

# La regulació de la custòdia compartida a la Comunitat Valenciana

ICIAR CORDERO CUTILLAS  
Professora titular de dret civil  
Universitat Jaume I

## 1. INTRODUCCIÓ

Recentment les Corts Valencianes han publicat la Llei 5/2011 de l'1 d'abril, de relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen, que va entrar en vigor el 5 de maig. El Tribunal Constitucional ha declarat la suspensió de la vigència i aplicació de la dita norma des de la data d'interposició del recurs d'inconstitucionalitat, el 4 de juliol de 2011, interposat pel Govern de l'Estat, a instàncies del Consell de Ministres amb l'informe favorable del Consell d'Estat. El Tribunal Constitucional, per interlocutòria del 22 de novembre de 2011, va aixecar aquesta suspensió.

Sense detenir-nos en la qüestió sobre la competència de la Comunitat Valenciana per a promulgar lleis de caràcter civil, aquest treball té com a objecte analitzar la conveniència de la regulació legal de la mal anomenada custòdia compartida que, en definitiva, altres comunitats autònomes<sup>1</sup> ja han dut a terme.

D'altra banda, la llei valenciana aborda exclusivament les relacions dels progenitors amb els seus fills menors d'edat, quan els progenitors no conviuen o es produeix la ruptura de la convivència (la guarda i les seues incidències quant a la pensió alimentària i l'atribució de l'habitatge familiar). Per tant, tot el que es refereix a la pàtria potestat, a les relacions entre els progenitors i a la d'aquests amb els seus fills majors d'edat dependents econòmicament i que convisquen a la llar familiar s'ha d'aplicar el que disposa el Codi civil.

1. La primera a regular la qüestió ha sigut Aragó: Llei 2/2010, del 26 de maig, d'igualtat en relacions familiars amb motiu de ruptura de convivència de pares, actualment derogada i refosa en el Codi del dret foral d'Aragó (Decret legislatiu 1/2011, del 22 de març). Catalunya: Codi civil de Catalunya (llibre segon relatiu a la persona i la família), Llei 25/2010, del 29 de juliol. Navarra: Llei foral 3/2011, del 17 de març, de custòdia dels fills en els casos de ruptura de la convivència dels pares.

Com a qüestió prèvia hem d'abordar la relativa a la pàtria potestat, ja que el concepte o més aviat l'exercici d'aquesta, en més o menys mesura, es confón amb l'exercici de la guarda i custòdia. Si això és així, és coherent que els progenitors que no viuen junts perseguisquen la guarda conjunta dels seus fills per a no perdre la capacitat de decisió en els diferents aspectes que envolten la vida dels seus fills.

## 2. PÀTRIA POTESTAT

### 2.1. *Concepte*

El Codi civil no defineix la pàtria potestat.<sup>2</sup> Ha sigut la doctrina la que ha elaborat el concepte a partir de la regulació continguda en els articles 154 al 171 del Codi civil (CC). L'article 154 del CC disposa que «els fills no emancipats estan sota la potestat dels seus pares» i continua dient que la «pàtria potestat s'ha d'exercir sempre en benefici dels fills».

D'ací en deriva que la pàtria potestat és un poder global que la Llei atorga als pares sobre els fills<sup>3</sup> o un conjunt de drets i deures que tenen els pares sobre els fills menors d'edat no emancipats o incapacitats.<sup>4</sup> Més concretament, com indica Lacruz Berdejo,<sup>5</sup> «una potestat que el dret positiu, seguint l'immediat natural, atribueix amb caràcter indisponible als pares quant a mitjà per a l'exercici d'una funció: la cura i la capacitat del fill». Per tant, és un poder tuïtiu o una funció dual que es concedeix als progenitors, destinat a la protecció dels menors, que comprèn l'esfera personal i patrimonial. El tret fonamental de la pàtria potestat és que sempre busca el benefici del menor, tal com s'estableix de manera expressa en l'article 154 del CC. Però, a més, la pàtria potestat és una concreció del principi proclamat en l'article 39.3 de la CE, un precepte que disposa el deure dels pares de prestar «as-

2. Anomenat més adequadament en el Codi civil de Catalunya (llibre segon, relatiu a la persona i la família) *potestat parental* per a fer referència a la responsabilitat parental. En aquest sentit, un cert sector de la doctrina critica el terme *pàtria potestat* entenent que és un terme «anacrònic, fins i tot odiós, quant a les reminiscències que té de dret de propietat sobre els fills, del poder de *pater familias*», i prefereixen la substitució pel terme *responsabilitat parental*, ja que és el concepte recollit pel Reglament CE 2201/2003. Vegeu Marisa PALAY VALLESPINÓS *et al.*, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 20. De la mateixa manera, també advoquen per la modificació del dit terme en les conclusions de la IV Trobada de Magistrats i Jutges de Família i Associacions d'Advocats de Família, VI Jornades Nacionals de Magistrats, Jutges de Família, Fiscals i Secretaris Judicials, València, 2009.

3. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia*, 10a ed., Barcelona, Edisofer, 2006, p. 280.

4. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil*, tom IV, 7a ed., Madrid, Djijusa, 2009, p. 255.

5. José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, tom IV, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1989, p. 215.

sistència de tot tipus» durant la minoria d'edat dels fills, amb independència que l'origen sigui matrimonial o extramatrimonial.

De la mateixa manera, la STS del 24 d'abril de 2000<sup>6</sup> assenyala que la pàtria potestat «és en el dret modern, i concretament en el dret positiu espanyol, una funció al servei dels fills, que entranya fonamentalment deures a càrrec dels pares encaminats a prestar-los assistència de tota mena, com proclama l'article 39.2 i 3 de la Constitució», i subratlla més endavant l'interès superior del xiquet, que arplegue implícitament l'article 154 del CC quan disposa que la pàtria potestat s'ha d'exercir sempre en benefici dels fills, cosa que ha de prevaldre a l'hora de privar o no els progenitors de la pàtria potestat.

## 2.2. *Exercici*

Els titulars de la pàtria potestat són els progenitors i ambdós conjuntament l'exerciten llevat d'excepcions, i amb l'excepció disposada en els dos últims paràgrafs de l'article 156 del CC. Respecte d'això, s'indica que «si els pares viuen separats, la pàtria potestat l'ha d'exercir aquell amb qui convisca el fill». La dita atribució de l'exercici es vincula a un element fàctic (la convivència del menor amb un o altre progenitor), que depèn fonamentalment de la voluntat dels pares, al marge, en principi de tota resolució judicial. Açò és, es referix a la separació de fet i no legal o divorci, ja que en aquests casos el jutge ha adoptat les mesures oportunes (art. 92 CC), i quan fora del matrimoni els pares no conviuen junts.<sup>7</sup>

Pel que fa a les funcions que s'assignen als pares respecte dels seus fills, i en relació amb el contingut personal, el Codi civil inicia una llista amb un deure genèric que engloba tots els altres, que és el de vetlar pels fills. A continuació, indica com a deure tenir-los en la seua companyia. Aquest deure implica, en principi, que els pares conviuen junts, sota el mateix sostre, amb els seus fills, i comporta la residència habitual de la família, el seu domicili, però també comprèn la comunicació, cura i afecte. Aquest deure és innat en la guarda i custòdia dels menors perquè el progenitor custodi té els fills en la seua companyia. Però també rau en el proge-

6. Més concretament, la STS del 9 de juliol de 2002 precisa que la pàtria potestat es configura com «una funció instituïda en benefici dels fills, que comprèn un conjunt de drets concedits per la llei als pares sobre la persona i els béns dels descendents mentre són menors i no emancipats, per a facilitar el compliment dels deures de sosteniment i educació que pesa sobre els dits progenitors; constitueix una relació central de la qual irradien multitud de drets i deures, instituïts tots ells, no en interès del titular, sinó en el del subjecte passiu».

7. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, p. 273; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil*, tom IV, 7a ed., Madrid, Dijusa, 2009, p. 260. En contra, Luis Díez PICAZO i Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 8a ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 264.

nitor no custodi quan exercita el dret de visites, comunicació i, com diu el Codi civil, el té «en la seua companyia» (art. 94 CC).

D'ací es deriva que en els casos en què els progenitors no convisquen junts i s'assigne judicialment la guarda i custòdia a un d'ells<sup>8</sup> i a l'altre un ampli règim de visites i estades, tots dos vetlen pels seus fills i els tenen en la seua companyia, ja que, generalment (sempre tenint en compte l'interès del menor), el progenitor no custodi té els fills en la seua companyia durant llargs períodes de temps, que en definitiva s'equipara al temps real que els menors passen amb el progenitor custodi.<sup>9</sup> Per tant, al progenitor no custodi no se li retalla el seu dret-deure o la funció de tenir els fills en la seua companyia pel fet de la concessió judicial de la guarda i custòdia a l'altre progenitor.<sup>10</sup> El progenitor no custodi continua mantenint els seus deures i responsabilitats, amb els fills, en tots els àmbits, ja que ha de continuar vetlant i proporcionant als fills tota la protecció perquè es puguen desenvolupar, de manera adequada, tant físicament com emocionalment.

No és l'opinió d'un cert sector de la doctrina, que entén que aquesta funció concreta de la pàtria potestat es desprèn del contingut d'aqueixa,<sup>11</sup> de manera que el progenitor custodi disposa dels drets i deures equivalents al ple exercici de la pàtria potestat.<sup>12</sup>

Al meu parer, el progenitor no custodi (no privat de la pàtria potestat i sense distribució o assignació de les funcions d'aqueixa al progenitor custodi) continua exercint la pàtria potestat i això implica la participació, juntament amb l'altre progenitor, en les decisions més transcendents i importants de la vida del menor,<sup>13</sup> amb total independència de si habita de manera continuada amb els fills o de si té

8. Amb manteniment de la pàtria potestat compartida i sense assignació de les funcions de la pàtria potestat a cap dels progenitors.

9. S'ha de tenir en compte que entre setmana els menors passen la major part del dia al centre escolar.

10. Penseu que hi ha casos en què la convivència dels fills amb els seus progenitors no és possible físicament perquè estan cursant estudis a l'estranger o en internats o quan els pares són destinats per feina fora de la ciutat del domicili familiar, etc. I, fins i tot, es produeix un traspàs de les funcions de guarda i custòdia al titular del centre escolar quan els menors es troben davall la seua dependència. I en aquests casos no s'impedeix el compliment dels deures de guarda i custòdia dels pares amb els fills. Vegeu José CASTAN TOBEÑAS, «Comentarios al art. 154 CC», a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tom III, vol. 2, Madrid, Edersa, 1982 (<<http://www.vlex.com>>), p. 215; Luis Díez PICAZO i Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 8a ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 265.

11. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, p. 199.

12. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentarios a los arts. 92 a 94», a J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código civil*, II, vol. 1, Barcelona, Bosch, 2000, p. 931. Amb dues limitacions: 1) el dret de visites i 2) determinats drets de vigilància i control.

13. Ramón HERRERA DE LAS HERAS, «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», *Actualidad Civil*, (Madrid: La Ley), tom 1, núm. 10 (16-31 maig 2011), p. 1131;

atribuïda la guarda i custòdia. Efectivament, el progenitor custodi decideix les qüestions quotidianes, com ara el tipus de roba que es compra als menors, els aliments que rebran, les activitats d'oci que fan durant el temps que es troben en la seua companyia. No obstant això, això ocorre de la mateixa manera amb el progenitor no custodi quan el menor es trobe en la seua companyia.<sup>14</sup> El progenitor que no té la guarda formal no exerceix també la guarda del fill o filla durant el temps en què es troba en la seua companyia? Està simplement de visita? El progenitor no custodi no té deures amb el fill o filla? Per descomptat, la resposta és que el progenitor formalment no custodi no està simplement de visita i té uns deures amb el fill o filla, ja que la guarda i custòdia deriva de la pàtria potestat i el progenitor no custodi en continua sent titular i exercent, per tant, exerceix la guarda i custòdia en els moments que té assignades les relacions amb el fill o filla i decidirà les qüestions quotidianes durant el temps que el menor passe amb el dit progenitor.<sup>15</sup> És més, la major part del temps disponible del menor, açò és, quan són vacances escolars o caps de setmana, el temps de convivència es divideix per igual entre ambdós progenitors, i en què cada un d'ells cuida dels menors i els dispensa afecte i totes les atencions que necessiten. A més, les decisions de més importància com ara si el menor acudirà o se'l canviarà a un centre públic d'ensenyament o privat o religiós, o el canvi de domicili, són qüestions que ambdós progenitors han de decidir i, en cas de discrepància, acudir a la via judicial (art. 156.2 CC). Tot això amb total independència de l'atribució de la guarda i custòdia a un dels progenitors.<sup>16</sup>

---

Cristóbal FÁBREGA RUIZ, «Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad», *Diario La Ley. Doctrina* (Madrid), núm. 7443 (12 juliol 2010).

14. Com encertadament sosté Víctor MORENO VELASCO, «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad», *Diario La Ley. Tribuna* (Madrid), núm. 7267 (22 octubre 2009), el progenitor que té el fill o filla decideix en aqueix moment què menjarà, com es vestirà, si eixirà amb els seus amics, etc., però en definitiva en una guarda compartida *de facto*.

15. Com assenyalava la sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Las Palmas del 13 de setembre de 2006 (Aranzadi Civil [AC] 2010/1938), «la custòdia no és una altra cosa que l'exercici efectiu dels deures d'atenció i decisió en els assumptes quotidians que deriven de la convivència amb el menor, compatible amb l'exercici conjunt de la pàtria potestat dels progenitors que no conviuen. Per això, encara que s'atorgue en principi la guarda i custòdia del menor a només un dels progenitors en el cas que aquests no conviuen, s'exerceix amb idèntica plenitud pel progenitor no custodi durant el temps que té amb ell el menor d'acord amb el règim de visites. Tant custodi és, per tant, el progenitor a qui no se li ha concedit tal qualitat en la sentència quan té amb ell el seu fill durant el mes d'agost que li correspon, com aquell qui figura com a tal en la resolució judicial».

16. Vegeu Víctor MORENO VELASCO, «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad», *Diario La Ley. Tribuna* (Madrid) núm. 7267 (22 octubre 2009). L'única diferència que existeix entre els progenitors quan s'atribueix a un d'ells la guarda i custòdia i a l'altre un règim de visites, se centra en la quantitat dels aliments i l'ús de l'habitatge. Vegeu Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO, «Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley. Tribuna* (Madrid) núm. 7206 (29 juny 2009).

### 3. CUSTÒDIA O CONVIVÈNCIA COMPARTIDA

#### 3.1. *Introducció*

L'exercici compartit de la custòdia s'introdueix en el Codi civil per mitjà de la Llei 15/2005, del 8 de juliol. La dita modalitat de guarda va suscitar, en el seu moment, un gran debat social. És un règim que afecta fonamentalment els fills menors d'edat, i, amb ell es pretenia un grau més alt d'implicació dels progenitors en la criança quotidiana dels seus fills.

No obstant això, des de llavors, la realitat ha demostrat que aquesta modalitat d'exercici de guarda ha quedat prou reduïda als casos en què les parts ho acorden expressament o de manera una mica excepcional i depenent de les circumstàncies del cas, quan a petició com a mínim d'una de les parts així ho haja considerat el jutge, tenint en compte l'interès superior dels fills.

Actualment, el TS ha interpretat l'article 92 del CC, i permet acordar la custòdia compartida en dos casos: «*a*) quan siga petició per ambdós progenitors (paràgraf 5), i *b*) quan a pesar de no existir aquesta circumstància, s'acorde per a protegir l'interès del menor de manera més eficaç (paràgraf 8). En tot cas, s'ha de demanar informe del Ministeri Fiscal, que ha de ser favorable en el cas fixat en el paràgraf 8, s'ha d'escoltar els menors quan tinguen prou judici, així com tenir en compte l'informe dels equips tècnics relatius a la idoneïtat de la manera d'exercir la pàtria potestat i el règim de custòdia» (STS 10 de setembre de 2009 i STS 1 d'octubre de 2010 [RJA 2010\7302]).

Ara bé, l'escassa aplicació d'aquesta modalitat de custòdia ha provocat que determinades comunitats autònomes hagen elaborat les seues pròpies normes dirigides a fomentar aquesta modalitat de custòdia per a promoure la corresponsabilitat entre els progenitors en la criança dels fills, precisament perquè en la consciència social, i més en la dels progenitors no custodis, radica la sensació que la ruptura de parella significa també la pèrdua de les relacions i potestats amb els fills, potser provocada per la conducta del progenitor custodi.

D'ací que la llei valenciana assenyalen en el preàmbul que amb la dita norma es pretén jugar dos principis: *a*) una relació equilibrada i continuada amb ambdós progenitors, i *b*) el dret-deure dels progenitors de proveir la criança i l'educació dels fills menors en l'exercici de la responsabilitat familiar, l'exercici de la qual en la nova situació exigeix d'ells un grau més alt de diligència, de compromís i de cooperació.

### 3.2. *Concepte*

En el Codi civil no hi ha una definició de custòdia compartida i ha sigut la doctrina<sup>17</sup> la que s'ha ocupat de fer aproximacions al seu significat. No obstant això, la llei valenciana prescindeix de la dita terminologia, ja que com assenyala el preàmbul «aquest terme es queda curt i obsolet per a les pretensions d'una llei que es proposa subratllar la rellevància del contacte quotidià i de la relació freqüent entre els progenitors i els seus fills menors d'edat...». I la denomina *convivència compartida*. L'article 3 assenyala la definició de «règim de convivència compartida» i indica que és «el sistema dirigit a regular i organitzar la cohabitació dels progenitors que no conviuen entre si amb els seus fills menors, i caracteritzat per una distribució igualitària i racional del temps de cohabitació de cada un dels progenitors amb els seus fills menors, acordat voluntàriament entre aquells o, si no era possible, per decisió judicial».

La llei valenciana caracteritza la convivència compartida com una distribució de la cohabitació dels fills amb els seus progenitors de manera igualitària<sup>18</sup> i racional, a diferència del que ocorre amb el Codi civil català,<sup>19</sup> que deixa més discrecionalitat al jutge, i ordena en l'article 233.10 que s'atinga al caràcter conjunt de les responsabilitats parentals, quan determine la manera d'exercir la guarda, i pot disposar que la guarda s'exercite de manera individual si convé més a l'interès del

17. Alguns autors la defineixen com a modalitat d'exercici de responsabilitat parental, en la qual ambdós progenitors pacten establir una relació viable entre ells, basada en el respecte i en la col·laboració, amb l'objecte de facilitar als fills comuns una comunicació freqüent i equitativa amb ambdós progenitors, i distribuir de manera justa i proporcional l'atenció de les necessitats materials dels fills, amb previsió d'un sistema àgil per a la resolució dels desacords que puguin sorgir en el futur (vegeu Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Mediación familiar. Tratado de derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Sepin, 2005), o com l'assumpció compartida d'autoritat i responsabilitat de drets i obligacions, entre els pares separats en relació amb tot el que concerneix als fills comuns (vegeu Susana HERNANDO RAMOS, «El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida», *Diario La Ley. Tribuna* (Madrid), núm. 7206 (29 juny 2009); encara més, també s'estableixen diferents tipus dins del mateix règim. Vegeu Trinidad BERNAL SAMPER, *La mediación: Una solución a los conflictos de pareja*, Madrid, Colex, 2002.

18. En l'àmbit del Codi civil, la doctrina sostenia que un sistema de guarda compartida no comportava un repartiment al 50 % perquè el més important és prioritzar els interessos dels menors enfront dels dels seus pares, donant una continuïtat a la vida dels fills que no resulte afectada per les mesures que s'adopten. Vegeu Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Problemas que genera la actual regulació de la custodia compartida en los procesos contenciosos», *Diario La Ley. Doctrina* (Madrid), núm. 7105 (2 febrer 2009).

19. Tal com indica el preàmbul del Codi civil de Catalunya (Llei 25/2010, del 29 de juliol), «la segona novetat és que s'abandona el principi general segons el qual la ruptura de la convivència entre els progenitors significa automàticament que els fills s'han d'apartar d'un per a encomanar-los individualment a l'altre».

menor. De la mateixa manera ocorre en la llei de Navarra<sup>20</sup> i en el Codi de dret civil d'Aragó.<sup>21</sup> En aquest últim es diu en el preàmbul que «la custòdia compartida, tal com es configura en aquesta secció, no implica necessàriament una alternança de la residència dels fills amb els seus progenitors en períodes iguals, però sí en un temps adequat per al compliment de la finalitat de la custòdia compartida».

Una de les qüestions que es plantejarà amb l'aplicació de la llei valenciana és, per tant, si cal que el temps de convivència siga igualitari per a considerar el règim de convivència compartit. Al meu entendre, no cal que el temps de convivència amb cada progenitor siga igualitari, sinó més prompte que ambdós progenitors s'ocupen de la cura i atenció dels fills d'una manera equitativa i segons les circumstàncies concretes del cas. A col·lació amb això, també s'haurà de considerar si la custòdia o convivència compartida ha de comportar implícitament la pernocta del menor amb ambdós progenitors de manera alterna per a diferenciar-la del règim, de visites i estades, ampli. Pense's en el cas habitual de la concessió de la guarda i custòdia a un d'ells, generalment la mare, i al pare un règim de visites i estades de caps de setmana alterns i dos dies intersetmanals sense pernocta. En aquest sentit, la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid del 20 d'octubre de 2005<sup>22</sup> va assenyalar que la pernocta de dos dies setmanals significa una custòdia compartida i Carrasco Perera<sup>23</sup> entén, amb fonament en la STS del 20 de setembre de 2009, que la diferència la marca la pernocta intersetmanal.

No obstant això, al meu entendre el que marca la diferència no és tant la pernocta del menor amb el progenitor sinó la dedicació i preocupació del progenitor en la vida del menor. Pense's en el cas que el menor pernocte amb un dels progenitors només els caps de setmana alterns però no ho faça durant la setmana escolar, però s'ocupe de les activitats quotidianes del seu fill o filla, per exemple l'arregle del centre escolar i l'ajude a fer les tasques escolars, li done el sopar i a la nit

20. L'article 3.5 de la Llei foral 3/2011, del 17 de març de custòdia dels fills en els casos de ruptura de la convivència dels pares de Navarra, assenyala que si el jutge «decideix la custòdia compartida, el jutge ha de fixar un règim de convivència de cada un dels pares amb els fills, adaptat a les circumstàncies de la situació familiar, que garantisca a ambdós pares l'exercici dels seus drets i obligacions en situació d'equitat».

21. Codi civil d'Aragó (Decret legislatiu 1/2011, del 22 de març), que com indica el preàmbul (relacions entre pares i fills), la finalitat de la custòdia compartida és «un repartiment efectiu de drets i responsabilitats dels pares, fomentant les relacions afectives i continuades de convivència amb els fills i la participació directa en el seu desenvolupament i educació».

22. El jutge d'instància havia atribuït la guarda i custòdia a la mare i amb un règim de visites al pare que incloïa dos dies intersetmanals amb pernocta. Contra la sentència de l'Audiència es va interposar un recurs de cassació que va ser resolt per la STS del 28 de setembre de 2009 (RJA 2009\7257), que confirmava la dita resolució sense entrar a resoldre la qüestió de la custòdia compartida perquè s'havia tractat el dret de visites.

23. Àngel CARRASCO PERERA, «La custodia compartida llega al Tribunal Supremo», *Actualidad Jurídica Aranzadi, Tribuna*, núm. 790 (2010), BIB 2009/1909.



el deixi a la casa del progenitor custodi. No es pot considerar que aquest progenitor també té la guarda del menor? Al meu entendre la resposta hauria de ser afirmativa perquè aqueix progenitor participa en la vida del menor assumint els seus deures i responsabilitats amb independència que pernocte o no amb ell,<sup>24</sup> perquè l'important és precisament que els progenitors i els menors senten que la ruptura de la parella no comporta el distanciament dels fills amb cap dels pares. És més, com assenyala el preàmbul de la Llei, amb «aquesta actuació legislativa es pretén conjugar els dos principis fonamentals que concorren en els casos de no convivència o ruptura de la parella quan hi ha fills menors: d'una banda, el dret dels fills a mantenir una relació equilibrada i continuada amb ambdós progenitors i, de l'altra, el dret-deure d'aquests de proveir la cria i educació dels fills menors en l'exercici de la responsabilitat familiar, que en la nova situació exigeix d'ells un grau més alt de diligència, de compromís i de cooperació». A més, es pretén «facilitar un millor encaix de la nova situació familiar a cada menor i el manteniment dels lligams afectius amb ambdós progenitors».

### 3.3. *Criteris d'atribució*

La llei valenciana estableix com a criteri preferent la convivència compartida dels progenitors amb els seus fills, ja que com es diu en l'exposició de motius de la Llei, amb aquest règim es «pretén facilitar un millor encaix de la nova situació familiar a cada menor i el manteniment dels lligams d'afectivitat amb ambdós progenitors. Així mateix, pretén disminuir el nivell de litigiositat entre aquests, derivada del freqüent atorgament de la convivència a un sol d'ells i afavorir la coresponsabilitat i la distribució igualitària de rols socials entre homes i dones en les relacions familiars».

Efectivament, una convivència igualitària d'ambdós progenitors amb els seus fills pot tenir efectes positius,<sup>25</sup> ja que garanteix als fills la possibilitat de gaudir de la presència d'ambdós progenitors encara que aquests no conviuen junts, fet que constitueix un model que s'acosta més a la forma de vida dels fills durant la con-

24. Així, la SAP de Castelló del 14 d'octubre de 2003 (RJA 2003/264777) va considerar la custòdia conjunta dels progenitors amb la seua filla de la manera següent: «a) entre setmana, el pare ha d'exercir la guarda des de les 17.00 fins a la 21.00 hores cada dia, i la mare des de les 21.00 fins a les 15.00 h de l'endemà, també cada dia. Els caps de setmana, la menor ha d'estar amb la mare els dissabtes fins a les 19.00 h del diumenge; i b) per vacances, i només en el cas de desacord, la menor ha de romandre amb cada un dels progenitors la meitat de les seues vacances i l'elecció ha de correspondre en els anys parells al pare i en els anys imparells a la mare».

25. Vegeu estudi de la doctrina jurisprudencial sobre aquesta qüestió a C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, «La determinación de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencia de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio». *Actualidad Civil* (Madrid: La Ley), tom 2, núm. 15 (1-15 setembre 2007), p. 1738.

vivència de parella dels seus progenitors, per la qual cosa la ruptura resulta menys traumàtica. Al mateix temps, els progenitors participen en condició d'igualtat en la cria dels seus fills i eviten amb això el sentiment de pèrdua que té el progenitor quan s'atribueix la convivència exclusiva a un sol progenitor i la desmotivació que comporta quan ha d'abonar una pensió d'aliments sense participar en la vida quotidiana del menor, i s'aconsegueix que ambdós progenitors tinguin més consciència en la contribució a les despeses. A més, això evita situacions de manipulació (conscient o inconscient) dels pares cap als fills. Així mateix, evita conductes negatives en els menors, com ara la por de l'abandó, i sentiments de lleialtat, de culpa, de negació, de suplantació, etc. A més, es fomenta una millor acceptació del nou context familiar, de manera que els menors adopten una actitud més oberta a la separació dels pares.<sup>26</sup>

Doncs bé, la regla general en la llei valenciana és la convivència compartida, «sense que siga obstacle l'oposició d'un dels progenitors o les males relacions entre ells» (art. 5.2).<sup>27</sup>

És habitual que la ruptura d'una relació de parella comporte una falta de comunicació entre ells o unes relacions conflictives, no obstant això, no és obstacle per a l'establiment d'una convivència compartida amb els fills sempre que la conflictivitat entre ells no siga extrema,<sup>28</sup> de la mateixa manera que no és impediment per a establir una custòdia exclusiva a un dels progenitors amb un règim ampli de visites, comunicació i estades amb l'altre progenitor. Ara bé, del que no hi ha dubte és que les males relacions entre els progenitors no poden esquivar l'interès superior del menor. Per això, aquest tipus de règim de guarda exigeix un grau més alt de maduresa en els progenitors i, com és obvi, que aquests dirimisquen les seues diferències personals sense que immiscisquen els fills en les divergències i dirigisquen tots els esforços en la mateixa direcció en tot el que concerneix a la cria i educació dels fills. Com assenyalava l'exposició de motius de la Llei, aquesta modalitat de convivència exigeix un grau més alt de diligència, compromís i cooperació entre els progenitors. La llei valenciana, a diferència de les altres normes autonòmiques, no dirigeix, en cas de conflicte entre els progenitors, cap a la mediació familiar amb la finalitat que puguen arribar a un acord, no obstant això, no és obstacle perquè la llei no ho prohibeix.

26. Vegeu SAP d'Alacant del 24 de abril de 2009 i SAP de Barcelona del 20 de febrer de 2007 (RJA 2007\101427).

27. No obstant això, com encertadament assenyalava Aurelia María ROMERO COLOMA, «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», *Diario La Ley. Doctrina* (Madrid), 12539/2010, núm. 7504 (8 de novembre de 2010), és imprescindible l'harmonia en les relacions entre els progenitors perquè es pacte un règim de custòdia compartida.

28. Vegeu STSJ de Catalunya del 8 de març de 2010 (RJA 2010\4018); del 3 de març de 2010 (RJA 2010\4016); del 26 de juny de 2009 (RJA 2010\2369), i del 31 de juliol de 2008 (RJA 2009\643).

Realment, les males relacions entre els progenitors no és un impediment per al bon èxit d'aquesta modalitat de convivència si no interfereix negativament en el desenvolupament de la personalitat del menor. Per a això cal: *a*) que els progenitors no es desacrediten en presència dels fills perquè la crítica danya l'autoestima del menor; *b*) que els progenitors no utilitzen els fills com a missatgers en les seues relacions amb l'altre progenitor per a evitar que se senten part de la baralla o mala relació; *c*) que no traslladen als fills cap responsabilitat de la ruptura; *d*) que incentiven les relacions amb l'altre progenitor i la seua família, i *e*) que no traslladen als fills les qüestions que únicament competeixen als progenitors. En definitiva, que les opinions que cada progenitor té de l'altre romanguen en la seua més estricta intimitat sense que es trasllade als fills perquè es desenvolupen adequadament al marge de qualsevol divergència.

En absència de pacte de convivència, la regla general és que el jutge «ha d'atribuir a ambdós progenitors, de manera compartida, el règim de convivència amb els fills menors d'edat (art. 5.2). Per tant, la regla general és un règim igualitari de convivència. Ara bé, segons el punt 3 del mateix article, «abans de fixar el règim de convivència de cada progenitor [...] l'autoritat judicial tindrà en compte els següents factors». D'ací es desprèn que l'aplicació d'un règim de convivència dels progenitors amb els seus fills és pràcticament automàtica perquè el precepte diu «convivència de cada progenitor» i no parla de la modalitat de convivència, fent al·lusió als criteris per a determinar la convivència compartida o individual. A més, si tenim en compte el que disposa l'article 5.4, la convivència individual es podrà atorgar a un sol progenitor quan es considere necessari per a garantir l'interès superior del menor, i «en vista dels informes socials, mèdics, psicològics i els altres que pertoquen», s'ha d'establir un règim de relacions familiars.

Per tant, dels criteris establits en el número anterior, només un d'ells, el contingut en l'apartat *f*, permet al jutge atorgar la modalitat de convivència individual però no els altres de manera aïllada. Això xoca amb els criteris que s'estableixen en la legislació de les comunitats autònomes restants<sup>29</sup> que es refereixen als factors per a determinar el règim de guarda i custòdia atenent l'interès superior del menor per a establir la guarda compartida o individual.<sup>30</sup>

29. Així, l'article 80.2 del Codi de dret foral d'Aragó diu: «El jutge ha d'adoptar de manera preferent la custòdia compartida en interès dels fills menors, llevat que la custòdia individual siga més convenient, tenint en compte [...] i atenent, a més, els següents factors»; l'article 3.3 de la Llei foral 3/2011 de Navarra determina que «el jutge ha de decidir sobre la modalitat de custòdia més convenient per a l'interès dels fills menors, tenint en compte [...], i atenent, a més [...], els següents factors», i l'article 233.11 del Codi civil de Catalunya diu que «per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, cal [...] i, en particular, els següents criteris i circumstàncies ponderats conjuntament».

30. El Tribunal Suprem, en l'àmbit del Codi civil, també insisteix en la necessitat d'aplicar un seguit de criteris per a atribuir la guarda i custòdia compartida. Així, les STS del 10 de setembre de 2009, del 8 d'octubre de 2009 (RJA 2009\4606) i de l'1 d'octubre de 2010 (RJA 2010\7302), assenyalen: «El

Efectivament, pareix que per a determinar el règim de convivència de cada progenitor amb els seus fills cal ajustar-se al que disposen els criteris que s'indiquen, de manera que s'ha de fixar un règim de convivència igualitari o menys extens per a un dels progenitors depenent dels dits criteris. I el jutge, de manera potestativa, «pot» fixar un règim de convivència individual, a la vista de qualsevol informe però no sense ells, establint un règim de relacions que garantisca el contacte, segons es diu, amb ambdós progenitors quan hauria de dir amb el progenitor que no fixa un règim de convivència. A més, en aquest últim cas, l'autoritat judicial pot establir un control periòdic de la situació familiar, ateses les circumstàncies particulars del cas, per a fixar un nou règim de convivència. D'ací es deriva que l'òrgan legislador autonòmic pretén que el règim de convivència compartida (igualitària i racional) s'aconseguixa en algun moment, segons les circumstàncies del cas, a la vista dels informes dels especialistes amb el control periòdic de la situació familiar.

Per tant, la regla general és el règim de convivència igualitari<sup>31</sup> i racional entre els progenitors i els seus fills, i es pot modular el règim de convivència, depenent de les circumstàncies objectives que s'enuncien i, per excepció i amb un informe previ d'especialistes, la convivència individual sotmesa a controls periòdics.<sup>32</sup> És indiferent que els progenitors arriben o no a un acord sobre el règim de convivència, d'ací que

---

Codi espanyol no conté una llista de criteris que permeten al jutge determinar en cada cas quines circumstàncies han de ser tingudes en compte per a justificar l'interès del menor en casos en què hi ha discrepàncies entre els progenitors, que no impedeixen, no obstant això, prendre la decisió sobre la guarda conjunta [...]. De l'estudi del dret comparat s'arriba a la conclusió que s'estan utilitzant criteris com ara la pràctica anterior dels progenitors en les seues relacions amb el menor i les seues aptituds personals; els desitjos manifestats pels menors competents; el nombre de fills; el compliment pels progenitors dels seus deures en les seues relacions amb els fills i el respecte mutu en les seues relacions personals i amb altres persones que convisquen en la llar familiar; els acords adoptats pels progenitors; la ubicació dels seus respectius domicilis, horaris i activitats dels uns i els altres; el resultat dels informes exigits legalment, i, en definitiva, qualsevol altre que permeta als menors una vida adequada en una convivència que forçosament ha de ser més complexa que la que es du a terme quan els progenitors conviuen».

31. El dit sistema pot ocasionar problemes derivats del domicili del menor, no a efectes civils però sí administratius, perquè el menor només pot estar empadronat en un únic domicili. Per tant, ambdós progenitors han de decidir, de comú acord, el domicili dels fills i, si no n'hi ha, l'autoritat judicial. En el mateix sentit, Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Problemas que genera la actual regulació de la custodia compartida en los procesos contenciosos», *Diario La Ley. Doctrina* (Madrid), núm. 7105 (2 febrer 2009) i *Abogados de familia. Tribuna Abierta*, núm. 50 (4t trimestre 2008).

32. Excepte en els casos que estableix en el núm. 6 i a) un dels progenitors estiguera incurs en un procés penal per atemptar contra la vida, integritat física, llibertat i integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre progenitor o fills, i s'haja dictat una resolució judicial motivada en què consten indicis fundats i racionals de criminalitat i sempre que l'aplicació del règim de convivència poguera representar un risc objectiu per als fills o per a l'altre progenitor, i b) quan l'autoritat judicial advertisca, com a conseqüència de les al·legacions de les parts i les proves practicades, l'existència d'indicis fundats de violència domèstica o gènere. En aquests casos, una vegada dictada la resolució judicial, es pot revisar, d'ofici o a instància de part, l'ordenació de les relacions familiars.

la llei valenciana, a diferència de les altres autonòmiques, no remeta a la mediació familiar perquè els pares arriben a un acord sobre les relacions familiars.

D'altra banda, resulta sorprenent que la llei valenciana només establisca un règim de relacions familiars en el cas que atribuïska el règim de convivència a un sol progenitor i no diga res respecte al règim de convivència amb ambdós progenitors durant els períodes de temps en què el menor convisca amb un d'ells. Potser el que es pretén és que els dos progenitors convisquen amb els seus fills en el dia a dia sense que es pugui establir un règim de convivència mensual, semestral o anual amb cada progenitor.

Els criteris que la llei valenciana estableix per a determinar la convivència dels progenitors amb els seus fills són els següents:

1. L'edat dels fills.

Aquest criteri no el menciona el Codi civil de Catalunya (art. 333.11), però sí en la Llei foral 3/2011 de Navarra (art. 3.3.a) i en el Codi foral d'Aragó (art. 80.2.a), i la llei valenciana especifica que en el cas de menors lactants «es pot» establir un règim de convivència provisional, de menys extensió, d'acord amb les necessitats del xiquet o xiqueta, que ha de ser progressivament ampliat a instància de qualsevol dels progenitors.

No hi ha dubte que actualment encara continua en la consciència social que els menors necessiten amb més intensitat el vincle matern filial durant la primera etapa de la seua vida, per al futur desenvolupament de la personalitat.<sup>33</sup> D'ací que en l'època de lactància el menor necessita les atencions de la mare més que les del pare.<sup>34</sup> Per això, durant aquest període es pot establir un règim de convivència provisional, de menys extensió, que entenc que ha de ser sense pernocta amb el pare. I, a mesura que transcórrega el temps i vaja desenvolupant-se i creixent fins a aconseguir l'edat escolar, ha de ser progressivament ampliat, segons diu el precepte, a instància de qualsevol dels progenitors. Entenc que la dita progressivitat de la convivència es pot determinar en la mateixa resolució, d'ofici, sense que calga sol·licitar-ho.

2. L'opinió del fills menors, quan tinguen la maduresa suficient i, en tot cas, quan hagen complit els dotze anys.

33. Cal recordar que es va eliminar del Codi civil la norma que imposava als jutges l'atribució de la guarda i custòdia a la mare dels fills menors de set anys (art. 159 CC en la redacció anterior a la Llei 11/1990). Vegeu Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «Capítulo IX. De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Artículos 90 a 101», a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 206- 228, p. 213(BIB 209/1705).

34. Així, alguns autors sostenen, amb fonament en la jurisprudència, que la mare és la persona preferent per a exercir la custòdia dels fills, sobretot fins a l'edat de cinc anys. Vegeu Aurelia Marín ROMERO COLOMA, «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», *Diario La Ley. Doctrina* (Madrid), 12539/2010, núm. 7504 (8 novembre 2010).

El normal és que els fills vulguen conviure amb ambdós progenitors però pot ocórrer que no siga així, i tinguen preferències pel progenitor amb qui més vinculació afectiva té per la dedicació que fins llavors li ha brindat. Doncs bé, llevat que l'informe d'un especialista aconselle la convivència individual segons les particularitats del cas en concret, l'opinió del menor que tinga prou juí, açò és entorn dels vuit anys i en tot cas a partir dels dotze anys, no és rellevant per a establir aquest tipus de convivència, però sí perquè el jutge puga fixar períodes de temps desiguals depenent de l'abast de l'opinió dels fills.

3. La dedicació passada a la família, el temps dedicat a la criança i educació dels fills menors i la capacitat de cada progenitor.

És estrany que no es permeta a qui jutja la capacitat de decidir entre un model de convivència compartida o individual sense la necessitat d'un informe d'especialista que aconselle entre una modalitat o una altra, ja que si durant la convivència comuna dels progenitors amb els seus fills, la presència d'un d'ells en la vida dels menors ha sigut mínima o nul·la, seria lògic i coherent establir un règim individual de convivència amb el progenitor que li ha dispensat les atencions diàries, sense necessitat de l'informe d'especialista que ho aconselle.

Aquesta circumstància és irrellevant en les situacions en què els progenitors mai han conviscut i el menor és de curtíssima edat, no obstant això, en la majoria dels casos, les parelles que han tingut una extensa convivència amb anterioritat a la ruptura és important la dedicació passada de cada progenitor a la família, la dedicació de cada un d'ells en la criança i educació dels fills i, sobretot, la capacitat de cada un d'ells per a afrontar de manera separada l'atenció i dedicació dels menors. No obstant això, només amb un informe previ dels especialistes que analitzen aquesta circumstància, el jutge no pot establir una modalitat de convivència individual encara que siga el més convenient per a garantir l'interès del menor, ja que l'article 5.4 la supedita a l'interès superior del menor i als informes per a facultar el que jutja a establir aquest règim individual.

Actualment, en les famílies, l'home està assumint cada vegada més la responsabilitat en l'atenció dels fills, no obstant això, la dona encara continua tenint, per bé que s'haja incorporat al mercat laboral, la funció principal de portar la llar familiar i cuidar els fills. Potser per això, per a evitar que el jutge determine un règim de convivència individual dels fills i filles amb el progenitor que s'haja dedicat fins aqueix moment a tenir cura dels seus fills, l'òrgan legislador ho supedita a l'informe dels especialistes que ho aconsellen perquè és necessari per a garantir l'interès del menor.

No obstant això, no és obstacle perquè el jutge puga establir un règim de convivència desigual de cada progenitor amb els seus fills, encara que els informes d'especialistes no aconsellen una convivència individual. Pensem que un dels progenitors s'havia ocupat sempre de l'atenció diària del menor, ajudant-lo en les

tasques escolars. No seria més convenient als interessos del menor fixar una convivència del progenitor que s'havia ocupat de l'atenció diària i educació, els dies laborals; mentre que amb l'altre, el dissabte i el diumenge? Al meu parer, la resposta hauria de ser afirmativa perquè només així es garanteix el benestar del menor.

4. Els informes socials, mèdics, psicològics i els altres que pertoquen.<sup>35</sup>

Com és natural, totes les circumstàncies que s'enumeren en aquest apartat poden ser objecte d'un estudi previ dels especialistes corresponents, amb la finalitat que puguen valorar, en el cas particular, la capacitat dels progenitors per a atendre i tenir cura dels menors i la repercussió en els fills de la dedicació passada dels progenitors a la família i a cura dels fills, en l'atribució igualitària de la convivència; les possibilitats de conciliar la vida familiar i laboral de cada un dels progenitors; la disponibilitat de cada un d'ells per a mantenir un tracte personal amb els fills i els casos d'arrelament social, escolar o familiar amb l'establiment d'aquesta modalitat de convivència igualitària.

No obstant això, pareix que en la llei valenciana s'obliga a qui jutja a demanar els dits informes, ja que és un dels criteris que s'estableixen abans de fixar el règim de convivència de cada progenitor. Això no ocorre a Aragó<sup>36</sup> i, per descomptat, en l'àmbit del dret comú (art. 92.9 CC) s'estableix amb caràcter facultatiu la possibilitat d'obtenir aquests informes, per a establir la custòdia compartida.

5. Els casos d'especial arrelament social, escolar o familiar dels fills.

Efectivament, hi pot haver casos de progenitors que tenen la residència habitual en ciutats diferents i una distribució de la convivència igualitària i racional amb els fills pot provocar desarrelament del menor que es troba perfectament adaptat al seu centre escolar, els seus amics i família extensa d'un dels progenitors. En aquests casos, fixar un règim de convivència igualitari amb cada progenitor pot ser complicat, sense que això comporte canvis constants de centre escolar, amics, etc. Per això, el més coherent seria, en principi, establir un règim de convivència de cada un dels progenitors que millor s'adapte a l'interès del menor i que comporte menys canvis.

6. Les possibilitats de cada un d'ells per a mantenir un tracte directe amb cada fill i filla.

El règim de convivència de cada progenitor amb el seu fill o filla s'ha d'adaptar a les possibilitats de cada un d'ells perquè pugui brindar personalment les atencions que necessita el menor sense que pugui encomanar aquesta labor a terceres persones. Si bé és cert que ara afortunadament es compta amb l'ajuda, gens menyspreable,

35. No s'hi fa al·lusió en la normativa de Navarra i Catalunya.

36. Article 80: «Abans d'adoptar la seua decisió, el jutge pot demanar, d'ofici o a instància de part, informes mèdics, socials o psicològics d'especialistes degudament qualificats i independents, relatius a la idoneïtat de la manera d'exercir l'autoritat familiar i el règim de custòdia de les persones menors».

dels avis, que a més resulta molt beneficiosa per al desenvolupament de la personalitat dels menors, no se'ls ha de carregar amb tota la responsabilitat de la seua cura amb el pretext de sol·licitar una convivència igualitària. Per això, depenent de la disponibilitat dels progenitors perquè puguen dispensar una dedicació personal als fills, s'ha de fixar la convivència amb cada un d'ells.

7. Qualsevol altra circumstància rellevant a aquests efectes, com pot ser la proximitat o no dels domicilis dels progenitors, l'aptitud i la voluntat dels progenitors per a assegurar l'estabilitat dels fills, els convenis i acords previs que hi puga haver entre els progenitors; la vinculació afectiva dels fills amb cada progenitor així com les relacions amb les altres persones que conviuen en les llars respectives; l'actitud de cada progenitor per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb els dos progenitors.

#### 4. CONSEQÜÈNCIES ENTORN D'ALTRES MESURES

##### 4.1. *Introducció*

L'atribució de la convivència als dos progenitors té conseqüències importants amb vista a dues mesures: els aliments deguts als fills i l'atribució de l'habitatge familiar. Aquestes dues mesures constitueixen el centre neuràlgic en la crisi convivencial, que l'òrgan legislador de la reforma del Codi civil havia d'afrontar i no ho va fer. I l'atribució de la custòdia dels fills i filles a un dels progenitors ha sigut la clau que atorgava l'habitatge familiar i l'establiment a càrrec del progenitor no custodi d'una pensió. Respecte d'això, l'absència de regulació d'aquestes matèries en l'àmbit del dret comú suggereix dos tipus de problemes:<sup>37</sup> *a*) que es busque la custòdia compartida encara que en realitat s'estiga lluitant per l'atribució de l'ús de l'habitatge i la pensió alimentària, i *b*) que es mantinga una actitud obstruccionista a la custòdia compartida, i es perjudica els drets del menor i del progenitor amb la finalitat d'aconseguir les dites prestacions de naturalesa patrimonial.

En l'àmbit de la Comunitat Valenciana, la regulació d'aquestes mesures no ha de ser excusa de la convivència dels fills amb ambdós progenitors.

37. Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Problemas que genera la actual regulación de la custodia compartida en los procesos contenciosos», *Diario La Ley. Doctrina* (Madrid), núm. 7105 (2 febrer 2009), p. 84. En el mateix sentit, Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», *Diario La Ley. Tribuna* (Madrid), núm. 7206 (29 juny 2009).



## 4.2. *Aliments*

Els pares tenen el deure inexcusable d'alimentar els seus fills. El dit deure d'aliments deguts als fills menors d'edat deriva de la pàtria potestat (art. 154.1 CC), i constitueix una prestació més àmplia que la que conté l'article 143 del CC.

La llei valenciana determina la contribució dels progenitors al sosteniment dels fills i distingeix entre les despeses ordinàries i les extraordinàries (art. 7).

### 4.2.1. *Despeses ordinàries*

Les despeses ordinàries estan definides (art. 3.e) com «les que els fills menors necessiten de manera habitual al llarg d'una anualitat i la meritació de les quals siga previsible en el dit període. S'entenen sempre incloses les relatives a alimentació, vestit, educació i qualsevol altra que els progenitors pacten com a tals o que estiguen consolidades abans del cessament de la convivència».

Si no hi ha pacte entre les parts, el jutge ha de determinar la quantitat que ambdós progenitors han de satisfer en aquest concepte atenent dos criteris: els recursos econòmics d'ambdós progenitors i les necessitats dels menors (art. 7.1 i 7.2).

D'això se'n dedueix el següent:

1. Ambdós progenitors tenen el deure de contribució a les dites despeses en proporció als seus recursos econòmics i les necessitats dels fills. No obstant això, depenent del règim de convivència establert, l'autoritat judicial ha de decidir la manera concreta en què han de ser satisfetes aquestes despeses (art. 7.4).

Una de les qüestions que es pot plantejar és la següent: amb la llei valenciana s'esquiva l'establiment d'una pensió alimentària a càrrec d'un progenitor?

En principi, si la convivència entre els progenitors fóra compartida, la idea general és que es produeix un repartiment equitatiu de les càrregues econòmiques derivades de les atencions als fills, i s'eviten amb això els problemes que es poden originar amb l'impagament de la pensió alimentària. Podria pensar-se que amb això s'esquiva la pràctica habitual de l'establiment d'una pensió a càrrec d'un dels progenitors quan la custòdia es concedia a un d'ells. Ara bé, la convivència compartida no sempre eximeix un dels progenitors de l'establiment de pagament d'una quantitat a favor de l'altre progenitor per a sufragar les atencions dels menors. I això perquè, d'acord amb l'article 7.2 de la Llei, cada progenitor «ha de contribuir a satisfer aquestes despeses en atenció als seus propis recursos i a les necessitats dels fills i filles menors». Per tant, si la capacitat econòmica d'ambdós progenitors és desigual o un d'ells no té ingressos, tenint en compte les necessitats dels fills, el progenitor de poder adquisitiu o amb ingressos superiors ha d'abonar, no sols més quantitat de les despeses ordinàries, sinó també de les despeses a favor de l'altre

progenitor que cobreix les necessitats dels fills quan es troben en la seua companyia o convivint amb ell, perquè així com respecte a les despeses extraordinàries s'estableix que s'han de sufragar «obligatòriament per ambdós progenitors», amb relació a les despeses ordinàries no s'estableix la dita obligatorietat sinó la proporcionalitat amb els recursos econòmics d'ambdós progenitors.

Al contrari, si excepcionalment s'establira un règim individual de convivència amb un progenitor,<sup>38</sup> l'altre, al meu entendre, ha d'abonar mensualment en concepte de pensió la part que corresponga depenent dels recursos econòmics d'ambdós, i s'ha de valorar entre les necessitats dels fills la dedicació exclusiva del progenitor convivent.

No ha de procedir l'establiment únic d'una pensió a càrrec d'un sol dels progenitors en els casos de convivència compartida amb ingressos semblants dels progenitors.

En aquests casos hi ha diferents alternatives: *a*) Cada progenitor abona les despeses ordinàries d'alimentació i vestit que es generen durant el període de convivència i per meitat la resta de despeses ordinàries; *b*) independentment de les relacions entre els progenitors, una altra solució seria mitjançant l'obertura d'un compte comú, gestionat per ambdós progenitors i incloent-hi la meitat de l'import mensual de les despeses, prèviament quantificades anualment i prorratejades mensualment, i *c*) que cada progenitor abone les despeses que es meriten durant la vigència de la seua convivència i les que estan domiciliades i siguen comunes (quotes del col·legi, etc.), que gestione un d'ells mitjançant l'abonament mensual que fa l'altre progenitor de la part que corresponga.

2) Els progenitors han de quantificar totes les necessitats ordinàries dels fills generades en un any.

No hi ha dubte que aquesta és una tasca difícil però resulta convenient per a evitar futurs problemes entre els progenitors, més si es té en compte que la modalitat de convivència compartida és la regla general encara que els progenitors no tinguen bones relacions entre ells.

3) Quant a les despeses ordinàries, són les que els fills necessiten de manera habitual i són previsible en una anualitat. «S'entenen sempre incloses les relatives a alimentació, vestit, educació i qualsevol altra que els progenitors pacten com a tals o que estiguen consolidades abans del cessament de la convivència».

Entre les despeses ordinàries no s'inclouen específicament les relatives a les necessitats d'habitatge dels fills. Sobre aquest punt cal preguntar-se si s'inclouen entre les dites despeses. Evidentment, queden incloses com a despeses ordinàries totes les necessitats dels fills que necessiten de manera habitual i, òbviament, aques-

38. El jutge té discrecionalitat per a establir la manera concreta en què hagen de ser satisfetes les despeses d'atenció als fills depenent del règim de convivència que s'haja establert (art. 7.4).

ta és una necessitat més que ha de ser coberta per ambdós progenitors. Si el règim de convivència entre els progenitors i els seus fills fóra compartida i no es procedira a l'atribució a cap d'ells de l'habitatge familiar, cada un ha de sufragar aquesta necessitat dels fills quan convisquen amb cada un d'ells; però si es procedira a l'atribució de l'habitatge familiar a un dels progenitors, independentment del règim de convivència establert, com que l'habitatge familiar és de cotitularitat comuna o privativa del progenitor no adjudicatari, l'atribució de l'habitatge ha de donar lloc a una compensació per la pèrdua de l'ús i disposició d'aquella al progenitor no adjudicatari que es pot computar com a contribució, en tot o en part, a satisfer les despeses ordinàries dels fills amb el consentiment del progenitor que hi tinga dret o per decisió judicial (art. 6.1).

D'altra banda, també s'ha de tenir en compte que si s'establira el règim de convivència individual a favor d'un dels progenitors, l'altre ha de sufragar la part que corresponga amb vista a l'atenció i dedicació que li brinda el progenitor convivent.

La dita contribució, al meu entendre, s'ha de quantificar depenent del que s'abonaria a un tercer per la prestació de serveis en l'atenció dels menors, tenint en compte les circumstàncies concretes del cas.

#### **4.2.2. Les despeses extraordinàries**

D'acord amb la llei valenciana s'han de «considerar despeses extraordinàries les que puguen sorgir en relació amb els fills i filles menors de manera excepcional» (art. 3.f).

Si no hi ha acord entre els progenitors, amb independència del règim de convivència establida i de qui les haja sufragades, ha de ser l'autoritat judicial la que determine la manera en què s'han d'abonar les dites despeses. A diferència de les despeses ordinàries, es concedeix discrecionalitat al que jutja perquè fixe com s'han de sufragar les dites despeses, excepte les extraordinàries necessàries (educació no coberta pel sistema educatiu i sanitat no coberta per la Seguretat Social o mutualitat d'afiliació dels fills), que obligatòriament han de ser abonades per ambdós progenitors en la proporció que fixe el jutge. Al meu parer, s'ha d'entendre que les despeses extraordinàries necessàries han de ser sufragades per ambdós progenitors en proporció als seus recursos econòmics, com ocorre en el Codi d'Aragó (art. 82.4); mentre que les despeses extraordinàries no necessàries, si no hi ha acord entre les parts, han de ser abonades pel progenitor que ha decidit fer la dita despesa.

### 4.3. *Habitatge familiar*

#### 4.3.1. Assignació de l'ús de l'habitatge en el règim de convivència compartida

D'acord amb l'exposició de motius de la Llei, l'atribució de l'habitatge familiar i aixovar domèstic gira al voltant, com no podia ser menys, de l'interès superior del menor i de l'interès del progenitor que més dificultat tinga per a accedir a un nou habitatge. A aquests efectes, l'article 6.1 de la Llei té en compte el principi d'autonomia de la voluntat, i el primer criteri és la voluntat dels progenitors. Si no n'hi ha, la preferència en l'ús de l'habitatge s'ha d'atribuir «segons el que siga més convenient per als fills i filles menors d'edat i, sempre que siga compatible amb això, al progenitor que tinga objectivament més dificultats d'accés a un altre habitatge».

La llei valenciana s'aparta radicalment del que disposa l'article 96.1 del CC, que assigna l'atribució de l'habitatge, com a criteri general, als fills i que la doctrina sosté que és inaplicable en l'àmbit de la custòdia compartida precisament perquè el menor conviu amb ambdós progenitors, i es guia per l'aplicació del segon paràgraf del dit precepte, que deixa més discrecionalitat al jutge per a decidir el que siga procedent sobre l'ús de l'habitatge.<sup>39</sup>

Com és obvi, amb independència de la modalitat de convivència compartida que s'adopte, ambdós progenitors conviu amb els seus fills, per tant, la regla general de l'assignació de l'ús de l'habitatge familiar no pot ser, sense més, l'atribució de l'ús als fills, ja que això comporta implícitament l'ús als seus progenitors durant els períodes que convisquen amb els fills.

D'altra banda, de la mateixa manera que ocorre en el dret comú, l'ús de l'habitatge es referix a l'habitatge familiar i no a ulteriors residències de la família (art. 6.4), tenint en compte que *habitatge familiar* és aquell en què la família ha establert la residència habitual, la seu. No cal que haja sigut la residència habitual de la família fins al cessament convivencial, ja que el paràgraf segon de l'esmentat precepte assenyalava que «en cap cas s'ha d'adjudicar un habitatge, encara que haguera sigut la residència familiar habitual fins al cessament de la convivència entre els progenitors». A més, en el pacte de convivència familiar (art. 4.2.c) s'ha d'incloure el «destí de l'habitatge i l'aixovar familiar [...], així com altres habitatges familiars, que, pertanyent a l'un o a l'altre progenitor, hagen sigut utilitzades en l'àmbit familiar». Per tant, en l'adjudicació de l'habitatge n'hi ha prou que haja sigut el familiar en algun moment de la convivència dels progenitors.

39. Vegeu Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», *Diario La Ley. Tribuna* (Madrid), núm. 7206 (29 juny 2009).

Ara bé, l'esmentat precepte no s'ha d'aplicar si els progenitors no han conviscut establint una residència comuna.

La llei valenciana, com a criteri d'assignació de l'habitatge familiar, només fa menció al cas que un dels progenitors tinga més dificultats d'accés a un altre habitatge, però no resol la qüestió de si tots dos tenen objectivament dificultats d'accés a un altre habitatge encara que fóra en distinta proporció.<sup>40</sup> Tampoc no s'especifica què s'entén per més dificultats d'accés a un altre habitatge. Respecte a aquesta última qüestió hem d'entendre que el progenitor que objectivament té més dificultats per a accedir a un altre habitatge és aquell que no té ingressos o aquests són insuficients per a sufragar l'accés a un altre habitatge. I això perquè, d'acord amb el paràgraf segon de l'esmentat article, si el progenitor a qui se li adjudica l'habitatge fóra titular de drets sobre un altre que el faculden per a ocupar-lo com a residència familiar no se li adjudicarà l'habitatge familiar, excepte acord entre les parts. De la mateixa manera, si l'adjudicació de l'habitatge familiar ja s'haguera dut a terme i amb posterioritat s'incorporara al patrimoni del progenitor adjudicatari de la residència tals drets, el progenitor adjudicatari de l'habitatge familiar ha de cessar en aquella, excepte acord de les parts i per decisió judicial.

En el cas que un dels progenitors tinguera, objectivament, més dificultats d'accés a un altre habitatge, l'assignació de l'ús de l'habitatge s'adjudica al progenitor amb més dificultats sempre que siga compatible amb la conveniència dels fills i, com hem dit amb anterioritat, l'adjudicatari no fóra titular de drets sobre un habitatge que el faculte per a ocupar-lo com a habitatge familiar (art. 6.2). Entenem que amb això l'òrgan legislador autonòmic fa referència, en primer lloc, al fet que l'altre progenitor no té problemes per a sufragar les despeses d'un altre habitatge, de manera que, en aquest cas, els fills tenen garantits l'habitatge amb els dos progenitors.

Ara bé, pot ocórrer que els dos progenitors tinguen dificultats d'accés a un altre habitatge, encara que un d'ells en més grau que l'altre. Entenc que, com a regla general, l'atribució de l'ús de l'habitatge al progenitor amb més dificultats d'accés a un altre habitatge no seria compatible amb el més convenient per als fills, ja que es podria retallar el dret dels fills a un habitatge durant el període de temps que el progenitor tinga assignada la convivència.<sup>41</sup> En aquest cas, l'ús de l'habitatge ha de ser assignat als fills i que els pares n'alternen l'ús durant el temps que

40. A aquest efecte el Codi d'Aragó assenyala que en els casos de custòdia compartida «l'ús de l'habitatge familiar s'ha d'atribuir al progenitor que per raons objectives tinga més dificultats d'accés a un habitatge i, si no n'hi ha, el jutge ha de decidir el destí de l'habitatge depenent del millor interès per a les relacions familiars».

41. Sobre aquest punt, el Codi d'Aragó permet que el jutge decidisca el destí de l'habitatge depenent del millor interès per a les relacions familiars, i si l'habitatge és propietat dels pares, permet que el jutge n'acorde la venda (art. 81.1 i 81.4).

convisquen amb ells, o al contrari, no s'ha d'assignar a ningú perquè els progenitors puguen arribar a un acord sobre la venda o l'arrendament de l'habitatge familiar amb la finalitat que puguen aconseguir-ne dos que els permeten conviure amb els fills en condicions dignes.

D'altra banda, la llei valenciana atribueix l'habitatge, com hem dit, al progenitor que més dificultats tinga d'accés a un altre habitatge sempre que siga compatible amb el més convenient per als fills. No obstant això, permet expressament la compensació per la pèrdua de l'ús de l'habitatge familiar, en els casos en què la mateixa siga privativa del progenitor no adjudicatari de l'ús o quan siga comú d'ambdós progenitors. Com diu l'article 6.1, «s'ha de fixar una compensació per la pèrdua de l'ús i disposició de l'habitatge a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatari tenint en compte les rendes pagades per lloguers d'habitatges semblants a la mateixa zona i les altres circumstàncies concurrents en el cas».

D'ací es deriva que cal aportar al procediment justificacions o informes d'agents de la propietat immobiliària que acrediten el que s'abona en concepte de renda a la zona on es trobe ubicat l'habitatge tenint-ne en compte, a més, les característiques pròpies.

A més, l'article 6.1 *in fine* permet que la compensació econòmica derivada de la pèrdua de l'ús del habitatge familiar pugua ser computada «en tot o en part» com a contribució a les despeses ordinàries dels fills, amb el consentiment del progenitor adjudicatari o per decisió judicial.

En aquest sentit, com hem indicat amb anterioritat, els aliments derivats de la pàtria potestat (art. 142 i 154 CC) comprenen també les necessitats d'habitatge dels fills. Per tant, el progenitor no adjudicatari de l'ús de l'habitatge pot sol·licitar la computació, en tot o en part, de la quantificació de la dita compensació amb el que li corresponga per despeses ordinàries dels fills, sempre que l'adjudicació de l'habitatge familiar s'haja efectuat als fills o a aquests i només un dels progenitors, tenint en compte que per a dur a terme la compensació cal delimitar la part corresponent dels fills i la del progenitor.

Realment, tenint en compte que, d'acord amb el dret comú, l'assignació de l'ús de l'habitatge s'atribueix, per regla general, als fills, els jutges solen tenir en compte, quan estableixen la quantitat de la pensió deguda als fills, aquesta assignació per a disminuir-ne o augmentar-ne la quantitat. No obstant això, actualment i quan s'aplique la norma autonòmica, entenc que només quan s'assigne als fills l'habitatge familiar, s'ha d'especificar la quantitat, en què contribueix el progenitor no adjudicatari de l'ús de l'habitatge, en concepte d'habitatge per a compensar-la en tot o en part amb la contribució a les despeses ordinàries dels fills. En el cas que l'habitatge familiar s'adjudique exclusivament al progenitor que més dificultats tinga a accedir a un altre habitatge, al meu entendre, la quantificació de la com-

pensació únicament es pot dur a terme amb la pensió compensatòria que eventualment es poguera meritjar (art. 97 CC).<sup>42</sup>

Evidentment, aquesta compensació, quan s'adjudica l'habitatge familiar als fills i al progenitor que té més dificultats d'accés a un altre habitatge, redundarà en una disponibilitat econòmica més gran del progenitor no adjudicatari de l'ús. Si amb això, el progenitor no adjudicatari pot accedir a un altre habitatge digne per a habitar amb els seus fills, l'adjudicació de l'ús de l'habitatge a l'altre progenitor que tenia més dificultats per a accedir a un altre habitatge seria compatible amb el més convenient per als fills.

No obstant això, pot succeir que el progenitor no adjudicatari de l'habitatge familiar no poguera fer front a les despeses d'un altre habitatge. En aquest cas, entenc que el que jutja no hauria de dur a terme cap atribució de l'ús de l'habitatge, d'acord amb el que s'ha disposat en el paràgraf sisè de l'article esmentat. I això perquè si s'adjudicava als fills, els dos progenitors s'han de proporcionar un altre habitatge per a viure durant el temps en què no conviuen amb els seus fills. D'ací que és preferible no adjudicar l'ús de l'habitatge per a dirigir els progenitors cap a un acord que tinga com a objecte fer actes de disposició o d'administració sobre l'habitatge familiar. D'aquesta manera, amb el producte de la venda o amb les rendes percebudes puguen adquirir sengles habitatges si així fóra possible.

D'altra banda, si l'habitatge s'adjudica al progenitor que n'és titular, la Llei no fixa cap compensació a les despeses ordinàries dels fills. Això pareix obvi, ja que si s'estableix un règim de convivència compartit, ambdós progenitors contribueixen en les necessitats d'habitatge dels seus fills. No obstant això, si excepcionalment s'establira un règim individual de convivència amb el progenitor titular de l'habitatge, s'ha de tenir en compte l'aportació que fa per a computar les despeses ordinàries dels fills.

A l'últim, cal assenyalar que de la mateixa manera que ocorre en el dret comú, l'assignació de l'ús de l'habitatge és temporal. No obstant això, i a diferència del dret civil comú, s'obliga el jutge a establir específicament un termini final del dit ús, que serà quan els fills assolisquen la independència econòmica com sol ser el més habitual. Sens perjudici que amb anterioritat es pot cessar o modificar, en virtut de resolució judicial, «quan hi concórreguen circumstàncies que ho facen innecessari o abusiu i perjudicial per al progenitor titular no adjudicatari».

42. Sobre aquest punt, el Codi de Catalunya estableix que l'«atribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany en tot o en part al cònjuge que no és beneficiari, s'ha de ponderar com a contribució en espècie per a la fixació dels aliments dels fills i de la prestació compensatòria que eventualment merite l'altre cònjuge».

#### 4.3.2. Adjudicació de l'ús de l'habitatge en el règim d'atribució individual de la convivència

Si la convivència dels progenitors amb els seus fills no fóra compartida sinó atribuïda a un d'ells, la Llei no fa referència específica a l'atribució de l'ús de l'habitatge, excepte al final de l'article 6.1. La dita menció ve a continuació de la qüestió de la compensació de la pèrdua de l'ús de l'habitatge amb les despeses ordinàries dels fills, en el cas que l'habitatge s'adjudique al progenitor no titular de l'habitatge familiar o de titularitat comuna d'ambdós progenitors.

L'incís final de l'article 6.1 assenyalava que «el mateix règim jurídic s'ha d'aplicar als casos en què s'atribuïssa la convivència amb els fills i filles menors a un sol dels progenitors».

Quan el precepte esmentat assenyalava que el «règim jurídic s'ha d'aplicar», es refereix exclusivament a la compensació econòmica o als criteris d'atribució de l'ús de l'habitatge? Al meu entendre, fa referència al règim jurídic de la compensació econòmica i, si fóra així, l'habitatge familiar, tenint en compte els millors interessos del menor, s'ha d'adjudicar als fills i, per tant, al progenitor a qui s'atribuïssa el règim de convivència.<sup>43</sup> No obstant això, segons l'exposició de motius de la Llei, l'atribució de l'ús de l'habitatge (en règim de convivència compartida) s'estableix sobre un criteri general: la prevalença de l'interès superior de cada menor per damunt de qualsevol altra consideració i l'atenció als interessos del cònjuge que més dificultats pugui tenir per a trobar un habitatge. Depenent del dit criteri, l'article 6 no té en compte si es tracta d'un cas de règim de convivència compartida o d'atribució de la convivència dels fills o filles menors a un sol dels progenitors.

El més coherent és, tenint en compte l'interès superior del menor, que s'assigne l'habitatge familiar, de titularitat comuna o privativa del progenitor no convivent, als fills i al progenitor que tinga assignada la convivència amb ells, amb independència de les dificultats objectives que pugui tenir per a proporcionar-se'n un altre, llevat que siga titular d'un immoble que pugui ocupar com a habitatge familiar. I això em pareix obvi, ja que la Llei únicament fa referència a la compensació de la pèrdua de l'ús de l'habitatge familiar, quan aquest, de titularitat privativa d'un dels progenitors o de titularitat comuna, s'atribueix al progenitor no titular, com a contribució a les despeses ordinàries dels fills.

No obstant això, la qüestió que es pot plantejar és la següent: que la persona més capacitada per a la convivència amb el menor siga la que més recursos econòmics tinga, fins al punt que pugui sufragar un altre habitatge per a conviure amb els fills, mentre que l'altre progenitor, que segons els informes dels especialistes

43. A Catalunya i Aragó s'assigna preferentment l'ús de l'habitatge al progenitor que tinga la guarda del menor, llevat d'excepcions (art. 233-40.2 del Codi de Catalunya i art. 81.2 del Codi d'Aragó).



aconsellen que no s'hi mantinga un règim de convivència, tinga, objectivament, greus dificultats per a aconseguir un altre habitatge. Es pot assignar l'ús de l'habitatge familiar al progenitor no convivent? En principi pareix que la resposta hauria de ser afirmativa perquè la Llei no atribueix, amb caràcter general, l'habitatge familiar als fills. I, a més, la dita atribució pot satisfer els millors interessos dels fills, en tant que disposen d'un lloc per a relacionar-se amb el progenitor no convivent.

S'ha de tenir en compte que la Llei tracta de potenciar no sols la convivència compartida sinó les relacions d'ambdós progenitors amb els seus fills, d'ací que aquesta Llei porte com a títol «de relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen». Com assenyala l'exposició de motius de la Llei, es pretén conjuguar dos principis fonamentals que concorren en el cas de no convivència o ruptura d'una parella quan hi ha fills menors d'edat: d'una banda, el dret dels fills a mantenir una relació equilibrada i continuada amb els dos progenitors i, de l'altra, el dret-deure d'aquests de proveir a la criança i educació dels fills i filles menors en l'exercici de la responsabilitat familiar. Per tant, pot ser aconsellable, per a mantenir les relacions dels fills amb el progenitor que disposa de pocs recursos econòmics, que l'atribució de l'habitatge familiar se li adjudique perquè pugui mantenir un règim de visites i estades el més ampli possible per a fomentar el contacte i els lligams afectius amb els seus fills.

No obstant això, en el cas que l'ús de l'habitatge s'atribuísca al progenitor que no té la convivència amb els fills, al meu entendre, aquesta situació ha de durar com a màxim, excepte acord entre les parts, fins a l'extinció de la pàtria potestat, ja que el dret dels fills a relacionar-se amb el progenitor s'estén durant la minoria d'edat. I és més, la contribució de cada progenitor a les despeses ordinàries dels fills ha de ser amb escreix superior en el progenitor convivent, que, a més, ha de sufragar part de les despeses ordinàries, com són les d'habitatge, mentre els seus fills exerciten el dret a relacionar-se amb l'altre progenitor.

No crec, doncs, que l'atribució de l'ús de l'habitatge al progenitor no convivent que tinga més dificultats per a l'accés a un altre habitatge siga la millor solució, encara que, implícitament, la dita mesura pugui beneficiar els fills, en tant que el progenitor convivent facilite un lloc perquè els seus fills puguin relacionar-se amb l'altre progenitor. En aquest cas, seria més convenient que no s'atribuïra a cap dels progenitors perquè es liquide el patrimoni (art. 1.6).

## 5. CONCLUSIONS

És encertat el títol d'aquesta Llei, «relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen» i, sobretot, que es prescindisca, en la regulació de les relacions dels progenitors amb els fills, del *nomen* de guarda i custòdia compartida, ja que això indueix a confusió entre el dit terme i la pàtria potestat.

Amb aquesta Llei es pretén garantir unes relacions igualitàries i racionals dels menors amb els progenitors després de la ruptura de la convivència o simplement quan els progenitors no conviuen junts. No obstant això, encara que la regla general siga una convivència igualitària amb cada progenitor i els fills, els temps de convivència s'han de modular segons uns criteris que atenen l'interès del menor. El qui jutja, en absència de pacte entre els progenitors, sense deslligar-se d'una convivència compartida, pot modular el règim de la millor manera que atenga el benestar dels fills.

A més, el jutge, facultativament i de manera única i exclusiva, pot establir un règim de convivència individual amb un sol progenitor, a banda dels casos de violència de gènere o altres que s'enuncien en l'article 6, quan els informes dels especialistes aconsellen aquesta modalitat. De manera que ha de fixar un règim de relacions amb el progenitor no convivent. A més, amb caràcter facultatiu podrà revisar la situació familiar perquè es pugui modificar el règim de convivència compartida.

Amb aquesta modalitat compartida de la convivència es fa menció expressa del fet que ambdós progenitors tenen el deure de contribuir a les despeses ordinàries dels fills, depenent dels recursos econòmics respectius, i tenint en compte les necessitats dels fills. Té especial incidència com a contribució a les despeses dels fills l'atribució de l'ús de l'habitatge i realment això redundarà en una millora de la situació econòmica del progenitor que es veu privat de l'ús i la disposició de l'habitatge. A més, l'assignació d'una convivència compartida no és incompatible amb l'establiment d'una pensió a càrrec de només un dels progenitors si l'altre disposa de pocs recursos econòmics i amb la finalitat de garantir als fills els mitjans indispensables de suport mentre estan convivint amb el progenitor amb inferiors recursos econòmics.

Finalment, l'assignació de l'habitatge es concedeix al progenitor amb menys possibilitats d'accedir a un altre habitatge perquè només així es garanteix el dret d'habitació dels menors mentre residisquen amb el dit progenitor. Si, al contrari, els dos progenitors tingueren les mateixes dificultats d'accés a un altre habitatge, la solució seria o adjudicar-la als fills o, més sensatament, que no s'adjudique a cap dels dos, amb la finalitat que puguen arribar a un acord sobre la venda o l'arrendament de l'habitatge familiar perquè amb el que n'obtinguen puguen adquirir o proporcionar-se cada un d'ells un habitatge digne per a conviure amb els fills.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de derecho civil*. Vol. IV: *Derecho de familia*. 10a ed. Barcelona: Edisofer, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2001.

- BERNAL SAMPER, Trinidad. *La mediación: Una solución a los conflictos de pareja*. Madrid: Colex, 2002.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. «Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?». *Diario La Ley. Tribuna* [Madrid], núm. 7206 (29 juny 2009).
- CARRASCO PERERA, Ángel. «La custodia compartida llega al Tribunal Supremo». *Actualidad Jurídica Aranzadi. Tribuna*, núm. 790 (2010). BIB 2009/1909.
- CASTAN TOBEÑAS, José. «Comentarios al art. 154 CC». A: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tom III, vol. 2. Madrid: Edersa, 1982. También disponible en línea a: <<http://www.vlex.com>>.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. «La determinación de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencia de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio». *Actualidad Civil* [La Ley], tom 2, núm. 15 (1-15 setembre 2007), p. 1738.
- DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Vol. IV: *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. 8a ed. Madrid: Tecnos, 2001.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal. «Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad». *Diario La Ley. Doctrina* [Madrid], núm. 7443 (12 juliol 2010).
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo. «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida». *Diario La Ley. Tribuna* [Madrid], núm. 7206 (29 juny 2009).
- HERNANDO RAMOS, Susana. «El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida». *Diario La Ley. Tribuna* [Madrid], núm. 7206 (29 juny 2009).
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón. «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida». *Actualidad Civil* [La Ley], tom 1, núm. 10 (16-31 maig 2011), p. 1131.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil*. Tom IV, vol. 2. Barcelona: Bosch, 1989.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. «Problemas que genera la actual regulación de la custodia compartida en los procesos contenciosos». *Diario La Ley. Doctrina* [Madrid], núm. 7105 (2 febrer 2009).
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «Capítulo IX. De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Artículos 90 a 101». A: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al Código civil*, 3a ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, p. 206-228. (BIB 209/1705).
- MORENO VELASCO, Víctor. «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad». *Diario La Ley. Tribuna* [Madrid], núm. 7267 (22 octubre 2009).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de derecho civil*. Tom IV. 7a ed. Madrid: Dijusa, 2009.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. *Mediación familiar. Tratado de derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Sepin, 2005.
- PALAY VALLESPINÓS, Marisa [et al.]. *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*. Madrid: Dykinson, 2007.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentarios a los arts. 92 a 94». A: RAMS ALBESA, J. (coord.). *Comentarios al Código civil*. Tom II, vol. 1, Barcelona: Bosch, 2000.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica». *Diario La Ley. Doctrina* [Madrid], 12539/2010, núm. 7504 (8 novembre 2010).