

La custodia compartida se abre paso a espaldas del código civil

Por [Jose Manuel Vara Gonzalez](#) / 13 noviembre, 2014

La [estadística de custodias compartidas](#) declaradas por sentencia arroja desde 2007 la siguiente serie:

año	% de Custodias Compartidas
2007	09,60
2008	
2009	
2010	10,46
2011	12,30
2012	14,60
2013	17,90

(el INE no proporciona datos desagregados más antiguos). **Es decir, las custodias compartidas han aumentado un 45,52% en los 2 últimos años y un 86,46 % en los últimos 5.** Es difícil encontrar otra variable sociológica que haya experimentado en el mismo período un salto cualitativo tan acusado.

Se ha querido buscar explicación a este aumento **en la entrada en vigor de varias legislaciones autonómicas regulando la figura.**

En efecto, en 3 de las cuatro regiones con normativa propia sobre el tema, su implantación se acerca rápidamente a las cifras vigentes en países (Francia desde 2002, Italia y Bélgica desde 2006...) que también derogaron la anterior preferencia por la custodia exclusiva.

Así, en 2013, el 29,60 % de las rupturas en Cataluña establecieron la custodia alternada (concretamente en la provincia de Gerona, 34,90%), 29,00 % en Aragón, y 25,70 % en la Comunidad Valenciana, quedándose Navarra, con un 15,90% en cifras llamativamente inferiores a la media estatal.

El dato, siendo cierto, **no es suficiente.** En 1º lugar, porque **tales normativas no estimulan** las custodias compartidas con la intensidad que reflejan las cifras.

Las de **Navarra y Cataluña** se limitan a equiparar formalmente los distintos modelos, **ampliando la discrecionalidad judicial y las facultades de autocomposición de los padres.** Más **favorables a la coparentalidad** son las **leyes valenciana y aragonesa**, si bien por razones demográficas tienen un impacto limitado sobre los datos globales.

Pero, sobre todo, **la dispersión normativa** no explica que parecidos aumentos se estén produciendo en casi todos los territorios sujetos en esta materia al Código Civil. Ejemplos:

años	Provincias	% Custodia Compartida	Incremento %
2011 a 2013	Baleares	18,90 al 26,10	7,20
	País Vasco	11,70 al 17,40	5,70
	Madrid	11,80 al 16,50	4,70
	Andalucía	+/- 9,90	

La normalización de la figura parece por tanto tener mucho que ver con el desarrollo socioeconómico de cada territorio. Con todo, algo raro pasa en Andalucía, que con sus 8,5 M. de habitantes y sus 17,5 m. rupturas anuales, tiene peso propio para sesgar los datos: prescindiendo de los suyos, la media estatal estaría por encima del 20%. De ser ciertas las cifras, las custodias compartidas siguen allí estancadas en un 9.9 %, poco más de la mitad que

la media nacional, y con un dato asombroso: en toda la serie histórica es la única región que experimentó un retroceso (de 7,4 en 2011 a 7,0 en 2012).

Otro dato estadístico puede proporcionar la clave para comprender la generalización de la figura sin un cambio en la legislación estatal que lo impulse: **el nivel de litigiosidad matrimonial**.

En 2013, la proporción de divorcios contenciosos ha alcanzado el mínimo, de aproximadamente un 25%, desde el 36,5 % de 2007, 35,6% de 2009, y 33,2% de 2011. Puesto que las **tendencias son simétricamente inversas (reducción de divorcios contenciosos-aumento de custodias compartidas)**, es razonable concluir que **éste último aumento se está produciendo sobre todo en el seno de los procedimientos consensuados**.

Por decirlo claramente, una **proporción creciente de madres que se divorcian aceptan o piden ante los tribunales que no se les atribuya la custodia exclusiva de sus hijos** (La iniciativa de llevar la ruptura al juzgado la siguen tomando mayoritariamente las mujeres: en 2013, aproximadamente un 27 %, frente al 17 % de los esposos).

¿Cómo es posible esto durante la vigencia inalterada de **una ley -la del divorcio express de 2005- que privilegia acusadamente la custodia exclusiva?** **La crisis económica no parece suficiente explicación**, pues no ha tenido una repercusión tan marcada en otras variables sociológicas concomitantes. Por ejemplo, frente a la tesis de que la escasez obliga a las parejas descontentas a seguir juntas, las rupturas totales aumentaron de 106 m. en 2009 a 110 m. en 2010 y se mantuvieron en cifras idénticas en 2011 y 2012.

Seguramente parte de la explicación hay que encontrarla en la evolución natural de la sociedad en el periodo analizado: **asunción por el varón de mayores funciones parentales e incorporación de la mujer a un mercado de trabajo competitivo y absorbente**.

Pero lo brusco de la tendencia en tan corto plazo induce también a sugerir otro factor de índole jurídica, difícil de detectar y de cuantificar.

En concreto: durante los últimos años (no más de 4), **la jurisprudencia y la práctica judicial han respaldado la normalización de la custodia compartida más allá de la ley vigente, y paralelamente, han deconstruido el esquema legal anterior de la custodia exclusiva**.

No es necesario recordar **la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo partidaria de la custodia compartida como sistema preferente**: "el art. 92.8 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, **habrá de considerarse normal e incluso deseable**".

Suele citarse como origen de esta doctrina la **STS de 29/04/2013** (rec. 2525/2011), pero había precedentes al menos en las de 08/10/09 (rec. 1471/2006), 01/10/10 (rec. 681/2007) y 25/05/2012 (rec. 1395/2010).

Su construcción teórica está esbozada en la de 22/07/2011(rec. 813/2009) y consiste en **contorsionar el art. 92.8 CC hasta interpretarlo en sentido de que la expresión "excepcional" no se refiere la custodia compartida frente a la exclusiva, sino a que no haya acuerdo entre los progenitores frente a la regla general de que sí exista**. La doctrina se ha visto confirmada por una numerosa serie posterior: 19/07/2013 (rec. 2964/2012, la admite en modificación contenciosa de un divorcio anterior consensuado); 29/11/2013 (rec. 494/2012, aplicada a una niña de 2 años y su hermano, revocando la alzada); 25/04/2014 (rec. 2983/2012, revocando la alzada y confirmando la instancia); 02/07/14 (rec. 1937/2013, desenmascarando una custodia compartida encubierta)...

Frente a esto, otras recientes sentencias del Supremo, la doctrina legal de las audiencias, así como la práctica de los juzgados de instancia **están modificando el régimen ordinario de la custodia exclusiva hasta el punto de llegar a desincentivarla respecto** a la situación anterior, tanto en el plano económico como en el de las relaciones familiares.

En lo económico, la asignación del uso de la vivienda familiar al custodio ha visto recortado su horizonte temporal por las **STS de 02/09/2011** (rec. 1755/2008), 11/11/2013 (rec. 2590/2011) y 12/02/2014 (rec 382/2012): puede revisarse según los hijos van alcanzando la mayoría de edad, y no como antes, sólo tras la independencia económica del último de ellos.

El uso de la vivienda asignado a los hijos y al custodio, si la vivienda le es total o parcialmente ajena, ya es **tenido en cuenta normalmente por los tribunales en el balance económico tras la ruptura, bien de modo preferente con una reducción de las obligaciones a cargo del no custodio desahuciado, bien incluso fijando el equivalente a un alquiler a cargo del custodio usuario** (así lo regulan el art 6.1 ley valenciana 5/2011 y el art. 233-20-7 CCCat).

Además, a partir de la **STS 28/03/2011** (rec.2177/2007), **el pago de las cuotas de la hipoteca sobre la vivienda corresponde tras el divorcio por partes iguales a quienes la concertaron (generalmente a ambos cónyuges), y no como antes, preponderantemente al pagador de pensión alimenticia.**

El pago de **los gastos extraordinarios** de los hijos es asignado sistemáticamente a los 2 progenitores por mitad, sin consideración a quien ejerza la custodia.

Las pensiones compensatorias se otorgan en escasamente el 10% del total de rupturas (90% de ellas a favor de exesposas), cada vez con menor cuantía y duración, y el factor del ejercicio futuro de la custodia ha perdido peso en la ponderación judicial del desequilibrio que la fundamenta (la doctrina vigente sobre el tema está en STS 19/02/2014 -rec 2258/2012- y 20/02/2014 -rec 2489/2012-).

En **el plano de la relaciones familiares**, los juzgados de primera instancia (tanto los 104 de familia como los generalistas) **han ido sensibilizándose a la presión social en favor de la coparentalidad, concediendo en los divorcios contenciosos -y en sus modificaciones- regímenes de visitas del no custodio con sus hijos cada vez más amplios.**

La sentencia tipo viene otorgando fines de semana alternos (a veces con 3 pernóctas) y hasta 2 visitas intersemanales, en ocasiones con pernócta (ej. STS 02/07/14 rec.1937/2013).

La **STS de 26/05/2014** (rec. 710/2012) ha reorganizado el sistema de visitas, con unas consecuencias -al parecer- de extraordinaria importancia práctica. Hasta dicha sentencia el criterio mayoritario de los tribunales era que el progenitor no custodio debía acudir personalmente a recoger a sus hijos al domicilio de éstos y también reintegrarlos allí al final de cada visita.

Dicha sentencia establece como sistema de preferente aplicación judicial el siguiente: el no custodio debe recogerlos al inicio del tiempo de visita, pero es el custodio quien tiene ahora que desplazarse a la vivienda donde reside el no custodio para hacerse cargo allí a sus hijos al terminar la visita. Y ello, no sólo en las cortas visitas "de tarde" de pocas horas de duración, sino también en fines de semana y periodos de vacaciones.

Las consecuencias son de orden emocional o psicológico: deja de escenificarse la figura del no custodio como derrotado en el divorcio y expulsado de su casa, **aumentando en tiempo e intensidad la convivencia familiar con sus hijos.**

Pero también de organización doméstica (los "regresos" se hacen a última hora del domingo, o justo antes de la cena de los niños), y económicos (recoger a los hijos puede implicar la exigencia de mantener un coche, reorganizar la jornada de trabajo o incluso de comprar docenas de billetes de avión al año). Además, **el custodio no puede por propia iniciativa cambiar la residencia de los menores, y, por consiguiente, la suya propia, sin arriesgarse a perder la custodia o a incurrir incluso en responsabilidad penal** (ej. STS 15/10/2014 rec. 2260/2013).

El resultado es que cualquiera de los 2 progenitores que aborda su divorcio o su modificación, si cuenta con información y asesoramiento jurídico cualificado y libre de toxinas ideológicas, **encontrará inconvenientes de orden personal, familiar y económico en pretender la custodia exclusiva** que anteayer no existían, además de la incertidumbre creciente acerca de

si le será otorgada en los juzgados en vía contenciosa. Es probable que esto esté influyendo decisivamente sobre las estadísticas de custodias compartidas, y seguramente lo seguirá haciendo incluso bajo la actual normativa legal.

Lo anterior puede servir de reflexión a los políticos que por el momento padecemos, en especial a los responsables de [la reforma del Código Civil todavía formalmente en vigor](#): en democracia, con el BOE no basta para hacer ingeniería social.