

LOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN DE LA
VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN LA CONCESIÓN DE LA
CUSTODIA COMPARTIDA

*THE PROBLEMS OF THE RECONCILIATION OF FAMILY AND
LABOR LIFE IN THE CONCESSION OF SHARED CUSTODY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 220-245



Esther ALBA
FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2019

RESUMEN: Los horarios interminables, las situaciones de desempleo o la necesidad de contar con el apoyo de los abuelos son, entre otras, algunas de las dificultades que se tienen en cuenta a la hora de conceder o no la custodia compartida. Ante la discrepancia en su valoración y ponderación de estos problemas por los tribunales, se reclama la necesaria conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

PALABRAS CLAVE: Ayuda de los abuelos; conciliación de la vida familiar y laboral; custodia compartida; derecho a solicitar la adaptación de la jornada.

ABSTRACT: *Endless schedules, unemployment situations or the need for grandparents to support are, among others, some of the difficulties that are taken into account when granting or not shared custody. Given the discrepancy in their assessment and weighting of these problems by the courts, the necessary reconciliation of personal, family and work life is claimed.*

KEY WORDS: *Grandparents help; conciliation of work and family life; shared custody; right to request the adaptation of the working day.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: CRITERIOS A VALORAR PARA LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.- II. LAS DIFICULTADES DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. III. DISCREPANCIAS AL PONDERAR LOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN. I. Análisis crítico de la SAP Badajoz (Sección 2ª), 9 julio 2019.- 2. Valoración positiva de SAP Badajoz (Sección 2ª), 21 mayo 2019.- IV. RECLAMACIÓN DE LA NECESARIA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: CRITERIOS A VALORAR PARA LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La Ley 15/2005, de 8 de julio modificó la regulación sobre la custodia compartida de nuestro CC, al dar una nueva redacción al art. 92, ajustándola a la actual realidad social donde la incorporación de la mujer al mundo del trabajo fuera de casa está patente y son los dos progenitores los que deben asumir responsabilidad también en el cuidado de los hijos¹.

Se diferencian tres supuestos en los que es posible acordar la custodia compartida según el art. 92 CC: cuando los padres soliciten en la propuesta de convenio regulador en el ámbito de separación o divorcio de mutuo acuerdo (art. 92.5 CC), cuando en un proceso contencioso los padres lleguen al acuerdo sobre custodia compartida de sus hijos en el transcurso del procedimiento (art. 92.5 CC) y el tercer supuesto, contemplado por el art. 92.8 CC, cuando el Juez acuerde la guarda y custodia compartida, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 del art. 92 CC, excepcionalmente, a instancia de una sola de las partes, y sólo si de esta forma se protege el interés superior del menor. Nuestro ordenamiento parece excluir que ambos progenitores pidan para sí la custodia individual del menor ni contempla la posibilidad de que la autoridad judicial resuelva a favor de la custodia compartida si no la pide ninguno de los cónyuges².

Es cierto, como indica la STS 22 febrero 2017 que “el régimen de guarda y custodia compartida es cada día más frecuente y es ya el ordinario y no el

1 Publicada en BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

2 GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. y SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 98 y 99.

• Esther Alba Ferré

Profesora de Derecho Civil, Universidad Europea de Madrid. Correo electrónico: esther.alba@universidadeuropea.es

excepcional para aplicar la guarda y custodia de menores ante la separación o divorcio de sus padres³. Y en este mismo sentido, el Anteproyecto de Ley de ámbito estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de 10 abril 2014 descartaba la excepcionalidad de la guarda y custodia compartida y dejaba al criterio del tribunal la decisión sobre la opción más beneficiosa para el menor⁴.

No hay que confundir términos. El hecho de que la custodia compartida sea cada día más frecuente y ya no sea excepcional no conlleva que deba ser preferente o impuesta. BECERRIL y BENEGAS consideran que "... nada impuesto suele ser positivo, en eso todo el mundo está de acuerdo, ni se impone una compartida, ni se debe imponer la custodia monoparental. La custodia compartida va unida a una responsabilidad de los padres, a un compromiso en el bienestar de los hijos"⁵. Así la STS 29 abril 2013 resalta que la custodia compartida "... habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectiva el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"⁶.

Por lo tanto, los tribunales siempre deberán valorar el interés superior del menor al considerarlo primordial⁷. Este interés ha dejado de ser un concepto indeterminado para ser definido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor⁸ en su art. 2 (redactado por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹) teniendo en cuenta una serie de criterios y elementos generales. De todos ellos, ante una ruptura matrimonial nos interesa el mencionado en el art. 2.2.c) relacionado con "La conveniencia de que su vida y su desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea positivo y posible para el menor".

3 STS 22 febrero 2017 (RAJ 2017, 650).

4 Disponible en <http://www.laley.es/Marketing/pdf/Corresponsabilidad%20parental.pdf> (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2019).

5 BECERRIL, D. en el capítulo 3 "Algunos mitos de la custodia compartida" en BECERRIL, D. y BENEGAS, M.: (Coordinadores), *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017 p. 80. Véase CATALÁN FRIAS, M.ª J.: "La custodia compartida", *Revista Derecho y Criminología*, 2011, pp. 69 – 72 las ventajas y desventajas de la custodia compartida.

6 STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269).

7 La STC 22 diciembre 2008 (RTC 2008, 176) se pronuncia sobre el interés superior del menor considerando que "... opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor ...".

8 Publicada en BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

9 Publicada en BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Frente a la posición del Tribunal Supremo a la hora de examinar la custodia compartida, observamos como las Audiencias Provinciales están valorando e interpretando de manera muy diferente si procede el reconocimiento de la custodia compartida, llegando a utilizar hasta catorce criterios distintos a la hora de decidir entre la custodia exclusiva o la compartida¹⁰.

Nos interesa resaltar fundamentalmente el criterio relacionado con los problemas derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral y determinar si existe discrepancia a la hora de valorarlos y ponderarlos en la concesión de la custodia compartida¹¹. En concreto, y en relación con la ayuda de familiares o de cuidadores externos, es necesario saber si los abuelos se han convertido en una ayuda sustitutiva del derecho a la conciliación y cuál ha de ser su verdadero papel en este ámbito.

La custodia compartida debe ser entendida en aras siempre de la estabilidad del menor¹² y del derecho que éste tiene a relacionarse con ambos progenitores. Esta custodia debe conjugar con los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Ambos principios, aunque relacionados no son idénticos, “la idea que está detrás de la corresponsabilidad parental es la de un complejo entramado de deberes, derechos y funciones y hasta actitudes respecto al cuidado y educación

-
- 10 AA.VV.: “Aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre custodia compartida en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil”, Informe publicado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Marzo 2017, pp. 11-13 donde se identifican en el análisis cuantitativo hasta catorce principios que han sido interpretados de forma muy diferente por cada Audiencia Provincial a la hora de decir si procede o no el reconocimiento de la custodia compartida. Entre estos factores podemos destacar a modo de ejemplo los siguientes: la distancia entre los domicilios; la conflictividad y los problemas de comunicación de la pareja; el informe psicosocial o la prueba del Gabinete psicosocial; la edad del menor; el deseo del menor: peticiones, deseos o preferencias manifestadas por el menor, deducidos del informe psicosocial, del acto de la vista, de informe privados o de la exploración judicial; el informe del Ministerio Fiscal; los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral; la existencia de la figura del cuidador principal durante la convivencia y la práctica, anterior a la separación, de los padres en sus relaciones con los menores; la aportación de un plan de parentalidad; el mantenimiento del *status quo* porque favorece la estabilidad emocional del menor; la existencia de *facto* de la custodia compartida y convivencia de cambiarle de nombre; el error en el *petitum* cuando realmente no se pide una custodia compartida, sino una custodia monoparental con un régimen amplio de visita; la variación sustancial de las circunstancias en un procedimiento de modificación de medidas definitivas y el interés real del solicitante que se infiere de su actuación procesal.
- 11 Véase, SOLSONA, M., SPINKER, J., y AJENJO, M.: en el capítulo 2 “Calidoscopio de la custodia compartida en España” en BECERRIL, D. y BENEGAS, M.: (Coordinadores), *La custodia compartida*, cit., p. 51 la tabla I con los principales criterios para otorgar la custodia compartida en la legislación autonómica de p. 51 donde divide el quinto criterio, dedicado a la conciliación, en tres subcriterios:
- 5 a “La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, las actividades de los padres y los hijos, así como la actitud, la voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes”,
 - 5 b “La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener el trato directo con cada hijo o hija de menor edad”.
 - y 5 c “La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores, así como los apoyos con los que cuentan”.
- 12 Al respecto, VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 237, entiende que la estabilidad “... nos lleva a la necesidad de estabilidad de residencia, estabilidad en los ingresos de los progenitores que conduce a poder hacer frente a las necesidades del menor en las distintas etapas de la vida...”. La STC 26 mayo 2005 (RTC 2005, 138) aborda la seguridad jurídica en las relaciones paterno filiaciones y la estabilidad del estado civil de los menores.

de los hijos cuyo ejercicio corresponde a ambos padres; la corresponsabilidad parental es mucho más que la custodia compartida” y el principio de coparentalidad “cabría entenderla como un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse frecuentemente con los dos, a pesar de la separación de los padres” siguiendo a ESTELLES PERALTA¹³. Es necesario que estos principios entren en juego junto con la conciliación de la vida familiar y laboral, ya que la custodia compartida los potencia, trayendo numerosos beneficios al desarrollo adecuado de la personalidad del menor siempre que haya una verdadera implicación de ambos progenitores¹⁴.

Sin embargo, es muy importante resaltar, como lo hace CRUZ GALLARDO, que “la aplicación del principio de corresponsabilidad parental en el régimen de custodia compartida no significa que los progenitores compartan idénticos periodos de convivencia con los hijos, aunque sin duda lo favorezca. Lo que comparten en un plano de igualdad es el cuidado y la atención que les han de prestar, y las demás funciones que integran la patria potestad, en términos similares a como lo hicieron durante la vida matrimonial”¹⁵.

Realmente, una vez que detectemos las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar que hayan sido valoradas por los tribunales al de decidir la concesión o no de la custodia compartida, será importante resaltar las medidas que harán efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral e incluso personal.

II. LAS DIFICULTADES DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Como resalta CRUZ GALLARDO, con anterioridad “... a la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, habitualmente la jurisprudencia atribuía a la madre la guarda y custodia de los hijos, salvo circunstancias excepcionales y desfavorables, al ser quien dedicaba mayor tiempo a su atención y cuidado, principalmente en menores de corta edad, al considerarlo el mejor modo de proteger el interés del menor”¹⁶.

13 ESTELLES PERALTA, P. M.^a: “Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar”, *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 24, 2017, pp. 83 y 86. El concepto de corresponsabilidad parental que podría equipararse con el concepto tradicional de patria potestad no es nuevo ya que fue utilizado por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Publicado en DOUE- L- 2003-82188.

14 En este sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, *Abogados de Familia, La Ley*, núm. 50, 9 de octubre de 2008, p. 2.

15 CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 504.

16 CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia*, cit., p. 255.

Hoy en día, ambos progenitores trabajan y muchas crisis en la pareja están motivadas por la falta de conciliación entre la vida familiar y laboral de los padres, haciendo que la tensión laboral provoque separaciones familiares¹⁷. Los propios hijos y toda la responsabilidad hacia ellos algunas veces separan más que unen. Precisamente la falta de conciliación que provoca la crisis, en ocasiones se valora ante los tribunales para no conceder la custodia compartida. Este círculo vicioso es el que lleva a plantearnos la necesidad de valorar y ponderar de manera más homogénea todos los problemas relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral a la hora de decidir cambiar el modelo de custodia.

Normalmente, se aprecia de manera muy positiva que ambos progenitores por su trabajo puedan organizarse para atender al menor¹⁸, sobre todo si sus horarios se complementan¹⁹. Por ello, las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar no pueden ser obstáculo sobre todo cuando ambos progenitores presentan similares problemas²⁰. La falta de conciliación puede ser motivada por el menor tiempo que tiene el progenitor para estar en compañía del menor durante la jornada laboral, circunstancia ordinaria y común a muchas familias, derivada de la disponibilidad de horarios por razones de trabajo que dificulta la conciliación de la vida laboral y familiar²¹.

El horario laboral influye en la decisión judicial cuando los progenitores están capacitados o son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia. La disponibilidad de tiempo para el ejercicio de las responsabilidades parentales es valorada junto con otros criterios, como la capacidad efectiva y la disponibilidad educativa, para facilitar el desarrollo adecuado del menor. Por ello, el simple hecho de que tenga más tiempo disponible laboralmente el padre que la madre no permite concluir que la guarda y custodia le sea adjudicada al que tenga mismo tiempo. En ocasiones, se concede la custodia al progenitor cuya jornada laboral le permite dispensar mayor cuidado y atención a los menores²² o se amplía el régimen de visitas al progenitor no custodio con mayor flexibilidad de horario laboral con el fin de normalizar las relaciones familiares.

La alteración del horario laboral del progenitor custodio que perjudica el interés superior del menor es la que dará lugar a la modificación de la medida

17 El Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), siendo datos de 2018, señala que el total de procesos de nulidad han variado anualmente -2,8 igual que los divorcios y que en relación con la custodia compartida dicha variación es de un 11,9. Datos disponibles en <https://ine.es> (fecha de consulta: 29 de noviembre de 2019).

18 SAP Madrid (Sección 24ª), 13 febrero 2014 (JUR 2014, 94430).

19 SAP Asturias (Sección 4ª), 16 septiembre 2015 (JUR 2015, 247439).

20 SAP Asturias (Sección 4ª), 14 junio 2013 (JUR 2013, 246331).

21 SAP Coruña (Sección 5ª), 10 octubre 2013 (JUR 2013, 326343).

22 SAP Guipúzcoa (Sección 1ª), 29 julio 1999 (AC 1999, 1450).

judicial adoptada²³. Sin embargo, no existe inconveniente en conceder la custodia compartida si los horarios de trabajo del uno de los progenitores varían pero ello no supone una modificación importante que impida tener consigo al menor hasta la entrega al otro progenitor, aun contando con la ayuda de abuelos²⁴,

La disponibilidad horaria no debe tenerse en cuenta por ser una variable absolutamente impredecible de futuro²⁵. Sin embargo, cuando no existe flexibilidad por ambas partes, los tribunales en ocasiones valoran que la madre tenga más disponibilidad de tiempo, con ayuda de sus padres, dedicándose el padre en mayor medida a su trabajo, siendo la disponibilidad horaria más reducida, por lo que se mantiene la custodia exclusiva para la madre. En otras ocasiones, esas dificultades de organización del padre, que cuenta con ayuda externa, no son obstáculo para reconocer la custodia compartida, como se observará en una de las sentencias que se analizará a continuación.

No obstante, los turnos de trabajo pueden dificultar poner en práctica la custodia compartida. Así, en SAP Oviedo (Sección 6ª), 16 noviembre 2015 se rechaza la custodia compartida prevista en el convenio regulador a un padre con el turno de noche en que el trabajo le imposibilita conciliar la vida laboral y familiar²⁶. En sentido contrario, si los horarios del padre son flexibles, con cambios de turno y en aplicación del plan Concilia, disponiendo días libres, no se considera que exista impedimento para la fijación del sistema de custodia compartida²⁷. No se puede afirmar con carácter genérico, que el horario laboral de uno de los progenitores es incompatible con una custodia compartida, pues ello implicaría penalizar a quien cuenta con un puesto de trabajo²⁸.

Existen distintas formas con las que el padre puede esforzarse en aumentar su disponibilidad y que son valoradas positivamente por los tribunales. El progenitor no custodio puede trasladar su domicilio²⁹ cambiar su jornada laboral³⁰ e incluso por la flexibilidad que le permite su profesión dedicar más tiempo al hijo³¹.

El recurso a cuidadores externos tampoco es obstáculo para conceder la custodia compartida, salvo que revele la dejación de funciones por el padre, como

23 Véase en este sentido, SAP Madrid (Sección 22ª), 16 octubre 2007 (AC 2007, 2324) y SAP Asturias (Sección 1ª), 20 septiembre 2007 (JUR 2008, 15299).

24 SAP Salamanca (Sección 1ª), 22 octubre 2013 (JUR 2013, 347417).

25 SAP Bilbao (Sección 4ª), 30 marzo 2015 (JUR 2015, 131760).

26 SAP Oviedo (Sección 6ª), 16 noviembre 2015 (JUR 2015, 298216).

27 SAP Coruña (Sección 5ª), 23 octubre 2015 (JUR 2015, 289208).

28 SAP León (Sección 2ª), 19 mayo 2014 (JUR 2014, 181941).

29 SAP Vizcaya (Sección 4ª), 6 octubre 2015 (JUR 2015, 3022521).

30 SAP Bilbao (Sección 4ª), 8 octubre 2014 (JUR 2014, 277923).

31 SAP Guipúzcoa (Sección 3ª), 27 julio 2015 (JUR, 2015, 49534).

se observa en SAP Madrid, (Sección 22ª), 18 diciembre 2015³². Se considera clave que ambos progenitores estén muy implicados en el cuidado del menor y se valora positivamente que dispongan de medios materiales y apoyo familiar suficiente, ya que si antes de la ruptura se necesitaba dicha ayuda, no puede ser impedimento en el momento de la crisis. Es muy normal en las familias actuales que los hijos queden al cuidado de terceras personas durante el tiempo en que los progenitores desarrollan su actividad profesional, concediéndose la custodia compartida al no parecer contrario al interés del menor³³.

Existen determinadas profesiones que pueden hacer que las dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral sean mayores, como por ejemplo la de marino mercante. Es importante resaltar que si esta actividad laboral era la desarrollada con antelación a contraer matrimonio y no supuso ningún inconveniente para decidir tener descendencia, tampoco puede serlo para conceder la custodia compartida³⁴. Si el menor está acostumbrado a las ausencias paternas y durante los desembarcos el padre colabora con la menor, ello no supone ningún inconveniente para la concesión de la custodia compartida³⁵. Incluso si el trabajo paterno, como el de arquitecto, permite contar con más horas para dedicarse a su hijo, debido a que la crisis que sufre el sector inmobiliario ha determinado que dichos profesionales vean reducidas considerablemente sus labores, sin necesidad de permanecer tantas horas, como en otros tiempos, en el despacho³⁶. En otras ocasiones, la no concesión de la custodia compartida puede venir determinada por la complejidad y alteración de los horarios del padre, que era interventor de Renfe³⁷.

Se llega a conceder la custodia compartida respetando el principio de igualdad y no estableciendo discriminación por el tipo de trabajo del padre, como empresario de un club de alterne. Se considera que ello no afecta a la menor de muy corta edad porque duerme durante el trabajo paterno y tampoco se le puede negar al padre que cuente con auxilio, nada menos, de los abuelos de la menor³⁸.

La falta de estabilidad laboral está ligada muchas veces a la ausencia de medios adecuados para asumir la custodia de los menores, e incluso a la falta de permanencia en relación con el lugar de residencia del progenitor no custodia. Todos estos criterios son determinantes de la no concesión de la custodia compartida³⁹.

32 SAP Madrid (Sección 22ª), 18 diciembre 2015 (JUR 2015, 37882).

33 SAP Zamora (Sección 1ª), 7 octubre 2013 (JUR 2013, 335026).

34 SAP Asturias (Sección 4ª), 11 junio 2014 (JUR, 2014, 7944).

35 SAP Coruña (Sección 3ª), 11 julio 2014 (JUR 2014, 217673).

36 SAP Coruña (Sección 3ª), 23 julio 2014 (JUR 2014, 2173347).

37 SAP Coruña (Sección 3ª), 8 octubre 2014 (JUR, 2014, 4786).

38 SAP Pontevedra (Sección 1ª), 17 abril 2015 (JUR, 2015, 126793).

39 SAP Orense (Sección 1ª), 6 noviembre 2015 (JUR, 2015, 289292).

La situación de desempleo de uno de los progenitores puede ser alegada ante los tribunales para considerar que sea más beneficioso que los menores permanezcan con el desempleado en vez de con terceros ajenos al grupo familiar. Sin embargo, el tribunal rechaza la custodia materna alegando que esa es una situación temporal y que además en el caso, siguiendo la SAP Madrid (Sección 2ª), 8 diciembre 2015 el padre tenía flexibilidad horaria, lo que le permitía concentrar su actividad laboral en una semana y permanecer más tiempo con los hijos⁴⁰. También se llega a denegar la custodia compartida considerando que el progenitor, que se hallaba en paro, puede encontrar trabajo y por lo tanto, ya no tendrá tanto tiempo para estar con su hijo como lo hacía en situaciones de desempleo⁴¹.

A modo de conclusión, los horarios interminables, la falta de flexibilidad laboral, la necesidad de contar con el apoyo de los padres o de cuidadores externos, el tipo de profesión, la ausencia de estabilidad familiar o el desempleo son algunas de las dificultades que se tienen en cuenta por los tribunales, tanto para reconocer la custodia compartida como para no hacerlo.

Los progenitores deberían intentar establecer la mejor forma de hacer conjugar estos problemas de conciliación de la vida familiar y laboral con la custodia compartida. Como indica SOLSONA y AJENJO el pacto entre los cónyuges es crucial y así se verá la custodia compartida como un avance hacia la equidad y como un reflejo de la corresponsabilidad previa a la disolución de la pareja⁴². La solución podría ser la redacción de un plan de parentalidad o de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos donde se concretarían la forma en que se ejercerían las responsabilidades parentales, detallándose los compromisos respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, haciendo hincapié en todos los problemas detectados para lograr el equilibrio entre la familia y el trabajo⁴³.

III. DISCREPANCIAS AL PONDERAR LOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN.

Se analizarán fundamentalmente dos recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, en concreto las SAP de 9 julio y 21 de mayo 2019, donde se observará la contradicción a la hora de la concesión o no de la custodia compartida, fundamentando la solución en los mismos criterios, la falta de conciliación familiar y laboral y el apoyo recibido por los abuelos.

40 SAP Madrid (Sección 2ª), 8 diciembre 2015 (JUR, 2015, 38505).

41 (SAP Coruña (Sección 3ª), 27 mayo 2014 (JUR, 2014, 217260).

42 SOLSONA M. y AJENJO M.: "La custodia compartida: ¿un paso más hacia la igualdad de género?", *CED, Centre d'Estudis Demogràfics, Perspectives Demogràfiques*, núm. 008, octubre 2017, p. 2 y 4.

43 El Anteproyecto de ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad y otras medidas tras la ruptura proponía la modificación del art. 90 CC relativo al convenio regulador incluyendo el Plan de ejercicio conjunto de la patria potestad.

I. Análisis crítico de la SAP Badajoz (Sección 2ª) 9 julio 2019⁴⁴.

La SAP Badajoz 9 julio 2019 estima el recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 Badajoz, 28 diciembre 2018 y resuelve conceder la custodia monoparental a favor de la madre⁴⁵.

El interés de los menores es el principal fundamento que la Audiencia Provincial de Badajoz ha esgrimido para revocar la custodia compartida a este progenitor cuya profesión de camarero le hacía difícil cumplimentar sus deberes parentales diarios, debido a su extensa e interminable jornada laboral que le imposibilitaba conciliar la vida familiar y laboral aunque contaba con la ayuda de la familia extensa y trabajaba sólo a tiempo parcial. Curiosamente en esta sentencia no existe ninguna referencia del tribunal relacionada con ese trabajo a tiempo parcial ni con el trabajo de limpiadora de la madre.

La sala señala en el fundamento jurídico cuarto que “la custodia compartida, lejos de ser un régimen excepcional, ha de ser el régimen ordinario y deseable de custodia de los hijos menores. Y que este régimen es el ideal, pues es el que más se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura de la pareja” pero que “también tiene sus dificultades y no siempre se puede reconocer. El fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que, en cada caso concreto, sea más favorable para el menor, en interés de este, no de los progenitores (STS 7 marzo 2017⁴⁶)”.

44 SAP Badajoz (Sección 2ª) 9 julio 2019 (JUR 2019, 223127).

45 Los hechos, de los que trae causa esta sentencia, hacen referencia a un matrimonio que había vivido en pareja durante diez años y fruto de esta unión tuvieron dos hijos. Tras la separación, el progenitor se fue a vivir con sus padres los hijos vivieron con la madre con un amplio régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. Es importante en este caso resaltar que ambos progenitores trabajan, siendo el padre camarero y que sólo trabaja a tiempo parcial y que la madre es limpiadora. El juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badajoz con fecha 28 de diciembre de 2018 dictó sentencia estableciendo el régimen de custodia compartida por semanas alternas, asumiendo ambos progenitores las necesidades de los hijos durante los periodos en los que los hijos menores permanecían bajo su custodia.

Contra esta resolución se interpuso por la progenitora recurso de apelación, solicitando la revocación de la misma y que en vez de un régimen de custodia compartida, se fije una custodia monoparental a su favor ya que la sentencia recurrida se aparta de las conclusiones del informe pericial social que desaconseja la custodia compartida por razón de la actividad laboral desempeñada por el padre donde los horarios son prolongados y dificultan la conciliación de la vida familiar y laboral y del principio favor *filii*. La madre llega a invocar cinco motivos para justificar la custodia monoparental:

1. La custodia compartida supondría de hecho la separación de los hermanos porque ella acaba de tener un hijo con otra pareja.

2. El padre ha desatendido en numerosas ocasiones su obligación de llevar los niños al colegio por quedarse dormido, consecuencia de su trabajo con jornadas que termina muy tarde.

3. Insiste que su padre al día de hoy no puede compatibilizar su trabajo con la custodia compartida y que la decisión no se puede tomar basada a meros hechos futuros refiriéndose a que el padre alegó que acomodaría su trabajo a la nueva situación.

4. Niega haber aceptado la custodia compartida.

5. Llama la atención por la falta de disponibilidad del padre en los periodos no lectivos al no haber comido escolar durante los mismos.

El apelado se opone al recurso y niega que la sentencia de instancia haya errado al valorar las pruebas ya que el informe técnico aclara que no se aprecian múltiples factores de mal pronóstico que impidan o dificulten el éxito de la custodia compartida.

46 STS 7 marzo 2017 (JUR 2017, 705).

Es llamativo que la sentencia afirma que la actividad laboral de los progenitores "..., a veces, puede constituir un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida", lo que nunca debería serlo. Recuerda la exigencia del Tribunal Supremo de horarios compatibles para el buen funcionamiento de la custodia compartida (STS 17 enero 2019)⁴⁷ y de varias sentencias referidas a profesiones como la de distribuidor autónomo de productos farmacéuticos (STS 30 octubre 2018)⁴⁸ o la de bombero (STS 3 marzo 2016)⁴⁹ donde el Tribunal Supremo o deniega la custodia compartida por tener horarios difícilmente compatibles con su ejercicio o por la falta de disponibilidad al tener guardias frecuentes.

Sin embargo, después de poner dificultades para los trabajadores con horarios amplios, parece arrepentirse de lo dicho y aclara que la custodia compartida "no está prevista sólo para progenitores desocupados o empleados con horarios flexibles" y que en la sociedad actual en que "ambos padres trabajan a tiempo completo y donde las actividades diarias de los menores son múltiples, el cumplimiento de los deberes parentales no es siempre personalísimo. No es posible que uno mismo lo haga todo". Reconoce que "la ayuda familiar y externa está a la orden del día, siempre y cuando estemos hablando de complementar, no de sustituir al progenitor en los quehaceres que les sean propios. La delegación ha de ser puntual, no total".

Sin embargo, la Audiencia Provincial recuerda que "Los camareros, dependientes, repartidores, etcétera, pueden ser tributarios de la custodia compartida. Como es obvio, todo dependerá de las circunstancias del caso".

En este caso, la Audiencia Provincial de Badajoz estima que se quiebra el interés del menor, no dudando de la idoneidad del padre, al que se le reconoce aptitud y plena disponibilidad para cuidar perfectamente de sus hijos. Se considera que el problema "es el tiempo que dispone". Se ve contraproducente la adopción de la custodia compartida en la situación laboral actual, pese a la ayuda de los padres porque la decisión descansa en la situación laboral actual y no futura⁵⁰. Hoy en día "al trabajar como camarero, su jornada laboral puede hacer difícil el cumplimiento de sus deberes parentales diarios". Así se manifiesta, señala la Audiencia, cuando en alguna ocasión los hijos no han ido al colegio porque el padre se ha quedado dormido e incluso su hijo manifiesta ante la trabajadora social que le gustaría estar más tiempo con su padre.

47 STS 17 enero 2019 (RAJ 2019, 98).

48 STS 30 octubre 2018 (RAJ 2018, 4742).

49 STS 3 marzo 2016 (RAJ 2016, 2184).

50 El padre en su escrito de oposición a la apelación habla de que en un futuro "acomodará su trabajo para hacerse cargo de sus hijos".

La Audiencia indica que “en el momento actual, la custodia compartida no parece el mejor régimen de custodia” en línea con las conclusiones del informe pericial social y con la tesis del Ministerio Fiscal, y así considera que como señala el Ministerio Fiscal, “los elementos de juicio con los que contamos no ofrecen la necesaria seguridad y estabilidad para los menores. Por supuesto, si las circunstancias cambian, podrá replantarse, en su caso, otra decisión. Lo que no podemos ahora es decidir para el futuro: resulta prematuro (STS 13 julio 2017)⁵¹”. La sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso.

2. Valoración positiva de SAP Badajoz (Sección 2ª), 21 mayo 2019⁵².

Justo unos días antes, el 21 de mayo de 2019, la misma Audiencia Provincial de Badajoz dictó otra sentencia manteniendo la custodia compartida defendida por un padre de 19 años, valorando positivamente que pudiese contar con ayuda de la familia, en concreto de los abuelos, en contra de la custodia en exclusiva en favor de la madre⁵³. En este caso el padre es autónomo, trabajando en jornada de mañana en una empresa familiar y goza de una mayor flexibilidad laboral, y la madre no trabaja ya que estudia a distancia.

La Audiencia tras recordar la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre el régimen de la custodia compartida considera que “bien es verdad, con ser el más beneficioso, también tiene sus dificultades, en cuanto implica normalmente la necesidad de cambiar de domicilio en periodos cortos de tiempo, lo que sin embargo queda compensado con la posibilidad de convivencia estable con ambos progenitores (STS 9 junio 2017)⁵⁴”.

La Audiencia Provincial justifica su decisión considerando que ninguno de los argumentos, esgrimidos por la madre, justifican la instauración de la custodia monoparental. La sala utiliza cada uno de esos argumentos, convirtiéndolos en verdaderos titulares en defensa de la custodia compartida, y en este sentido resalta que:

51 STS 13 julio 2017 (JUR 2017, 442).

52 SAP Badajoz (Sección 2ª), 21 mayo 2019 (JUR 2019, 165305).

53 Los jóvenes progenitores tuvieron un hijo fruto de su relación sentimental y ambos residen desde que se rompió la relación con sus padres. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 13 de noviembre de 2018 acordando la custodia compartida. Contra dicha resolución la esposa interpuso recurso de apelación. La madre solicita la revocación de la sentencia y que se fije la custodia monoparental a su favor, invocando la infracción del principio *favor filii* y la vulneración del art. 39 de la Constitución y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia. Alegando también que la motivación de la sentencia fue insuficiente ya que no se puede dar valor a la testifical que decía que el menor era feliz con su padre, presentando una grabación del lloro del menor cuando se marcha con su padre. Por último apunta que no puede ser un buen padre si es adicto a la marihuana y que siempre está de ocio con sus amigos y que además son los abuelos los que cuidan del menor. Insiste en que el padre no está capacitado para cuidarlo y que no existe relación con él, lo que imposibilitaría la custodia compartida. El padre entiende que el recurso de apelación está construido sobre hechos inventados y que no es consumidor de drogas y resalta que la sentencia de Primera Instancia está basada en todo momento en el interés superior del menor.

54 STS 9 junio 2017 (JUR 2017, 3152).

- Ser padre joven no impide fijar un régimen de custodia compartida.
- La ayuda de los abuelos no es incompatible con el régimen de custodia compartida.
- Las adicciones y el ejercicio de la función parental.
- La estabilidad del menor y la relevancia o irrelevancia del llanto.
- La distancia de las ciudades.
- La falta de comunicación.

De todos ellos, son de interés los dos primeros para analizar los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida. En relación con la juventud del padre, la sentencia recuerda que “no es necesariamente un impedimento para la fijación de una custodia compartida”. No reconoce que existe “... una edad ideal para ser padres y menos aún desde un punto de vista jurídico. Las circunstancias condicionan mucho la procreación. En las sociedades desarrolladas no solo ha ido descendiendo la natalidad, sino también, de forma paralela, los hijos se han ido teniendo más tarde. Influyen muchos factores. Entre otros, hay poderosos motivos económicos, laborales y personales”. Resalta que “no puede identificarse con progenitores inhábiles a quienes son padres jóvenes” e incluso reconoce que “no es fácil pasar de casi adolescente a padre sin solución de continuidad. Comporta afrontar de golpe responsabilidades propias de adulto”. Destaca una obviedad, así calificada por la Audiencia, al decir “no podemos presuponer que un padre sea necesario más incompetente que una madre en la crianza de un hijo”, como así pretendía insinuar la madre al decir sin razones de peso que “su expareja no sabe dar de comer, bañar, vestir, educar o jugar con su hijo de dos años”. Termina considerando que “tener 21 años y carecer de experiencia previa en el cuidado de los menores no es impedimento para fijar un régimen de custodia compartida”.

El segundo criterio “la ayuda de los abuelos no es incompatible con el régimen de custodia compartida” es el utilizado por la Audiencia para reconocer la custodia compartida en este caso. De esta forma, la sentencia sintetiza la valoración positiva que hace del apoyo de los abuelos. Tras reconocer que es verdad “... que los abuelos no son los padres, y por lo tanto, no pueden suplantar su función”, considera que “los abuelos pueden ser unos extraordinarios colaboradores de los padres. Y más todavía en supuestos como este, donde prácticamente puede hablarse de padres adolescentes”, calificándolos de importante aliciente que preservan la estabilidad emocional del menor. Además, aclara que el padre no delega total y permanentemente en los abuelos sus obligaciones, por lo que, y en

la medida en que el padre no decline sus deberes parentales en los abuelos, no existe objeción para la implantación de la custodia compartida”.

Por último, es cierto que los Tribunales siempre tienen en cuenta el interés superior de menor al reconocer la custodia compartida y que fundamentan sus decisiones atendiendo a las características particulares de cada caso. Sin embargo, no podemos terminar sin reconocer que el análisis comparativo de estas sentencias pone de manifiesto otra vez más que, a veces se toman decisiones que son contradictorias en la base de su fundamentación y en concreto, en la valoración y ponderación de los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral y de la ayuda de los familiares a la hora de otorgar la custodia compartida. Se podría incluir la conciliación de la vida familiar y laboral como un factor más a ponderar por los Tribunales a la hora de adoptar la custodia compartida o individual como lo hace la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (conocida como ley de custodia compartida) en su art. 9 dedicado a la guarda y custodia de los hijos e hijas en su apartado 3⁵⁵. En este mismo sentido, la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia, cuando introduce modificaciones en el art. 80.2 del citado Decreto Legislativo⁵⁶.

IV. RECLAMACIÓN DE LA NECESARIA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.

Ante la gran discrepancia observada en la forma de valorar y ponderar los criterios señalados por el Tribunal Supremo (STS 29 abril 2013)⁵⁷ en este caso, por una misma Audiencia Provincial, la de Badajoz, nos vemos en la necesidad de reclamar la necesaria conciliación de la vida familiar y laboral y la importancia de la ayuda de los abuelos en una sociedad en donde la incorporación de la mujer al mundo de trabajo fuera de casa es una realidad social y donde los horarios laborales en muchas profesiones son interminables.

55 Publicada en Boletín Oficial del País Vasco núm. 176, de 10 de octubre de 2015. El art. 9.3 dispone “El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias: ... h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes”.

56 Publicada en el Boletín Oficial de Aragón, núm. 66, de 4 de abril de 2019. El nuevo art. 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo recientemente modificado dispone “El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos o hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además a los siguientes factores: ... e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres”.

57 STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269).

Es siempre necesario reflexionar sobre el futuro del trabajo que "... está en el centro de la humanidad, de la vida de las personas, del desarrollo económico y de las sociedades. Factor de identidad, de socialización, de vida digna, de atribución de derechos a las personas y a los ciudadanos para la cobertura de las necesidades básicas y frente a los riesgos de la existencia". Ya el informe "Trabajar para un futuro prometedor" presentado en Ginebra el 22 de enero de 2018 de la Comisión mundial de alto nivel sobre el futuro del trabajo, creada por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) reconoce que nos esperan innumerables oportunidades "para mejorar la calidad de vida de los trabajadores"⁵⁸.

Si el problema es el tiempo que dispone el trabajador para cumplir sus deberes familiares, habrá que buscar soluciones para lograr un equilibrio entre el trabajo y la familia, haciendo compatibles los horarios laborales con los escolares. Los trabajadores deberán tener mayor soberanía sobre su tiempo en palabras de CASAS BAAMONDE⁵⁹. La actividad laboral de los progenitores no puede ser un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida.

Aunque la realidad es otra y muchos trabajadores ante la falta de disponibilidad laboral recurren a la ayuda de los abuelos o de cuidadores externos para asumir las responsabilidades parentales. Una vez producida la crisis matrimonial, a la hora de valorar si es posible la conciliación hay que tener en cuenta todos los mecanismos que habrían sido válidos vigente el matrimonio como el recurrir a cuidadores externos o familiares. Sin embargo, el apoyo de la familia extensa no se puede extralimitar. Si así sucede, los abuelos llegan a ser un verdadero sustitutivo perfecto de la reducción de la jornada por cuidado de hijos y de las obligaciones parentales de los progenitores. Llegando a convertirse en sustitutos de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar. La STJ Galicia (Sección 1ª), 28 mayo 2019⁶⁰ pretende atajar precisamente este argumento consistente en el que los derechos de conciliación cedan cuando se cuenta con otras alternativas, como es que los abuelos se hagan cargo. Realmente en el caso de ayuda de los abuelos la misma no debe consistir en una guarda de hecho, porque ayudar pero debe convertirse en sustituir la labor de los padres⁶¹.

En aras de la tan ansiada conciliación, nuestro ordenamiento con la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de

58 El informe está disponible en <http://www.ilo.org> (fecha de consulta: 27 de noviembre de 2019).

59 CASAS BAAMONDE, M.: "La soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, núm. 3, marzo 2019, pp. 230 y 231.

60 STJ Galicia (Sección 1ª), 28 mayo 2019 (AS 2019, 1497).

61 Algunos autores como CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia*, cit., pp. 95 - 97 llegan a demandar un futuro desarrollo legislativo de la figura jurídica del "guardador familiar" por la frecuencia con la que actualmente surge esta figura pero sin privación de la titularidad de la patria potestad, atribuyéndole facultades por analogía previstas en el art. 154 y 155 CC.

las personas trabajadoras adoptó medidas conciliadoras pero careciendo de una visión global del problema, limitándose a las dificultades de la mujer trabajadora⁶².

El informe “Las jornadas de trabajo en todo el mundo: el equilibrio entre flexibilidad y protección” de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones a la 93ª Conferencia Internacional de 2005 ya nos recuerda que es necesario encontrar el equilibrio entre las necesidades empresariales y de los trabajadores mediante políticas de trabajo capaces de cumplir entre otros objetivos el apoyo a los trabajadores en el cumplimiento de responsabilidades familiares y el fomento de la igualdad de género.

Ello hizo necesario la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶³ que supuso un avance hacia la conciliación de la vida personal y/o familiar y la laboral ya que se observa un reconocimiento de una mayor corresponsabilidad de hombres y mujeres en las obligaciones familiares, facilitando en situaciones de ruptura matrimonial la aplicación exitosa de la custodia compartida⁶⁴. El art. 14.8 de dicha Ley señala como criterios generales de actuación, la necesidad de que los poderes públicos establezcan medidas que concilien la vida laboral y la personal y familiar de hombres y mujeres y fomente la corresponsabilidad de los progenitores en las tareas domésticas y de atención a la familia.

Por tanto, desde 2007 se habla de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, extendiendo sus efectos también al ámbito personal. En este mismo sentido, la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo también recoge este derecho de conciliación de la vida personal para los autónomos⁶⁵. Sin embargo sólo la conciliación de la vida familiar y laboral puede encontrar su fundamento constitucional en el art. 14 CE y 39 CE⁶⁶. Si hoy en día, los

62 Publicada en BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

63 Publicada en BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

64 Los artículos claves de esta nueva regulación son: el art 44.1 donde se pretende una asunción equitativa de responsabilidades familiares de trabajadores y trabajadoras, evitando discriminación; el art. 44.2 que somete la concesión y la prestación por maternidad a los términos previstos en la normativa laboral y de la Seguridad Social; el art. 44.3 que reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación de paternidad y el art. 51 b) que exige a las Administraciones públicas criterios de actuación, dentro del ámbito de su competencia, que faciliten la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

65 Publicada en BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007. En concreto en el art. 4 dedicado a los derechos profesionales en el apartado 3 se establece “En el ejercicio de su actividad profesional, los trabajadores autónomos tienen los siguientes derechos individuales: g) A la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de nacimiento, ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, y adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, de conformidad con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso su duración no sea inferior a un año”.

66 No hay que olvidar que según ha establecido el Tribunal Constitucional en las sentencias STC 15 enero 2007 (RTC 2007, 3), STC 14 marzo 2011 (RTC 2011, 24) y STC 15 marzo 2011 (RTC 2011, 26), las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tienen su fundamento tanto en el art. 14 (derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias

trabajadores encuentran dificultades para conciliar la vida familiar y laboral, parece les será más difícil intentar conciliar su vida personal y laboral. Sin embargo, será necesario lograr que el equilibrio entre el trabajo y la familia se extienda también a la persona. El reciente estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones relativo a “los instrumentos sobre el tiempo de trabajo – garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro” presentado en la 107ª reunión de la Conferencia General de 2018 parte de la necesidad de una protección sólida de los trabajadores mediante la limitación de su tiempo de trabajo máximo y de reconocerles un máximo de posibilidades de elección y autonomía para establecer un equilibrio entre su vida personal y su vida familiar. MARTÍN GUARDADO considera que los nuevos modelos de familia son el argumento social hacia la articulación de las necesidades conciliatorias como causa personal que hacen conveniente “que en lugar de en torno a lo “familiar”, se empiece a articular los derechos de conciliación en torno a la persona”, pasando así a reformularse los derechos de conciliación como algo personal y no solo familiar⁶⁷.

Con la reforma del 2007 el nuevo art. 34.8 Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) introdujo la posibilidad de que los trabajadores readaptaran su jornada, aunque tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se observó una clara inclinación hacia los intereses empresariales haciendo que este derecho se convirtiera en palabras de MARTÍN GUARDADO “un derecho vacío de contenido al que no puede atribuirse el carácter de derecho subjetivo, pues deja abierta su eficacia a la negociación colectiva y, en último lugar, al empleador”, acrecentando así la inseguridad jurídica⁶⁸.

Ante esta situación y el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁶⁹ tiene como objetivo establecer condiciones adecuadas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, eliminando cualquier forma de discriminación laboral vinculada al embarazo, a la maternidad o al cuidado de hijos o familiares. Parte de la doctrina, aunque en términos generales dan buena acogida a esta reforma, consideran que es una cuestión más compleja que requiere de una reforma integral que contemple los nuevos escenarios, la irrupción de las nuevas tecnologías, la invasión

personales) como en el art. 39 (protección a la familia y de la infancia). Estos principios, por tanto, deben prevalecer y servir de orientación a la hora de interpretar las disposiciones que afecten a la conciliación.

67 MARTÍN GUARDADO, S.: “Hacia una verdadera conciliación de la vida familiar y laboral en términos de corresponsabilidad: la reducción/readaptación de jornada como derecho verdadero. La reformulación fáctica de la familia como argumento hacia lo personal”, *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, 2019, pp. 541 y 442.

68 *Ibidem*, p. 535. Véase en relación con la reforma de 2012, ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Relaciones laborales Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 8-9, 2014, pp. 39-68.

69 Publicado en BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

de espacios privados, el control de la jornada⁷⁰, la relación entre el tiempo de trabajo y la salud, fijando obligaciones preventivas de forma específica y equilibre las posiciones de las partes⁷¹.

Una de las principales medidas que pueden facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral sería el derecho a solicitar la adaptación de la jornada, la llamada “jornada a la carta” al dar la posibilidad a cualquier trabajador a adaptar voluntariamente su jornada ya sea en términos de flexibilidad horaria, cambio de turnos o incluso, trabajo a distancia, sin reducción de salario. Curiosamente este derecho se limita a aquellos trabajadores que tengan hijos menores de 12 años o a los trabajadores sin familia pero que tengan necesidades. Parece discriminatorio que esta adaptación de horario no pueda extenderse a quienes tengan hijos que han cumplido los 12 años ya que es en ese momento en el que se les acaba la reducción de jornada con su correspondiente reducción de sueldo y podrían continuar el derecho de adaptación de la jornada cumplidos los 12 años del menor, al hacer una interpretación coherente de la reforma. Esto hace preguntarse a CASAS BAAMONDE si tras el cumplimiento por los hijos de dicha edad “¿las personas con hijas o hijos no tienen derecho de conciliar su vida familiar y laboral y en cambio sí lo tienen quienes no tengan descendencia? ¿Y su vida personal?”⁷².

Evitaríamos muchas crisis matrimoniales, si los empresarios no pusieran trabas a las solicitudes de adaptaciones de jornada y otras medidas flexibilizadoras encaminadas a facilitar la conciliación. En el caso de que el trabajador se viera obligado a demandar a la empresa, sería necesario que los jueces ponderasen adecuadamente los intereses en juego. En muchas ocasiones, se observa como un juez de lo social valora que los abuelos pueden hacerse cargo de los nietos, para denegar derechos de conciliación y, posteriormente, un juez del orden civil deniegue la custodia compartida, porque los abuelos no pueden sustituir a los padres en la conciliación. Sin embargo, son un paso adelante en pro de la conciliación las recientes sentencias del Juzgado de lo Social, como SJS Mataró, 12

70 El registro de la jornada de trabajo ha sido introducido también por otra norma de urgencia en un nuevo apartado 9 del art. 34. Vid. Art. 10 RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, publicada en BOE de 12 de marzo de 2019.

71 IGARTUA MIRÓ, M.ª T.: “La conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 67 y 68 se califica de excesivo el uso de la norma de urgencia, a través de Real Decreto, como forma de sortear los escollos para la aprobación vía parlamentaria de las disposiciones de urgencia aunque el Gobierno intento justificar que “esta situación de desigualdad, visible en la brecha salarial que no ha sido reducida en los últimos años, exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales”. El Tribunal Constitucional ha sostenido que es necesaria una conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, lo que conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad no es una “cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino por el contrario la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”, siguiendo STC 8 mayo 2012 (RTC 2012, 100), STS 13 diciembre 2012 (RTC 2012, 237), STS 14 febrero 2013 (RTC 2013, 39) y STC 21 julio 2016 (RTC 2016, 139).

72 CASAS BAAMONDE, M.: “La soberanía sobre el tiempo”, cit., pp. 239.

septiembre 2019 que señala que no son criterios a tener en cuenta si los niños pueden ir a extraescolares o si los abuelos pueden hacerse cargo de los nietos y reconoce el derecho de adaptación de jornada⁷³.

Por lo tanto, si inicialmente se deniega la custodia compartida porque uno de los progenitores no tiene posibilidad en ese momento de conciliar, debería valorarse esta circunstancia por el juez de lo social para reconocer la medida conciliadora, lo que permitiría, posteriormente, pedir una modificación del régimen de custodia en el orden civil.

Otra opción interesante para el trabajador sería el trabajo a distancia (art. 13 LET) o recientemente denominado “teletrabajo” que pueden ser una oportunidad de conciliación para los trabajadores que quieran atender a sus hijos menores de edad, sin concretar su edad o a sus dependientes. MARTÍN GUARDADO afirma que si “... al trabajador se le permite trabajar en casa, es evidente que puede optarse por dotar de autonomía en la organización del trabajo a los propios trabajadores, de tal forma que pueden compartir en un mismo espacio realidad profesional y realidad personal. Es evidente, que, en algunos trabajos, ello no solo contribuiría a la calidad de la conciliación y la corresponsabilidad, sino que podría mejorar la productividad de las empresas”⁷⁴.

El tiempo laboral debe ser realmente productivo, reduciéndose las reuniones sin pérdidas innecesarias. Este derecho de conciliación debe verse reflejado en un proceso de negociación, ponderándose los intereses en juego. El interés legítimo del trabajador (que sería el padre separado o divorciado) en cambiar de turno, cambiar su horario, teletrabajar, etc. y el interés igualmente legítimo de la empresa en mantener una organización productiva, competitiva y eficiente. A lo mejor, la solución es ayudar de una vez a conciliar de verdad y a reconocer también las nuevas modalidades laborales como por ejemplo, el teletrabajo. La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, en su considerando núm. 34 establece “A fin de animar a los trabajadores, que sean progenitores y cuidadores, a permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales. A tal efecto y centrándose en las necesidades de los trabajadores, deben poder solicitar fórmulas de trabajo flexible a fin de poder ajustar sus modelos de trabajo para ocuparse de sus responsabilidades en el cuidado de familiares, acogiéndose,

73 SJS Mataró, 12 septiembre 2019 (SJSO 2019, 4831).

74 MARTÍN GUARDADO, S.: “Hacia una verdadera conciliación”, cit., p. 540 y 541.

cuando sea posible, a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral”⁷⁵.

El derecho a la conciliación debe estar en conexión con la protección de la familia, la igualdad y la no discriminación, incluso en situaciones de crisis familiares. Los jueces deberán valorar a la hora de conceder la custodia compartida la falta de conciliación familiar no como un criterio negativo, sino como una realidad motivadora de la crisis familiar y que es difícil de superar en la sociedad actual. El trabajador que no pueda conciliar su vida familiar y laboral, por tener un trabajo con horarios interminables, podrá ver sustituida su falta de tiempo con la ayuda de familiares o de externos. Hasta que el legislador no tome medidas reales que faciliten esta conciliación, los padres separados que no puedan conciliar su vida familiar y laboral tendrán más dificultades para ver otorgada la custodia compartida.

V. CONCLUSIONES.

La falta de conciliación, que con frecuencia es una de las causas de la crisis matrimonial, en ocasiones se valora por los tribunales para no conceder la custodia compartida. El derecho de conciliación debe estar en conexión con la protección de la familia, la igualdad y la no discriminación, incluso en situaciones de crisis familiares.

Las dificultades relacionadas con los horarios laborales, la falta de estabilidad en el trabajo, el tipo de profesión o el desempleo podrían ser previstas por los padres e intentar hacerlas compatibles con la custodia compartida. La manera de lograr esa previsión sería redactando, junto al convenio regulador, un plan de parentalidad en donde se determinen las responsabilidades y compromisos concretos de los padres respecto de sus hijos

Existe una clara discrepancia a la hora de valorar los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral y la ayuda de los abuelos y ejemplo de ello, es la clara contradicción entre SAP Badajoz, 9 julio 2019 y SAP Badajoz, 21 mayo 2019 donde no se concede la custodia compartida a un camarero por su amplia jornada laboral, aunque trabajaba a tiempo parcial y contaba con ayuda de los abuelos, frente a una clara concesión de la custodia compartida a un padre joven trabajador que cuenta con ayuda de sus padres.

Todo ello nos lleva a la necesidad de reclamar la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, teniendo en cuenta los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. La falta de conciliación familiar se debe valorar no como un criterio negativo, sino como una realidad motivadora de la crisis y que

⁷⁵ Publicada en DOUE L 188/79, el 12 de julio de 2019.

es difícil de superar en la sociedad actual. La conciliación debería ser reconocida como un criterio a valorar por los tribunales para la concesión o no de la custodia compartida, como ya lo hacen la legislación vasca y recientemente, la aragonesa.

Es cierto que ya el legislador desde la Ley 39/1999 se preocupa en un principio por medidas de conciliación que solo beneficiarían a la mujer trabajadora. Siendo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo la que trata de extender los beneficios al hombre. Actualmente, con el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo se tiene presente la necesaria conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres, prestando especial atención en el cuidado de hijos y familiares. Entre las novedades de esta última reforma encontramos que los planes de igualdad son ahora exigibles a todas las empresas de 50 o más trabajadores y que se da nueva redacción al art. 34.8 LET reconociendo el derecho del trabajador a solicitar la adaptación en la duración y distribución de la jornada de trabajo con la finalidad de conciliar la vida laboral y familiar. Ahora este derecho solo estará limitado por acreditadas razones organizativas o productivas de la empresa y no por lo que establezca el convenio colectivo o acuerdo con la empresa. Otra novedad es el permiso de lactancia para ambos progenitores hasta los 12 meses si ambos ejercen el derecho a la reducción de su jornada. Existiendo también un derecho de suspensión del contrato por nacimiento o adopción de hijos de duración de 16 semanas.

Se debe replantear el derecho a la adaptación razonable del tiempo de trabajo para que el trabajador tenga así mayor soberanía sobre su tiempo y su actividad laboral no sea un obstáculo para el buen funcionamiento de la custodia compartida. La nueva regulación del art. 34.8 LET, aunque por la vía de urgencia a través de Real Decreto, ha de ser bien acogida aunque al ser una cuestión más compleja requería de una reforma integral y de una mayor determinación de las necesidades que se tratan de cubrir, así como de una ampliación de los sujetos titulares del derecho a solicitar la adaptación. El futuro del trabajo y de la conciliación será el de su regulación, que debe llegar a adquirir un carácter más estable y no estar siendo modificado constantemente.

Si queremos lograr ese deseado equilibrio entre la familia y el trabajo, las medidas conciliadoras ayudan. Sin embargo, la realidad demuestra que estos derechos no son adoptados por todos los trabajadores e incluso no son ni conocidos (por ejemplo, el derecho a solicitar la adaptación de la jornada). Muchas familias siguen encontrándose con un grave problema motivado por la falta de tiempo, lo que es reemplazado por la ayuda de los familiares o de externos. La ayuda de los abuelos es una pieza clave pero no puede ser sustitutiva del derecho a la conciliación. Este derecho debe verse reflejado en un proceso de negociación, valorándose los intereses del trabajador y de la empresa.

Existe una necesidad de que el Estado adopte medidas reales de conciliación para ayudar a los padres separados y se reconozcan nuevas modalidades laborales flexibles (como el teletrabajo o trabajo a distancia). Es preciso reformular la conciliación de la vida laboral y familiar, en el sentido de que abarque a la persona y realmente se trate de una conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: "Aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre custodia compartida en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil", Informe publicado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Marzo 2017.

BECCERRIL, D. y BENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017.

CASAS BAAMONDE, M.: "La soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las relaciones labores*, Francis Lefebvre, núm. 3, marzo 2019.

CATALÁN FRÍAS, M.^a J.: "La custodia compartida", *Revista Derecho y Criminología*, 2011.

ESTELLES PERALTA, P. M.^a.: "Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar", *Revista Boliviana del Derecho*, n.º 24, 2017.

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C. y SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

IGARTUA MIRÓ, M.^a T.: "La conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *Abogados de Familia*, La Ley, núm. 50, 9 de octubre de 2008.

MARTÍN GUARDADO, S.: "Hacia una verdadera conciliación de la vida familiar y laboral en términos de corresponsabilidad: la reducción/readaptación de jornada como derecho verdadero. La reformulación fáctica de la familia como argumento hacia lo personal", *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, 2019.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012", *Relaciones laborales Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 8-9, 2014, pp. 39-68.

SOLSONA M. y AJENJO M.: "La custodia compartida: ¿un paso más hacia la igualdad de género?", *CED, Centre d'Estudis Demogràfics, Perspectives Demogràfiques*, núm. 008, octubre 2017.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción.*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

