

Opini3n doctrinal

Custodia compartida, ¿opci3n preferente?

© Ramon Quintano Ruiz



RAMON QUINTANO RUIZ

Abogado del Despatx Tulsà & Quintano Advocats

Profesor de Derecho Civil IV (Derecho de Familia)

Vicepresidente de la Societat Catalana d'Advocats de Família

Hace unos días, cay3 en mis manos la entrevista que *Aceprems* hizo al profesor Carlos Mart3nez de Aguirre, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. En la entrevista, se hablaba de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 257/2013, de 29 de abril, en la que se afirma, literalmente, que la custodia compartida “habrá de considerarse normal e incluso deseable”, y de la moci3n presentada por Ciudadanos, y aprobada el 20 de junio de 2017 por el pleno del Congreso, que pide que, dando cumplimiento a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la custodia compartida sea la opci3n preferente en los litigios matrimoniales (que en la página web del Congreso se titula “Moci3n consecuencia de interpelaci3n urgente sobre las pol3ticas del ministro de Justicia para dar cumplimiento a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida”). Al hilo de aquella entrevista, me gustar3a hacer una breve reflexi3n sobre esta cuesti3n desde la pr3ctica forense: ¿Debe ser la custodia compartida la opci3n preferente?





“La custodia compartida es lo deseable, pero no debería ser lo preferente; habrá que decidir caso por caso, haciendo un traje a medida para cada menor y familia”

Desde hace unos años, el Consejo General del poder judicial organiza unos encuentros anuales con la abogacía especializada en derecho de familia durante los que varios juristas prácticos (un centenar de jueces, fiscales y abogados especializados en derecho de familia de las asociaciones de abogados de familia más representativas del Estado —la Asociación Española de Abogados de Familia, la Societat Catalana d'Advocats de Família y la Asociación de Mujeres Juristas Themis—) reflexionan sobre diferentes cuestiones prácticas que se presentan a diario en sus juzgados y despachos. Después de los interesantísimos debates, se elaboran unas conclusiones muy útiles para nuestra práctica diaria que se pueden encontrar fácilmente en internet (por ejemplo, en la página web de la Societat Catalana d'Advocats de Família).

En octubre de 2015, se debatió sobre la custodia compartida y tuve la suerte de intervenir, en nombre de la Societat Catalana d'Advocats de Família, en aquel debate y en la posterior redacción de las conclusiones sobre aquella cuestión.

Pues bien, la primera de aquellas conclusiones reza: “La custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés del menor en cada caso concreto. Ninguna forma de custodia debe ser preferente”. Y es que, es evidente que, en esta cuestión de la custodia, lo que ha de prevalecer es el interés superior del menor. Tal y como dice la jurisprudencia, es un concepto jurídico indeterminado que hay que concretar en cada caso y para cada menor y que exige que, en unos casos, se deba acordar una custodia compartida y, en otros, no. En realidad, ¿no parecería que el interés superior del menor es conceptualmente

incompatible con cualquier tipo de corsé como, por ejemplo, sería la disposición legal de aquella preferencia?

Y aunque pueda parecerlo, aquella conclusión no es contraria a lo que había dicho el Tribunal Supremo en 2013, ya que una cosa es que sea lo “deseable” y, otra bien diferente, que tenga que ser la “preferente”. El Supremo no ha dicho que la custodia compartida tenga que ser la opción “preferente”. De hecho, lo que ha dicho el Tribunal Supremo es que la custodia compartida “debe considerarse normal y no excepcional, acorde no solo con el cambio normativo sino con la propia evolución de la sociedad en las relaciones de familia”; es decir, que la custodia compartida debe considerarse tan “normal y no excepcional” como la custodia exclusiva. Y, por eso, aun entendiendo que “es lo normal y lo deseable”, en tres de sus últimas sentencias (la 2572/2017, de 27 de junio, la 2508/2017, de 21 de junio, y la 2840/2017, de 13 de julio), el Tribunal Supremo no otorga la guarda compartida.

Se nos podría decir que, si es lo “deseable”, hay que potenciarlo disponiéndolo como lo “preferente” como, por ejemplo, se ha hecho en Aragón. Pues bien, la estadística del INE demuestra que no: la realidad es que se fija el mismo porcentaje de custodias compartidas (sobre un 35 %) en Aragón que en Cataluña, donde la custodia compartida no se ha dispuesto como la opción preferente. Así lo explica el profesor Jordi Ribot Igualada, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, en el artículo que publicó en el libro *El futur del Dret de Família* que, en 2016, editó la Societat Catalana d'Advocats de Família. Es decir, el hecho de disponerla como preferente no hace que se adopte en más casos. ¿Será por qué el derecho sigue a los hechos y no al revés, aunque se pretenda?

En fin, comparto totalmente las conclusiones alcanzadas durante aquel encuentro de 2015: la custodia compartida es lo deseable, pero no debería ser lo preferente; habrá que decidir caso por caso, haciendo un traje a medida para cada menor y familia. Desde mi punto de vista, la opción legislativa correcta sería la de establecer que ninguna forma de custodia debe ser preferente. Con ello se salvarían, además, las suspicacias de los sectores feministas (que, resumiendo, piensan, no sin razón, que establecerla como preferente haría que se adoptara en casos en los que no sería deseable y daría lugar a situaciones injustas) y las quejas de las asociaciones de padres separados (que, resumiendo, entienden, no sin razón, que, se debería acabar con la inveterada e injusta práctica judicial que, aún hoy, da preferencia, *de facto*, a la custodia individual en favor de la madre mientras que la compartida ni se plantea).



Por último y ya que estamos, aprovecho para hacer una pequeña petición al legislador: tenga en cuenta aquellas conclusiones en su tarea. Por ejemplo, la séptima y última de aquellas conclusiones reza: “Sería necesario que el legislador en futuras reformas, adaptara la terminología actual (patria potestad, régimen de visitas, progenitor custodio) a la legislación europea (responsabilidad parental, periodos de convivencia, régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente, coparentalidad y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos)”.

Cuestión aparte, que dejo para otro momento, será la de determinar qué es la custodia compartida; en mi opinión, cuestión previa y más importante. Para ir abriendo boca, transcribo las otras cinco conclusiones a las que se llegó:

- “2.- La custodia compartida no supondrá necesariamente reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará atendiendo al interés del menor en el caso concreto.
- 3.- La custodia compartida no implica que no se satisfaga pensión alimenticia, se atenderá al tiempo de estancias, a las necesidades de los

hijos, circunstancias económicas de los progenitores y atribución del uso del hogar familiar:

- 4.- La guarda y custodia compartida no impide la atribución del uso del hogar familiar a uno de los progenitores, no obstante el uso podrá quedar limitado en el tiempo. Se tendrá en cuenta este uso en la determinación de la pensión alimenticia.
- 5.- El uso alternativo de la vivienda (casa nido) no se considera recomendable.
- 6.- El contenido del plan de parentalidad debería integrarse en el convenio regulador, no debiendo ser obligatoria su presentación en el procedimiento contencioso.”

PS.: Por cierto, también sería “deseable” que los horarios y condiciones de las jornadas laborales de los progenitores fueran totalmente compatibles con la crianza de sus hijos, que las bajas por maternidad fueran mucho más largas, que las bajas de paternidad fueran, también, mucho más largas y compatibles con las anteriores, etcétera. Si se empezara estableciendo la “preferencia” de estas medidas, seguramente se acabarían adoptando muchas más custodias compartidas. ■