



Roj: SAP CC 517/2012
Id Cendoj: 10037370012012100313
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cáceres
Sección: 1
Nº de Recurso: 325/2012
Nº de Resolución: 308/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00308/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620413/620415 Fax:

N.I.G. 10037 41 1 2010 0011895

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000325 /2012

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de CACERES

Procedimiento de origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 0000912 /2010

Apelante: Candida

Procurador: MARIA GUADALUPE SANCHEZ-RODILLA SANCHEZ

Abogado: ENRIQUE PONT SANGUINO

Apelado: MINISTERIO FISCAL, Arcadio

Procurador: MARIA DOLORES FERNANDEZ SANZ

Abogado: FLORENCIO QUIROS BRAVO

S E N T E N C I A NÚM.- 308/2012

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO =

Rollo de Apelación núm.- 325/2012 =

Autos núm.- 912/2010 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 2 de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a seis de Junio de dos mil doce.-

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Divorcio Contencioso núm.- 912/2010, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 2 de Cáceres, siendo parte apelante, la demandante **DOÑA Candida**, representada en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Sánchez Rodilla Sánchez** y defendida por el Letrado Sr. **Pont Sanguino**, y como parte apelada, el demandado **DON Arcadio**, representado en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Fernández Sanz** y defendido por el Letrado Sr. **Quirós Bravo**.

Siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 2 Cáceres de en los Autos núm.- 912/2010 con fecha 18 de Noviembre de 2011, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que según lo legalmente previsto en el art. 86 del Código Civil declaro la disolución civil por divorcio del matrimonio celebrado entre Dª. Candida y D. Arcadio, adoptándose las siguientes medidas consiguientes a la ruptura:

-Dª Candida y D. Arcadio compartirán la guarda y custodia de su hija Florencia, debiendo definirse la alternancia dinámica de la misma por acuerdo y consenso de ambos progenitores a través de su participación en un programa de **mediación familiar** de acuerdo con sus específicas condiciones personales y socioambientales. Si las partes no llegaran a un acuerdo, Florencia permanecerá con cada progenitor un trimestre escolar, y durante ese periodo pasará con el otro progenitor fines de semana alternos, desde la salida del colegio o instituto hasta las 20,30 horas del domingo. Igualmente pasará con cada progenitor la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Dª Candida elegirá los años pares y D. Arcadio los impares.

- Cada progenitor se hará cargo de los gastos corrientes de Florencia mientras permanezca en su compañía, pero mientras Dª. Candida no perciba unos ingresos mensuales superiores a 1000 euros, los meses que Florencia pase con su madre D. Arcadio contribuirá con 150 euros a su sostenimiento, cantidad que ingresará los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe Dª Candida. Dicha cantidad se actualizará conforme a las variaciones del IPC. Mientras no se supere ese límite, D. Arcadio correrá con un 60% de los gastos extraordinarios, y cuando se supere, ambos cónyuges se harán cargo al 50% de los gastos extraordinarios de Florencia.

- Se establece una pensión compensatoria a favor de Dª Candida por importe de 300 euros con una limitación temporal de quince meses, periodo que, unido al tiempo que ya ha transcurrido desde que se produjo la ruptura, se considera suficiente para compensar el desequilibrio existente. D. Arcadio ingresará dicha cantidad los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe Dª Candida.

Cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con la mitad de las comunes..."

Con fecha 29 de Diciembre de 2011, se dictó Auto, que es del tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA.- Dispongo.- Se aclara la sentencia en los términos expuestos en el fundamento jurídico único de esta resolución..."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación de la demandante, se solicitó la preparación del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO .- Admitido que fue la preparación del recurso por el Juzgado, se emplazó a la parte recurrente, conforme a lo dispuesto en los arts. 457.3 de la L.E.C. por veinte días para la interposición del recurso de apelación, conforme a las normas del art. 458 y ss. de la citada ley procesal.

CUARTO .- Formalizado en tiempo y forma el recurso de apelación por la representación de la parte demandante, se tuvo por interpuesto y de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

QUINTO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la parte demandada, se remitieron los autos originales al Órgano competente, previo emplazamiento de las partes, que incoó el correspondiente de Rollo de Apelación.

SEXTO.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y habiéndose propuesto prueba por las partes apelante y apelada, con fecha 30 de Mayo de 2012 se dictó Providencia en la que se acordó tener por incorporados los documentos aportados por las partes, y no considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **4 de Junio de 2012** , quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C .

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

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA**.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial del procedimiento se promovió demanda de divorcio, con las medidas inherentes; pretensión que fue estimada parcialmente en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandante, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º) Entiende que en el presente caso no concurren los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para acordar la guarda y custodia establecida en la Sentencia de instancia. Admite que las relaciones existentes entre los cónyuges no son, en principio, relevantes a la hora de establecer el régimen de custodia compartida, convirtiéndose en relevantes cuando afectan al interés del menor, perjudicándolo, y así se ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de septiembre de 2011 , en la que establece que la guarda y custodia compartida se establece en interés del menor, no de los progenitores. Existe entre ellos una situación de manifiesta enemistad y enfrentamiento, suficientemente acreditada. **Por ello, el Juzgador establece la obligación de participar en el plazo máximo de cuatro meses, en un programa de mediación familiar para definir la alternancia y dinámica de la guarda y custodia compartida de su hija Florencia**

Doña Candida y Don Arcadio , no mantienen ningún contacto desde que tuvo lugar la separación de hecho en el mes de noviembre de 2.010. La apelante tuvo que abandonar el hogar **familiar** en compañía de su hija, siendo manifiesta la imposibilidad de la recurrente de relacionarse con el demandado dada la actitud de éste hacia ella. Todo lo anterior demuestra, que si bien ambos progenitores podrían estar en condiciones de poder ejercer la custodia de la hija menor del matrimonio de forma individual, la ausencia de diálogo entre los mismos, los incapacita para que el ejercicio de aquella pueda ser compartido sin que se perjudique a la menor.

La custodia compartida implica, en beneficio de la hija menor, una relación constante y continua entre sus progenitores, relación que en el presente caso no concurre, de forma que las discrepancias entre ellos se proyectarán respecto de la menor, debiendo estimarse el presente recurso en el sentido de atribuir a la madre la guarda y custodia de Florencia , por ser la medida que más la beneficia.

Además, la sentencia de instancia desnaturaliza la custodia compartida, al establecer que la hija menor permanecerá con cada progenitor por trimestres escolares, lo cual ni tan siquiera responde a lo solicitado por el padre que pedía que cada progenitor tuviese a la hija durante un mes. Considerando que lo que se ha establecido es un régimen de custodia alternativo no previsto por la Ley, pues se trata de una alternancia. El hecho de que el informe emitido por los servicios psicosociales haya propuesto la posibilidad de la guarda y custodia compartida, en modo alguno justifica la adopción de un sistema de custodia alternativa, que lo único que parece es evitar que los progenitores tengan relación entre ellos, pero que en nada beneficia a la menor, quien se verá obligada a tener que cambiar de domicilio cada tres meses, con todo lo que ello conlleva en perjuicio de la estabilidad que precisa una niña de nueve años de edad.

2º) Descartada la guarda y custodia compartida, habrá que determinar a cual de los dos progenitores se atribuye el cuidado de la menor, considerando esta parte que buscando el interés exclusivo de Florencia , lo más adecuado es que la misma quede bajo la guarda y custodia de su madre, porque es la opción que más beneficia a la menor, pues siempre ha sido la madre quien se ha ocupado de todo lo relativo a su hija, circunstancia reconocida por ambas partes y en el informe psicosocial, según el cual, la menor se muestra afectivamente unida a ambos, aunque es más estrecha la vinculación con el progenitor femenino.

Doña Candida , en la actualidad y mientras su situación de desempleo laboral no cambie, tiene plena disponibilidad horaria para atender a su hija, no encontrándose limitada por sujeción a horarios ni tareas laborales, siendo sus aficiones y actividades de ocio, plenamente coincidentes con las de Florencia ,

circunstancias que no concurren en el padre, quien además de estar sujeto al horario de su jornada laboral, tiene toda una serie de actividades extralaborales y de ocio, a las que la menor es totalmente ajena. Desde el Auto de medidas provisionales la Sra. Candida se está ocupando en exclusiva de su hija, cubriendo todas sus necesidades afectivas, educativas y materiales, sin el menor contratiempo, proporcionando a Florencia toda la estabilidad y el bienestar que precisa. El régimen establecido en el procedimiento de medidas provisionales, en donde la guarda y custodia de Florencia se atribuyó a Doña Candida, ha funcionado correctamente.

3º) Atribuida a la madre la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, se deberá asignar el uso y disfrute de la vivienda **familiar**, sita en la CALLE000, núm. NUM000, NUM001 - NUM002 de Cáceres, a la hija y a Doña Candida, por ser su interés el más necesitado de protección. En Doña Candida concurre el interés más necesitado de protección, resultando que ni tiene vivienda propia donde vivir, ni recursos económicos para alquilar un inmueble.

4º) En cuanto al régimen de visitas a favor del padre, deberá establecerse el fijado en el Auto dictado en el procedimiento de medidas provisionales, al haber funcionado el mismo correctamente.

5º) En relación a la pensión por alimentos a favor de la hija menor del matrimonio y que el padre deberá abonar a la madre, solicita se fije en la cuantía mensual de 450,00.-#, y ello en atención a las propias necesidades de la hija y a la capacidad económica del padre que ha quedado acreditada con el resultado de la prueba practicada en este procedimiento. Así, consta informe de la Consejería de Igualdad y Empleo de la Junta de Extremadura relativo a las percepciones salariales del Sr. Arcadio durante el año 2010, así como los movimientos de la cuenta corriente de la que es titular en la entidad Deutsche Bank, donde figuran los ingresos correspondientes a su salario neto desde el 01/01/11 al 05/04/11, así como copia de su declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 2009. Dichas pruebas acreditan que el demandado tiene un salario neto anual de 22.798,72.- #, importe al que hay que sumar la devolución anual por IRPF que en el 2009 ascendió a 1.441,82.-#, resultando una cantidad neta anual por rendimientos del trabajo de 24.240,54 #, que dividida entre los doce meses del año, arroja un resultado mensual neto mensual de 2.020.45.-#.

Dicha cantidad será revisada anualmente en proporción a las variaciones que experimente el índice de Precios al Consumo General.

Los gastos extraordinarios de la menor y mientras nuestra representada carezca de ingresos propios procedentes de su trabajo, serán satisfechos por el padre en exclusiva, pasando a ser abonados por mitad entre ambos progenitores cuando Doña Candida, pueda acceder al mercado laboral y obtener ingresos por su trabajo.

6º) La Sentencia recurrida reconoce de manera expresa que el divorcio provoca en la Sra. Candida un más que evidente desequilibrio económico en relación con la posición que disfrutaba durante el matrimonio, y en atención a ello le reconoce una pensión compensatoria de 300.-# mensuales, limitada a un máximo de quince meses. Habida cuenta de que Doña Candida carece de ingresos propios, su edad, su estado actual de salud, su carencia de formación académica, y que durante los más de diez años de vigencia del matrimonio se ha dedicado al cuidado de su hija y del hogar **familiar** y dado el nivel de ingresos del esposo, lo procedente es fijar una pensión compensatoria a favor de la apelante a satisfacer por el Sr. Arcadio de 500,00.-# mensuales; cantidad que será ingresada por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente ya designada por la esposa, siendo revisada dicha cantidad conforme a las variaciones anuales del IPC, sin que proceda limitación temporal alguna de la misma, o subsidiariamente, limitarla a un mínimo de tres años, siempre y cuando antes Doña Candida, no haya obtenido un puesto de trabajo retribuido.

Termina solicitando la revocación de la sentencia y en su lugar se acuerde:

- a) Otorgar la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Florencia a Doña Candida.
- b) Conceder el uso y disfrute del que ha sido el domicilio **familiar**, sito en la CALLE000, núm. NUM000, NUM001 - NUM002 de Cáceres, a la hija y a Doña Candida, por ser su interés el más necesitado de protección.
- c) Establecer como régimen de visitas a favor del padre y respecto de la hija común, el fijado en el Auto del 28/02/2011, dictado en el procedimiento de medidas provisionales.
- d) Fijar en la cuantía mensual de CUATROCIENTOS CINCUENTA EUROS (450,00.-#), la pensión por alimentos a satisfacer por el padre a favor de la hija menor del matrimonio, suma que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente titularidad de la madre ya facilitada

al Sr. Arcadio , y actualizada anualmente conforme las variaciones que experimente el I.P.C. Los gastos extraordinarios de la menor y mientras nuestra representada carezca de ingresos propios procedentes de su trabajo, serán satisfechos por el padre en exclusiva, pasando a ser abonados por mitad entre ambos progenitores cuando Doña Candida , pueda acceder al mercado laboral y obtener ingresos por su trabajo.

e) Que se fije una pensión compensatoria a favor de la esposa de 500,00.-#, mensuales, cantidad que será ingresada mensualmente, por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente ya designada por la esposa, siendo revisada dicha cantidad conforme a las variaciones anuales del IPC, sin que proceda limitación temporal alguna de la misma, o subsidiariamente, limitarla a un mínimo de tres años, siempre y cuando antes Doña Candida , no haya obtenido un puesto de trabajo retribuido.

A dicho recurso se opuso el Ministerio Fiscal y la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario seguir el mismo orden de los motivos, entre otras razones, porque la decisión que se adopte respecto al primero, dependen los demás.

Alega en primer lugar, que no concurren los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para acordar la guarda y custodia establecida en la Sentencia de instancia. Pues bien, en la demanda formulada por la actora se solicita que la guarda y custodia de la hija habida en el matrimonio se atribuya a la madre, mientras que el padre, solicita se atribuya al mismo dicha guarda y custodia, y subsidiariamente, que la hija esté con cada progenitor en sus respectivos domicilios un mes alterno, y subsidiariamente, de atribuirse a la madre la guarda y custodia que se fije un régimen de visitas en favor del padre. En el Auto de Medidas provisionales se atribuyó a la madre dicha guarda y custodia.

El Equipo Psicosocial concluye que la custodia compartida se perfila como la modalidad adaptada a este grupo **familiar**, dejando pendiente su forma de ejercicio al consenso de los progenitores a través de su participación en un programa de **Mediación Familiar**, como ANFAMI, y ello, porque es consciente de las **pésimas relaciones que existen entre dichos progenitores.**

Esta posición sorprende al Ministerio Fiscal, hasta el punto que llega a decir que no está conforme con el mismo, pero que como se informa por el Equipo Psicosocial, se remite a lo que decida ANFAMI sobre el particular, dejando claro que su posición era atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre, con régimen de visitas en favor del padre; pero que ante el contenido de dicho informe, muestra su conformidad con la guarda y custodia compartida.

En la sentencia de instancia se acuerda la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, que será la que determinen los padres con la ayuda de ANFAMI, y de no existir dicho acuerdo, atribuye la guarda y custodia de la hija a cada progenitor durante un trimestre escolar, y durante ese tiempo un régimen de visitas para el otro progenitor de fines de semana alternos y mitad de vacaciones.

TERCERO.- Pues bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre la guarda y custodia compartida, haciendo un resumen de la misma la reciente STS de 9 de marzo de 2.012 , según la cual, en la sentencia de 28 septiembre 2009 , se interpretó el Art. 92 CC en el sentido siguiente: "(...) permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , 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 Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1 , 2 LEC . Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , 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»

Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por el TS. Así en la sentencia de 8 octubre 2009 , se señaló 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 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 y con otras personas que convivan en el hogar **familiar**; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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".

"Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior".

El fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este.

CUARTO.- Aplicando los anteriores criterios al supuesto que nos ocupa, significar que, aunque es cierto que la custodia compartida puede ser solicitada también únicamente por uno de los progenitores, pues se trata de una posibilidad recogida legalmente (92.8 CC), pues reiteramos, los dos supuestos legales con el acuerdo de los progenitores o, falta de acuerdo con informe favorable del Ministerio Fiscal, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

El principal problemas con el que nos concentramos para poder conceder el régimen de guarda y custodia compartida es la grave conflictividad de los padres, que sin duda, perjudica enormemente a la hija, hasta el punto que **no comprendemos cómo es posible que el Equipo Psicosocial se incline por la custodia compartida como la modalidad adaptada a este grupo familiar, pero dejando pendiente su forma de ejercicio al consenso de los progenitores a través de su participación en un programa de Mediación Familiar, como ANFAMI, y ello, porque es consciente de las pésimas relaciones que existen entre dichos progenitores. Ello es totalmente, incompatible con el régimen de guarda y custodia, y sin duda perjudicial para la hija, de ahí, que la madre haya mantenido y mantenga una posición contraria a dicho régimen, y el propio padre, que tampoco solicitó dicha modalidad con carácter principal.**

Es más, basta ver las distintas resoluciones acompañadas al recurso y su oposición para ver las reiteradas denuncias formuladas entre los progenitores por sus eventuales incumplimientos en las relaciones paternas filiales. Además, nos remitimos al contenido de la contestación a la demanda para apreciar la enorme conflictividad que existe entre los cónyuges, lo que por sí solo impide acordar un régimen de guarda y custodia compartida, máxime cuando dicha conflictividad obliga a la intervención de ANFAMI para mediar en el cumplimiento de los deberes paterno filiales que corresponden a ambos progenitores, con el innegable perjuicio para la menor.

En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, declaró que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

Esta es la situación que concurre en este supuesto, y así se reconoce en la sentencia recurrida, aún cuando manifieste su loable esperanza de que en un futuro cesen las desavenencias, pero ello es un hecho futuro e incierto, y para ello está el procedimiento de modificación de medidas.

En conclusión, procede estimar el motivo y dejar sin efecto la guarda y custodia compartida, por más que a juicio de este Tribunal el régimen de guarda y custodia compartida sea el deseable en interés de los hijos, pero claro está, siempre y cuando concurran todos los presupuestos legales y fácticos, en especial, que resulte más favorable para el menor, en interés de este.

QUINTO.- En segundo lugar, solicita la recurrente que el régimen más adecuado es que la hija Florencia de nueve años de edad, quede bajo la guarda y custodia de su madre, porque es la opción que más beneficia a la menor, pues siempre ha sido la madre quien se ha ocupado de todo lo relativo a su hija, circunstancia reconocida por ambas partes y en el informe psicosocial, según el cual, la menor se muestra afectivamente unida a ambos, aunque es más estrecha la vinculación con el progenitor femenino. Añade que Doña Candida,

en la actualidad y mientras su situación de desempleo laboral no cambie, tiene plena disponibilidad horaria para atender a su hija, no encontrándose limitada por sujeción a horarios ni tareas laborales, siendo sus aficiones y actividades de ocio, plenamente coincidentes con las de Florencia, circunstancias que no concurren en el padre, quien además de estar sujeto al horario de su jornada laboral, tiene toda una serie de actividades extralaborales y de ocio, a las que la menor es totalmente ajena.

Pues bien, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, consideramos que el régimen de guarda y custodia más conveniente para la hija es la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre, tal y como se hizo en el Auto de Medidas Provisionales de fecha 28 de febrero de 2.011; fecha desde la que la madre se está ocupando en exclusiva de su hija, cubriendo todas sus necesidades y desarrollándose sin incidencia alguna por parte de dicha progenitora.

Aquella decisión al igual que ésta, se basa en el interés de la menor en atención a la prueba practicada, que pone de manifiesto que es el mejor régimen posible teniendo en cuenta dicho superior el interés, porque insistimos la situación es la misma que existía cuando se dictó el Auto de Medidas Provisionales.

El motivo se estima.

SEXTO.- Atribuida a la madre la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, se atribuye a la madre y a la hija el uso y disfrute de la vivienda **familiar**, sita en la CALLE000, núm. NUM000, NUM001 - NUM002 de Cáceres, por ser el interés más necesitado de protección, máxime con la carencia absoluta de ingresos de la madre.

En cuanto al régimen de visitas a favor del padre, se ratifica el acordado en el Auto dictado en el procedimiento de Medidas Provisionales, por tratarse de un régimen amplio y beneficioso para el padre y la hija.

En relación a la pensión por alimentos a favor de la hija menor del matrimonio y que el padre deberá abonar a la madre, se fijó en el Auto de Medidas Provisionales la cuantía mensual de 350,00.-#, mientras que la apelante solicita la cantidad de 450# mensuales. Como es sabido, de conformidad con el Art 142 y ss. del Código Civil, para cuantificar dichos alimentos debe tenerse en cuenta las necesidades de la hija y la capacidad económica del obligado a prestar los alimentos. Según las pruebas practicadas el padre trabaja en la Junta de Extremadura, y según certifica la correspondiente Consejería, el demandado tiene un salario neto anual de 22.798,72#, más la devolución anual por IRPF que en el 2009 ascendió a 1.441,82 #, resultando una cantidad neta anual por rendimientos del trabajo de unos 24.240,54 #, lo que equivale a una cantidad neta mensual de 2.020.45 #.

Por el contrario, la madre se encuentra en desempleo que le impide contribuir a los alimentos de la hija en la misma proporción que el padre, lo que unido a la edad de la hija, se estima adecuada y proporcional la cantidad de 450# mensuales en concepto de pensión alimenticia que debe abonar el padre. Dicha cantidad será revisada anualmente en proporción a las variaciones que experimente el índice de Precios al Consumo General.

Los gastos extraordinarios de la menor y mientras nuestra representada carezca de ingresos propios procedentes de su trabajo, serán satisfechos por el padre en exclusiva, pasando a ser abonados por mitad entre ambos progenitores cuando Doña Candida, pueda acceder al mercado laboral y obtener ingresos por su trabajo.

SEPTIMO.- Finalmente, en la Sentencia de instancia se reconoce que el divorcio provoca en la Sra. Candida un evidente desequilibrio económico en relación con la posición que disfrutaba durante el matrimonio, y en atención a ello le reconoce una pensión compensatoria de 300.-# mensuales, limitada a un máximo de quince meses.

Sin embargo, alega la recurrente que habida cuenta de que Doña Candida carece de ingresos propios, su edad, su estado actual de salud, su carencia de formación académica, y que durante los más de diez años de vigencia del matrimonio se ha dedicado al cuidado de su hija y del hogar **familiar** y dado el nivel de ingresos del esposo, lo procedente es fijar una pensión compensatoria a favor de la apelante a satisfacer por el Sr. Arcadio de 500,00.-# mensuales; cantidad que será ingresada por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente ya designada por la esposa, siendo revisada dicha cantidad conforme a las variaciones anuales del IPC, sin que proceda limitación temporal alguna de la misma, o subsidiariamente, limitarla a un mínimo de tres años, siempre y cuando antes Doña Candida, no haya obtenido un puesto de trabajo retribuido.

Este motivo no puede prosperar, porque la cuantía de la pensión compensatoria se estima adecuada para corregir el desequilibrio que le produce la ruptura matrimonial, máxime cuando se le atribuye el uso y disfrute de la vivienda conyugal, y que el esposo debe hacer frente a los gastos indicados, siendo también razonable el plazo de quince meses, que es tiempo suficiente para que la apelante pueda encontrar un trabajo remunerado.

En definitiva, procede estimar parcialmente el recurso y revocar la sentencia de instancia en los términos indicados.

OCTAVO.- De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. y teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento, las costas de esta alzada no se imponen a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **DOÑA Candida** contra la sentencia núm. 159/11 de fecha 18 de noviembre dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cáceres en autos núm. 912/10, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **REVOCAMOS PARCIALMENTE** expresada resolución, y en su lugar, se acuerda:

a) Se otorga la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Florencia a Doña Candida, con patria potestad compartida.

b) Se concede el uso y disfrute del que ha sido el domicilio **familiar**, sito en la CALLE000, núm. NUM000, NUM001 - NUM002 de Cáceres, a la hija y a Doña Candida.

c) Se establece como régimen de visitas a favor del padre y respecto de la hija común, el fijado en el Auto del 28/02/2011, dictado en el procedimiento de medidas provisionales.

d) Se fijar en la cuantía mensual de 450#, la pensión por alimentos a satisfacer por el padre a favor de la hija menor del matrimonio, suma que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuantía corriente titularidad de la madre ya facilitada al Sr. Arcadio, y actualizada anualmente conforme las variaciones que experimente el I.P.C. Los gastos extraordinarios de la menor y mientras nuestra representada carezca de ingresos propios procedentes de su trabajo, serán satisfechos por el padre en exclusiva, pasando a ser abonados por mitad entre ambos progenitores cuando Doña Candida, pueda acceder al mercado laboral y obtener ingresos por su trabajo.

Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.