

# Jurisprudencia

**Fecha:** 25/01/2008

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** Gómez Santana

**Origen:** Audiencia Provincial de Castellón

**Tipo Resolución:** Sentencia

**Sección:** Segunda

**Cabecera:** Convenio regulador.

## Resumen

Efectos de la sentencia de nulidad, separación o divorcio.  
Convenio regulador.

La Sala estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que acuerda la separación y aprueba el convenio regulador que contempla la guarda y custodia compartida, como consecuencia de la incoación de un procedimiento por delito de violencia de género seguido contra el esposo.

## Texto

### Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL -SECCIÓN SEGUNDA-

SENTENCIA CIVIL NÚM. 10/08

En la Ciudad de Castellón de la Plana, a veinticinco de enero de dos mil ocho.

La SECCIÓN SEGUNDA de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los limos. Señores anotados al margen, ha visto el presente rollo de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2007 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en autos de juicio de separación de mutuo acuerdo seguidos en dicho Juzgado con el número 5 de 2007 de registro.

Han sido partes en el recurso, como APELANTE, el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Da. y como APELADOS los demandantes y representados por la Procuradora Sra y defendidos por la Letrada Sra. y Ponente la Ilma. Magistrada doña Eloísa Gómez Santana.

## Antecedentes de Hecho

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada literalmente dice: "1.- Se concede la separación legal del matrimonio formado por y.  
2.- Así mismo, se aprueba la propuesto de convenio regulador propuesto por los cónyuges."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación del demandante referenciado se interpuso recurso de apelación contra la misma, y admitido que fue el recurso se dio traslado a la parte adversa quien lo impugnó, remitiéndose las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial correspondiendo por normas de reparto a esta Sección Segunda, donde se designó Ponente y se señaló para deliberación y votación el día 21 de enero de 2008 en el que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación del juicio se han observado en ambas instancias las formalidades legales.

## Fundamentos de Derecho

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución recurrida que se sustituyen por los que siguen a continuación y

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia en la que se concede la separación legal del matrimonio contraído en su día entre D. y así como se aprueba la propuesta del convenio regulador aportado por ambos litigantes y suscrito de común acuerdo se alza el Ministerio Fiscal interesando su revocación petición que fundamenta en la infracción del art. 92.7 del C. Civil en su redacción fijada por la Ley 15/05 de 8 de julio que establece: "no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica."

Alega el Ministerio Fiscal que: "pese a haberse dictado una medida cautelar de alejamiento por hechos inicialmente incardinables en el art. 153.1 del C. Penal, haberse dictado auto de incoación de Procedimiento Abreviado contra y formulado acusación por el Fiscal por un delito de violencia de género del art. 153.1 del C. Penal, la sentencia recurrida aprueba el convenio regulador aportado por y y, en consecuencia, la guarda y custodia compartida con infracción del art. 92.7 del C. Civil."

Por la parte apelada tras oponerse al motivo del recurso se interesó la confirmación de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- El examen de las actuaciones pone de manifiesto que efectivamente tal y como ha informado el Ministerio Fiscal existe un procedimiento penal en el que aparece como imputado el Sr. al cual además se le acusa por delito de violencia de género del art. 153.1 del C. Penal cometido en la persona de su cónyuge y madre del

hijo de ambos. Se desconoce por no obrar incorporado a las actuaciones la forma de producirse los hechos, así como las circunstancias concretas y el alcance de los mismos, gravedad de la situación<sup>11</sup><sub>66</sub>

No obstante lo anterior y a tales efectos considera la Sala que se trata de cuestiones que deben dirimirse en el correspondiente juicio donde el Tribunal encargado del enjuiciamiento valorará el resultado de la prueba practicada tras lo cual en su sentencia establecerá los hechos tal y como considere que han quedado probados.

Como es sabido "la mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, antes y ahora, un presupuesto de singular valoración para la admisión de la guarda y custodia compartida, que es la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores, que conforman el punto referencial más vulnerable (en tal sentido, sentencias A.P. Palencia, de fecha 10-2-1999; A. P. Barcelona, de fecha 3-3-2004; A. P. Las Palmas, de fecha 15-4-2004; A.P. Málaga, de fecha 7-9-2005; A.P. Castellón, de fecha 15-11-2005).

En el caso examinado, habida cuenta de la existencia de un procedimiento penal dirigido contra el padre del menor y dada la naturaleza de los mismos lo que desembocó en la separación del matrimonio según manifestó la Sra., constituye un dato esencial a valorar que no puede ser sustituido por el hecho de que aquella haya declarado que no obstante lo anterior su relación es buena, por lo que en base a las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal y lo dispuesto en el art. 92.7 del C.C. el motivo del recurso ha de ser estimado con declaración de las costas de oficio.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación:

## Fallo

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS el recurso formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el procedimiento sobre separación de mutuo acuerdo n° 5/07 de donde dimana el presente rollo, la cual revocamos y dejamos sin efectos con declaración de las costas de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y con testimonio de la misma, devuélvase los autos originales al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.