

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# Equilibrio y equidad en la convivencia tras la ruptura familiar: garantía de derechos de todas las partes

## *Balance and equilibrium in coexistence after family breakup: guarantee of rights of all parties*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE \*  
*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** La custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas de padres, abuelos, parientes y allegados se halla en continua evolución. De modo que siempre surge algún nuevo punto que es necesario matizar para la búsqueda del *equilibrio y la equidad* entre el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos, o, de los abuelos, parientes o allegados en su régimen de visitas, y, las circunstancias de la situación familiar en cada caso concreto a fin de preservar sobre todo la garantía de los derechos, de todas las partes, pero siendo preferente en todo caso, el interés superior de los menores.

**ABSTRACT:** *Custody of minors, joint custody and the regime of communication and visits of parents, grandparents, relatives and relatives is in continuous evolution. So that there is always a new point that needs to be qualified in order to seek balance and equity between the cohabitation regime of each parent with the children, or of the grandparents, relatives or relatives in their visitation regime, and, the circumstances of the family situation in each specific case in order to preserve,*

---

\* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

*above all, the guarantee of the rights of all parties, but preferential in any case, the best interests of minors.*

**PALABRAS CLAVE:** Ponderación. Equidad. Equilibrio. Convivencia. Régimen de visitas. Padres. Menores. Parientes. Allegados.

**KEY WORDS.** *Weighing. Equity. Balance. Coexistence. Visiting schedule. Fathers. Minors. Family members. Relatives.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROBLEMA DE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.—III. LA DISPONIBILIDAD DEL TIEMPO DEL PROGENITOR PARA LA CONVIVENCIA.—IV. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DEL PROGENITOR Y LA IMPORTANCIA DEL CUIDADO DEL MENOR. EMPLEADOS PÚBLICOS Y ENFERMEDAD GRAVE DEL MENOR.—V. PONDERACIÓN EN LOS PERIODOS VACACIONALES: LA ALTERNANCIA ENTRE PROGENITORES PARA COMPARTIR CON AMBOS EL TIPO DE ACTIVIDADES CULTURALES, TRADICIONALES O RELIGIOSAS.—VI. IMPORTANCIA DE LA PONDERACIÓN PARA ELUDIR LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y VISITAS ENTRE PARIENTES Y ALLEGADOS: MAS DIFÍCIL CONJUGAR EL EQUILIBRIO.—VIII. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: DONDE LA PROPORCIONALIDAD RESIDE EN LA PROGRESIVIDAD DEL RÉGIMEN DE ADAPTACIÓN ENTRE QUIENES NO SE CONOCEN.—IX. EL SUPUESTO DE LOS NIETOS TUTELADOS POR SUS ABUELOS QUIENES SE DIVORCIAN.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. LEGISLACIÓN CITADA.—XIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de análisis hoy está en continua evolución. Una vez que ya se ha concretado por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia los puntos clave de la custodia de menores, custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas, pudiera parecer que está todo dicho. No obstante, cada vez surge algún nuevo punto que es necesario matizar para la búsqueda del equilibrio y la equidad entre el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos, las circunstancias de la situación familiar en cada caso concreto a fin de preservar sobre todo la garantía de los derechos, de todas las partes, siendo preferente el interés superior de los menores. No olvidemos que la jurisprudencia fue la pionera en tratar esta materia hasta el punto que fue el propio juzgador de instancia el que tuvo que argumentar un decálogo de comportamientos de las partes tras la crisis de pareja para ser cumplido por los progenitores en beneficio de sus hijos menores<sup>1</sup>.

Si en 2012, cuando estudiábamos este tema se entendía que la concesión de la custodia compartida de los hijos se realiza siguiendo el principio del *favor filii*, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. Y donde se concretaba que el Código Civil no esta-

blecía una lista de criterios, como ocurre en el resto de ordenamientos jurídicos, y que fue por consiguiente la jurisprudencia la que insistía en la necesidad de concretar en la motivación las razones esenciales de la conclusión adoptada, a fin de comprobar la existencia del interés superior del menor<sup>2</sup>, hoy la situación ha cambiado. No obstante, ya se apreciaba en la jurisprudencia menor la necesidad de equilibrio y ponderación, pues la SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2007<sup>3</sup>, señalaba la necesidad de establecer una relación viable entre las partes basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores.

Si en la conjunción de derechos y obligaciones la *ponderación* es el concepto central para la búsqueda del equilibrio, cabe señalar que resulta fundamental tras la ruptura familiar donde hay que conjugar tantos aspectos de la «nueva convivencia» entre todas las partes. No debemos olvidar que la ponderación exige, además, la consideración o examen con *imparcialidad* de la asignación de las relaciones entre todos sopesando los derechos de todas las partes.

Además, resulta fundamental la *equidad*, no en su interpretación literal del término entendido como la cualidad que consiste en no favorecer en el trato a una persona perjudicando a otra, sino como el puro concepto jurídico y principio general del Derecho, es decir, consistente en otorgar igual protección a intereses iguales o semejantes que la merezcan, con base en que el Derecho debe ser el mismo para todos los miembros de la familia.

Y, para eso están los diversos y necesarios acuerdos entre las partes, con el objetivo último de procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad del cuidado integral de los menores, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios. No hace falta que el reparto de menores deba ser necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres, y en la asunción de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a realizar, sino que en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), puede que las posibles situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor se compensen mediante la correspondiente pensión de alimentos, siempre buscando el equilibrio de todos los implicados<sup>4</sup>.

Custodia compartida que en 2009 tenía un carácter residual<sup>5</sup>, pero que hoy asume un papel y una primacía fundamental.

Por último, señalar que el artículo 92 del Código Civil, no concreta los criterios, según los cuales debe establecerse la custodia compartida, sino que contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, y que en determinados casos puede resultar difícil de concretar, en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que sí los especifican.

Pero fue Juan Antonio XIOL, quien en la STS de 10 de enero de 2012, insistió en que «esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, que permite al juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la exposición de motivos de la vigente LEC en su artículo 752.1.2. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código Civil, establece que el juez debe valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la

relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»<sup>6</sup>.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 29 de mayo de 2000, ha señalado que constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional»<sup>7</sup>, además de ser un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986)<sup>8</sup>.

Además, es un criterio que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC de 14 de diciembre de 2009)<sup>9</sup> y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso *ex officio* sobre todo lo concerniente a los menores (STC de 15 de enero de 2001)<sup>10</sup>.

## II. EL PROBLEMA DE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

Como colofón a esta situación, también hay que poner de manifiesto que al ser muy importante la estabilidad de los menores, y su continuidad tras la ruptura y la reorganización de sus vidas en la custodia compartida, también es difícil compaginar los horarios laborales de los padres con los horarios escolares y los extraescolares de los hijos.

De ahí que la sensibilización de la sociedad con la conciliación de la vida familiar y laboral ha ido en aumento, desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras hasta la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sin olvidar la reforma laboral aprobada por RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

No obstante, son muchas las voces que denuncian la diferencia en el tema de la conciliación, con carácter general, en comparación con países de nuestro entorno<sup>11</sup>. A lo que debe añadirse la dificultad progresiva para compatibilizar horarios tras la ruptura matrimonial, con repercusión directa en el tema de la custodia compartida. De ahí el estudio de la jurisprudencia que vamos a realizar a continuación.

## III. LA DISPONIBILIDAD DEL TIEMPO DEL PROGENITOR PARA LA CONVIVENCIA

Para la posible implementación de la custodia compartida hay varias condiciones relacionales y estructurales que son necesarias, tales como la cercanía geográfica, la capacidad de los progenitores de cooperar sin conflictos intensos, y mantener al menos una relación tipo tarea laboral, un nivel adecuado de competencia paterna, horarios laborales adecuados para la vida familiar, un cierto grado de independencia económica, flexibilidad y un alto grado de sensibilidad a las necesidades de los hijos<sup>12</sup>.

Al no ser fácil reunir estos requisitos la jurisprudencia está flexibilizando el tema de los horarios laborales como vamos a ver a continuación.

Hay estudios que han planteado que los progenitores que tienen una custodia compartida difieren en varios aspectos importantes de la mayoría de los progenitores separados o divorciados cuyos hijos e hijas viven casi exclusivamente con la madre. Inciden que tienen mayor educación, ingresos más altos y un nivel bastante bajo de conflicto<sup>13</sup>.

Una vez que se solicita y se establece la guardia y custodia compartida, porque se concreta y demuestra que cada uno de los progenitores tiene capacidad y aptitudes para velar por ella (atenderla, cuidarla...), y, además su conducta es de colaboración para mantener una relación estrecha y cercana, debe darse un paso más. Y este es el que el beneficio del menor se debe centrar en la convivencia de los progenitores con ellos. Tiempo real y de calidad. Y, para ello es lógico que deba adaptarse las estancias del menor con cada uno de los progenitores teniendo en cuenta el horario, periodo de trabajo... de cada uno de ellos.

En unos primeros años, en torno a la primera década del presente siglo, la jurisprudencia en general solía desestimar la custodia compartida si no se exponía en el convenio con claridad la posibilidad de que ambos progenitores pudiesen ocuparse de los menores durante el tiempo y horario asignado a cada uno.

Sobre esta necesidad de adaptar los horarios de estancia con los hijos en función de los horarios del progenitor que lo tenga más complicado, el Auto del JPI de Gijón núm. 512, de 22 de junio de 2010 determinó que «no se fija horario concreto para iniciar esos periodos, en función de los turnos en que trabaja el padre, de ahí que ambos progenitores deberán acomodar el inicio de esos periodos, por el bien de los hijos, a esa circunstancia. Advirtiendo a ambos progenitores, que cualquier actuación interesada o injustificada que obstaculice esos intercambios en perjuicio de los menores, podrá sufrir las consecuencias de dicho comportamiento»<sup>14</sup>.

Se trata de otorgar estabilidad al menor en los momentos (semanas o periodos) que se les asignaba de guarda y custodia, de modo que si el padre no puede adaptar su horario para posibilitar el régimen, se otorga la guarda y custodia unilateral a la madre. Y esto es precisamente lo que determinan las siguientes sentencias. Así pues, la SAP de La Coruña de 23 de septiembre de 2014<sup>15</sup>, desestima la custodia compartida porque la diferencia de horarios laborales entre uno y otro cónyuge hace imposible que el padre se ocupe del hijo. En el mismo sentido se halla la SAP de La Coruña de 8 de octubre de 2014<sup>16</sup>, en donde se declara improcedente la custodia compartida por la dificultad de articularlo, por la profesión y horario del padre.

Ocurre lo mismo y se llega a la misma conclusión judicial en la STSJ de Aragón de 30 de mayo de 2014<sup>17</sup>, que declara la difícil compatibilización de la dedicación laboral del padre con la atención a los tres hijos del matrimonio, lo que, junto con el informe psicosocial, justifica que se opte por la custodia materna.

Por ejemplo, la SAP de Orense de 28 de junio<sup>18</sup>, soluciona de forma peculiar el hecho de que el padre se tenga que ausentar en determinadas épocas del domicilio habitual, y así establece una especie de compensación económica por los días que la madre tiene que estar con los hijos cuando el padre por motivos laborales está fuera de la ciudad, «a efectos de evitar futuros conflictos es conveniente pronunciarse sobre la petición formulada en el recurso de señalamiento de una pensión alimenticia a cargo del apelado para el supuesto, previsto en la resolución impugnada, de que el menor deba permanecer con la madre durante el tiempo de custodia correspondiente al padre...».

La STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2013<sup>19</sup>, incluso, se permite señalar la necesidad de los progenitores de exigírseles un esfuerzo a ambos para continuar con la custodia compartida, ya que es el sistema más beneficioso, «...la comparación de horarios pone de manifiesto que ambos progenitores van a necesitar apoyo de terceros para prestar el necesario sostén a la menor; porque, como tantas otras veces sucede los dos resultan difíciles de conciliar con el horario

lectivo de la niña. Pero más allá de la expresada y habitual dificultad —que no imposibilidad—, no se justifica el desplazamiento de la custodia compartida, frente a la ventaja que esta supone para la menor; al permitir un reparto efectivo y continuado de los derechos y responsabilidades de los padres, debiendo la menor, al igual que sus progenitores, realizar la necesaria adaptación a la situación existente tras la ruptura».

Y es que la dificultad en los horarios de alguno de los progenitores es uno de los principales obstáculos para otorgar la custodia compartida, como ocurre con el horario por turnos (de mañana, tarde y noche) en la SAP de Barcelona de 24 de octubre<sup>20</sup>, y también en la SAP de Barcelona de 29 de octubre<sup>21</sup>, cinco días después, en donde se dice que «lo verdaderamente distintivo de la custodia compartida es que exista un área bien definida de decisiones respecto a los menores que necesariamente hayan de tomar de forma consensuada, y que sea posible establecer un sistema de comunicación mínima para la coordinación de las funciones parentales... la custodia compartida es la modalidad que ha de establecerse para el ejercicio de las responsabilidades parentales desde las exigencias de la coparentalidad...».

La STS de 10 de diciembre de 2015<sup>22</sup>, que deniega la custodia compartida y se otorga en exclusiva a la madre, consideró que era la mejor opción posible, «dado que esa fue la situación adoptada, de común acuerdo por ambos miembros de la pareja al iniciarse la crisis». El criterio del Supremo se centra en la lejanía de los domicilios de ambos progenitores en diferentes localidades.

Y es en este momento cuando se pronuncia el Alto Tribunal indicando en la STS de 3 de mayo de 2016<sup>23</sup>, que «si se acude al régimen de custodia compartida ha de ser para que los *menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores*, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares y personales, durante la semana».

Y siguiendo este nuevo e importante requisito que debe caracterizar a la custodia compartida, en Salamanca, la SAP de 15 de marzo de 2017<sup>24</sup>, concede la custodia compartida solicitada en modificación de medidas, ya que «todo parece indicar que, en un futuro próximo, dada la edad de la menor y las cada vez mayores responsabilidades en el ámbito formativo que ha de asumir, requerirá una mayor estabilidad, pudiendo resultar entonces un régimen adecuado el de guarda y custodia compartida por semanas tal como ahora solicitaba el progenitor. Sin embargo, si ambos progenitores estuvieron de acuerdo en la adopción del régimen de medidas inicial, parece lo más oportuno que sean los progenitores de nuevo quienes acuerden, en el momento que consideren adecuado, la modificación en el régimen de guarda, con las medidas que consideren adecuadas para acompañarlo».

Concretando que «...en todo caso, la praxis judicial revela que el establecimiento de un régimen de custodia compartida, a falta de acuerdo entre las partes, se condiciona a la concurrencia de una serie de factores, *incluyendo el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente*, procurando la continuidad del entorno».

En los últimos tiempos, se intenta compatibilizar reiteradamente el horario de los progenitores para así poder acordar una custodia compartida. En esta situación, como en tantas otras, ha habido una evolución jurisprudencial, desde las primeras sentencias en las que se denegaba la custodia compartida por carecer alguno de los progenitores de flexibilidad horaria, hasta las más actuales en las que se busca por todos los medios adaptar los horarios para otorgar este sistema de guarda.

La exigencia de flexibilidad, se ve incrementada por la nueva concepción del propio STS como vemos en la sentencia de 9 de marzo de 2016<sup>25</sup>, en la que en primera instancia se atribuye la custodia a la madre, y en apelación, únicamente se amplía el régimen de visitas a favor del padre, en casación, la Sala reconoce que «aún siéndole a la madre más fácil la compatibilización de horarios, por el hecho de ser maestra del mismo colegio donde están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito dada la flexibilidad horaria» (desde el 1 de marzo de 2008 goza de una reducción de jornada para compatibilizar la vida familiar), «una mera diferencia en los horarios laborales y escolares de apenas unos minutos —señala el recurrente y así se lo reconoce la Sala— o incluso el hecho de que deba, en su condición de militar, realizar algún servicio de guardia de lunes a viernes dos veces al año, no es causa que justifique la falta de establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida, máxime cuando los progenitores viven en la misma localidad...».

En la STS de 29 marzo de 2016<sup>26</sup>, el recurso de casación se formula exclusivamente contra el pronunciamiento de la sentencia que niega al padre la guarda y custodia compartida, modificando la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, en la que se estableció la guarda y custodia a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre, que la sentencia recurrida amplía. Consta acreditado, dice la sentencia, «que el recurrente, en razón de su profesión, guardia civil, tiene horario solamente de mañana, hasta las 15 horas... se ha acreditado que las concretas circunstancias laborales y materiales que concurren en el recurrente permiten afrontar las obligaciones que se derivan de dicha convivencia de aquel con el menor...». En estas dos últimas sentencias, me gustaría destacar que, «el reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo al principio de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores», siendo, por tanto, la tolerancia y el acuerdo otro de los puntos clave para la decisión final.

No obstante, en la STS de 25 de abril de 2016<sup>27</sup>, atendidas las circunstancias del caso se determina que no procede otorgar una custodia compartida semanal como solicita el padre en procedimiento de modificación de medidas. En apelación se rechaza porque «la única alteración concretada por el actor para el cambio de guarda, es la de paro persistente en que se encuentra. Sin embargo, es criterio de esta Sala, que cuando, como aquí se discute, obedece a motivaciones ajenas a la voluntad de quien lo sufre, no puede considerarse en ningún caso como una ventaja para la atribución de cambios en el régimen de guarda. Por ello no puede compartirse la alegación, según la cual, debe considerarse una ventaja para el progenitor, en beneficio de su hijo, la disponibilidad para ocuparse de sus atenciones y cuidados, en razón de una situación de paro no deseada, que en todo caso debe tenerse siempre como transitoria y nunca definitiva... el actor no puede garantizar una mínima estabilidad en su horario laboral que permita cumplir fielmente y atender las necesidades del menor...».

Así, el Tribunal Supremo insiste en que hace un análisis preciso de las circunstancias concurrentes desde la óptica de la necesaria *protección del interés del menor*, la denegación de la custodia compartida se produce por la inestabilidad que la situación del padre provocaría en el menor; no es una mera cuestión de disponibilidad de tiempo, sino de estabilidad de vida.

Y así llegamos a la interesante jurisprudencia del último año. La SAP de Navarra de 11 de mayo de 2022 es tajante en cuanto a que el sistema de custodia compartida *no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas*



laborales de los progenitores, por lo que no es óbice para instaurarla que no pueda establecerse por semanas ni por quincenas alternas<sup>28</sup>.

La Audiencia concreta que no es necesario que haya una cadencia en el tiempo entre cada progenitor y su hijo siempre que se pueda conocer cada año con suficiente antelación el tiempo de disfrute de cada uno con el menor, de modo que se pueda llevar a cabo entre las tres partes una organización estable y así pueda fijarse por los progenitores el calendario de visitas anual en el mes de diciembre previo<sup>29</sup>.

En el caso de la SAP de Navarra incluye poner a disposición de las partes los medios de que dispone el juzgado para que se ejercite la custodia compartida de la mejor forma posible, al señalar que las partes «podrán contar, además, con los servicios de mediación y la decisión final del juzgado en caso de no llegar a un acuerdo».

En la misma línea, un juzgado de Valladolid, pero esta vez del ámbito de lo social, ha concedido a un empleado la adaptación horaria para trabajar en turno de mañana las semanas en las que tenga la custodia de su hijo. Según la sentencia 28 de marzo de 2022 del juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid, «ha de prevalecer la protección a la familia y a la infancia sobre el poder de organización de la empresa, cuando no existe abuso de derecho o manifiesto quebranto para la empresa»<sup>30</sup>.

Los magistrados entienden que la negativa empresarial constituye un obstáculo injustificado para la conciliación de la vida familiar y profesional del trabajador que debe ser solventado. La sentencia explica que la no concesión del cambio de turno del trabajador de tarde a mañana, en las semanas coincidentes con la custodia de su hijo, «afectaría gravemente a la planificación familiar, dificultando la atención y cuidado de su hijo menor»<sup>31</sup>.

El recurrente alega, además, que el Estatuto de los Trabajadores y otras leyes dicen que para la adaptación de jornada hay que tener en cuenta el interés superior del menor, «de lo contrario, estamos ante un acto discriminatorio».

#### IV. LA REDUCCIÓN DE JORNADA DEL PROGENITOR Y LA IMPORTANCIA DEL CUIDADO DEL MENOR. EMPLEADOS PÚBLICOS Y ENFERMEDAD GRAVE DEL MENOR

Tanto el legislador como el juzgador tienen en cuenta la importancia del cuidado del menor, *sobre todo en casos de enfermedad especial del mismo*.

Resulta constante la doctrina del Supremo, Sala Tercera, que declara como doctrina que «los empleados públicos tienen derecho a la reducción de jornada por hijo afectado de enfermedad grave, aunque no sea necesaria la hospitalización del menor, sino solo un cuidado directo, continuo y permanente, sin que a ello obste el hecho de que el menor se encuentre escolarizado»<sup>32</sup>.

De hecho, ha manifestado que la escolarización de la menor y la coincidencia del horario lectivo y laboral no impiden el *disfrute de la reducción de jornada y el mantenimiento de las retribuciones del recurrente, empleado público*, que debe asistir a reuniones formativas, revisiones y pruebas de seguimiento en su jornada laboral.

La STS de 20 de octubre de 2022 mantiene que la menor esté escolarizada en un centro en el que existen terapeutas y profesionales especializados no dispensa de la atención permanente y la colaboración de los padres porque, además, no existe una ruta de autobús para llevar a la menor al centro escolar por lo que el desplazamiento hacia y desde el centro debe ser realizado por los progenitores y no siempre es compatible con su jornada laboral.



En idéntico sentido, la STS de 3 de junio de 2020<sup>33</sup>, había establecido la aplicación del artículo 49 e) EBEP en aquellos supuestos en que no resulta precisa la hospitalización del menor; pero sí es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado. Se considera que la diabetes mellitus tipo 1 como una enfermedad grave que exige atención continuada y permanente.

A juicio del Tribunal Supremo es irrelevante alegar la escolarización de la menor cuando se acredita la imposibilidad de ser atendido en el centro escolar público por personal sanitario, inexistente, o incluso por el docente, que no tiene obligación de hacerlo al carecer de formación sanitaria.

#### V. PONDERACIÓN EN LOS PERIODOS VACACIONALES: LA ALTERNANCIA ENTRE PROGENITORES PARA COMPARTIR CON AMBOS EL TIPO DE ACTIVIDADES CULTURALES, TRADICIONALES O RELIGIOSAS

Resulta curiosa la doctrina de la Audiencia Provincial de La Rioja donde se concreta el reparto entre los padres de las vacaciones de Semana Santa del hijo ponderando la singularidad de esta festividad en los diferentes puntos de España, donde constató su peculiaridad, en atención a las actividades que se pueden realizar, o a las que se puede asistir, durante ese periodo y la riqueza de su variedad en diferentes zonas de España<sup>34</sup>.

Entiende que este periodo vacacional habrá de disfrutarse por el menor por años alternos con cada uno de los progenitores para compartir con ambos el tipo de actividades culturales, tradicionales o religiosas específicas de estas fechas, frente al criterio del juzgado de primera instancia que estableció que las vacaciones de Semana Santa el menor estaría íntegramente en compañía del padre.

La madre apela argumentando que la Semana Santa en Sevilla, donde reside tiene una relevancia especial que no tiene, al menos hasta ese punto, en el resto de España. El menor es miembro de una hermandad religiosa, a la que pertenece toda la familia de la madre, y tiene la ilusión durante todo el año de poder salir de nazareno en la procesión con el resto de familia y amigos. Propone, en definitiva, que al menos un año de cada dos el hijo pueda pasar las vacaciones de Semana Santa en Sevilla para poder participar de esta fiesta tan relevante para los sevillanos.

De mantenerse el criterio del juzgado de instancia no se seguiría el criterio de perseguir el interés superior del menor, pues le privaría de la experiencia de poder compartir con su madre el tipo de actividades culturales, tradicionales o religiosas específicas de estas fechas e insusceptibles, en su especificidad, de ser compensadas por otros periodos vacacionales.

Se busca por el aplicador del Derecho *la equidad y el equilibrio del disfrute de la convivencia vacacional* entre cada progenitor y los hijos.

#### VI. IMPORTANCIA DE LA PONDERACIÓN PARA ELUDIR LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Un reciente Auto del Tribunal Supremo resulta clarificador a los efectos ahora estudiados<sup>35</sup>. Es sabido que la doctrina del Alto Tribunal, centrada en seguir el superior interés del menor, implica que permitir un régimen de visitas del menor con su padre, aunque localizado en el Punto de Encuentro Familiar, sería una decisión que conculcaría el interés superior del menor; al haber incumplido el

progenitor sus deberes paternos, con una evidente dejación de funciones tanto en lo afectivo como en lo económico sin causa justificada.

El Supremo entiende que el menor *expresó su voluntad de mantener la relación con su padre y que se siente bien tratado por él*, por lo que a fin de no perder la vinculación resulta acertada la decisión de la Audiencia de intentar que no se pierda esa mínima vinculación con él a través del régimen de visitas tutelado en el Punto de Encuentro Familiar, que podrá ampliarse o dejarse sin efecto en función de la evolución de las visitas.

## VII. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y VISITAS ENTRE PARIENTES Y ALLEGADOS: MAS DIFÍCIL CONJUGAR EL EQUILIBRIO

No debemos olvidar que cuantas más partes hay implicadas mayores problemas pueden surgir. En el caso de uno de los últimos autos del Alto Tribunal, se analiza el supuesto en el que se enjuicia el posible derecho de los tíos paternos a relacionarse con sus sobrinos que se deniega en ambas instancias apoyándose en el principio del interés superior de los menores<sup>36</sup>.

En este caso, el padre de los menores fue condenado por varios delitos de malos tratos inferidos tanto a la madre como al hijo mayor de los dos, quien ha tenido graves problemas de salud y psicológicos estando en tratamiento, y que fue privado de la patria potestad. La madre alega que su evolución se vería gravemente perjudicada con las visitas del tío, indicando que el trato es nulo entre ellos, de ahí que se negase el derecho de visita. El recurrente explica que se ha vulnerado su derecho a relacionarse con sus sobrinos, sin justa causa.

## VIII. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: DONDE LA PROPORCIONALIDAD RESIDE EN LA PROGRESIVIDAD DEL RÉGIMEN DE ADAPTACIÓN ENTRE QUIENES NO SE CONOCEN

Otro punto de interés digno de estudio es el supuesto del derecho de visitas en el caso de filiación no matrimonial, cuya filiación biológica es reconocida. Tras el otorgamiento de las mismas, previamente debe de haber un periodo de adaptación —ya previsto tutelado por el Punto de Encuentro Familiar, teniendo en cuenta la escasa edad de la menor y la ausencia de relación con su padre desde su nacimiento<sup>37</sup>.

La cuestión por dilucidar se centra en saber cuál es la *proporción adecuada para que la progresividad de la adaptación no sea ni muy amplio ni restringido*, teniendo en cuenta el interés general del menor, por encima de los intereses, preferencias o comodidades de sus progenitores, sin que este derecho sea absoluto. No olvidando que es un derecho de los hijos relacionarse y estar en compañía de ambos progenitores, redundando ello en su mejor desarrollo emocional y evolutivo, salvo en aquellos supuestos en los que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen el establecimiento de limitaciones al ejercicio de este derecho.

## IX. EL SUPUESTO DE LOS NIETOS TUTELADOS POR SUS ABUELOS QUIENES SE DIVORCIAN

Estamos en un supuesto donde los abuelos tutelan a los menores, quienes tras el divorcio expresaron no encontrarse contentos con el desarrollo del régimen

de visitas del auto de medidas por desarrollarse en la vivienda de unos tíos con los que convive la abuela, quien manifestó que no quería régimen de visitas con sus nietos. Por otro lado, los nietos manifestaron su deseo de permanecer bajo la guarda del abuelo y seguir en el mismo domicilio familiar <sup>38</sup>.

La Audiencia concreta que el artículo 94 del Código Civil, tanto en su regulación anterior como en la posterior a la reforma operada por Ley 8/2021, de 2 de junio, permite el determinar en sentencia de divorcio el derecho de comunicación y visitas de los nietos con los abuelos, previa audiencia de quien lo hubiera solicitado «que deberán prestar su consentimiento». La abuela no ha solicitado el régimen de visita ni ha prestado su consentimiento.

El que se trate de nietos sujetos a tutela de los cónyuges de cuyo divorcio se trata no los equipara, a los efectos de un procedimiento de divorcio, a los hijos menores, y menos cuando está tramitándose un procedimiento de remoción de esa tutela. No cabe en sentencia de divorcio establecer unas visitas no pedidas ni consentidas entre abuela tutora y nietos tutelados. No ya porque no cabe imponer a la abuela unas visitas que rechaza, sino porque ese rechazo hace que quede sin justificación la premisa que debe presidir esta decisión, que según el propio artículo 94 es el interés del menor.

La Audiencia no alcanza a ver la razón por la que debe reputarse que es del interés de los menores el tener las visitas de la abuela. Además, el rechazo de las visitas es una circunstancia añadida a la puesta de relieve por los menores.

## X. CONCLUSIONES

I. El fin último de la custodia compartida y el régimen de coparentalidad se centra en la búsqueda del equilibrio y la equidad entre el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos, las circunstancias de la situación familiar en cada caso concreto, a fin de preservar sobre todo la garantía de los derechos, de todas las partes, siendo preferente *el interés superior de los menores*. Partes implicadas donde están presentes también los abuelos parientes y allegados. La proporcionalidad debe darse también incluso cuando el abuelo es el tutor con guarda y custodia y los parientes tienen un régimen de visitas.

II. En unos primeros años, en torno a la primera década del presente siglo, la jurisprudencia en general solía desestimar la custodia compartida si no se exponía en el convenio con claridad la posibilidad de que ambos progenitores pudieran ocuparse de los menores durante el tiempo y horario asignado a cada uno.

A pesar de ello, en la mayoría de las sentencias se observa que, *exigiendo un mayor esfuerzo por parte de todos, es viable optar por una custodia compartida*.

La dificultad en los horarios de alguno de los progenitores es uno de los principales obstáculos para otorgar la custodia compartida, como ocurre con el horario por turnos (de mañana, tarde y noche). Para otorgar este tipo de custodia es necesario definir la toma de decisiones sobre los menores de forma consensuada, y que sea posible establecer un sistema de comunicación mínima para la coordinación de las funciones parentales...

El sistema de custodia compartida *no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores*. Los menores deben tener *estabilidad alternativa con ambos progenitores*, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares y personales, durante la semana.

Para lograr el fin último de la custodia compartida los diversos y necesarios acuerdos entre las partes deben procurar un *cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad del cuidado integral de los menores*, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios.

III. Tras la ruptura y la reorganización de sus vidas en la custodia compartida, también es difícil compaginar los horarios laborales de los padres con los horarios escolares y los extraescolares de los hijos. De ahí que la sensibilización de la sociedad con la conciliación de la vida familiar y laboral haya ido en aumento, y el legislador haya dado algún paso en ese sentido.

Para la posible implementación de la custodia compartida hay varias condiciones relacionales y estructurales que son necesarias, tales como la cercanía geográfica, la capacidad de los progenitores de cooperar sin conflictos intensos, y mantener al menos una relación tipo tarea laboral, un nivel adecuado de competencia paterna, horarios laborales adecuados para la vida familiar, un cierto grado de independencia económica, flexibilidad y un alto grado de sensibilidad a las necesidades de los hijos.

Al no ser fácil reunir estos requisitos la jurisprudencia está flexibilizando el tema de los horarios laborales.

IV. Tanto el legislador como el juzgador tienen en cuenta la importancia del cuidado del menor, *sobre todo en casos de enfermedad especial del mismo*. Así, los empleados públicos tienen derecho a la reducción de jornada por hijo afectado de enfermedad grave aunque no sea necesaria su hospitalización, sino solo un cuidado directo, continuo y permanente, sin que a ello obste el hecho de que el menor se encuentre escolarizado.

V. Se busca por el aplicador del Derecho la equidad y el equilibrio del disfrute de la convivencia vacacional entre cada progenitor y los hijos. Se impone la necesidad de buscar la ponderación en los periodos vacacionales y la alternancia entre progenitores para compartir con ambos el tipo de actividades culturales, tradicionales o religiosas.

VI. Ponderación y proporcionalidad que también debe estar presente en el supuesto de la filiación no matrimonial, donde esta proporcionalidad reside en la progresividad del régimen de adaptación entre quienes no se conocen.

## XI. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. La Ley 2364/2001.
- STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. La Ley 240117/2009.
- STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996. La Ley 8805/2000.
- ATC, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. La Ley 556/1986.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo de 20 de octubre de 2022. Sentencia 1335/202. Rec. 3974/2020. (La Ley 243685/2022).

- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia 641/2020 de 3 de junio de 2020, Rec. 78/2018. Ponente: Celsa PICÓ LORENZO. La Ley 45618/2020. ECLI: ES:TS:2020:1318.
- STS, Sala Primera. Sentencia de 29 de marzo de 2016. Número de sentencia: 194/2016 Número Recurso: 1159/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 1291:2016. Ecli: ES:TS:2016:1291.
- STS, Sala Primera. Sentencia de 25 de abril de 2016. Número de sentencia: 276/2016 Número Recurso: 1980/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1790:2016. Ecli: ES:TS:2016:1790.
- STS, Sala Primera. Sentencia de 9 de marzo de 2016. Número de sentencia: 138/2016 Número Recurso: 791/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1156:2016. Ecli: ES:TS:2016:1156.
- STS, Sala Primera, sentencia de 3 de mayo de 2016. Número de sentencia: 283/2016 Número Recurso: 1099/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1901:2016. Ecli: ES:TS:2016:1901.
- STS, Sala Primera, sentencia de 10 de septiembre de 2015. Número de sentencia: 485/2015 Número Recurso: 797/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 3796:2015.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 7717/2012.
- SAP de Navarra de 11 de mayo de 2022. Sentencia 322/2022. Recurso 781/2021 (La Ley 166455/2022).
- SAP de La Rioja, 10 de marzo de 2022. Sentencia 67/2022. Recurso 81/2022 (La Ley 91833/2022).
- SAP de Segovia, sección Primera, de 23 de febrero de 2022. Número de sentencia: 73/2022 Número Recurso: 356/2021. Ponente: Jesús MARINA REIG. Numroj: SAP SG 77/2022. Ecli: ES:APSG:2022:77.
- SAP de Cádiz, Sección Quinta de 31 de diciembre de 2021. Número de sentencia: 1355/2021 Número Recurso: 1279/2021. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. Numroj: SAP CA 3069:2021. Ecli: ES:APCA:2021:3069.
- SAP de Salamanca, Sección; Primera. Sentencia de 15 de marzo de 2017. Número Sentencia: 148/2017 Número Recurso: 541/2016. Ponente: José Antonio MARTÍN PÉREZ. Numroj: SAP SA 191:2017. Ecli: ES:APSA:2017:191.
- SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 29 de octubre de 2013. Número de sentencia: 646/2013 Número Recurso: 784/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO.
- SAP de La Coruña, Sección 3.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2014. Número de sentencia: 281/2014 Número Recurso: 294/2014. Ponente: María José PÉREZ PENA.
- SAP de La Coruña, sección 3.<sup>a</sup>, sentencia de 8 de octubre de 2014. Número de sentencia: 291/2014 Número Recurso: 252/2014. Ponente: María Josefa RUIZ TOVAR Numroj: SAP C 2429/2014. Ecli: ECLI:ES:APC:2014:2429.
- SAP de Orense, Sección: Primera sentencia de 28 de junio de 2013. Número de sentencia: 281/2013 Número Recurso: 54/2013. Ponente: Josefa OTERO SEIVANE.
- SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 24 de octubre de 2013. Número de sentencia: 639/2013 Número Recurso: 757/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO.

- SAP de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 53774/2007.
- STSJ de Aragón, Sección: Primera de 30 de mayo de 2014. Número de sentencia: 20/2014 Número Recurso: 4/2014. Numroj: STSJ AR 647/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Ecli: ECLI:ES:TSJAR:2014:647.
- STSJ de Aragón. Sección: Primera. Sentencia de 14 de octubre de 2013. Número Recurso: 23/2013. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 116201/2008.
- ATS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022. Número Recurso: 3176/2022. Ponente: Pedro José VELA TORRES. Numroj: ATS 15510:2022. Ecli: ES:TS:2022:15510A.
- ATS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 2022. Número Recurso: 2246/2022. Ponente: Antonio GARCÍA MARTÍNEZ. Numroj: ATS 15049:2022. Ecli: ES:TS:2022:15049A.
- Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 91994/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, (Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 109976/2010.
- Juzgado de lo Social núm. 3 Valladolid, Sentencia 82/2022, 28 de marzo de 2022. Rec. 765/2021 (La Ley 130678/2022).

## XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Artículos 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público.
- RD Legislativo 2/2015 de 23 octubre (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

## XIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

IGLESIAS MARTÍN, C.R.: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*. Tirant lo Blanch. 2019.

VVAA: CUSTODIA COMPARTIDA EN SITUACIONES DE DIVORCIO en *Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*. Tirant lo Blanch. 2022.

## NOTAS

<sup>1</sup> El Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, (Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 109976/2010), enumeró este decálogo, seguido posteriormente por todos los juzgados, consistente en que:

1. Nunca desacredite a su excónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten «parte de su mamá» y «parte de su papá», con lo que la crítica puede dañar su autoestima.

2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su excónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.

3. Tranquile a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.

4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su excónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.

5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.

6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su «corresponsal» en la casa de su excónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.

7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.

8. Cumpla con sus obligaciones económicas, «alimentos» de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.

9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los «alimentos» por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.

10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia.

<sup>2</sup> Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 731, 1549 a 1784.

<sup>3</sup> SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 53774/2007

<sup>4</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 116201/2008.

<sup>5</sup> El Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, consideró en 2009 que la custodia compartida está llamada a satisfacer una demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Parte además de que: Su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad. No es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados.

(Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 91994/2009).

<sup>6</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 7717/2012.

<sup>7</sup> STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996.



La Ley 8805/2000. Sentencia que analiza una vulneración de la libertad ideológica por restricción del régimen de visitas a los hijos en atención a las creencias del padre, y que afirma que: «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad» (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España».

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. La Ley 556/1986. «En efecto, la sentencia en cuestión no formula declaración alguna en el sentido de establecer una imposición o prohibición de ningún tipo sobre la libertad de la recurrente para fijar su residencia o entrar y salir de España, derechos de los que goza esta en los términos que establece la ley, la cual, por cierto, admite la posibilidad de limitaciones, y principalmente, porque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siendo derechos constitucionales y dotados por tanto, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, conforme con lo que establece el artículo 13 de la CE. La carga o gravamen que se recoge en la sentencia impugnada, y que pudiera afectar a la libertad de establecimiento o residencia de la recurrente, se hace conforme y en atención a un interés protegido privilegiadamente por el ordenamiento, sin tener en cuenta el factor de la nacionalidad. En este sentido carecen de toda fuerza argumental las insinuadas afirmaciones de que el pronunciamiento ahora impugnado ha sido adoptado en razón a la protección a ultranza del español, en este caso el esposo de la recurrente. Lo único que se transparente en la sentencia es, como hemos dicho, el interés de las hijas, que ha sido valorado de acuerdo con una interpretación de los hechos y del Derecho que corresponde en exclusiva, conforme dispone el artículo 117-3 de la CE a la función jurisdiccional ejercida por el órgano competente. Tal decisión, como ha declarado este TC en su Auto 116, de 22 de febrero de 1984, “ni sanciona, ni despoja, ni limita al actor en el derecho indicado (art. 19 de la CE)... sino que valora determinadas circunstancias... en virtud de los intereses de los hijos que estima superiores, y cuando dicha opción se efectúa con base en circunstancias que guardan relación con dichos intereses filiales, el hecho de tomarlos en estima por el Juez no supone siquiera un juicio positivo o negativo acerca de la conducta del cónyuge reclamante... haciendo en definitiva un adecuado juicio de la legalidad que no puede ser materia de recurso constitucional por no rozar el derecho concedido en el artículo 19.2 quedando extramuros del contenido peculiar del proceso de amparo”»

<sup>9</sup> STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. La Ley 240117/2009. El Tribunal Constitucional estima, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos, la demanda de amparo planteada contra la providencia que inadmitió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia que modificó el régimen de visitas de un menor con su padre, y al objeto de restablecer a la recurrente en su derecho, declara la nulidad de la resolución impugnada.

<sup>10</sup> STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. La Ley 2364/2001

<sup>11</sup> Según el informe publicado en Conciliación de la vida laboral y familiar en España, estadísticas, datos y gráficos Datos actualizados el 9 de diciembre de 2021 de la Encuesta de Población Activa (EPA):

Casi la mitad de trabajadores (el 49,55%) no pudo modificar en 2018 su jornada laboral para poder asumir responsabilidades relacionadas con el cuidado de otras personas.

El 17,1% de las personas de 18 a 64 años de España con hijos menores de 15 años utilizaron en 2018 habitualmente servicios profesionales para el cuidado de sus hijos. Este porcentaje es todavía mayor en el caso de ocupados, en donde el porcentaje que usa servicios de profesionales para el cuidado de sus hijos asciende hasta el 19,66%.

En cuanto al 82,9% restante de españoles que no usa estos servicios, la mayoría (49,52%) se organiza solo o con su pareja para cuidar a sus hijos y hay otro 19,84% que pide ayuda a abuelos, familiares y amigos para ello. Además, hay un 12,37% que afirma no necesitar ningún tipo de ayuda y un 7,33% que alega que no usa servicios profesionales porque son caros.

Diferencias entre hombres y mujeres: Preguntados por la principal característica del empleo que dificulta la conciliación, la mayoritaria afirma que no hay una dificultad especial. Entre los que sí encuentran dificultades, tanto para los hombres como las mujeres los principales problemas tienen que ver con las largas jornadas de trabajo y los horarios inflexibles.

En este sentido, el porcentaje de hombres que afirma no poder cambiar su horario de trabajo es mayor que el de las mujeres. Y también es más elevado el porcentaje de hombres que afirman que en su trabajo no pueden organizarse la jornada de manera que tengan un día libre a la semana para el cuidado de familiares.

[www.epdata.es](http://www.epdata.es) › datos › conciliacion-vida-laboral-familiar-espana-estadisticas

Según datos publicados en 2019 por la OCDE, las políticas de conciliación en España se sitúan en el puesto 14 de 31 países analizados. Obtenemos una puntuación global de 15, esto es, estamos 8,7 puntos por debajo de Suecia (que se sitúa en primer lugar) y 13,7 puntos por encima de Suiza, posicionada en último lugar.

España trabaja una media de 1689 horas al año, por encima de Alemania (1371), Holanda (1425) o Dinamarca (1438). Además, los trabajadores españoles tan solo pueden dedicar 3,3 horas de media al hogar y a la familia, siendo las mujeres (con 4,29 horas) las que dedican más tiempo, casi el doble de tiempo que dedican los hombres (2,32 horas), según cifras extraídas por el IPF. Asimismo, y con respecto a la flexibilidad horaria, tan solo 1 de cada 9 españoles (el 11,9%) tiene horario flexible, lo que hace que España sea, junto con Portugal, el país de la UE con menor flexibilidad laboral. El número de personas que se acoge a la jornada parcial en España (15,9%) está por debajo de la media europea (20,4%) y «muy por debajo» de casi todos los países de la UE. Por otro lado, la práctica totalidad de los ocupados (92%) no usan nunca el teletrabajo, lo que sitúa a España también por debajo de la media de la UE (13,5%).

<sup>12</sup> IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*. Tirant lo Blanch. 2019.

<sup>13</sup> VVAA: CUSTODIA COMPARTIDA EN SITUACIONES DE DIVORCIO en *Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*. Tirant lo Blanch. 2022.

<sup>14</sup> Juzgado de 1.ª Instancia de Gijón, Sección: Octava, de 22 de junio de 2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número Recurso: 512/2010.

<sup>15</sup> SAP de La Coruña, Sección 3.ª, de 23 de septiembre de 2014. Número Sentencia: 281/2014 Número Recurso: 294/2014. Ponente: María José PÉREZ PENA en donde se solicita la modificación del régimen de visitas comunicación y estancia, solicitándose el régimen de custodia compartida y subsidiariamente se modifique el régimen de visitas fijado en la sentencia por considerar que hay un reparto desigual de las vacaciones de semana santa.

<sup>16</sup> SAP de La Coruña, sección 3.ª, sentencia de 8 de octubre de 2014. Número Sentencia: 291/2014 Número Recurso: 252/2014. Ponente: María Josefa RUIZ TOVAR Numroj: SAP C 2429/2014. ECLI:ES:APC:2014:2429.

Se solicita sin definir un caso de custodia compartida, aunque la AP señala que tal definición se debe a que al ser el padre interventor de Renfe, en el año 2013 tendría libres los días 1 y 2, 14 y 15 y 26 y 27, que van alterándose en sucesivos meses y que a su vez pueden ser alterados.

Concluye la Sala que ha venido manteniendo desde la sentencia dictada por el tribunal constitucional de 17/10/2012 que declaró nulo el inciso «favorable «contenido en el artículo 92.8 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, por ser

contrario al artículo 117.3, CE que la custodia compartida debe ser el régimen ordinario, con la precisión de que debe primar siempre el *interés del menor*.

<sup>17</sup> STSJA, Sección: Primera de 30 de mayo de 2014. Número Sentencia: 20/2014 Número Recurso: 4/2014.

Numroj: STSJ AR 647/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Ecli: ECLI:ES:TSJAR:2014:647. El día 14 de junio de 2013 el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Zaragoza dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio y establecía las medidas reguladoras de los efectos de divorcio. El padre presentó recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza denegando así la procedencia de establecer el régimen de custodia compartida, y acordando que los hijos menores quedarían a cargo de la madre, si bien con establecimiento de un amplio régimen de visitas a favor de padre.

<sup>18</sup> SAP de Orense, Sección: Primera sentencia de 28 de junio de 2013. Número Sentencia: 281/2013 Número Recurso: 54/2013. Ponente: Josefa OTERO SEIVANE.

<sup>19</sup> En sentencia de primera instancia confirmada por la Audiencia se acordó el divorcio de las partes, con atribución de la custodia de la hija menor de edad a la madre y reconocimiento al padre de un régimen de visitas, el TSJ establece la custodia compartida (STSJ de Aragón. Sección: Primera. Sentencia de 14 de octubre de 2013. Número Recurso: 23/2013. Ponente: Emilio Molins García-Atance).

<sup>20</sup> SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 24 de octubre de 2013. Número Sentencia: 639/2013 Número Recurso: 757/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO.

Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto desestima su pretensión de que se acordara la guarda y custodia compartida sobre las dos hijas comunes, pues se acordó la homologación del convenio de 25 de febrero de 2010 que estableció la guarda y custodia para la madre, con un régimen de visitas con el padre consistente en fines de semana alternos y mitad de las vacaciones.

<sup>21</sup> SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 29 de octubre de 2013. Número Sentencia: 646/2013 Número Recurso: 784/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO. Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto no acuerda un régimen de guarda y custodia compartida por quincenas alternas, alternándose ambos progenitores en la vivienda que fuera conyugal, haciéndose cargo cada uno de los gastos de los menores cuando los tuviere en su compañía y de los demás gastos por mitad.

<sup>22</sup> STS, Sala Primera, sentencia de 10 de septiembre de 2015. Número Sentencia: 485/2015 Número Recurso: 797/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 3796:2015.

<sup>23</sup> STS, Sala Primera, sentencia de 3 de mayo de 2016. Número Sentencia: 283/2016 Número Recurso: 1099/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1901:2016. Ecli: ES:TS:2016:1901.

<sup>24</sup> SAP de Salamanca, Sección: Primera. Sentencia de 15 de marzo de 2017. Número Sentencia: 148/2017 Número Recurso: 541/2016. Ponente: José Antonio MARTÍN PÉREZ. Numroj: SAP SA 191:2017. Ecli: ES:APSA:2017:191.

Procedimiento de modificación de medidas, que estimo parcialmente la demanda del recurrente en la que solicitaba que se fijara un nuevo régimen de visitas de la hija menor Frida, solicitando un régimen de guarda y custodia compartida por quincenas o subsidiariamente por semanas, con visitas el día del cumpleaños de la hija y la extinción de la pensión de alimentos.

Se basa el recurso en la alegación de error en la valoración de la prueba practicada respecto a la modificación de la medida relativa al reparto de visitas por semanas y en la solicitud de fijación pormenorizada del disfrute del día del padre por el padre, y del disfrute respecto a los días de cumpleaños de la menor y de los padres.

<sup>25</sup> STS, Sala Primera. Sentencia de 9 de marzo de 2016. Número Sentencia: 138/2016 Número Recurso: 791/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1156:2016. Ecli: ES:TS:2016:1156.

<sup>26</sup> STS. Sala Primera. Sentencia de 29 de marzo de 2016. Número Sentencia: 194/2016 Número Recurso: 1159/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 1291:2016. Ecli: ES:TS:2016:1291

<sup>27</sup> STS. Sala Primera. Sentencia de 25 de abril de 2016. Número Sentencia: 276/2016 Número Recurso: 1980/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1790/2016. Ecli: ES:TS:2016:1790

Mediante sentencia se desestima el régimen de custodia compartida y se mantiene la custodia a favor de la madre con el régimen de visitas a favor del padre, tal y como se pactó por los progenitores en el acto del juicio regulador de las relaciones paterno filiales.

<sup>28</sup> SAP de Navarra de 11 de mayo de 2022. Sentencia 322/2022. Recurso 781/2021 (La Ley 166455/2022).

<sup>29</sup> SAP de Navarra. El plan propuesto por el padre es claro y sin duda resulta beneficioso para la menor ya que periódicamente va a disponer de periodos de tiempo para estar con la misma, los cuales pondrán fijarse cada año con la debida antelación, ya que si bien trabaja en ciclos de 28 días, hay una previsión de la jornada anual al inicio del año y por tanto es perfectamente posible que se fijen los periodos con la antelación precisa para organizarse y para que la hija no tenga alteración alguna por ello.

<sup>30</sup> Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid, sentencia 82/2022, 28 de marzo de 2022. Rec. 765/2021 (La Ley 130678/2022). El juzgado concede a un trabajador la concreción horaria en forma coincidente con la guardia y custodia compartida por semanas alternas de su hijo, porque debe prevalecer la protección a la familia y a la infancia, sobre el poder de organización de la empresa, cuando no existe abuso de derecho o manifiesto quebranto para la empresa.

La no concesión del cambio de turno del trabajador de tarde a mañana, en las semanas coincidentes con la custodia de su hijo, afectaría gravemente a la planificación familiar, dificultando la atención y cuidado de su hijo menor.

El Juzgado de lo Social expone que el derecho a la adaptación de jornada no debe quedar mediatizado por la existencia en la empresa de un sistema de turnos, ni abarcar o ceñirse únicamente a la mera disminución lineal de la previa jornada, que queda incardinada dentro de la «jornada ordinaria». Insiste en que, aunque este régimen de turnicidad cuente con respaldo normativo o convencional, el trabajador tiene derecho a trabajar en turno de mañana las semanas en que tenga la custodia de su hijo y trabajar en turno de tarde cuando no lo tenga.

Además, valora que en la empresa no consta que ningún otro trabajador se encuentre en las mismas circunstancias, ni que la afectación pueda resultar perjudicial porque no se acredita que concurran causas organizativas o productivas que impidan la concreción solicitada.

Los cuadrantes se realizan mensualmente por lo que no hay problema para facilitar al trabajador que lo solicite el cuadrante anual; además, las coincidencias del turno de tarde del trabajador con la custodia de su hijo son puntuales, por lo que la empresa queda obligada a adoptar las medidas legales que procedan para facilitar la conciliación de la vida familiar.

<sup>31</sup> «La reducción de jornada es un derecho que ningún tribunal puede negar. En cambio, la adaptación no se concede tan fácil porque muchos jueces la calificaban como jornada a la carta», afirma Carmen JUANES, abogada defensora.

«La razón que da la empresa para negar muchas adaptaciones es que puede afectar a sus necesidades organizativas», dice JUANES, quien agrega que «no se ha podido acreditar que concurran causas productivas que impidan la adaptación solicitada».

Según explica la abogada, «no se puede seguir obligando al trabajador a mantener la ayuda que ha venido recibiendo de su familia para el cuidado de su hijo durante los últimos siete años, ni se le puede obligar a seguir haciendo cambios con sus compañeros como la empresa proponía».

La abogada pidió también una indemnización de 2000 euros por daños morales, que finalmente no ha sido concedida. La sentencia es firme y contra ella no cabe recurso.

<sup>32</sup> STS, Sala de lo Contencioso-administrativo de 20 de octubre de 2022. Sentencia 1335/202. Rec. 3974/2020. (La Ley 243685/2022). En el caso, la menor está diagnosticada de autismo, ha obtenido el Grado III, nivel I de la Ley de Dependencia, y tiene reconocido un grado de discapacidad del 68%. Su situación físico-psíquica es muy delicada, sus destrezas adaptativas son propias de personas de 5 años de edad, lo que unido a sus dificultades conductuales revela la necesidad de atención intensa y/o supervisión constante.

<sup>33</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 641/2020 de 3 de junio de 2020, Rec. 78/2018. Ponente: Celsa PICÓ LORENZO. La Ley 45618/2020. ECLI: ES:TS:2020:1318.

<sup>34</sup> SAP de La Rioja, 10 de marzo de 2022. Sentencia 67/2022. Recurso 81/2022 (La Ley 91833/2022).

<sup>35</sup> ATS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022. Número Recurso: 3176/2022. Ponente: Pedro José VELA TORRES. Numroj: ATS 15510:2022. Ecli: ES:TS:2022:15510A.

<sup>36</sup> ATS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 2022. Número Recurso: 2246/2022. Ponente: Antonio GARCÍA MARTÍNEZ. Numroj: ATS 15049:2022. Ecli: ES:TS:2022:15049A.

<sup>37</sup> SAP de Cádiz, Sección Quinta de 31 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 1355/2021 Número Recurso: 1279/2021. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. Numroj: SAP CA 3069:2021. Ecli: ES:APCA:2021:3069.

<sup>38</sup> SAP de Segovia, sección Primera, de 23 de febrero de 2022. Número Sentencia: 73/2022 Número Recurso: 356/2021. Ponente: Jesús MARINA REIG. Numroj: SAP SG 77/2022. Ecli: ES:APSG:2022:77.