

APLICACIÓN DE LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN

Sandra Peinado Martínez

Magistrada del Juzgado Primera Instancia nº6 de Elche

Sumario: **1. CONSIDERACIONES INICIALES. 1.1** **Ámbito subjetivo de la Ley de Relaciones Familiares (art.2 L.R.F).** **1.2** **Ámbito objetivo de la Ley de Relaciones Familiares (art.1 L.R.F).** **1.3** **Ámbito temporal de la Ley de Relaciones Familiares (Disposición Transitoria Segunda y Disposición Final Cuarta L.R.F).** **2. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA (art.5 L.R.F).** **2.1** **Regulación del régimen de convivencia.** **2.2** **Diferencias entre la regulación del régimen de convivencia y el régimen de guarda y custodia.** **2.3** **Consideraciones prácticas sobre la atribución del régimen de convivencia.** **2.4** **Creencias erróneas sobre la atribución del régimen de convivencia.** **3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR (art.6 L.R.F):** **3.1** **Atribución del uso en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores.** **3.2** **Limitación temporal del uso.** **3.3** **Compensación económica por la pérdida de uso.** **3.4** **Uso de segunda vivienda.** **4. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE ATENCIÓN DE LOS HIJOS (art.7 L.R.F).** **4.1** **Régimen de convivencia compartida.** **4.2** **Régimen de convivencia individual.** **4.3** **Momento a partir del cual se puede exigir la contribución.** **5. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS (Disposición Transitoria Primera).**

Recibido: 21 de Enero de 2013
Aceptado: 23 de Enero de 2013

APLICACIÓN DE LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN

Sumario: **1. CONSIDERACIONES INICIALES.** 1.1 **Ámbito subjetivo de la Ley de Relaciones Familiares (art.2 L.R.F).** 1.2 **Ámbito objetivo de la Ley de Relaciones Familiares (art.1 L.R.F).** 1.3 **Ámbito temporal de la Ley de Relaciones Familiares (Disposición Transitoria Segunda y Disposición Final Cuarta L.R.F).** **2. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA (art.5 L.R.F).** 2.1 **Regulación del régimen de convivencia.** 2.2 **Diferencias entre la regulación del régimen de convivencia y el régimen de guarda y custodia.** 2.3 **Consideraciones prácticas sobre la atribución del régimen de convivencia.** 2.4 **Creencias erróneas sobre la atribución del régimen de convivencia.** **3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR (art.6 L.R.F):** 3.1 **Atribución del uso en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores.** 3.2 **Limitación temporal del uso.** 3.3 **Compensación económica por la pérdida de uso.** 3.4 **Uso de segunda vivienda.** **4. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE ATENCIÓN DE LOS HIJOS (art.7 L.R.F).** 4.1 **Régimen de convivencia compartida.** 4.2 **Régimen de convivencia individual.** 4.3 **Momento a partir del cual se puede exigir la contribución.** **5. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS (Disposición Transitoria Primera).**

RESUMEN: **Ámbito subjetivo:** hijos menores o mayores incapacitados con patria potestad prorrogada o rehabilitada y que tengan vecindad civil valenciana; **Ámbito objetivo:** régimen de convivencia y relaciones, la atribución del uso del domicilio familiar y la contribución a los gastos de atención de los hijos menores; **Ámbito temporal:** procedimientos en los que no se haya dictado Sentencia en primera o segunda instancia, si la L.R.F. estaba vigente al dictarse la Sentencia de primera instancia; **Régimen de convivencia:** regla general, no requiere solicitud, no puede establecerse a favor de progenitor incurso en proceso penal por violencia sobre la mujer en el que se haya dictado resolución judicial en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad por los que el régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos o el otro progenitor, y existiendo factores legales a valorar; **Atribución del uso de la vivienda:** según conveniencia de los hijos, con limitación temporal y con fijación de una compensación económica por la pérdida de uso; **Contribución a los gastos de atención:** según el régimen de convivencia y capacidad de cada progenitor; **Revisión judicial de las medidas:** procedimiento de modificación de medidas, sin necesidad de alteración sustancial de las circunstancias.

1. CONSIDERACIONES INICIALES:

1.1 Ámbito subjetivo de la Ley de Relaciones Familiares (art.2 L.R.F.):

La Ley de Relaciones Familiares de Hijos e Hijas cuyos progenitores no conviven (en adelante, L.R.F.) se aplica siempre que existan hijos en los que concurran dos condiciones: por un lado, que sean menores o mayores incapacitados en relación a los que se haya prorrogado o rehabilitado la patria potestad de sus progenitores (*“los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores”*); y, por otra parte, que tengan vecindad civil valenciana (*“que ostenten la vecindad civil valenciana”*).

En relación a esta segunda condición, debe tenerse en cuenta que la vecindad civil valenciana:

- ha de ser la de los menores, no la de sus progenitores.
- no debe confundirse con la mera residencia en el territorio de la Comunidad Valenciana.
- sólo puede presumirse si ambos progenitores y el menor han nacido en el territorio de la Comunidad Valenciana, no cuando uno sólo de los progenitores y el menor hayan nacido en el territorio de la Comunidad Valenciana.
- no viene determinada por la actual de los progenitores del menor, sino por la que tenían en el momento en que nació el mismo.

La determinación de la vecindad civil viene regulada en el Código Civil, siendo los criterios básicos (art.14 C.C.):

- que si al nacer el hijo los padres tuvieran la misma vecindad civil, el hijo tendrá la misma.
- que si al nacer el hijo los padres tuvieran distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes (aplicable para hijos extramatrimoniales); si se ha determinado simultáneamente, tendrá la del lugar del nacimiento; y, en último término, la vecindad de derecho común”.
- que la vecindad civil se adquiere, bien por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad, bien por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

A efectos prácticos, para conocer la vecindad civil del menor, y consecuentemente, si procede o no la aplicación de la L.R.F., debe partirse de la certificación de inscripción de su nacimiento en el Registro Civil:

► Primer paso:

Comprobar la nacionalidad de los progenitores:

■ si los dos son extranjeros, se presumirá que el menor también lo es, careciendo de vecindad civil, por lo que se aplicará el Código Civil, salvo que el menor haya nacido en España y en la certificación conste anotada:

- la adquisición de la nacionalidad española por sus progenitores y la vecindad civil por la que han optado, caso en el que habrá de estarse a la misma;

- la presunción de nacionalidad española de origen del menor, supuesto en el que deberá estarse al lugar de nacimiento del menor, al carecer los progenitores de vecindad civil común, por carecer de vecindad civil, al carecer de nacionalidad española.

■ si uno de los progenitores es español (con independencia de su lugar de nacimiento y de su vecindad civil) y el otro es extranjero, en el caso de que menor haya nacido en territorio de:

- la Comunidad Valenciana, tendrá vecindad civil valenciana;

- Derecho común o en el extranjero, tendrá vecindad civil de Derecho común.

Al no tener ambos progenitores la misma vecindad civil (puesto que, de hecho, uno de ellos carece de la misma, por no ser español), la vecindad civil queda determinada por el lugar de nacimiento.

■ si los dos son españoles, se seguirá con el segundo paso.

► Segundo paso:

Comprobar el lugar de nacimiento de los progenitores y el menor:

■ si el menor y ambos progenitores han nacido en el territorio de la Comunidad Valenciana, se presume la vecindad civil valenciana del mismo.

■ si el menor y ambos progenitores han nacido en el territorio de Derecho común, se presume la vecindad civil de Derecho común del mismo.

(Art.68 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título I, Libro I, del Código Civil y en tanto no conste la extranjería de los padres, se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España. La misma presunción rige para la vecindad”).

■ si los tres (el menor y ambos progenitores) no han nacido en el mismo territorio (bien sea la Comunidad Valenciana o de Derecho común), no existe presunción alguna sobre la vecindad

civil del mismo, por lo que debe pasarse al tercer paso.

► Tercer paso:

Comprobar la edad de cada uno de los progenitores en el momento de nacimiento del menor:

■ si tenía veintiocho años o más, será necesario acreditar el territorio en el que ha residido de modo ininterrumpido durante los diez años anteriores al nacimiento de su hijo.

Uno de los modos de acreditación es la certificación del Ayuntamiento, en la que conste la residencia continuada en la localidad durante los diez años anteriores al nacimiento de su hijo, sin que sea necesario que se indiquen los diferentes domicilios en los que haya residido en dicha localidad. También puede acreditarse a través de la vida laboral, si consta que las empresas en las que ha estado trabajando se encuentran en el mismo tipo de territorio.

■ si tenía menos de veintiocho años, será necesario acreditar la vecindad civil que adquirió en el momento de su propio nacimiento, para lo que deberá partirse de la certificación de inscripción del mismo en el Registro Civil, volviendo al primer paso, pero en relación a dicho progenitor.

(Art.225 Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil: “El cambio de vecindad civil se produce «ipso iure» por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario. En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona”).

► Cuarto paso:

Comprobar si ambos progenitores tenían la misma vecindad civil en el momento de nacimiento del menor:

■ si era coincidente, esa es la vecindad civil del menor.

■ si no era coincidente, la vecindad civil del menor será la correspondiente a su lugar de nacimiento.

No obstante, no será necesario acreditar la vecindad civil de ambos progenitores si se prueba la vecindad civil de uno de ellos y ésta es coincidente con la de lugar de nacimiento del menor, ya que ésta será su vecindad civil, tanto si el otro progenitor tiene esa vecindad (por ser coincidente, art.14.2 C.C.), como si tiene otra diferente (por ser su lugar de nacimiento, art.14.3 C.C.).

1.2 Ámbito objetivo de la Ley de Relaciones Familiares (art.1 L.R.F.):

La L.R.F. regula las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas.

En concreto, se regula el régimen de convivencia y relaciones, la atribución del uso del domicilio familiar y la contribución a los gastos de atención de los hijos menores.

1.3 Ámbito temporal de la Ley de Relaciones Familiares (Disposición Transitoria Segunda y Disposición Final Cuarta L.R.F.):

La Ley entró en vigor el 5 de mayo de 2011, pero quedó suspendida en su aplicación el 4 de julio de 2011 (providencia de 19 de julio de 2011 del Pleno del Tribunal Constitucional admitiendo del recurso de inconstitucionalidad nº 3859/11 y suspendiendo la vigencia de la L.R.F. desde la interposición del recurso) (B.O.E. 26 de julio de 2011).

Posteriormente, fue alzada la suspensión, aplicándose, pasando a aplicarse nuevamente, desde el 22 de noviembre de 2011 (auto del Tribunal Constitucional) (B.O.E. 3 de diciembre de 2011)

La Disposición Transitoria Segunda (Aplicación a procedimientos judiciales pendientes de sentencia) establece que *“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”*.

En este sentido, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha declarado como doctrina de la Sala que *“ha de entenderse que la referencia que la Disposición Transitoria 2ª dicha Ley especial 5/2011 realiza para su aplicación a los tipos de procedimientos judiciales que menciona, ha de entenderse que lo será a aquellos que se encuentren pendientes de sentencia “en primera instancia” en el momento de su entrada en vigor”* (Sentencia nº 1/2012, de 24 de enero de 2012).

Por lo tanto, en estos momentos, la L.R.F. resulta de aplicación a todos los procedimientos de familia en los que todavía no se haya dictado Sentencia:

- en primera instancia, aunque la L.R.F. no estuviese vigente cuando se presentó la demanda o haya estado suspendida a lo largo de la tramitación de las actuaciones.

- en segunda instancia, al estar en trámite el recurso de apelación, siempre y cuando la L.R.F. hubiese estado vigente en el momento de dictarse la Sentencia de primera instancia, aunque en el momento de interposición del recurso hubiese estado suspendida su aplicación (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de mayo de 2012).

2. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA (art.5 L.R.F.):

2.1 Regulación del régimen de convivencia:

Para fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores (art.5.3 L.R.F.): *“a) La edad de los hijos e hijas...; b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años; c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor; d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores; g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad; h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”*.

La regla general será la atribución a ambos progenitores, de manera compartida, del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad (art.5.2 L.R.F.), esto es, de un *“sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores”* (art.3.a) L.R.F.).

Con carácter excepcional, *“la autoridad judicial 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, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”* (art.5.2 L.R.F.)

2.2 Diferencias entre la regulación del régimen de convivencia y el régimen de guarda y custodia:

Las diferencias entre la regulación de la L.R.F. sobre el régimen de convivencia y la regulación del Código Civil sobre régimen de guarda y custodia son:

1ª- en el Derecho valenciano el régimen de convivencia compartida es la regla general y el régimen de convivencia individual es excepcional (art.3, 5.2 y 5.4 L.R.F.), mientras que en el Derecho común el régimen de guarda y custodia compartida es un régimen excepcional (art.92.8 C.C.).

2ª- en el Derecho valenciano el régimen de convivencia compartida no requiere que lo solicite ninguna de las partes (art.3 y 5.2 L.R.F.), debiéndose otorgar un régimen de convivencia individual sólo cuando se considere necesario para garantizar el interés superior del menor (art.3 y 5.4 L.R.F.), mientras que en el Derecho común el régimen de guarda y custodia compartida sólo podrá acordarse si lo ha solicitado una de las partes y sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (art.92.8 C.C.).

3ª- en el Derecho valenciano no puede establecerse ni un régimen de convivencia compartida ni un régimen de convivencia individual a favor de progenitor 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 (art.5.6 L.R.F.), mientras que en el Derecho común no puede establecerse un régimen de guarda y custodia compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (art.92.7 C.C.).

4ª- en el Derecho valenciano se enumeran una serie de factores a tener en cuenta para establecer el régimen de convivencia, aunque no constituyen numerus clausus, mientras que en el Derecho común no se establece ninguno.

2.3 Consideraciones prácticas sobre la atribución del régimen de convivencia:

1ª) De la L.R.F. no resulta la aplicación automática la convivencia compartida, dado que el art.5 atribuye al Juez la ponderación necesaria para establecer el régimen de convivencia que estime más idóneo para la garantía del interés superior de los hijos (Sentencia nº 1/2012, de 24 de enero de 2012, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana).

La aplicación no es automática, siendo posible, conforme al art.5.4 L.R.F., que la autoridad judicial pueda “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, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan” (auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 2011, dictado en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno sobre la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones

familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven).

2ª) Al fijar la L.R.F. como regla general el régimen de convivencia compartida, ello determina, por un lado, que sobre aquél que pretenda el establecimiento de un régimen de convivencia individual recaerá la carga de la prueba y, por otra parte, que existe la presunción de concurrencia de los factores que determinan tal sistema, de modo que si nada se acredita en contra, deberá otorgarse la convivencia compartida.

3ª) La oposición de uno de los progenitores no es obstáculo para otorgar a ambos, de manera compartida el régimen de convivencia con sus hijos (art.5.2 L.R.F.), careciendo de justificación alguna la alegación de que la falta de acuerdo de los padres respecto de la aplicación del régimen de custodia compartida afecte a la estabilidad emocional de los mismos (auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 2011, dictado en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno sobre la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven).

4ª) La falta de relación entre los progenitores no es obstáculo para otorgar a ambos, de manera compartida el régimen de convivencia con sus hijos, no siendo equiparable a las malas relaciones, ni pareciendo que pueda trascender al menor (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de febrero de 2012).

5ª) La mala relación entre los progenitores no es obstáculo para otorgar a ambos, de manera compartida el régimen de convivencia con sus hijos (art.5.2 L.R.F.), siendo un parámetro que debe examinarse con precaución, toda vez que, fuera de los supuestos criminalizados, depende en gran parte de la voluntad de los progenitores, que, lógicamente debería ceder, en cuanto mera comunicación en las cuestiones de interés del menor (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de febrero de 2012).

6ª) La falta de un informe psicológico no es óbice, en absoluto, para el establecimiento de un régimen de convivencia compartida, pues la Ley habla de aportación de informes psicológicos cuando procedan, presumiéndose que cualquier progenitor es capaz de asumir la paternidad (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de febrero de 2012).

7ª) Para el otorgamiento de un régimen de convivencia individual es necesario que existan informes sociales, médicos, psicológicos o de otro tipo que proceda, pues éste es el único sentido en que puede interpretarse el hecho de que en el art.5.3 L.R.F. se haga referencia a tales informes junto a otros factores para fijar el régimen de convivencia (tanto individual como compartida), mientras que en el art.5.4 L.R.F., que se refiere exclusivamente al régimen de convivencia individual, sólo se reitera ese concreto factor.

8ª) Acreditación de los factores a tener en cuenta para la determinación del régimen de convivencia:

- La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los

hijos e hijas menores: aportación de informe del centro escolar, en el que se constate la plena implicación del progenitor que pretende la convivencia compartida en el ámbito escolar (llevar y recoger al menor del centro escolar, acudir a las reuniones, solicitar tutorías, participar en las actividades propuestas por el centro a los padre...) y de informe del pediatra que atiende al menor, en el que conste que ha acudido a parte importante de las citas médicas del menor.

- La capacidad de cada progenitor: presentación de un informe pericial psicológico.

Los momentos procesales en que se puede introducir la prueba pericial son los siguientes:

- Cuando las partes realizan su primera actuación, esto es, al presentar la demanda el actor y la contestación el demandado, existiendo tres posibilidades:

a) Que la demandante o la demandada aporten una pericial emitida por un psicólogo por ellas elegido (lo que viene denominándose, pericial de parte).

El informe pericial acompaña a la demanda o a la contestación.

Normalmente, se tratará de un informe limitado sólo a una de las figuras parentales y/o al menor, por lo que, a efectos prácticos, suele ser poco útil para el Juez.

b) Que la demandante o la demandada designen un psicólogo concreto para que emita la pericial, solicitando que el Juzgado requiera al otro progenitor para que acuda al referido profesional para su valoración (también es una pericial de parte).

El informe pericial no acompaña a la demanda o a la contestación, sino que se aporta posteriormente, antes del inicio de la vista.

A pesar de que es la parte quien elige el profesional que emite el informe, éste podrá valorar a todo el grupo familiar, por lo que, a efectos prácticos, puede ser muy útil para el Juez, pudiendo determinar, incluso, su decisión. Es muy importante la correcta elección del profesional, pues no cualquier psicólogo tiene los conocimientos necesarios para efectuar un informe sobre valoración del régimen de convivencia, no debiendo acudirse a un psicólogo clínico.

c) Que la demandante o la demandada soliciten la designación judicial de un psicólogo forense (lo que se denomina, pericial judicial), bien porque gocen del beneficio de justicia gratuita, bien porque no teniendo reconocido tal derecho interesen que el perito sea designado judicialmente.

El informe pericial deberá emitirse antes del inicio de la vista.

El psicólogo forense valorará a todo el grupo familiar, presumiéndosele completa imparcialidad, debido a que no es elegido por ninguna de las partes, por lo que, a efectos prácticos, suele tener una gran relevancia para el Juez.

- Cuando se va a iniciar la vista, con suspensión de la misma:

Aunque, inicialmente, exista desacuerdo de los progenitores sobre el régimen de

convivencia y/o de relaciones, en base a las pretensiones formuladas por las partes en la demanda y la contestación, lo cierto es que, en un importante porcentaje de asuntos, se consigue un acuerdo antes de entrar a la Sala para celebrar el juicio, bien porque los letrados lo han negociado, bien porque el Ministerio Fiscal ha intermediado al respecto, bien porque se consigue con la intervención judicial, por lo que hasta el mismo momento de inicio de la vista se desconocen los términos exactos de la controversia. Sólo en ese momento, es cuando el Juez puede considerar que, al mantenerse los términos del debate iniciales, y no existir una pericial psicológica, porque ninguna de las partes lo haya solicitado, va a resultar necesario que sea acordada de oficio.

Si bien el art.770.4ª L.E.C. establece como momento para acordar de oficio pruebas los treinta días posteriores a la celebración de la vista, desde el punto de vista del derecho de defensa resulta más adecuado que se interrumpa la vista para la práctica de la pericial y que se continúe la misma una vez que el informe haya sido emitido, pues las consideraciones y conclusiones del mismo pueden condicionar la prueba a proponer por cada una de las partes.

En base a esta consideración, cuando debido a los hechos alegados se estima que no va a ser posible dictar Sentencia sin practicar pericial judicial, puede exponerse a los letrados y al Ministerio Fiscal, ofreciéndoles la posibilidad de celebrar la vista y practicar la prueba que ellos propongan y se admita y, posteriormente, practicar la prueba pericial o suspender la vista para practicar la pericial y volverla a señalar para disponer del informe pericial previamente a la proposición y práctica de la prueba.

- Cuando se está practicando la prueba propuesta y admitida en la vista, con interrupción de la misma:

En alguna ocasión, aunque se haya admitido la práctica del interrogatorio de las partes y de testigos, tras practicar el interrogatorio de las partes, se alcanza la convicción de la necesidad de practicar una pericial judicial, porque quede claro, por ejemplo, que el régimen que se viene desarrollando es el de custodia o convivencia compartida y resulta necesario que un perito valore el sistema de distribución de tiempos más adecuado para el menor.

En ese momento, puede someterse a la consideración de las partes la posibilidad de interrumpir la vista para practicar prueba pericial y, tras la misma, reanudar la celebración, con posibilidad de renunciar al resto de la prueba admitida.

- Tras la finalización de la vista:

- art.770.4ª L.E.C.: *“Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.*

Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de... hechos de los que dependen los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del

fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”.

En este Partido Judicial, en el que no existe Equipo Psicosocial, ni adscrito al Juzgado de Familia, ni compartido con otros Juzgados, debe acudir a una bolsa de psicólogos forenses, regulada por el Colegio Oficial de Psicólogos de la Comunidad Valenciana (C.O.P.).

Si la parte que solicitó la prueba pericial tiene reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, se librará oficio al C.O.P. para que designe un perito.

Si la parte que interesó la pericial no es beneficiaria del derecho de justicia gratuita, se designará como perito judicial al psicólogo forense que por turno corresponda. La primera designación del año se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores: aportación de certificación del centro de trabajo sobre la jornada y horario laboral.

- Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos: cálculo sobre distancia existente entre el domicilio de ambos progenitores y el centro escolar y plano en el que se identifiquen tales lugares; fotografías del domicilio, muy especialmente, de la habitación del menor.

2.4 Creencias erróneas sobre la atribución del régimen de convivencia:

1ª) Que si se establece un régimen de convivencia compartida no se fija un importe concreto a abonar por un progenitor al otro como contribución a los gastos de atención de sus hijos:

En los supuestos de régimen de convivencia compartida, especialmente si los períodos de cohabitación son inferiores a un mes, cuando los recursos económicos de que disponen ambos progenitores son semejantes, cada uno deberá asumir, mediante su pago directo, los gastos ordinarios de atención a sus hijos de alimentación y vestido y por mitad los de educación (matrícula, libros, cuotas de A.P.A., excursiones), ya que debido a la periodicidad con que se devengan, podría quedar siempre obligado al pago de tales gastos el mismo progenitor; pero si los recursos económicos no son semejantes, deberá fijarse, a cargo de aquél progenitor que ostente mayor poder adquisitivo, un importe a satisfacer al otro como contribución a los gastos de atención a su hijo cuando se encuentre cohabitando con el otro progenitor, con abono por mitad de los gastos de educación (matrícula, libros, cuotas de A.P.A., excursiones).

2ª) Que sólo si se establece un régimen de convivencia compartida se evitará la atribución del uso del domicilio familiar a uno de 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, por lo que no depende del establecimiento de un régimen de convivencia individual o compartida.

3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR (art.6 L.R.F.):

3.1 Atribución del uso en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores:

El art.6.1 L.R.F. proclama claramente como criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, que ha de ser respetado en todo caso por la autoridad judicial en su decisión, el de conveniencia de los hijos, de suerte que la toma en consideración de las eventuales dificultades en el acceso a la vivienda por parte de uno de los progenitores solamente se producirá en el caso de que, a juicio de la autoridad judicial, resulte compatible con el aludido interés de los hijos (auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 2011, dictado en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno sobre la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven).

3.2 Limitación temporal del uso:

No puede obviarse que el art.6.3 L.R.F., en correspondencia con su Preámbulo, es taxativo al afirmar que la atribución del uso de la vivienda “*tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso*”, por lo que el tribunal fijará obligatoriamente el período máximo de atribución del uso, considerando cuatro años tiempo suficiente para que se resuelva lo procedente respecto de la venta o atribución definitiva a uno de los condóminos en la liquidación de la copropiedad de la vivienda (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de junio de 2011 y Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de febrero de 2012).

A través de tal limitación temporal la voluntad del legislador se ha dirigido a conciliar, en lo posible, los intereses en conflicto de los miembros de la unidad familiar, desechando cualquier medida de atribución indefinida de uso, que no haría sino agravar las dificultades económicas de la pareja en los casos de ruptura (Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de febrero de 2012).

3.3 Compensación económica por la pérdida de uso:

Del mismo modo, el art.6.1 L.R.F. es taxativo al afirmar que, si la vivienda familiar es atribuida a un progenitor siendo privativa del otro o común de ambos, deberá fijarse 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. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios.

Para la fijación de la concreta compensación, debe tenerse en cuenta que:

- las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona es una circunstancia más a tener en cuenta.

- la acreditación del importe de las rentas pagadas podrá efectuarse a través de meras consultas en Internet, pero, en caso de discrepancia entre la información aportada por cada parte, se acudirá por la autoridad judicial a la prueba pericial, a practicar por A.P.I.

- como demás circunstancias concurrentes, siempre se valorará la capacidad económica de ambos progenitores y el porcentaje en la titularidad que le corresponde al adjudicatario.

- uno de los criterios más usuales para concretar el importe la compensación es hacerla equivalente al importe de la mitad de la cuota hipotecaria que le correspondería abonar al progenitor que pierde el uso.

3.4 Uso de segunda vivienda:

El art.5.1 L.R.F. establece que a falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el art.4.2 L.R.F. y entre ellos el destino de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.

El art.6.4 L.R.F. establece que el régimen jurídico establecido en los apartados primero a tercero del mismo precepto no serán de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias, por lo que, en ningún caso, se fijará compensación por pérdida de uso (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 29 de mayo de 2012).

4. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE ATENCIÓN DE LOS HIJOS (art.7

L.R.F.):

4.1 Régimen de convivencia compartida:

En los supuestos de régimen de convivencia compartida, especialmente si los periodos de cohabitación son inferiores a un mes, si los recursos económicos de que disponen ambos progenitores:

- son semejantes, cada uno deberá asumir, mediante su pago directo, los gastos ordinarios de atención a sus hijos de alimentación y vestido y por mitad los de educación (matrícula, libros, cuotas de A.P.A., excursiones), ya que debido a la periodicidad con que se devengan, podría quedar siempre obligado al pago de tales gastos el mismo progenitor.

- no son semejantes, deberá fijarse a cargo de aquél progenitor que ostente mayor poder adquisitivo un importe a satisfacer al otro como contribución a los gastos de atención a su hijo cuando se encuentre cohabitando con el otro progenitor, con abono por mitad de los gastos de educación (matrícula, libros, cuotas de A.P.A., excursiones).

4.2 Régimen de convivencia individual:

En los supuestos de régimen de convivencia individual, los gastos de educación (matrícula, libros, cuotas de A.P.A., excursiones) deben ser tenidos en cuenta para fijar la contribución del progenitor no conviviente a los gastos de atención de su hijo.

4.3 Momento a partir del cual se puede exigir la contribución:

En cuanto al momento a partir del cual ha de abonarse el importe fijado como contribución a los gastos de atención a los menores (análogicamente a la pensión alimenticia), ha de tenerse en cuenta que el art.148 del Código Civil establece que *“La obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en la que se interponga la demanda”*, siendo admitida la aplicación de este precepto a los procesos de separación, divorcio y medidas de hijos extramatrimoniales por multitud de Audiencias Provinciales (entre otras, Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de mayo de 2007, de Murcia de 23 de mayo de 2005 y de Baleares de 10 de diciembre de 2003), de manera que la pensión por alimentos deberá ser abonada desde la fecha de interposición de la demanda que dio lugar al pleito, sin que tenga relevancia qué

progenitor los reclame o deba abonarlos o por qué importe, toda vez que la naturaleza de la obligación de alimentos de los padres para con sus hijos nace del hecho mismo de la procreación y se configura por la Ley como obligación legal, que, por tanto, no puede ser constituida por Sentencia, sino declarada por la misma (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de diciembre de 2009).

5. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS (Disposición Transitoria Primera):

La Disposición Transitoria Primera (Revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior) establece que *“A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma”*.

La propia Ley previene que podrá llevarse a cabo la revisión de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor, considerándose esta última circunstancia fundamento suficiente para solicitar la modificación de medidas adoptadas en procesos familiares anteriores (Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de mayo de 2012)

A mayor abundamiento, cabe señalar que la entrada en vigor de la L.R.F. supone, “per se”, una alteración sustancial de circunstancias en relación a:

- El establecimiento de un régimen de convivencia compartida, pues en la L.R.F. el régimen de convivencia compartida es la regla general y el régimen de convivencia individual es excepcional (art.3, 5.2 y 5.4 L.R.F.), mientras que el Código Civil prevé el régimen de guarda y custodia compartida como un régimen excepcional (art.92.8 C.C.), lo cual puede haber determinado que en los procedimientos anteriores a la entrada en vigor de la L.R.F. se haya pactado un régimen de guarda y custodia exclusiva (en los procedimientos de mutuo acuerdo o cuando se ha alcanzado un acuerdo en la vista de los procedimientos contenciosos) o no se haya solicitado el régimen de guarda y custodia compartida (en los procedimientos contenciosos), al estimar que iba a resultar muy difícil la obtención de dicho régimen de custodia compartida si no existía un acuerdo entre los progenitores.

-La limitación temporal del uso de la vivienda y la fijación de una compensación por la pérdida de uso, pues tales medidas son una regulación novedosa que introduce la L.R.F., por lo que no podían haberse solicitado antes.

SANDRA PEINADO MARTÍNEZ: Licenciada en Derecho por la Universidad de San Vicente del Raspeig (Alicante), promoción 1992-1997. Premio Sempere Sevilla al mejor expediente académico.

Promoción 51ª de la Escuela Judicial, con acceso a la Carrera Judicial en septiembre de 1999. Destinos: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante) (2001-2003); Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Coslada (Madrid) (2003-2005); Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche (Alicante), con competencias exclusivas en materia de Familia. Proyecto piloto de la Comunidad Valenciana en mediación familiar desde junio de 2010 (2005-actualidad).

Intervención en cursos o jornadas organizadas, entre otros, por del Iltr. Colegio de Abogados de Elche, el Servicio de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Psicólogos de la Comunidad Valenciana.