

EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES
DE EDAD CON LOS PROGENITORES: REGLA GENERAL Y
EXCEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.

REGULATION OF COHABITATION BETWEEN
PROGENITORS AND MINORS: GENERAL RULE AND
EXCEPTION IN THE VALENCIAN ACT.

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 566-577



Esther
ALGARRA y
Javier
BARCELÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El artículo analiza la Ley 5/2011, de 5 de abril, que introduce, entre otras importantes modificaciones, un nuevo modelo de custodia, la llamada custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: Custodia, custodia compartida, hijos menores, progenitores.

ABSTRACT: The paper analyzes the 5/2011 Act, April 5th, that includes, among its main amendments, a new model of custody, named shared custody.

KEY WORDS: Custody, Shared custody, minor children, parents.

SUMARIO: I. Introducción: la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven.- II. Estructura y definiciones.- III. Pacto de convivencia familiar o medidas judiciales en defecto de pacto.- IV. La regla general en materia de convivencia de los menores de edad con los progenitores: el régimen de convivencia compartida. V. La excepción: la convivencia individual.- VI. Control periódico.- VII. El caso particular de una situación de violencia familiar.- VIII. Derecho transitorio.

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

El 5 de abril de 2011 se publicaba en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

La nueva Ley, como se señala en su Disposición Final Primera, se dicta al amparo de la competencia exclusiva que el art. 49.1.2ª del Estatuto de Autonomía otorga a la Generalitat en materia de conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano.

Iniciada la recuperación del Derecho civil valenciano con la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, se da ahora un paso más, sin duda importante y significativo por la relevancia de los temas que en ella se regulan, en la dirección de “un camino cuya meta final es la elaboración de un futuro Código de derecho civil foral valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen”¹.

¹ Son palabras del Preámbulo de la Ley, que vienen a repetir una idea que ya existía en el Preámbulo de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

• Esther Algarra Prats

Es Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España). Es autora de diversos trabajos en materia de Derecho de Familia, entre ellos, El régimen económico matrimonial de participación. Madrid (2000); La ley; “Las donaciones por razón de matrimonio”, en AA.VV. El régimen económico del matrimonio. Madrid (2005); Dykinson; “La corrección de los hijos en el Derecho español”. Aranzadi Civil (2010) y el “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en La responsabilidad civil en las relaciones familiares. Madrid (2012); Dykinson. Desde su creación en 2004 hasta 2007 fue Vocal de la Comisión de Codificación Civil Valenciana.

• Javier Barceló Doménech

Es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España). Es autor de diversas monografías en materia de Derecho de Familia, entre ellas Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge. Valencia (2000); Tirant lo Blanch; Las uniones de hecho y la indemnización por muerte en accidente de circulación. Valencia (2002); Tirant lo Blanch; y La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital. Valencia (2006); Tirant lo Blanch. Desde 2008 es Vocal del Observatorio de Derecho civil valenciano.

Se indica en el Preámbulo que la Ley responde a “una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990”.

Sirve de antecedente y base la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, cuyo art. 22 configuró el sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la nueva Ley².

Popularmente conocida como “la ley valenciana de custodia compartida”, entró en vigor el 5 de mayo de 2011, tras un intenso debate político y movilizaciones ciudadanas³, y fue, de modo inmediato, destacada noticia en prensa, radio, televisión, foros de Internet, etc. Es indudable la repercusión social en un tema especialmente sensible y delicado, ya que cuando una pareja –casada o no– con hijos menores se rompe, una de las primeras decisiones que han de tomar los progenitores afecta precisamente a la guarda y custodia de sus hijos. La amplia difusión de la noticia en los medios de comunicación era, por otro lado, fácilmente previsible, pues viene a romper con la práctica habitual de atribuir la custodia –y como consecuencia de ello, también el uso de la vivienda familiar– a uno de los progenitores en exclusiva –en la mayoría de los casos, la mujer–, teniendo el otro únicamente un derecho de visitas. La situación, a partir de la nueva Ley, es totalmente distinta, y la custodia compartida que, a falta de acuerdo de los padres, era excepcional en la regulación del CC (art. 92.8), pasa a ser ahora la regla general de la Ley 5/2011, de 1 de abril, si bien la decisión judicial que la establezca deberá ponderar una serie de factores, todos ellos presididos por el interés superior del menor⁴.

- 2 Se citan cinco principios, ya recogidos en el art. 22 de la Ley 12/2008, regulador del “derecho a las relaciones familiares”: “1. Principio de coparentalidad: ‘Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses’. 2. Derecho de cada menor a ‘crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos’. 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, ‘a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores’. 4. Derecho de cada menor ‘a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados’. 5. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.
- 3 La Ley se aprueba, con los votos favorables de Partido Popular y Compromís, en el último Pleno de las Cortes Valencianas, celebrado el 24 de marzo de 2011, antes de la disolución con motivo de las elecciones autonómicas del 22 de mayo de 2011. Hubo cierta discrepancia interna en el partido gobernante, y otros grupos parlamentarios no votaron a favor, al entender que la solución de la custodia compartida debía ser siempre pactada. También es de resaltar el esfuerzo de determinadas plataformas cívicas a favor de la custodia compartida, que se movilizaron en los días anteriores al Pleno, ante el temor de que la Ley no sería finalmente aprobada [<http://www.elpais.com> (12 de marzo de 2011)].
- 4 Antes que la Comunitat Valenciana, Aragón (art. 6.2 de la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de hecho, que entró en vigor el 20 de mayo de 2010) y Cataluña (art. 233-10.2 de

Conviene señalar que la Ley va más allá de la cuestión de la custodia compartida, y regula otros aspectos, muy importantes también, al margen de que no hayan generado polémica y hayan pasado desapercibidos en los medios de comunicación; nos referimos, en concreto, a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y a los gastos de atención de los hijos e hijas. Circunstancia ésta que no deja de ser curiosa, pues la atribución de la custodia a los dos progenitores tiene también una directa consecuencia en el uso de la vivienda familiar y en los alimentos a los hijos⁵.

Los cambios, respecto de la regulación del CC, no son sólo de contenido, sino que también inciden en el aspecto terminológico o formal: así, los «gastos de atención» designan la materia que ha venido siendo englobada en el concepto de «alimentos», no se habla de «custodia compartida», sino de «convivencia compartida».

La Ley entró en vigor el 5 de mayo de 2011 (la Disposición Final Cuarta establecía la entrada en vigor a los treinta días de su publicación en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana), pero quedó en suspenso el 4 de julio de 2011 (BOE 26 de julio de 2011) por la interposición de recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno, que invocó el art. 161.2 de la Constitución, al entender que la norma autonómica regula instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación foral valenciana, excede las competencias sobre conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano, y vulnera la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil. Meses más tarde, se levantó la suspensión por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 2001, publicado en el BOE de 3 de diciembre de 2011, por lo que actualmente es de aplicación.

II. ESTRUCTURA Y DEFINICIONES.

La Ley consta de siete artículos, una disposición adicional, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Su objeto, según expresa el art. 1, es “regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y

la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil, que entró en vigor el 1 de enero de 2011) optaron por la custodia compartida como régimen preferente. La norma aragonesa está ahora integrada en el art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. De manera casi simultánea con la Ley valenciana, se dicta en Navarra la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia con los padres, que viene también a establecer en el art. 3 condiciones más favorables para el otorgamiento de la custodia compartida, en la medida en que no se atribuye carácter preferencial a modalidad alguna de custodia –individual o compartida–. Sobre la custodia compartida en las legislaciones autonómicas, vid. De Torres Perea, J.M. “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”. *InDret* (2011). 4, 46 ss.

5 Como ha señalado Guilarte Martín-Calero, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”. *InDret* (2008). 2, 24, “la decisión judicial sobre la guarda y custodia de los hijos no es un pronunciamiento aislado sino que condiciona la adopción de otros; por ello, adoptar un sistema de guarda y custodia alternativa implica cuestionar los tradicionales criterios de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos y de fijación de una pensión para los hijos que administra el cónyuge custodio”.

éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas”; y su ámbito de aplicación viene fijado por el criterio de la vecindad civil valenciana de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, conforme dispone el art. 2.

El art. 3 contiene una serie de definiciones, a través de las cuales se determinan los conceptos de “régimen de convivencia compartida”, “régimen de convivencia individual”, “régimen de relaciones” y “pacto de convivencia familiar”.

El “régimen de convivencia compartida”, que se corresponde con lo que usualmente conocemos como custodia compartida, es “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial [art. 3 a)]⁶. El legislador, como vemos, se atreve a dar un concepto legal de custodia compartida.

El “régimen de convivencia individual” es una situación distinta a la anterior. Calificado en la propia definición legal como «modalidad excepcional», sólo uno de los progenitores tiene la custodia de los hijos, lo que no impide que el otro pueda relacionarse con ellos, a través de visitas o estancias. Para el art. 3 b), consiste en “la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.

El “régimen de relaciones” se define por el art. 3 c) como “el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia”. Si ponemos en conexión las definiciones de los apartados b) y c) del art. 3, resultaría que el “régimen de relaciones” es aplicable tanto a los casos en que ninguno de los progenitores convive con los hijos como a los casos en los que sólo uno de los progenitores no convive con los hijos.

Finalmente, “el pacto de convivencia familiar” es definido por el art. 3 d) como “el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de

6 La distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores es el elemento clave que permite identificar la situación de custodia compartida. Lo que no determina la Ley es la modalidad concreta, lo cual es lógico, pues son muchas las variantes que pueden darse. La situación más frecuente es, sin duda, aquella en la que los progenitores viven en domicilios distintos y los hijos conviven con cada uno de ellos por períodos alternos de días, semanas o meses; así, en concreto, la SAP Alicante 17 mayo 2011 (JUR 2011, 312394) dispone la custodia compartida por semanas alternas (de viernes a viernes).

convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley”.

El art. 3 contiene, además de las anteriores, otras dos definiciones, que se relacionan con los gastos de los hijos. Se distingue entre gastos ordinarios y extraordinarios; los primeros son aquellos que los hijos e hijas menores “precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia» [art. 3 e)]; los segundos son «los que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional» [art. 3 f)].

III. PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR O MEDIDAS JUDICIALES EN DEFECTO DE PACTO.

Cuando los progenitores no conviven, los términos de la relación con sus hijos e hijas pueden determinarse por «el pacto de convivencia familiar» o, en su defecto, por el Juez.

Al pacto de convivencia familiar se refiere el art. 4. El pacto presupone el acuerdo de voluntades de los progenitores y requiere la aprobación judicial y la intervención del Ministerio Fiscal, que ha de ser oído (art. 4.4). El pacto debe establecer como contenido mínimo (utiliza la Ley la expresión “al menos” en el art. 4.2) una serie de “extremos” (curiosamente, el mismo término que el del art. 90 CC al describir el contenido del convenio regulador), que son los siguientes: a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores; b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación; c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar; d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas. También regula el art. 4.3 las causas de modificación o extinción del pacto, que son concretamente seis: las especificadas en el propio pacto; el mutuo acuerdo; la solicitud de uno de los progenitores, si han sobrevenido circunstancias relevantes; la iniciativa del Ministerio Fiscal; la sobrevenida privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores; y el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto.

A falta de pacto, dispone el art. 5.1 que es la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fija los extremos enumerados en el art. 4.2 y a los que antes hicimos referencia. Todo el articulado restante de la Ley se dedica a estas

medidas judiciales sobre régimen de convivencia (art. 5), atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 6) y gastos de atención a los hijos e hijas (art. 7). Por ello, no resulta acertado que el art. 5 lleve por título "Medidas Judiciales" cuando la mayor parte de su contenido se dedica al régimen de convivencia y/o de relaciones; hubiese sido más acertado dedicar un breve artículo a describir el supuesto de hecho que da origen a las medidas judiciales, y posteriormente regular en artículos separados el contenido de cada una de las tres medidas.

IV. LA REGLA GENERAL EN MATERIA DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES DE EDAD CON LOS PROGENITORES: EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA.

Una de las más importantes novedades de la Ley valenciana es la que se contiene en el art. 5.2, al decir que "como regla general, atribuirá (la autoridad judicial) a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos"⁷.

Es clara la diferencia con la regulación del CC, donde la custodia compartida, faltando el acuerdo de los progenitores, tiene un carácter excepcional⁸.

La SAP Alicante 17 mayo 2011 (JUR 2011, 312394) describe el cambio de criterio operado con la nueva Ley: "teniendo en cuenta que la excepcionalidad desde la entrada en vigor de la Ley la constituye el establecimiento de un régimen de convivencia a un solo progenitor; procede estimar el recurso y fijar la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia de la hija menor; sin que apreciemos razones, ni factores que aconsejen optar por una solución que la nueva Ley considera excepcional".

7 Este último extremo es importante, pues como señala De Verda y Beamonte, J.R.: "Las crisis familiares en la legislación valenciana", en AA.VV. *Derecho Civil IV* (coord. J.R. de Verda y Beamonte). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 116, "la razón más habitual para denegar la custodia compartida (antes de la entrada en vigor de la Ley) era, precisamente, la existencia de malas relaciones entre los padres, considerándose que dicha situación dificultaba extraordinariamente un régimen de este tipo".

8 La custodia compartida, según el art. 92.5 CC, se acuerda por el Juez cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Como excepción y conforme al art. 92.8 CC, aunque no se den los supuestos que acabamos de describir, puede el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Ahora bien, pese a este carácter excepcional, lo cierto es que la Sala Iª del TS ha ido dictando diversas sentencias, favorables a la adopción de la guarda compartida, en las que se flexibiliza notablemente la interpretación del art. 92.8 CC y se aboga por una aplicación, nada restrictiva, de la custodia compartida, que es considerada la medida más acorde desde la perspectiva del interés superior del menor. Vid., a título de ejemplo, la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010, 7302) y el comentario a la misma de Alascio Carrasco, L. "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010". *InDret* (2011). 2, 11 ss.

Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta una serie de factores que vienen enumerados en el art. 5.3 de la Ley: a) La edad de los hijos e hijas, pudiendo en el caso de los menores lactantes establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores⁹; b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce 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 e hija menor de edad; h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Se trata, pues, de criterios legales de atribución de la custodia compartida, sometidos, en sus específicas circunstancias, a la ponderación judicial. Esta enumeración de criterios o factores, que sirven para adoptar la decisión de la custodia compartida, contrasta con la regulación del art. 92.8 CC, donde no se menciona criterio alguno.

Conviene advertir que apartarse de la regla general debe ser objeto de una motivación específica. No se pierda de vista que la legislación valenciana considera la custodia individual como excepcional y por ello hay que ser particularmente cuidadoso con las razones o factores que aconsejen desviarse del criterio de la regla general.

Es, por ello, correcto el razonamiento de la SAP Alicante 5 diciembre (2012, 5514), que, revocando la sentencia apelada, atribuye el régimen de convivencia compartida a los dos progenitores por considerar que ambos eran “perfectamente capaces de asumir el cuidado y educación del menor», estando, además, esté “adaptado por igual a ambos padres :

En cambio, se desvincula del criterio legal la SAP Valencia 25 julio 2012 (Tol. 2676734), que establece un régimen de convivencia a favor exclusivo de la madre,

9 La primera sentencia que se dictó al amparo de la nueva Ley fue en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Elche, según difundieron las agencias de noticias (que no dieron, sin embargo, la fecha de la resolución), y en ella, pese a la oposición de la madre, se acuerda la custodia compartida, con aplicación de la forma progresiva prevista en el art. 5.3 a), al tratarse de un bebé de nueve meses. Se afirma, en concreto, que el desarrollo evolutivo de los menores “requiere un aumento progresivo del contacto con el padre, sin introducir la pernocta hasta los 18 meses, pero preparándola con una ampliación de estancias a partir del año, e incrementándola progresivamente hasta llegar a los tres años a una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos, que a partir de los seis años, pasará a ser de semanas alternas y mitad de las vacaciones en verano” [Vid. noticia en *Act. civ.* (2011). 12, 1444 y 1445].

apoyándose en el informe psicológico que afirmaba que la misma “había sido la principal figura de referencia en el desarrollo evolutivo de los menores”.

V. LA EXCEPCIÓN: LA CONVIVENCIA INDIVIDUAL.

Las circunstancias concretas del caso pueden determinar, sin embargo, que la autoridad judicial no acuda a la regla general de la custodia compartida y opte por atribuir la guarda a uno solo de los progenitores. El supuesto lo describe el art. 5.4: “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. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”.

VI. CONTROL PERIÓDICO.

El art. 5.5 prevé la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar para confirmar o cambiar el régimen establecido: “La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia”.

El control periódico juega un papel mucho más importante del que a primera vista pudiera pensarse. Permite adoptar la convivencia compartida (que, no se olvide, es la regla general de la legislación valenciana) en determinadas ocasiones donde pudiera inicialmente plantearse la duda acerca de su conveniencia, como, por ejemplo, en el caso en que un progenitor acaba de superar una situación problemática; el juez puede perfectamente establecer la convivencia compartida y someter a control periódico la situación de este progenitor, pudiendo mantener o no el régimen en función del resultado de los controles periódicos.

VII. EL CASO PARTICULAR DE UNA SITUACIÓN DE VIOLENCIA FAMILIAR.

Finalmente, el art. 5.6 contempla un supuesto concreto en que se excluye la custodia compartida, al estar uno de los progenitores incurso en un proceso penal contra el otro, incluyendo las situaciones de violencia doméstica y de género.

VIII. DERECHO TRANSITORIO.

Especial atención debemos dedicar a las normas de Derecho transitorio contenidas en la Ley 5/2011.

La Disposición Transitoria Primera permite la revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior. Es evidente la importante repercusión de esta Disposición, pues va a permitir la revisión de las medidas definitivas acordadas conforme a la legislación anterior; pueden instar la revisión, a partir del 5 de mayo de 2011, cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal. La suspensión de la entrada en vigor el 4 de julio de 2011, que se prolongó hasta los primeros días del mes de diciembre de 2011, determina que sea todavía pronto para conocer datos estadísticos acerca del número de demandas de modificación de medidas que se han interpuesto al amparo de la nueva normativa, y por ello no podemos confirmar si la anunciada "avalancha" de peticiones de custodia compartida se ha producido¹⁰.

La Disposición Transitoria Segunda ordena la aplicación de la nueva Ley a los procedimientos judiciales (en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales) pendientes de sentencia. En los meses en que estuvo vigente la Ley hasta su suspensión, las SSAP Alicante de 17 de mayo (JUR 2011, 312394), 23 de mayo 2011 (JUR 2011, 312232), 9 junio 2011 (JUR 2011, 311373) y 28 de junio de 2011 (JUR 2011, 320448), al resolver recursos de apelación, aplicaron la nueva Ley. Sin embargo, posteriormente se consideró por la STSJ Comunitat Valenciana 24 enero 2012 (Tol 2566771) que esta Disposición se refiere, exclusivamente, a los procedimientos que estuvieren pendientes de sentencia en primera instancia.

10 En los días anteriores a la entrada en vigor de la Ley, que se produjo el 5 de mayo de 2011, los medios de comunicación se hicieron eco de una anunciada "avalancha de peticiones de custodia compartida" y de otras consecuencias asociadas, como la necesidad de contar con mayor número de psicólogos para la emisión de informes (Diario Información de Alicante, 1 de mayo de 2011).

