIMONIO” DE LAS CUOTAS DE AMORTIZACIÓN DEL PRÉSTAMO CONCEDIDO PARA LA COMPRA DE LA VIVIENDA GANANCIAL O COMÚN.- IX. LA POSIBILIDAD ATRIBUIR EN EL JUICIO MATRIMONIAL EL USO DE UNA VIVIENDA DISTINTA DE LA FAMILIAR.- X. CESACIÓN DEL DERECHO DE USO

I. LA REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN.

El art. 6 de la Ley 5/2011 regula la atribución del uso de la vivienda familiar habitual, concurriendo hijos menores, de manera más detallada y ajustada a la realidad social actual que el art. 96 CC, prestando (como veremos a lo largo de esta exposición) mayor atención a todos los intereses en conflicto.

El art. 6.1 establece una regla general, que es subsidiaria respecto a los posibles acuerdos a que hubieren llegado los padres en esta materia⁷³.

Dice el precepto que “A falta de pacto entre los progenitores (...) la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”⁷⁴.

⁷³ V. como ejemplo, SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013).

⁷⁴ V. a este respecto SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 678/2013, de 21 de octubre

Dicha regla se aplica, en el supuesto de convivencia compartida, pero también en el de convivencia atribuida en favor de uno solo de los progenitores⁷⁵, caso, éste último, en el que, precisamente, parece que lo más conveniente para los menores será permanecer en la vivienda familiar con el padre con el que convivan, a no ser que puedan usar otra vivienda apta para satisfacer sus necesidades.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013), desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la cual había acordado un régimen de convivencia compartida y había atribuido el uso de la vivienda familiar a la mujer. Dice, así, que “la absoluta desproporción de medios entre uno y otro cónyuge, que en el dilema de qué hacer con el uso de la vivienda, lleva, tanto al Juzgador de instancia como a esta Sala, a decantarse por atribuir su uso a la esposa, no sólo por la citada descompensación que existe entre los medios de uno y otro para poder acceder a una vivienda, sino, asimismo, porque en tanto la esposa carecería de otro lugar donde vivir tanto sola como cuando tenga a los hijos, el esposo sí tiene dicha necesidad cubierta, como lo demuestra el que está viviendo en una casa que sus padres tienen en la misma localidad”.

II. LA TEMPORALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN.

Según el art. 6.3 de la Ley 5/2011 “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y 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”.

Esta norma debe aplicarse respetando el principio constitucional de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.1 CE, que exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad.

Es, así, doctrina jurisprudencial actual que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez”, porque el art. 96.I CC “no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja”; de modo que “una

(núm. recurso 437/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013).

⁷⁵ Así se desprende del último inciso del art. 6.1 de la Ley 5/2011.

interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor⁷⁶.

En consecuencia, nos parece pertinente distinguir dos supuestos:

1. Régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores.

Si se establece un régimen de convivencia en favor de uno de los progenitores, el Juez deberá asignar al hijo y al progenitor custodio el uso de la vivienda familiar, sin límite temporal⁷⁷, sin perjuicio de que, si el progenitor con quien conviva llegase a disponer de otra vivienda, dicho uso pudiera ser revocado en un juicio de modificación de medidas⁷⁸.

⁷⁶ V., en tal sentido, STS 14 abril 2011 (RAJ 2011, 3590), STS 21 junio 2011 (RAJ 2011, 7325), STS 17 octubre 2013 (RAJ 2013, 7255), STS 29 mayo 2014 (RAJ 2014, 3889), STS 2 junio 2014 (RAJ 2014, 2842) y STS 28 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6048).

⁷⁷ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 162/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 839/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 130/2014, de 10 de octubre (núm. recurso 153/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 224/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 1053/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 206/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 842/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 229/2014, de 7 de abril (núm. recurso 914/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 245/2014, de 11 de abril (núm. recurso 1194/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 296/2014, de 7 de mayo (núm. recurso 1291/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 368/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 113/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 397/2014, de 4 de junio (núm. recurso 1171/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 455/2014, de 19 de junio (núm. recurso 457/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 510/2014, de 3 de julio (núm. recurso 999/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 529/2014, de 8 de julio (núm. recurso 82/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 555/2014, de 16 de julio (núm. recurso 390/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 558/2014, de 16 de julio (núm. recurso 545/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 278/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 209/2015), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 284/2015, de 13 de mayo (núm. recurso 266/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

⁷⁸ No obstante, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 200/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1260/2013) considera que la regla de atribución de la vivienda familiar al hijo y al progenitor custodio no es una regla automática en todos los casos. Explica la Audiencia que esta regla “no significa que siempre y en todo caso, deba así acordarse cuando las circunstancias aconsejen otra determinación, cual acontece en el caso de autos, dado que la vivienda familiar fue alquilada, como recoge la sentencia de

No obstante, la jurisprudencia suele establecer un límite temporal del derecho de uso de la vivienda familiar, que, sin embargo, abarca toda la minoría de edad de los hijos: respeta, así, el tenor de la Ley, sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad⁷⁹.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), confirmó la sentencia apelada, que había atribuido a la madre custodia de los hijos menores el uso de la vivienda familiar, propiedad del padre, hasta que aquéllos alcanzaran la mayoría de edad. El padre había recurrido esta decisión, argumentando que el plazo de asignación del derecho de uso era demasiado amplio, pidiendo que se fijara uno menor de dos o 5 años. Frente a ello, la Audiencia afirma que el recurrente, “tiene cubiertas las necesidades de vivienda a través de la vivienda que posee su nueva compañera sentimental, sin que la progenitora de los menores tenga disponibilidad para acceder a otra vivienda ni posibilidades de hacerlo dada su situación de desempleo con percepción de subsidio por desempleo que finalizaba en abril de 2014”; y, más adelante, confirma que la resolución de la cuestión es “esencial la situación de desempleo y estrechez de ingresos económicos para la subsistencia, tanto de la propia progenitora, como muy especialmente de los menores debiendo garantizarse la de estos últimos por

instancia, antes de volver la actora a España, lo que unido a que la misma vive en Tortosa, hace a todas luces imposible su adjudicación a la misma como solicita”. También la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 141/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1048/2013) confirma la sentencia de instancia que había atribuido el uso de la vivienda familiar a la madre custodia y al menor de 5 años de edad, por un periodo de tan solo 6 años. La sentencia argumenta que “el periodo de tiempo durante el que la actora y el hijo tienen derecho a ocupar la vivienda es adecuado a las circunstancias del caso, es lo suficientemente amplio para que pueden prever la pérdida de ese derecho de uso y procurarse otra habitación que responda a sus necesidades y capacidad económica, y además se prevé un aumento de la pensión de alimentos cuando deban abandonar la vivienda. Por ello, prolongar el uso hasta la mayoría de edad del hijo se reputa excesivo”.

⁷⁹ V. en este sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 678/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 437/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 138/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 916/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 383/2014, de 2 de junio (núm. recurso 24/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 478/2014, de 27 de junio (núm. recurso 1323/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 498/2014, de 30 de junio (núm. recurso 151/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 675/2014, de 23 de septiembre (núm. recurso 499/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

encima de cualquier otro interés, así mediante la atribución del uso de la vivienda en los términos efectuados por el juzgador a quo, se garantiza la cobertura de las necesidades de los menores cuando residan en compañía de su progenitora”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014) revocó la sentencia apelada, que había atribuido el uso de la vivienda familiar, propiedad de los abuelos paternos, al menor y a la madre “hasta alcanzar el menor los siete años”. Señala la Audiencia “que, en principio y dado que mediante la atribución del uso de la vivienda al hijo menor de edad se da cobertura a la necesidad de habitación del menor, dicha atribución ha de ser hasta la mayoría de edad del niño, mientras las circunstancias permanezcan y, sin perjuicio de que, caso de pérdida del uso del domicilio pueda generar un incremento en el quantum de la pensión por alimentos”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 484/2014, de 30 de junio (núm. recurso 479/2014) revocó la sentencia apelada, que sólo había asignado el uso de la vivienda familiar a la madre y a las hijas menores por un periodo de 5 años. Explica la sentencia que “el pronunciamiento que limita por cinco años la atribución del uso de la vivienda ha de ser revocado, la guarda y custodia de las menores ha recaído en exclusiva sobre la madre, hoy recurrente, y siendo el interés de los menores el más digno de protección y constituir obligación de los padres el procurar que los menores dispongan de un domicilio adecuado en el que desarrollar su existencia, es procedente la atribución del uso de la vivienda a la madre y los menores hasta la mayoría de edad de estos, por corresponderse con lo establecido en el art. 96.1 del CC y 6 de la Ley 5/11 de 1 de abril así como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que emana, entre otras, de las sentencias de fecha 29 de marzo, 1 y 14 de abril, 21 de junio, 30 de septiembre y 10 de octubre todas ellas de 2011 que establecen que la norma contenida en el art. 96.1 no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, dado que el interés que se protege en dicho precepto no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja a la vivienda”.

Hay incluso sentencias que van más allá, pues atribuyen el uso de la vivienda temporal, no sólo hasta que los menores alcancen la mayoría de edad, sino hasta que los mismos lleguen a una situación de independencia económica⁸⁰ o alcancen una edad superior a los 18 años⁸¹.

⁸⁰ V. en este sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014) analiza un caso en el que se establece que el uso de la vivienda familiar “se extinguirá cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: 1) Que (el menor) alcance independencia económica; 2) Que (el menor) deje de vivir de modo prolongado con su madre, o; 3) Cuando (el menor) cumpla los 26 años”.

Nos parece excesiva la solución que propugnan algunas sentencias al prolongar la atribución del uso de la vivienda más allá de la mayoría de edad de los menores, hasta que estos lleguen a una situación de independencia económica, porque en definitiva no puede saberse a priori cuando tendrá lugar. Creemos que es más adecuado, a la par que más respetuoso con los derechos dominicales sobre la vivienda, atribuir su uso exclusivamente hasta la moría de edad, sin perjuicio de que si al llegar esta, el hijo prueba encontrarse en una situación de necesidad, pueda prorrogarse con arreglo a las normas reguladoras de la obligación de alimentos entre parientes.

2. Régimen de convivencia compartida.

Por el contrario, cuando hay un régimen de convivencia conjunta, cabría pensar en la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a los menores y al progenitor, cuyo interés sea más digno de protección (o, en palabras empleadas por el art. 6.1 de la Ley 5/2011, al que “tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra”) durante un periodo de tiempo inferior al que reste para el que aquéllos alcancen la mayoría de edad.

Esta interpretación puede apoyarse en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretativa del art. 96.I CC en los casos en que se establece un sistema de custodia compartida.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha decidido que “dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial,

recurso 594/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 527/2014, de 8 de julio (núm. recurso 174/2013). No obstante la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2014, de 26 de marzo (núm. recurso 1208/2013) revoca la sentencia de instancia en el sentido de atribuir el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de la menor en lugar de hasta su independencia económica. La Audiencia señala que la mayoría de edad “es un día cierto frente a la mayor indeterminación que conlleva asignar la vivienda “hasta la independencia económica de la hija”; además, la fijación de un plazo determinado es la línea seguida mayoritariamente por la jurisprudencia última de este Tribunal”.

⁸¹ La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013) atribuyó la vivienda familiar hasta que las hijas menores alcanzaran la edad de 23 años.

dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios”⁸².

Pero la jurisprudencia ha ido más lejos, excepcionado la consolidada regla, según la cual no es posible establecer limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda asignado al progenitor custodio, mientras persista la minoría de edad de los hijos. Por el contrario, en los supuestos de custodia compartida, a través de una aplicación analógica del art. 96.III CC, se ha inclinado por establecer una limitación temporal del derecho de uso concedido al progenitor que se encuentra en mayores dificultades de acceder a otra vivienda, que valore también el régimen de propiedad de la misma, solución que creo razonable, si tenemos en cuenta que dicha limitación será siempre revisable, pudiendo prorrogarse el uso en favor del progenitor que inicialmente lo tuviera atribuido, si persiste esa imposibilidad objetiva de acceso a otra vivienda.

Ha dicho así: “Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver ‘lo procedente’. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como

⁸² STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023).

manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

Concretamente, se atribuyó a la madre el uso de la vivienda privativa del marido, pero sólo por dos años, estimándose que “Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad [33 años], y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”⁸³.

En el sentido apuntado se orienta en la jurisprudencia valenciana, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 577/2014, de 21 de julio (núm. recurso 324/2014), que asignó el uso de la vivienda familiar a la madre, pero sólo por un año, porque aunque no tenía trabajo, disponía de una formación que permitía prever que “prontamente” podrá independizarse y ser “ese tiempo razonable para proveerse de otro alojamiento”; o la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014) que atribuyó el uso de la vivienda conyugal a la madre por un periodo de cuatro años “suficiente para permitirle adoptar las medidas necesarias para reorganizar su vida y la de su hijo también en el particular del domicilio adecuado para ambos”⁸⁴. La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013) atribuye el uso de la vivienda familiar al padre y las hijas únicamente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) confirma la sentencia de instancia que, en el marco de un régimen de convivencia compartida, había atribuido la vivienda a la madre sin límite temporal de tiempo, “con la única

⁸³ STS 24 octubre 2014 (RAJ 2014, 5180).

⁸⁴ También la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014) que atribuyó el uso a la progenitora por un periodo de 2 años o la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), que atribuyó al padre el uso de la vivienda conyugal durante tres años.

puntualización de que el uso de la vivienda se atribuye a la esposa hasta la mayoría de edad de la menor”⁸⁵.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 494/2014, de 1 de julio (núm. recurso 178/2014) realiza una atribución del uso temporal en favor de la madre de solo seis meses, considerando “que para mantener la estabilidad adquirida por la menor procede mantenerla en el uso de la vivienda con su progenitora, pero atendido también, que las partes han iniciado un pleito de división de la cosa común y, al parecer, otro para liquidar previo inventario la sociedad de gananciales que regía su matrimonio, atendido también que la progenitora tiene una vivienda arrendada cuyo uso podría revertir, se está en caso de limitar a seis meses a partir de la fecha de la presente resolución la atribución a madre e hija de la vivienda familiar, transcurrido el cual no procede atribución especial a ninguno de los progenitores, debiendo éstos llegar a un acuerdo en cuanto al destino final de la vivienda, bien en el marco negocial de la autonomía de la voluntad o en el marco judicial de los pleitos iniciados”.

Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 286/2014) acuerda una solución transitoria consistente en atribuir el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre, por un periodo de un año, finalizado el cual deberá abandonar la vivienda. Posteriormente el padre le deberá satisfacer un alquiler mensual por un importe no mayor a 500 euros durante un plazo adicional de 3 años.

No obstante lo anterior, si vencido el plazo inicialmente fijado, persiste la dificultad objetiva del progenitor para poder acceder a otra vivienda, el mismo podrá y deberá ser prorrogado, para garantizar la necesidad de habitación de los hijos menores de edad, los no pueden quedar privados del uso de una vivienda, durante el tiempo en que convivan con él (art. 39 CE).

Naturalmente, si ningún progenitor presenta un interés digno de protección, se atribuirá el uso del inmueble o a su titular, o a nadie (en caso de que la vivienda sea propiedad de la sociedad de gananciales o se halle en régimen de copropiedad⁸⁶).

Un caso particular es el acaecido en la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), que prescinde del criterio

⁸⁵ En el mismo sentido SAP Castellón (sección 2ª) núm. 119/2014, de 3 de octubre (núm. recurso 97/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014).

⁸⁶ V. SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013).

de atribuir la vivienda al progenitor con más dificultades de acceso a otra vivienda, pues ningún progenitor parece alegar dichas dificultades, y atribuye la vivienda al progenitor con mayor cuota en el condominio de la vivienda.

III. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.

1. La atribución en favor de los hijos mayores de edad en estado de necesidad.

Téngase en cuenta que, cuando no haya hijos o éstos sean mayores de edad, no se aplicará la legislación valenciana, sino el CC. En este caso, la atribución del uso de la vivienda a los hijos mayores de edad (y, en su caso, del progenitor con quien conviva) no será automática, sino que requerirá la prueba de un estado de necesidad, que deberá ponderarse con todos los intereses en juego⁸⁷.

Es evidente que el genérico mandato constitucional de protección de los hijos no se proyecta sobre los mayores de edad, respecto de los cuales no juega el art. 96.I CC, sino que la protección de su necesidad de habitación debe discurrir por un cauce distinto, esto es, el de la obligación de alimentos entre parientes, regulada en los arts. 142 y ss. CC, de donde se deducen una serie de consecuencias.

En primer lugar, el progenitor con el que sigan conviviendo los hijos durante la minoría de edad, no tiene un derecho automático a que se prorrogue el derecho al uso de la vivienda familiar, sino que tendrá que demostrar la existencia de una situación objetiva de necesidad de ambos (art. 148.I y 152.3º CC) y, sólo, entonces, si su interés es el más merecedor de protección que el del otro progenitor (a falta de existencia de otras alternativas razonables), podrá pedir continuar en el uso de la casa con el hijo mayor de edad, por el tiempo que el juez estime prudencial, al amparo del art. 96.III CC, subordinada siempre a la persistencia de la necesidad de habitación, pues, en el caso de que desapareciese, podría instarse un procedimiento de modificación de medidas.

En segundo lugar, el hijo mayor de edad tampoco tiene derecho *per se* a continuar en el uso de la vivienda conyugal, incluso aunque probara el estado de necesidad, porque como ha declarado el Pleno del Tribunal Supremo, la prestación alimenticia a favor de los mayores (dentro de la cual se subsume la habitación) “admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo

⁸⁷ V. a este respecto SAP Valencia (sección 10ª) núm. 400/2014, de 4 de junio (núm. recurso 773/2013).

a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”; por lo tanto, “Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella”; y concluye: “En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir”⁸⁸.

En tercer lugar, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores será temporal, mientras persista su situación de necesidad.

La SAP Valencia (Sección 10^a), núm. 675/2014, de 23 de septiembre (núm. recurso 499/2014) observa que “la protección y asistencia a los menores en materia de vivienda debe ser incondicional y no limitada temporalmente en virtud del principio de protección del menor”, pero, “en caso de no existir menores - como en el presente- la decisión de la hija sobre con qué progenitor desea convivir, en este caso con la madre, es un factor más a tener en cuenta al adoptar la decisión, pero no será determinante de la atribución automática del uso de la vivienda”. Afirma como doctrina consolidada la que considera que “el límite temporal de uso, como norma será la mayoría de edad de los hijos, y a partir de ese momento la atribución del uso de la vivienda será a favor del que represente el interés más necesitado de protección. Y en ese supuesto, no se aprecia, más allá de las circunstancias que se han tenido en consideración para fijar una pensión compensatoria, un superior derecho de la recurrente a usar la vivienda familiar una vez esté liquidado el patrimonio ganancial, que finalizará con la adjudicación a cada uno de los bienes que les han de permitir subvenir por sus propios medios a la necesidad de habitación”.

Por dicho, cuando los hijos mayores de edad, inicialmente adjudicatarios del derecho de uso de la vivienda familiar cumplan 18 años no cabe prórroga automático del mismo, sino que habrá que examinar si el mismo se halla en situación de necesidad y ponderar los recursos económicos de ambos progenitores para decidir la cuestión.

⁸⁸ STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677), cuya doctrina reitera el reciente ATS 15 abril 2015 (recurso núm. 656/2014).

Así lo hace la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 296/2014, de 22 de julio (núm. recurso 296/2014), que observa que “Si bien la protección y asistencia a los menores en materia de vivienda debe ser incondicional y no limitada temporalmente en virtud del principio de protección del menor (...), en caso de no existir menores- como en el presente- la decisión del hijo sobre con qué progenitor desea convivir, en este caso con la madre, es un factor más a tener en cuenta al adoptar la decisión, pero no será determinante de la atribución automática del uso de la vivienda”; más adelante, añade que la Sala “considera que el límite temporal de uso, como norma será la mayoría de edad de los hijos, y a partir de ese momento la atribución del uso de la vivienda será a favor del que represente el interés más necesitado de protección, que en este supuesto, teniendo en cuenta la situación económica de las partes”, lo ostenta el padre, que ha visto reducida la cuantía de su subsidio de desempleo (próximo a extinguirse), de 765,15 a 426 euros mensuales, encontrándose acogido en casa de sus propios progenitores; por el contrario, la madre dispone de un empleo fijo y, además, su pareja, con quien convive, “también trabaja en la misma empresa, por lo que disponen de capacidad económica para procurarse una vivienda”. No obstante, concede a la madre y a la hija un plazo de tres meses para desocupar el inmueble.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 322/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 32/2014) confirmó la sentencia de instancia que estimó la demanda de modificación de medidas en el sentido de limitar el uso de la vivienda familiar, privativa del padre, por el periodo de un año a la madre y al hijo que la ocupaban, ya que este último había alcanzado la edad de 19 años aunque no la independencia económica. Tras analizar la reciente jurisprudencia del TS, la Audiencia estimó que el padre representaba una necesidad de mayor protección “habida cuenta de que además de ser el titular de la vivienda tampoco es propietario de otra y está habitando una de su esposa, sita en Marines Viejo, población en la que no existe centro en el que escolarizar a la hija del demandante habida de su actual matrimonio. Por lo tanto la Sala estima que la resolución recurrida fue atinada al así entenderlo, y conceder además a la apelante un plazo razonable de un año para abandonar la vivienda.”

Es también ilustrativo el ejemplo de la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 427/2014, de 12 de junio (núm. recurso 109/2014) que estimó la pretensión del padre de recuperar el uso de la vivienda familiar común, que por mutuo acuerdo se había atribuido a la madre y a la hija cuando ésta tenía 13 años, como consecuencia de haber fallecido la primera de ellas. Desde el momento del fallecimiento de la madre, la hija común, de 21 años, seguía ocupando la vivienda, habiendo impedido al padre la entrada a la misma, incluso mediante intervención de la policía. La hija alega el derecho de los hijos al uso de la

vivienda familiar, sin embargo la SAP recuerda que no “se puede pasar por alto la doctrina jurisprudencial sentada con posterioridad, que limita el derecho de uso de la vivienda a los hijos hasta la mayoría de edad de los mismos”.

2. La atribución temporal al cónyuge más necesitado de protección, en ausencia de hijos menores o mayores de edad.

En defecto de hijos menores o mayores de edad en estado de necesidad (supuesto este, para el que tampoco rige la legislación valenciana), por aplicación del art. 96.III CC, podrá asignarse el uso de la vivienda familiar, “por el tiempo que prudencialmente se fije” “al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”⁸⁹.

La jurisprudencia considera que la norma se aplica igualmente cuando el cónyuge beneficiario de la atribución es parcialmente propietario de la vivienda, por ser ésta común o tener carácter ganancial, en cuyo caso, parece prudente que el límite temporal del derecho de uso (garantizando, quizás, un mínimo período de ocupación) coincida con el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial⁹⁰ o con el de la venta del inmueble, si ésta tiene lugar antes⁹¹.

Hechas estas precisiones, conviene resaltar que la atribución del uso de la vivienda a quien no es titular exclusivo de la misma es excepcional. El art. 96.III CC la prevé, exclusivamente, cuando “su interés sea el más necesitado de protección”. Pero no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que, como recientemente ha declarado la jurisprudencia, será necesario probar que, “realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte”⁹².

Se ha atribuido, así, el uso de la vivienda de carácter ganancial a los dos cónyuges por periodos alternativos de un año, porque en “ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las

⁸⁹ V. a este respecto SAP Valencia (sección 10ª) núm. 305/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 1298/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 320/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 17/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 362/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 374/2014) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 289/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 105/2015).

⁹⁰ V. en este sentido STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

⁹¹ V. en este sentido STS 11 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7262).

⁹² STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del ex marido, en importe hoy próximo al salario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar⁹³; e igualmente, se ha desestimado la pretensión de la mujer (no existiendo hijos menores) de que se le asignara el uso de la vivienda familiar, porque la circunstancia de que era “la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”⁹⁴.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular, no sólo es excepcional, sino también temporal, por el plazo que “prudencialmente se fije” por el juez (art. 96.III CC)⁹⁵.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) 438/2014, de 16 de junio (núm. recurso 52/2014) explica que “En efecto, el párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil señala que cuando no haya hijos ‘podrá’ acordarse que “el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Comparando la dicción literal del precepto con lo dispuesto en el párrafo primero de ese mismo artículo, se observa, en primer lugar y por la utilización del vocablo ‘podrá’ el que ya no es automática la asignación de la vivienda a uno de los progenitores, el que ostente la guarda, como parece desprenderse del primer párrafo, y en segundo lugar que ese carácter discrecional obliga al Juez a ponderar cuales sean las ‘circunstancias’ y cual sea el ‘interés más necesitado

⁹³ STS 14 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10432).

⁹⁴ STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

⁹⁵ Según la redacción del art. 96.3 CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, cuando se atribuya la custodia a uno de los progenitores por una razón distinta a la de ser custodio de los hijos menores, dicha atribución “lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

En el mismo sentido se orienta el art. 233-1 del Código civil de Cataluña, que, en su núm. 1 f), prevé que “Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla”. Por su parte, el art. 81.3 del Código de Familia de Aragón, establece que “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal, que, a falta de acuerdo, fijará el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”.

de protección?. Teniéndose en todo caso presente que esa atribución tienen carácter provisional, esto es en tanto en cuanto no se proceda a instancia de cualquiera de los cónyuges a instar la liquidación de la sociedad de gananciales, y sin que ese uso condicione o predetermine el resultado de las operaciones particionales inherentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, pues aun cuando se confiere el derecho a seguir disfrutándola., tal otorgamiento no prejuzga la propiedad definitiva de la vivienda, que formará parte de la masa liquidable y podrá adjudicarse en la partición del patrimonio conyugal a cualquiera de los cónyuges”.

En el mismo sentido se expresa la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 291/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 256/2015), que atribuye el uso de la vivienda conyugal a la esposa por un periodo de dos años, habida cuenta que no hay hijos menores de edad y su interés es el más necesitado de protección. Explica la Audiencia que “sentadas esas premisas es necesario ponderar las circunstancias especiales concurrentes en el caso de autos cuales son: en primer lugar el que el matrimonio no ostenta ninguna otra vivienda que la que fuera conyugal; en segundo lugar, el que el domicilio que fuera conyugal no es propiedad de la sociedad de gananciales sino al parecer ostenta sobre el mismo un usufructo la madre del esposo; en tercer lugar, que en ese domicilio actualmente conviven con la esposa los dos hijos del matrimonio, ya mayores de edad, a los que no se ha otorgado pensión alimenticia en la sentencia de instancia; en cuarto lugar, que el esposo marchó a vivir a casa de sus padres, y la esposa no tiene otra vivienda; y en quinto y último lugar, que los ingresos acreditados del esposo lo son procedentes de una pensión por incapacidad y alcanzan la suma de 540 euros, mientras que ella apenas llega a los 430 euros. Con esos datos que acaban de exponerse se comprende que el ‘interés más necesitado de protección’ es la esposa, considerando razonable el que el Juzgador de instancia, no obstante ello, haya fijado un plazo relativamente corto de ocupación del mismo, razón por la cual debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia de instancia lo que supone la desestimación del recurso”.

Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 379/2014, de 2 de junio (núm. recurso 428/2014) examina en apelación un caso en el que la sentencia de instancia atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa por un periodo de 3 años, ya que considera que, conviviendo con un hijo mayor en el que no concurre un estado de necesidad, su interés es el más digno de protección: “En el presente caso, y siendo mayor de edad el hijo que convive en el domicilio familiar, conforme a la jurisprudencia expuesta, ha de señalarse que ambos cónyuges estarían inicialmente en plano de igualdad, al no ser de aplicación el art. 96 párrafo primero C.C., hay que acudir al párrafo tercero de la misma norma y resolver la atribución del uso de la vivienda en función de, entre los cónyuges, cual sea el interés más necesitado, que no es sino lo

efectuado por el juzgador a quo, el cual ponderando las circunstancias concurrentes, ha concluido acertadamente que el interés más necesitado es el de la actora, siendo determinante para la atribución del uso la situación económica de la misma, y no siendo el interés del hijo prioritario para la resolución del conflicto, ha de confirmarse tanto el pronunciamiento relativo a la atribución del uso como el tiempo del mismo”.

Asimismo, la SAP Valencia (Sección 10ª) 653/2014, de 18 de septiembre (núm. recurso 526/2014) observa que la norma es “aplicable igualmente al caso de que ambos cónyuges sean cotitulares, es decir, que ambos ostenten la titularidad de la vivienda por ser esta un bien ganancial sin perjuicio de a quién se atribuya definitivamente en la liquidación de gananciales. Para realizar esta designación habrá de valorarse las circunstancias concurrentes en cada cónyuge y ver cuál es el interés más necesitado de protección”. En el caso concreto, confirmó la sentencia recurrida, que había atribuido a la madre el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales con el tope temporal máximo de un año, a contar desde la fecha en que se hubiera dictado la resolución judicial.

Es importante señalar que la jurisprudencia ha fijado la regla según la cual el órgano jurisdiccional, a la hora de fijar “prudencialmente” el tiempo por el cual se atribuye la vivienda al cónyuge no titular, en su caso, no podrá atribuirle por un periodo de tiempo mayor que el solicitado en la demanda. Así lo establece la SAP Valencia (Sección 10ª) 362/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 374/2014), que revoca la sentencia de instancia por cometer incongruencia *extra petita*, ya que había atribuido la vivienda familiar al cónyuge no titular por un periodo de cuatro años, cuando éste sólo la había solicitado por dos años.

IV. LA POSIBILIDAD DE OCUPAR OTRA VIVIENDA COMO RESIDENCIA FAMILIAR.

El art. 6.2 de la Ley 5/2011 dispone que, “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, 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”.

Esta norma, que se ajusta a la actual tendencia interpretativa del art. 96 CC, es completamente razonable: incluso, aun en el caso de que se haya establecido un régimen de convivencia en favor de uno solo de los progenitores, éste no puede pretender continuar en el uso de la vivienda

familiar que sea común o privativa del otro, si dispone de otra vivienda que pueda ocupar y que satisfice adecuadamente la necesidad de habitación de los menores.

Así, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014), que estima la demanda de modificación de medidas y establece la custodia compartida, determina que la esposa, que hasta el momento ostentaba la custodia individual y el uso de la vivienda familiar, deberá abandonar dicha vivienda “tanto por el dato de ser la citada vivienda privativa del esposo, como por el hecho de poseer la esposa una vivienda en Valencia”.

Es también lógica la previsión que el mismo precepto realiza en su último inciso, según el cual, “Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos (los de ocupación de otra casa, que, p. ej., compra o hereda), éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento, salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

Como decíamos, la jurisprudencia ha abierto, en efecto, en el derecho común una vía de interpretación en la que, a nuestro juicio debe profundizarse, esto es, la de poder realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta, siempre que ésta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación, la cual está comprendida dentro de los alimentos que deben prestarles sus progenitores.

Ciertamente, la idea que parece presidir la redacción del art. 96.I CC es la de que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable. Ahora bien, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del padre no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia. De hecho, lo previsto en el precepto, sólo se aplica “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez”; y, si los cónyuges pueden pactar, de común acuerdo, que los hijos y el padre que quede con ellos, pasen a habitar otra vivienda, no se comprende por qué el juez no ha de poder adoptar esta medida a petición de uno de ellos, cuando la oposición del otro, por carecer de justificación objetiva y razonable, sea abusiva. Por otro lado, la normalización de la custodia compartida con la fijación de tiempos de convivencia tendencialmente idénticos de los hijos con ambos progenitores supone un cuestionamiento de la idea de que los menores deben permanecer siempre en la misma casa y acentúa una interpretación del art. 96 CC en clave alimenticia.

La jurisprudencia ha avalado esta interpretación del art. 96.I CC considerando que la esencia de la razón de ser de la disciplina en él consagrada es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional.

Ha dicho, así, que “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”⁹⁶.

Es, por ello, que, con argumentación semejante, no ha atribuido el uso de vivienda familiar al progenitor custodio en otros casos (en los que éste tenía a su disposición otra casa apta para satisfacer la necesidad de habitación de los

⁹⁶ STS 29 marzo 2011 (RAJ 2011, 3021).

Es cuestionable la solución a la que llegó la STS 30 septiembre 2011 (RAJ 2011, 7387), que, en clara contradicción con esta idea, consideró improcedente la solución adoptada por la resolución recurrida, que creo era perfectamente razonable. En segunda instancia se había dispuesto que la mujer y los hijos menores pasaran a ocupar una vivienda en alquiler (elegida por aquélla), durante todo el tiempo en que durara la minoría de edad de los hijos, constituyendo el marido un depósito bancario, con cargo al cual sería pagada la renta mensualmente. Frente a ello, el Tribunal Supremo, afirma que se trata de “una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el art. 96.1 CC. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley [...] que obliga a decidir en interés del menor”. Desde mi punto de vista, la satisfacción de la necesidad de vivienda de los menores no presupone necesariamente que hayan de residir en una vivienda que pertenezca, en todo o en parte, a sus padres, sino que se puede lograr realojándolos en una vivienda en alquiler, siempre que se garantice el pago de las rentas.

hijos de forma digna y adecuada). Así, cuando el padre custodio, con un alto nivel económico, ha alquilado una vivienda por lo que paga 1.800 euros mensuales, de modo que “el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del art. 96 del CC”⁹⁷; cuando la madre custodia ha “adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos” pues, “cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre”, “y no sólo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler”⁹⁸, o cuando existe una vivienda alternativa a la familiar (propiedad exclusiva del padre), que pertenece proindiviso a ambos progenitores, pues, “si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre”⁹⁹.

V. LA COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA USO DE LA VIVIENDA.

Además, según el art. 6.1 de la Ley 5/2011, “En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso”¹⁰⁰.

⁹⁷ STS 3 diciembre 2013 (RAJ 2013, 7834).

⁹⁸ STS 5 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10135).

⁹⁹ STS 16 enero 2015 (JUR 2015, 3073).

En el mismo sentido se había pronunciado, respecto de un caso semejante, la STS 10 octubre 2011 (RAJ 6839), la cual consideró procedente que los menores pasaran a residir a otra vivienda, perteneciente en copropiedad a sus padres, debiendo abandonar aquella en la que habían vivido, que pertenecía en copropiedad al marido y a los abuelos paternos (67% y 33% respectivamente). Reiterando doctrina jurisprudencial consolidada, afirma que “La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”.

¹⁰⁰ “Tal 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”.

Entre esas “circunstancias concurrentes” habrá que tener en cuenta, por ejemplo, la cuantía de la pensión de alimentos que tenga que satisfacer el progenitor que pierde el uso de la vivienda, pues es posible que se reduzca su importe, precisamente, como consecuencia de no poder usarla¹⁰¹.

Igualmente, habrá que tener en cuenta la situación económica del adjudicatario del derecho de uso, que, si es muy precaria, puede determinar que no tenga que pagar compensación alguna o que el importe de ésta sea muy reducido. Así, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), estableció un compensación de 50 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar propiedad del marido, teniendo en cuenta su “situación de desempleo y estrechez de ingresos económicos”. Por su parte, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) no concedió la compensación por privación del uso de la vivienda familiar solicitada por el marido. Observa que “la expresión de la Ley 5/2011 "demás circunstancias concurrentes en el caso", de la norma, permite valorar la peor situación económica de la Sra. Ariadna , desempleada, la consecuente inferioridad de sus ingresos económicos y la inexistencia de otra vivienda titularidad de la misma donde poder desarrollar adecuadamente sus deberes parentales”.

La jurisprudencia ha establecido una serie de reglas en torno al precepto:

a) El juez no puede conceder de oficio la compensación, sino que ha de ser pedida, bien por vía de acción, bien por vía de excepción¹⁰². La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013) permitió que dicha pretensión se introdujera en la contestación a la demanda y no mediante reconvencción, “porque la cuestión fue suficientemente tratada en el juicio, de modo que la actora pudo defenderse de esta pretensión”.

b) La petición no puede introducirse, como una nueva cuestión, en el recurso de apelación¹⁰³.

¹⁰¹ V. así SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 555/2014, de 16 de julio (núm. recurso 390/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 558/2014, de 16 de julio (núm. recurso 545/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014).

¹⁰² V. en este sentido SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 774/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 941/2012).

¹⁰³ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm.

c) La petición debe ir acompañada de la prueba del precio de los alquileres de zona.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), precisa, así, que la compensación por privación del uso de la vivienda familiar no puede ser aplicada de oficio, sino sólo a instancia de parte, debiendo probar quien la solicite cuál es “el precio de los alquileres de una vivienda de similares características”¹⁰⁴.

Y según la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) no basta la prueba de “la media abstracta de los alquileres de la zona sino que ha de hacerse una aproximación más específica a las concretas condiciones de la vivienda familiar”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), observa que “El demandado presenta como base probatoria de su pretensión de compensación una certificación del responsable de una inmobiliaria en la que dice que los precios de los alquileres en la ciudad de Sueca de pisos de 4 habitaciones oscilan entre los 300 y 400 euros mensuales dependiendo de su ubicación y del estado en que se encuentren (folio 306, tomo II). Con este documento no es posible fijar una compensación superior a los 150 euros al mes, porque no existen elementos de prueba que acrediten que la vivienda familiar, por sus características, esté por encima del límite mínimo de referencia al que alude el documento citado, y además, esa cantidad está más en consonancia con la capacidad económica de la actora”.

d) El perjuicio, cuyo resarcimiento se pide, ha de ser real y significativo.

La SAP Alicante (Sección 4ª) núm. 499/2012, de 18 de diciembre (núm. recurso 454/2012) denegó la pretensión del marido, porque la privación del uso de la vivienda familiar no le suponía un gran perjuicio económico, dado que contaba con ayuda de la entidad financiera en la que trabajaba para el alquiler de una casa, habiendo, adquirido ya la propiedad de otra.

recurso 72/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 416/2012, de 11 de junio (núm. recurso 446/2012), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 870/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 553/2012) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013).

¹⁰⁴ V. a este respecto SAP Castellón (sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 124/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), no consideró procedente la compensación solicitada por el padre, porque el uso de la vivienda familiar había sido asignado a la hija (a la que le faltaban tres meses para alcanzar la mayoría de edad) y a la madre, por un período de seis meses, a contar desde que aquélla cumpliera los dieciocho años. Afirma, así, que “dicho uso se ha limitado por escasos meses lo que aconseja no estimar la demanda en este punto, revocando la de instancia, sin señalar suma alguna”.

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), confirmó la sentencia que había supeditado el pago a la mujer de una compensación de 150 euros mensuales por haber sido privada del uso de la vivienda familiar (asignado al padre y a los dos hijos menores) a la circunstancia de que ésta comenzara a pagar un alquiler. Afirma que “la decisión del Juzgado es justa, pues no puede pretender la compensación quien por el momento dispone de una vivienda, aunque sea a título de precario, para alojarse, de modo que no debe realizar ningún desembolso, sin perjuicio de que, como dice la sentencia, tan pronto comience a afrontar gastos por este concepto el demandado deba pagarle 150 euros mensuales”; y añade: “Esta cuantía se considera adecuada, aun a falta de más prueba, teniendo en cuenta la condición común de la misma, así como su ubicación en una población pequeña, de modo que no procede fijarla más elevada”.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014) rechazó la pretensión de la recurrente de no pagar compensación alguna por el uso de la vivienda familiar, ya que “aun cuando razona la recurrente que el Sr. Javier podría usar la vivienda que ambos litigantes poseen en Moncofar, debe significarse que, de un lado un cónyuge no puede imponer al otro su lugar de residencia, y de otro lado, la distancia existente entre dicha localidad y Albalat dels Sorells, dificultaría notablemente el correcto desarrollo de las obligaciones parentales, al tiempo que presenta una notable distancia de su lugar de trabajo en Valencia”.

No obstante, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013) rechazó la pretensión de la recurrente de no pagar compensación alguna por el uso de la vivienda familiar (privativa del otro progenitor) “so pretexto del número de viviendas de la que es titular el otro progenitor”, siete en este caso, “pues en ningún momento se regular por ley una atribución de uso de vivienda que resulte gratuita para el beneficiario de la medida”.

e) El Tribunal no pueden decidir sobre la pretensión de manera aislada, sino que debe valorarla en el contexto de todas las medidas económicas ya vigentes o que vayan a acordarse en la resolución que se dicte, pues, de lo

contrario, so pretexto de corregir un desequilibrio económico, se estaría creando uno nuevo¹⁰⁵ (p. ej., si, a cambio de la asignación del uso de la vivienda familiar, uno de los progenitores ha renunciado a solicitar una pensión compensatoria por divorcio).

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013) denegó, así, la pretensión, por parte del marido, de cobrar la compensación, porque en el convenio regulador, que, en su día fue aprobado por la sentencia de divorcio, la mujer, asignataria del uso de la vivienda familiar común, se había obligado a pagar la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario y los gastos ordinarios mientras permaneciera en ella. La Audiencia afirma que dicho pacto suponía ya una compensación, en forma de retribución indirecta del marido, por la pérdida del uso de la vivienda.

También la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014) denegó al marido la compensación por el uso de la vivienda, que había sido atribuido a la esposa –ama de casa– por un periodo de cuatro años. Considera la Audiencia que “cuando el progenitor que permanece en la vivienda no dispone de medios holgados suficientes para abonar dicha contraprestación, no debe concederse la misma, porque ello en definitiva reduciría los medios de que dispone dicho progenitor para la adecuada atención del menor”.

f) Los Tribunales suelen rechazar las pretensiones, encauzadas a través de procesos de modificación de medidas, de obtener una compensación por la pérdida del uso de una vivienda asignado antes de la entrada en vigor de la Ley, en particular, si la asignación fue pactada por los cónyuges en convenio regulador, con el argumento de que esta aplicación sobrevenida de la Ley puede romper el equilibrio del conjunto de las medidas adoptadas en su día, las cuales forman un todo, cuyas partes se interrelacionan y se justifican, las unas con las otras.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 66/2013, de 4 de febrero (núm. recurso 57/2013), observa que “la compensación establecida por la Ley 5/2011 por el uso de la vivienda no plantea problema alguno cuando tal medida es examinada, por primera vez en un procedimiento matrimonial, o cuando se hace en un procedimiento de modificación en el que se examinan

¹⁰⁵ V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 87/2013, de 11 de febrero (núm. recurso 1290/2012), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 219/2014, de 2 de abril (núm. recurso 1051/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

conjuntamente el resto de las demás medidas, ya que, en uno u otro caso, se busca el equilibrio a que se ha aludido anteriormente; pero cuando, como en el caso de autos en esta alzada, solo se examina la citada compensación por el uso, sin entrar en el estudio de las demás medidas económicas al no haber sido recurridas, ello inexorablemente, va a dar lugar a que se rompa el conjunto de las demás medidas de carácter económico en su día adoptadas”¹⁰⁶.

La Audiencia revoca, así, la sentencia recurrida, que había condenado a la mujer a compensar al marido con el pago de 250 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar (asignada al marido en propiedad exclusiva en la liquidación de sociedad de gananciales), el cual había sido atribuido a aquélla hace 12 años.

“En efecto –dice la Audiencia–, en su día el Juzgador de instancia aprobó el convenio que las propias partes suscribieron, y sólo al albur de la Ley Valenciana, pretende el actor, se señale a su favor una compensación económica por el uso de la vivienda, olvidando que cuando ellos mismos -los cónyuges- suscribieron el convenio, ya tuvieron en cuenta no sólo las necesidades de los menores y las posibilidades económicas de los progenitores, sino, asimismo, que los menores tendrían cubierta su necesidad de vivienda al atribuirse su uso a los mismos, dando lugar al señalamiento de la citada pensión alimenticia, pues de no haber existido vivienda en propiedad o haberse atribuido la misma al esposo, la pensión alimenticia habría sido distinta; y eso mismo acontece cuando la pensión alimenticia es fijada por el Juez: aquilata la misma en función tanto de las necesidades de los hijos como de las posibilidades de los progenitores y, por supuesto, de la existencia o no de una vivienda, tanto en propiedad como en alquiler y de a quien se atribuya la misma, pues como parte integrante de los alimentos que es la vivienda, es elemento fundamental a tener en cuenta a la hora de señalar la suma de una pensión alimenticia”.

VI. EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR.

Al destino del ajuar familiar se refiere el art. 6.5 de la Ley 5/2011, en los siguientes términos: “El ajuar familiar 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. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial”.

¹⁰⁶ En el mismo sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013).

“Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso” (art. 6.6).

VII. EL PAGO, POR PARTE DEL CÓNYUGE ADJUDICATARIO, DE LOS GASTOS ORDINARIO DE COMUNIDAD Y DE SUMINISTRO DE SERVICIOS DE LA VIVIENDA.

Parece justo que el usuario, salvo pacto en contrario, pague los gastos de suministro de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono) así como los ordinarios de comunidad¹⁰⁷; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar¹⁰⁸, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda (por ejemplo, el IBI¹⁰⁹) deberá recaer sobre el titular o titulares de la misma, si ambos lo son, en la proporción en que lo sean¹¹⁰.

¹⁰⁷ No obstante en la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013) se establece que el progenitor al que se la ha atribuido el uso sufrague solo el 50% de los gastos de comunidad de propietarios.

¹⁰⁸ A este respecto, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014) consideró que “Los gastos de seguro de hogar (salvo los del seguro anejo al préstamo hipotecario) deberán ser sufragados por uno o ambos titulares de la vivienda en función de que la contratación (voluntaria) de dicho seguro sea querida por ambos o por uno solo (por ambos, si ambos quieren contratarlo; por uno solo, el que lo quiera contratar si sólo uno quiere contratarlo)”.

¹⁰⁹ La SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014) estableció que el usuario deberá soportar la tasa de basura.

¹¹⁰ V. a este respecto SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 181/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 1049/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 224/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 1053/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 286/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 397/2014, de 4 de junio (núm. recurso 1171/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 498/2014, de 30 de junio (núm. recurso 151/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de

Esta práctica jurisprudencial ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo, “en aras al equilibrio económico entre las partes”, distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de éstos con la comunidad. Dice, así que nada impide que la sentencia de divorcio decida que “el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación”, lo que no obsta “para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad”¹¹¹.

VIII. LA EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE “CARGAS DEL MATRIMONIO” DE LAS CUOTAS DE AMORTIZACIÓN DEL PRÉSTAMO CONCEDIDO PARA LA COMPRA DE LA VIVIENDA GANANCIAL O COMÚN.

Además, la jurisprudencia actual, con evidente sentido común, entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad¹¹².

Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habersele atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o

julio (núm. recurso 55/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio (núm. recurso 283/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 329/2015).

¹¹¹ STS 25 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4963).

¹¹² En este sentido se orientó la importante STS 28 marzo 2011 (RAJ 2011, 939), que revocó la sentencia apelada, la cual había establecido que el cónyuge no custodio debía satisfacer el 80% de las cuotas del préstamo hipotecario (frente al 20% del otro), argumentando que este mayor porcentaje se justificaba por su consideración como aportación al pago de la pensión alimenticia. El Tribunal Supremo distingue dos tipos de gastos en relación con la vivienda familiar: a) De un lado, “los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio”. b) De otro lado, “el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial”. “Esto último –añade- está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio [...] En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente”.

en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos¹¹³. La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente *pro indiviso* a ambos cónyuges, en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el art. 393 CC, de modo que se hará en proporción a sus respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales¹¹⁴. En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda¹¹⁵ y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato; y ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien realmente lo fuera¹¹⁶.

¹¹³ Según la redacción del art. 96.5, II CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución”.

¹¹⁴ La STS 26 noviembre 2012 (RAJ 2013, 186) afirma que “no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales”. En el mismo sentido se pronuncia la STS 20 marzo 2013 (RAJ 2013, 4936), según la cual la hipoteca “no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes”.

¹¹⁵ V. en este sentido art. 233-23.1 CC de Cataluña.

¹¹⁶ Ésta solución es admitida por la STS 17 febrero 2014 (RAJ 2014, 918), que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado al marido a pagar la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario, a lo que se había obligado frente al banco al suscribir la hipoteca. La mujer sostenía que la vivienda se había puesto exclusivamente a su nombre para evitar que pudiera ser embargada por las deudas contraídas por su cónyuge en el ejercicio de su actividad empresarial. Afirma el Supremo que la sentencia objeto del recurso “no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se

Por lo tanto, los gastos de adquisición de la vivienda (importe de las amortizaciones del préstamo hipotecario), salvo pacto en contrario, habrán de ser satisfechos conforme a su sistema de adquisición, esto es, por los dos progenitores por partes iguales, tanto, si se trata de un bien ganancial (en cuyo caso estaremos antes cargas de la sociedad de gananciales, y no antes cargas del matrimonio) o pertenece a ambos progenitores pro indiviso¹¹⁷.

No obstante la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), aun aceptando que los gastos del préstamo hipotecario son cargas de la sociedad de gananciales (como ha señalado la jurisprudencia del TS), considera que “teniendo en cuenta la situación económica de la esposa que, con los ingresos mas arriba referidos, difícilmente puede hacerse cargo de la mitad de la cuota y que la falta de pago de las cuotas hipotecarias podría llevar como efecto la privación de la vivienda, lo que perjudicaría la estabilidad del menor procede acordar que durante un periodo de dos años se abone por el esposo el 80% de la cuota hipotecaria y por la esposa el restante 20%, sin perjuicio del derecho del primero a resarcirse de las cantidades abonadas en exceso sobre el 50% que le correspondería abonar que se llevará a cabo cuando se realice la liquidación de la sociedad de gananciales”. Esta solución ya fue adoptada

concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, razón por la que procede desestimar el recurso, dado que no se aprecia el interés casacional alegado, pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, sin apartarse de la misma”.

¹¹⁷ V. a este respecto SAP Castellón (sección 2ª) núm. 119/2014, de 3 de octubre (núm. recurso 97/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 140/2014, de 3 de marzo (núm. recurso 1176/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 206/2014, de 31 de marzo (núm. recurso 842/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2014, de 10 de junio (núm. recurso 25/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 416/2014, de 11 de junio (núm. recurso 230/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 421/2014, de 11 de junio (núm. recurso 430/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 476/2014, de 27 de junio (núm. recurso 594/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 544/2014, de 14 de julio (núm. recurso 356/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 547/2014, de 14 de julio (núm. recurso 252/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 305/2015, de 22 de mayo (núm. recurso 903/2014).

por la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 196/2013, de 20 de marzo (núm. recurso 1402/2012) ¹¹⁸, aunque dicha resolución aún no acoge la jurisprudencia del TS que considera los gastos de adquisición de la vivienda cargas de la sociedad de gananciales.

Conviene también apuntar que el pacto en virtud del cual los cónyuges pueden establecer, para el abono de las cuotas del préstamo hipotecario, una regla diferente de la prevista en su sistema de adquisición, puede celebrarse por cualquiera de las formas admitidas en derecho. Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 368/2014, de 28 de mayo (núm. recurso 113/2014), revocó la sentencia de instancia que había establecido “Que el esposo deberá satisfacer la mitad de cuota mensual del préstamo hipotecario que grava la que fuera vivienda familiar”. La apelante alegó que existía un pacto no escrito entre los cónyuges en virtud del cual “el esposo abonaría el pago de las cuotas hipotecarias íntegramente”. La Audiencia considera que “Consta acreditado la obligación contraída por el esposo de abonar a la cuenta bancaria común la cuantía de 900 €/mes desde junio de 2010, cuantía que, afirma la recurrente tenía por objeto el pago de la pensión alimenticia para las tres hijas comunes del matrimonio y, la aplicación del resto al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar (...), es cierto que tal acuerdo no consta plasmado por escrito, sin embargo, nuestro derecho no exige dicha forma, siendo bastante el acuerdo de voluntades, aun verbal para la producción de efectos de los acordado (art. 1255, 1258 y concordantes C.C.)”; y añade: “Sentada la posibilidad de concierto de voluntades entre los cónyuges respecto de la asunción del pago del préstamo hipotecario, se constata que desde Junio de 2010 Guillermo ha efectuado ininterrumpidamente transferencias, por importe de 900€/mes, a la cuenta bancaria cotitulada por ambos cónyuges en la que se halla domiciliado el pago de la hipoteca de la vivienda familiar. Fijada la pensión por las tres hijas menores de edad en 150€/mes, es coherente con la prueba practicada, atribuir el pago de la hipoteca al demandado rebelde, pues así la ha venido asumiendo (no discriminando las pequeñas oscilaciones de la cuota hipotecaria) a lo largo del tiempo y se desprende que, efectivamente existió tal pacto, el cual debe ser aceptado, más aún, si tenemos en cuenta que el demandado, pese a ser correctamente emplazado, no compareció en

¹¹⁸ Acuerda la Audiencia que respecto del préstamo hipotecario, “debe tenerse en cuenta la diferente situación en que se encuentran los esposos en cuanto a ingresos económicos, que impiden que la esposa pueda hacer frente en la actualidad a la mitad de los pagos, por lo que procede que el esposo adelante las cantidades mediante el pago de los préstamos pendientes que sean a cargo de ambos, sin perjuicio de que, cuando se liquide la sociedad de gananciales, deba la demandada, con cargo a su parte en los gananciales, reintegrar al esposo las cantidades que él haya abonado y debiera haber pagado ella para la satisfacción de dichas obligaciones”.

el procedimiento pese a tener cumplido conocimiento de los términos de la demanda en la que se hacía constar la existencia del antedicho pacto.”

IX. LA POSIBILIDAD ATRIBUIR EN EL JUICIO MATRIMONIAL EL USO DE UNA VIVIENDA DISTINTA DE LA FAMILIAR.

Tanto el art. 6 de la Ley 5/2011, como el art. 96 CC, se refieren, exclusivamente, a la atribución del uso de la vivienda familiar, esto es, aquélla en la que la familia tiene su residencia habitual, y no a otras viviendas distintas (y tampoco, por supuesto, a otras edificaciones, como los locales de negocio).

No obstante, la jurisprudencia, con fundamento en la equidad, a pesar de la clara dicción de los preceptos, admite la posibilidad de asignar “en casos puntuales” el uso de una vivienda distinta a la familiar al progenitor no custodio en el juicio de separación o divorcio, para cubrir sus necesidades de alojamiento, porque, según explica la SAP Valencia (Sección 10ª) 653/2014, de 18 de septiembre (núm. recurso 526/2014), no pueden quedar “desamparados derechos tan fundamentales como lo es el de ocupar una vivienda digna como proclama el artículo 47 de la Constitución, lo que debe encontrar tutela judicial cuando existen otras viviendas”.

Justifica esta solución excepcional en los siguientes argumentos lógicos: “1º si los cónyuges así lo pactaran en un convenio regulador - y en cientos de ellos así se ha pactado indudablemente se aprobaría tal medida; resultando ilógico, pues, que dependa sólo de la exclusiva voluntad del custodio el que el otro cónyuge pueda vivir en otra vivienda propiedad de la sociedad, 2º -no la conyugal porque ahí sí se ha atribuido su uso por disposición legal a uno de ellos- con lo que la confrontación está servida, y la atribución de dicha vivienda no sólo evita tales desencuentros sino que además garantiza una vivienda al otro cónyuge, con el consiguiente ahorro que, además, puede tenerse en cuenta a la hora de señalar pensión alimenticia habida cuenta la mayor disponibilidad económica del no custodio que no precisará alquilar una vivienda, y 3º, porque, como se ha dicho antes, la pura lógica resalta lo absurdo que puede llegar a ser que existiendo otras viviendas vacías, tenga el no custodio que buscar y pagar un alquiler”.

X. CESACIÓN DEL DERECHO DE USO.

Tratándose de progenitores que tienen atribuido el uso de la vivienda familiar, por su condición de custodios exclusivos de los hijos menores de edad, el derecho de uso se extingue al cumplir éstos la mayoría de edad; en los demás casos, cuando expira el plazo judicialmente fijado; y ello, sin

perjuicio de que, si, en ese momento, persiste una situación de necesidad objetiva, dicho plazo pueda ser prorrogado.

No obstante, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, según la cual es posible satisfacer la necesidad de habitación de los hijos (también menores) con una vivienda distinta a la familiar, el derecho de uso puede extinguirse (instándose un juicio de modificación de medidas) antes de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad o de que se cumpla el plazo de duración fijado (si el derecho corresponde a un progenitor sin hijos o con hijos mayores de edad), en el caso de que el asignatario adquiera a título oneroso o gratuito (por ejemplo, por herencia¹¹⁹) en propiedad plena¹²⁰ o compartida (por ejemplo, con un nuevo cónyuge o conviviente¹²¹) una casa apta para satisfacer la necesidad de habitación que se trata de proteger (o, recupere el uso de la que estaba alquilada, por extinción del contrato de arrendamiento¹²²), pues podrá habitar en ella, o, si (como se

¹¹⁹ Así, la SAP Navarra (Sección 2ª), núm. 205/2001, de 1 de septiembre (núm. recurso 399/2000), estimó la demanda del marido, en la que éste solicitaba que se pusiera fin a la atribución del uso de la vivienda familiar (de su propiedad exclusiva) en favor de los hijos (ya mayores de edad) y de la madre, dado que la misma había heredado de sus padres dos pisos y había comprado un tercero con parte del dinero de la herencia. Afirma, así, que: “la adquisición por parte de [la demandada] de un patrimonio inmobiliario, por vía ‘mortis causa’, determina un cambio de circunstancias esencial, en relación a la situación que tenía cuando se dictaron las precedentes resoluciones judiciales, y que le permiten disponer, cuando menos en un medio plazo de tres viviendas aptas para su ocupación por la demandada, por lo que no es de apreciar en ella un interés más necesitado de protección que el del titular de la vivienda que ahora ocupa”.

¹²⁰ Como sucedió en el caso resuelto en la ya vista STS 5 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10135), confirmatoria de la sentencia de divorcio, que, modificando la medida adoptada en la sentencia de separación, atribuyó al marido el uso de la vivienda familiar, de la que era propietario exclusivo, porque posteriormente la madre custodia había “adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos”, porque “cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre”.

¹²¹ Recuérdense que la STS 29 marzo 2011 (RAJ 2011, 3021) confirmó la sentencia de divorcio, que atribuyó al padre el uso de la vivienda familiar, la cual en la anterior sentencia de separación había sido asignada a la madre; y ello, porque en el tiempo que medió entre ambas resoluciones judiciales la madre había adquirido una nueva vivienda en copropiedad con la nueva pareja con la que convivía. Afirma, así, que “no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia”.

¹²² La STS 16 enero 2015 (JUR 2015, 47658) consideró procedente la modificación de medidas solicitada por el progenitor, que había pedido que el derecho de uso de la vivienda familiar, que era de su propiedad exclusiva, pasara a recaer sobre otra casa, propiedad de ambos progenitores, anterior residencia familiar y posteriormente alquilada, al extinguirse el contrato de arrendamiento. Observa que “el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio” y que “las

prevé en el art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI) abandona la vivienda familiar de manera permanente para residir en otra, sea de su propiedad¹²³ o ajena: por ejemplo, retorna a casa de los propios padres¹²⁴) o reside en la vivienda de otra persona con la que se vuelve a casar o con la que mantiene una convivencia *more uxorio*).

El art. 6.2 de Ley 5/2011 sanciona expresamente esta solución, al establecer que “Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos [esto es, “derechos sobre una vivienda que le facultan para ocuparla como tal residencia familiar”], éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

A diferencia de lo que acontece con la pensión compensatoria, lo que en el ordenamiento jurídico español, común o foral, no se admite es que el derecho de uso se extinga por el mero hecho de que el asignatario contraiga un nuevo matrimonio o conviva maritalmente con otra persona distinta a la del otro progenitor; y, a pesar de las duras críticas de un sector de la doctrina, no creemos que esta solución sea desacertada.

Téngase en cuenta que, si la razón de la atribución (temporal) del uso estriba en la necesidad de habitación de un progenitor sin hijos menores de edad, la misma no desaparece por la circunstancia de casarse o de convivir con un tercero, sino, exclusivamente, cuando su nuevo cónyuge o conviviente *more uxorio* tenga una casa en la que poder vivir con él. Por otro lado, si estamos ante un progenitor a quien se atribuye la vivienda familiar, por razón de ser el custodio exclusivo del hijo menor de edad, no parece que el hecho de que su nuevo cónyuge o conviviente tenga una casa le obligue a residir en ella, con el

necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida”.

¹²³ La SAP Murcia (Sección 4ª), núm. 364/2011, de 14 de julio (núm. recurso 637/2010), confirmó la sentencia apelada, que había atribuido al marido el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, dándose la circunstancia de que la madre había salido de ella con los hijos menores para habitar con ellos en otro piso, de procedencia familiar.

¹²⁴ La SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), núm. 300/2005, de 19 de septiembre (núm. recurso 312/2005), consideró que había que modificar la atribución del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge no custodio, al ser su interés el más necesitado de protección, y por haber sufrido el otro un accidente, que le hizo trasladarse con los hijos a la vivienda del abuelo paterno, para poder acudir a un centro de rehabilitación próximo a ésta. La Audiencia estimó “comprensible que [el padre custodio] se sienta más cómodo y seguro en compañía de familiares; como consecuencia de este cambio de residencia, las hijas han cambiado también de centro de estudios, medida que denota la previsión de que la situación se prolongue”.

riesgo de que, si su posterior matrimonio o unión de hecho fracasa, no pueda volver a la vivienda familiar originaria para atender la necesidad de habitación del menor¹²⁵. Es cierto que, si el nuevo cónyuge o conviviente reside en la vivienda familiar del anterior matrimonio, es posible que éste obtenga un enriquecimiento injusto, por ejemplo, por disfrutar de una vivienda ajena, a pesar de tener otra propia, que no usa y tiene alquilada, caso éste, en el que podría pensarse en una compensación a su cargo en favor del progenitor propietario privado del uso de su casa.

No obstante, la jurisprudencia valenciana se muestra proclive a ponderar la circunstancia del nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* del adjudicatario del derecho de uso al efectos de resolver una solicitud de modificación de medidas.

Muestra de ello es la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013), que estima la pretensión de modificación de medidas consistentes en atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, titular privativo de la misma. Se trata de un caso en el que inicialmente “en atención a la custodia de una menor, el progenitor cede una vivienda privativa que posteriormente “acaba sirviendo de hogar a un núcleo familiar diferente del inicial”, formado por la nueva pareja de la madre y el hijo común de ambos. Dice la Audiencia, “No vamos a reiterar pues que puede llegar a desembocar en un verdadero abuso si se mantuviera de forma indefinida, o a largo plazo, dicha atribución al menor, y por ende al nuevo núcleo familiar de la madre. El hecho de que la actual pareja de la demandada, (...) no disponga de otros inmuebles ni pueda acceder a los mismos, ni es objeto de juicio, ni se prueba, ni cambia las cosas pues lo bien cierto es que la Sra. SAGRARIO y su nueva pareja deben proveer con sus propios medios a las necesidades del hijo que tienen en común, y no con los que el Sr. SEGISMUNDO puso a disposición de su hija, por lo que debe extinguirse la

¹²⁵ Nos parece adecuado el fallo contenido en la STS 16 junio 2014 (RAJ 2014, 3073). Al admitirse la demanda, se había asignado cautelar y temporalmente la custodia del menor al padre, manteniendo a la madre en el uso de la vivienda, dado que el padre tenía en esos momentos resuelto el problema de la vivienda en la casa de su pareja de hecho. “Ahora bien –dice el Tribunal Supremo–, ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, que constituyó el domicilio conyugal y que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del CC, como consecuencia de la sentencia de separación”. “La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores, pero no para atribuirla a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para la que está prevista”.

atribución del uso de la vivienda. Y a diferencia de lo que estimó el juez de instancia, consideramos que la menor no tiene porqué verse desprotegida en el caso de que se cese en el uso del inmueble siempre que en paralelo se proceda a aumentar la pensión de alimentos, que deberá cubrir la necesidad de habitación de Araceli, que hasta ahora se venía satisfaciendo ‘in natura’ mediante la renuncia del titular a utilizar su vivienda”.

Un caso parecido analiza la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 291/2014, de 6 de mayo (núm. recurso 1126/2013). La sentencia de divorcio (de 19 de enero de 2009), aprobó el convenio regulador, en el que se estableció la custodia de la progenitora respecto al hijo menor común, se fijó una pensión de alimentos mensual a cargo del progenitor de 350 euros, y se atribuyó el uso de la vivienda familiar (privativa del progenitor no custodio) a la progenitora custodia y al menor. Posteriormente, el 19 de abril de 2012 el progenitor no custodio solicitó “la modificación de las medidas, concretamente que se estableciera la custodia compartida sobre el hijo y se extinguiera la pensión de alimentos y el derecho de uso sobre la vivienda familiar”. La Audiencia mantiene la custodia individual a cargo de la progenitora, pero respecto del uso de la vivienda familiar establece: “alega el recurrente cuál es la situación de hecho actual, que no es otra que la de que él está haciéndose cargo del abono de la hipoteca y la demandada sigue viviendo en la misma con el hijo y en los últimos años con su actual pareja, y que este último está obteniendo un beneficio de tal situación, ya que ha alquilado su propia vivienda. Es claro pues que existe un hecho nuevo en este punto, la convivencia de la madre con su actual pareja”. La Audiencia, en fin, “acuerda el fin de la atribución del domicilio familiar a la demandada, que deberá abandonarla en el plazo de tres meses a contar de la presente resolución. En paralelo debe incrementarse la pensión de alimentos en 100 euros mensuales, toda vez que la prestación que hacía ‘in natura’ el recurrente respecto a la necesidad de habitación de su hijo, queda sin efecto.”