



Roj: **SAP M 7925/2026 - ECLI:ES:APM:2026:7925**

Id Cendoj: **28079370312026100204**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **31**

Fecha: **05/06/2026**

Nº de Recurso: **200/2025**

Nº de Resolución: **209/2026**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES PLANES MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Getafe, núm. 6, 26-04-2023 (proc. 881/2022),
SAP M 7925/2026**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Trigesimoprimera

C/ Francisco Gervás, 10 - 28020

Tfno.: 913442493

seccion31civil@madrid.org

37007740

N.I.G.:28.065.00.2-2022/0018612

Recurso de Apelación 200/2025 NEGOCIADO 9 PL TLFNO 914930405

O. Judicial Origen:Secc. Civ. Ins. Tri. Ins. Getafe. Plaza nº6

Autos de Familia. Divorcio contencioso 881/2022

APELANTE:D./Dña. Guadalupe

PROCURADOR D./Dña. MARIA DOLORES HURTADO PORTELLANO

APELADO:D./Dña. Samuel

PROCURADOR D./Dña. ISABEL RUFO CHOCANO

FISCAL

—
SENTENCIA N° 209/2026

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. ANGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO

Dña. M. DOLORES PLANES MORENO

Dña. EMELINA SANTANA PAEZ

En Madrid, a cinco de junio de dos mil veintiséis.

La Sección Trigesimoprimera de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Familia. Divorcio contencioso

881/2022 seguidos en el Sección Civil y de Instrucción del Tribunal de Instancia de Getafe. Plaza nº 6 a instancia de Dña. Guadalupe apelante - demandado, representada por la Procuradora Dña. MARIA DOLORES HURTADO PORTELLANO y defendido por la Letrada Dña. MARTA HERRERO DE PABLO contra D. Samuel apelado - demandante, representado por la Procuradora Dña. ISABEL RUFO CHOCANO y defendido por la Letrada Dña. MARIA DEL CARMEN NIEVA FERNANDEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 26/04/2023 rectificada por auto de fecha 10/06/2025.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dña. M. DOLORES PLANES MORENO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -Por Sección Civil y de Instrucción del Tribunal de Instancia de Getafe. Plaza nº 6 se dictó Sentencia de fecha 26/04/2023, cuyo fallo es el tenor siguiente:

" Que debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de divorcio contencioso y medidas paternofiliales formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. ISABEL RUFO CHOCANO en nombre y representación de D. Samuel , bajo la asistencia letrada de Dña. MARÍA DEL CARMEN NIEVA FERNÁNDEZ, contra Dña. Guadalupe y, en consecuencia, declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído por los cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, tales como:

- 1. Queda disuelto el régimen económico matrimonial vigente hasta la fecha.*
- 2. Cesa la presunción de convivencia conyugal.*
- 3. Quedan revocados los consentimientos y poderes otorgados por cualquiera de los cónyuges.*
- 4. Cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.*
- 5. Los hijos menores de edad quedarán en compañía y bajo la guarda y custodia de ambos progenitores. La patria potestad continuará ejerciéndose por ambos padres.*

La custodia compartida se ejercerá por periodos semanales siendo el intercambio los lunes a la hora de entrada del colegio, si el día es festivo el intercambio se producirá a la misma hora en el domicilio donde residan las menores en el momento de cambio de custodia.

Se concede a los progenitores que no estén ejerciendo la guarda de facto durante la semana en que no les corresponde, el derecho a relacionarse con su hija martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas, en que deberán reintegrar a los menores al domicilio del progenitor que ostente la guarda esa semana.

Las vacaciones de verano, se repartirán por mitad entre ambos progenitores, por períodos quincenales alternos los meses de Julio y Agosto, eligiendo su mitad el padre en los años pares y la madre en los años impares, en caso de desacuerdo. Las vacaciones de Semana Santa y Navidad, también se dividirán por mitad, con el mismo sistema electivo en caso de desacuerdo.

El día del padre y el día de la madre, así como los de cumpleaños de los progenitores, las menores estarán con el que cumpla años o sea el día de su homenaje, si es festivo todo el día, si es lectivo desde la salida del colegio hasta la entrada al colegio al día siguiente; pudiendo en el día del cumpleaños de los menores visitarlos el progenitor que no le corresponda ese día estar con ellos durante una hora, que en caso de desacuerdo, será de 17.30 a 18.30 horas.

Ambos progenitores podrán relacionarse telefónicamente o telemáticamente con sus hijas durante los períodos de custodia del otro, siempre respetando los horarios de colegio, estudio y descanso de las menores.

- 6. En concepto de pensión de alimentos para los hijos menores, se establece la obligación de contribuir a los gastos de habitación y alimentación de los menores durante sus períodos de custodia, correspondiendo, además, a D.*

Samuel abonar 150 euros mensuales por cada uno de los menores en una cuenta común para atender al pago de los gastos escolares de los menores y otros gastos diferentes de los de alimentación y habitación, como vestido, transporte, ocio, extraescolares o medicinas para enfermedades comunes. Tal cantidad se actualizará, tanto al alza como a la baja, anualmente, con efectos de 1º de enero de cada año en proporción a la variación que experimente el Índice Nacional General de Precios al Consumo, en el periodo diciembre a diciembre inmediato

anterior según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística u órgano autonómico que pueda sustituirle

Igualmente ambos progenitores sufragarán la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de las menores hasta tanto alcancen la independencia económica, tales como operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto, y el importe del mismo, para su aprobación.

7. Se atribuye el uso de la vivienda sita en DIRECCION000 , DIRECCION001 (MADRID) a ambos progenitores, en periodos de disfrute anual, comenzando por la progenitora Dña. Guadalupe .

Los gastos inherentes a la propiedad del inmueble deberán ser satisfechos por mitad entre ambos progenitores y los derivados de su uso lo serán por aquel esposo/a que tenga atribuido su uso.

No ha lugar a realizar pronunciamiento sobre el abono de los préstamos concertados por los esposo o sobre el uso de bienes.

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconvenicional presentada por el Procurador de los Tribunales D. ALEJANDRO PINILLA MARTÍN, en nombre y representación de Dña. Guadalupe , contra D. Samuel y, en consecuencia, reconozco a favor de la demandada reconveniente el derecho a percibir una PENSIÓN COMPENSATORIA de 250 euros mensuales a cargo del actor reconvenido durante un periodo de 2 años, comenzando a computar desde la fecha de notificación de la presente resolución. Dicha cuantía deberá ingresarse en la cuenta corriente que designe a tal efecto Dña. Guadalupe , dentro de los cinco primeros días de cada mes. Tal cantidad se actualizará anualmente, con efectos de 1º de enero de cada año en proporción a la variación que experimente el Índice Nacional General de Precios al Consumo, en el periodo diciembre a diciembre inmediato anterior según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística u órgano autonómico que pueda sustituirle. Esta pensión se devengará desde la fecha de la presente resolución.

Todo ello, sin pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente procedimiento."

SEGUNDO. -Por Sección Civil y de Instrucción del Tribunal de Instancia de Getafe. Plaza nº 6 se dictó auto de fecha 10/06/2025 rectificando la sentencia de fecha 26/04/2023, cuya parte dispositiva es el tenor siguiente:

" Se acuerda rectificar la sentencia dictado/a en fecha 26-4-2023 en el presente procedimiento, en los siguientes términos: Donde dice DIRECCION000 de DIRECCION001 , debe decir DIRECCION002 ."

TERCERO. -Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Dña. Guadalupe a fin de conseguir su revocación en los términos solicitados en su escrito de recurso que se dio traslado del escrito de interposición del recurso de apelación a D. Samuel y al Ministerio Fiscal por diez días para que se opongán o impugnen dicho recurso, oponiéndose ambos y solicitando que se confirme la sentencia de instancia.

CUARTO. -Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, con fecha 27/05/2025 se dictó auto resolviendo la prueba interesada por la parte apelante en su escrito de interposición del recurso de apelación, con el resultado que obra en autos.

QUINTO. -Practicada la prueba acordada, quedo en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 4 de junio de 2026.

SEXTO. -En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. -La representación procesal de Dª. Guadalupe , formula recurso de apelación contra la sentencia dictada el día 27 de abril de 2023, en el procedimiento de divorcio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, nº 6 de Getafe, en relación a los pronunciamientos concernientes a la **custodia** de los dos hijos menores del matrimonio, Isidro , nacido el día NUM000 de 2010 y Rita , nacida el día NUM001 d 2018, y a la atribución del uso del domicilio familiar.

La sentencia establece la guarda y **custodia compartida**, por semanas alternas de lunes a lunes de los dos hijos del matrimonio, con dos tardes a la semana de estancias con el otro progenitor desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas y reparto de vacaciones, puentes y días especiales (cumpleaños, Día de Reyes, etc..) y atribuye el uso del domicilio familiar, a ambas partes por periodos alternos de un año, comenzando por Dª. Guadalupe .

La recurrente, solicita que se le atribuya la **custodia** exclusiva de los dos hijos, con un régimen de visitas con el padre, y el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de los hijos, subsidiariamente solicita que se le

atribuya el uso de la vivienda ganancial, por ser el interés más necesitado de protección hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, o hasta que la hija menor cumpla los 12 años de edad.

Durante la tramitación del procedimiento, la recurrente expone que su hijo, Isidro, que ha cumplido 15 años, se ha marchado a vivir con el padre, por lo que no solicita la **custodia** de Isidro que ha expresado su voluntad de vivir con su padre. Respecto al uso de la vivienda, manifiesta que el padre instó un proceso de ejecución para el lanzamiento de la vivienda, en la que, no obstante, continúa residiendo, por su situación de especial vulnerabilidad, dado que con sus ingresos le resulta imposible acceder a una vivienda en la que poder ejercer la **custodia**.

Como motivos de recurso se alega error en la valoración de la prueba. Señala la recurrente, que el padre nunca se ocupó de los menores durante la convivencia y que no presentó durante el procedimiento plan alguno de parentalidad.

La representación procesal de D. Samuel, se opuso al recurso de apelación y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

Igualmente, el Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. -Por lo que respecta a la **custodia** de los hijos menores, procede señalar que el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que, para determinar la procedencia de una **custodia compartida**, se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. La guarda **compartida** no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en consideración a la hora de determinar el interés del menor (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013), 25 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5710/2013, recurso 2637/2012), 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011), 10 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8030/2012, recurso 2560/2011), 25 de mayo de 2012 (Roj: STS 3793/2012, recurso 1395/2010), 9 de marzo de 2012 (Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010), 10 de enero de 2012 (Roj: STS 628/2012, recurso 1784/2009), 3 de octubre de 2011 (Roj: STS 5873/2011, recurso 1965/2009), 7 de julio de 2011 (Roj:

STS 4824/2011, recurso 1221/2010), 1 de octubre de 2010 (Roj: STS 4861/2010, recurso 681/2007), 11 de marzo de 2010 (Roj: STS 963/2010) y 8 de octubre de 2009 (Roj: STS 5969/2009, recurso 1471/2006).

Por otra parte, las malas relaciones o conflictividad entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y **custodia compartida**, pues solo serán relevantes si afectan negativamente al interés del menor como señalan las STS de 17 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5966/2013, recurso 2645/2012), 7 de junio de 2013 (Roj: STS 2926/2013, recurso 1128/2012), 9 de marzo de 2012 (Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010), 22 de julio de 2011 (Roj: STS 4924/2011, recurso 813/2009)].

Las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo. La interpretación del artículo 92 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo 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, STS 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013), 25 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5710/2013, recurso 2637/2012), 25 de mayo de 2012 (Roj: STS 3793/2012, recurso 1395/2010), 7 de julio de 2011 (Roj: STS 4824/2011, recurso 1221/2010).

En este extremo, debe recordarse que la sentencia de 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011) establece que «Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por

la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo 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». Doctrina que se reitera en las sentencias de 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4082/2013, recurso 2964/2012), 12 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5824/2013, recurso 774/2012), 17 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5966/2013, recurso 2645/2012), 25 de abril de 2014 (Roj: STS 1699/2014, recurso 2983/2012) y 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013).

En el presente caso, la madre en un escrito de hechos nuevos alega que el hijo mayor Isidro reside actualmente en compañía de su padre, por lo que solicita que se le atribuya la **custodia** de Isidro al padre.

Respecto a la hija menor Rita, no alega que no pueda el padre ocuparse de ella, ni que la niña no esté cuidada y atendida correctamente o que la menor se queje o no desee mantener esta forma de **custodia**. Tampoco alega que la **custodia compartida** esté perjudicando a la menor. Del contenido del escrito de recurso, se desprende que el padre tiene disponibilidad para conciliar sus horarios laborales con los de sus hijos, y cuenta en el apoyo de sus padres, abuelos de los menores, y de su pareja, con la que los hijos mantienen buena relación.

Consta que entre las partes la relación es tensa y conflictiva, pero no consta que esto esté afectando, en su perjuicio a los hijos, aunque si consta que uno de ellos, el mayor ha optado por vivir solo con su padre, pero mantiene al parecer buena relación con su madre.

La prueba pericial psicosocial practicada en esta alzada, igualmente pone de relieve que el hijo mayor, Isidro, nacido el día NUM000 de 2010, y que por tanto cuenta ya con 16 años, sigue residiendo exclusivamente con el padre, y viendo a la madre cuando ellos de común acuerdo así lo deciden. Lo que ha sido permitido por la madre, para evitar elevar el conflicto con el hijo, y constituye el deseo del hijo, que manifiesta que mantiene una convivencia más apacible con su padre, aunque ambos progenitores satisfacen adecuadamente sus necesidades en todos los aspectos.

Respecto a la menor Rita, nacida el día NUM001 de 2018, y que por tanto cuenta con casi 8 años, se muestra satisfecha con el sistema de **custodia compartida** por semanas. La niña se resiente emocionalmente por la separación de sus padres, pero no por el sistema de **custodia** establecido.

Los peritos firmantes del informe, aconsejan mantener el sistema de **custodia compartida** por ser el que mejor protege el interés de la menor, al permitirle una relación equitativa con ambos progenitores, con los que vínculos afectivos referenciales sólidos y equilibrados. Igualmente, este sistema de **custodia** contribuye a mantener el vínculo con el hermano, al que se encuentra muy unida, aunque por las diferentes etapas evolutivas en las que se encuentran no compartan intereses. En ambos contextos, la niña narró rutinas adecuadas, y adecuada implicación de sus progenitores. El informe señala que la **custodia** materna, no se considera que pudiera resultar más beneficiosa para Rita que el sistema de **custodia compartida** establecido en la sentencia recurrida. Señalan que no encuentran ventajas sobre la actual **custodia compartida**, que está contribuyendo a que Rita mantenga a ambos progenitores como referentes principales, propicia la presencia de ambas figuras parentales en su vida cotidiana y proceso psicoevolutivo y le permite fortalecer el apego seguro que mantiene con ambos padres.

Por todo ello, no constando que la **custodia compartida** esté perjudicando a los menores, sino que por el contrario es el sistema que resulta más beneficioso para los hijos, es por lo que procede ratificar la sentencia de instancia, si bien, constatado que Isidro se encuentra de facto bajo la **custodia** paterna, debe modificarse el sistema de **custodia** establecido respecto a él, por una **custodia** paterna, manteniendo el sistema de visitas y comunicaciones establecido en la sentencia, si bien y puesto que Isidro va a cumplir 17 años, las visitas se desarrollarán en la forma que madre e hijo de común acuerdo decidan. Igualmente procede dejar sin efecto la contribución establecida a cargo del padre para gastos escolares y otros de los hijos respecto a Isidro.

TERCERO. -Por último y respecto al uso del domicilio familiar, ha de recordarse la doctrina del TS, que recoge la sentencia, del 31 de enero de 2023 (ROJ: STS 1009/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1009), que expresa:

"El recurso se basa en la norma contenida desde la redacción por la Ley 30/1981, de 7 de julio, en el art. 96.II CC, según el cual, "cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente". Con alguna modificación de redacción, desde la reforma de la Ley 8/2021, de

2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, esta norma ha pasado a ser el contenido del vigente art. 96.1.IV CC que, literalmente, dispone en la actualidad: "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente".

El legislador no proporciona criterios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar cuando la guarda de los hijos menores es **compartida**. Desde 1981, el art. 96 CC, al tratar de la vivienda familiar en las crisis familiares, solo contemplaba la guarda y **custodia** monoparental y, a pesar de los años transcurridos y de la frecuencia con la que los tribunales acuerdan **custodias** compartidas, el art. 96 CC sigue refiriéndose en la actualidad únicamente a la guarda exclusiva por un cónyuge. La introducción en el art. 92 CC de una mención expresa a la guarda **compartida** por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no fue acompañada de ningún criterio sobre el uso de la vivienda familiar. Tampoco se ha introducido en las sucesivas reformas de este precepto llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, y la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo".

A falta de criterio legal, la jurisprudencia de la Sala Primera del TS, ha dado respuesta al problema planteado mediante la interpretación del art. 96 CC. De acuerdo con esta jurisprudencia, no procede la aplicación del criterio del art. 96.I CC, que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guarda y **custodia** de los hijos a uno de los progenitores, porque en el caso de **custodia compartida** los dos progenitores son custodios.

Descartada la aplicación del art. 96.I CC, la solución tampoco la ha encontrado en lo dispuesto en el art. 96.III CC, que contemplaba la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que el precepto no ponderaba sus hipotéticos intereses.

El TS ha considerado que la regulación más próxima se encontraba en el art. 96.II CC, que se refería a los casos en los que se distribuye la **custodia** de los hijos menores entre sus padres, es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en la del otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la **custodia compartida** no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas).

Es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que proporciona una pauta valorativa cuando establece que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo al titular de la jurisdicción el mandato de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en juego. La falta de concreción de criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia a fijar los elementos que se deben valorar para evitar incurrir en la arbitrariedad.

Con tal finalidad, señala la sentencia de 31 de enero de 2023, "en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se debe prestar especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres; en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio entre otras).

De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencias 95/2018, de 20 de febrero; 558/2020, de 26 de octubre y 438/2021, de 22 de junio entre otras). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establecía en el art. 96.III CC para los matrimonios sin hijos, actual número segundo de dicho precepto (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio).

En este sentido, señala la sentencia 95/2018, de 20 febrero (seguida por las sentencias 295/2020, de 12 de junio, 558/2020, de 26 de octubre, y 438/2021, de 22 de junio), que "[...] cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de **custodia compartida**, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores)".

Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la **custodia compartida**, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero ; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre ; 15/2020, de 16 de enero , 558/2020, de 26 de octubre); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o, en fin, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado.

CUARTO. -En definitiva, haciendo aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado, el legislador no proporciona criterios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar cuando la guarda de los hijos menores es **compartida**.

En este caso, consta que los ingresos de D^a Guadalupe , son muy inferiores a los de D. Samuel , 815 euros, frente a 1.772 euros, en ambos casos mensuales. Además, consta que el padre reside con su pareja, con la que comparte gastos, e igualmente en ocasiones lo hace en la casa de sus padres, donde dispone de espacio para alojar a sus hijos. Por otra parte, consta que la madre, además de disponer de una situación laboral a tiempo parcial, lo que hace que sus ingresos sean muy reducidos, no dispone de apoyo familiar, para poder proveer a su hija de una residencia adecuada cuando le corresponda ejercer la **custodia**. Dado que, con 815 euros, menos el importe de la hipoteca que tiene que abonar por el domicilio familiar, resulta imposible alquilar una vivienda en la zona en la que residen, que e pese a ser una zona donde la población es en su mayoría de clase trabajadora, los alquileres oscilan entre los 700 y 900 euros, las opciones más económicas, por lo que resulta inaccesible para la recurrente. Por lo que respecta a D. Samuel , consta que comparte vivienda con su pareja y dispone de espacio para sus hijos, tanto en la vivienda de esta como en la que sus padres, y en todo caso, dispone de mayores ingresos con los que poder hacer frente al importe del arrendamiento de una vivienda, lo que justifica que se acceda a la petición de atribuir a la recurrente el uso de la vivienda familiar, hasta que la hija menor cumpla los 12 años de edad, si antes no se hubiera procedido a la liquidación de la misma.

QUINTO. -La estimación aún parcial del recurso de apelación determina que no procesa hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes (art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE, el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Hurtado Portellano, en nombre y representación de D^a. Guadalupe , contra la sentencia dictada el día 26 de abril de 2023, en el procedimiento Divorcio, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Getafe, con el número de autos 881/2022, de los que el presente rollo dimana, y en consecuencia revocamos la citada resolución, en el sentido de determinar que el menor, Isidro , quedará bajo la **custodia y custodia** de su padre, manteniendo el régimen de visitas establecido en la sentencia, si bien, el menor y su madre se verán cuando ambos de común acuerdo así lo decidan. Se mantiene la **custodia compartida** de la menor Rita , en la forma establecida en la sentencia.

Se atribuye a D^a. Guadalupe en compañía de la menor el uso de la vivienda que constituyó domicilio familiar, sito en la DIRECCION002, de DIRECCION001 Madrid), hasta que la menor cumpla los 12 años de edad, a partir de cuyo momento se establece el uso compartido de la misma, por años alternos, salvo que con anterioridad se hubiera procedido a la disolución de la sociedad de gananciales.

Se aconseja a las partes, de conformidad con las recomendaciones contenidas en el informe pericial psicosocial, acudan a algún servicio de intervención familiar (CAF, CAEF, o recurso de mediación), a fin de propiciar la reconstrucción de la relación materno filial de Isidro y el abordaje profesional de los problemas que ha presentado la menor Rita .

Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma pueda interponerse recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo



477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5597 0000 00 0200-25, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ