



Roj: **STSJ AR 285/2014 - ECLI: ES:TSJAR:2014:285**

Id Cendoj: **50297310012014100010**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **19/03/2014**

Nº de Recurso: **47/2013**

Nº de Resolución: **14/2014**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JAVIER SEOANE PRADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2074/2013,**
STSJ AR 285/2014

T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00014/2014

Casación 47/2013

S E N T E N C I A NUM. CATORCE

Excmo. Sr. Presidente /

D. Fernando Zubiri de Salinas /

Ilmos. Sres. Magistrados /

D. Javier Seoane Prado /

D. Luís Ignacio Pastor Eixarch /

D^a. Carmen Samanes Ara /

D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a diecinueve de marzo de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 47/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 10 de octubre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 265/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 193/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Torcuato, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Ángeles Ruiz Viarge y dirigido por la Letrada D^a. Altamira Gonzalo Valgañón, y como parte recurrida D^a. Patricia, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Carmen Redondo Martínez y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Héctor David Rosado Gálvez, actuando en nombre y representación de D. Torcuato, presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. Patricia en la que,



tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución acordando lo siguiente:

"1.- La atribución al demandante de la guarda y custodia de la hija común, siendo compartida por ambos progenitores la autoridad familiar.

2.- en cuanto al sistema de estancias de la niña con la madre, se solicita se fije éste en fines de semana alternos, desde el viernes a las 18 horas en que la entregará el padre a la madre, hasta el lunes que la madre llevará a la niña al colegio por la mañana. Además, la madre podrá estar con la niña la tarde de los miércoles, entregándosela al padre a las 16 horas y durmiendo con la madre la noche del miércoles al jueves, debiéndola llevar al colegio el jueves por la mañana.

En cuanto a las vacaciones escolares, la niña pasará con cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares de verano, dividiéndolas en quincenas, que pasará de manera alterna con cada progenitor. En caso de desacuerdo, elegirá la madre los años impares y el padre los años pares. Respecto a las vacaciones de Semana Santa y Navidad, las pasará la mitad de su duración la hija con cada progenitor, eligiendo, en caso de desacuerdo, la madre los años impares y el padre los años pares.

Las vacaciones escolares de la niña se regirán por el calendario escolar del colegio al que asiste, el Lyceé Moliere.

3.- todos los gastos de asistencia de la hija será asumidos por el padre, incluidos los gastos del colegio al que asiste. La madre se hará cargo de abonar los gastos ordinarios de la niña que se produzcan en los periodos que esté con ella."

Por otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales.

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda. Compareciendo, tanto el Ministerio Fiscal como la Procuradora de los Tribunales Sra. Redondo Martínez, en nombre y representación de D^a. Patricia contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia desestimando la modificación de medidas instada en su integridad, con costas al demandante y estableciéndose las siguientes medidas:

"1.- Atribución a Doña Patricia la guarda y custodia de la hija, siendo compartida por ambos progenitores la autoridad familiar.

2.- En cuanto al sistema de estancias de la niña con el padre, se solicita se fije éste en fines de semana alternos, desde el viernes a las 18 horas en que la entregará la madre al padre en el Punto de encuentro, hasta el lunes que el padre llevará a la niña al colegio por la mañana. Además, el padre podrá estar con la niña la tarde de los miércoles, entregándosela la madre en el Punto de encuentro a las 17 horas y durmiendo con el padre la noche del miércoles al jueves, debiéndola llevar al colegio el jueves por la mañana.

En cuanto a las vacaciones escolares, la niña pasará con cada progenitor la mitad de vacaciones escolares de verano, dividiéndolas en quincenas, que pasará de manera alterna con cada progenitor. En caso de desacuerdo elegirá la madre los años impares y el padre los años pares. Respecto a las vacaciones de Semana Santa y Navidad, las pasará la mitad de su duración la hija con cada progenitor, eligiendo, en caso de desacuerdo, la madre los años impares y el padre los años pares.

Las vacaciones escolares de la niña se regirán por el calendario escolar del colegio al que asiste, el Lycée Molière.

3.- Todos los gastos de asistencia de la hija serán asumidos por el padre, incluidos los gastos del colegio al que asiste. La madre se hará cargo de abonar los gastos ordinarios de la niña que se produzcan en los periodos que esté con ella."

Solicitando por otrosí la práctica de diversa prueba. Previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Rosado Gálvez en nombre y representación de D. Torcuato contra D^a. Patricia , manteniendo las medida acordadas en Sentencia Modificación de Medidas de Mutuo Acuerdo de fecha 19 de mayo de 2012."

TERCERO.- Interpuesto por el Procurador Sr. Rosado Gálvez en nombre y representación de D. Torcuato recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal oponiéndose ambos.



Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, se practicó la prueba propuesta y admitida con el resultado obrante en las actuaciones y se dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

"FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Torcuato contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza el 21 de marzo de 2013 , debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada."

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Ruiz Viarge en nombre y representación de D. Torcuato , interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación que basó en inaplicación del art. 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto en fecha 9 de enero de 2014 por el que se acordó declarar competente a la Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriendo traslado por 20 días a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para oposición.

Dentro de plazo, presentaron sus correspondientes escritos, considerando el Ministerio Fiscal "que se debiera desestimar el recurso de casación foral, confirmando la sentencia de la AP Zaragoza 463/2013, 12 octubre, Sección Segunda ."

En fecha 20 de febrero, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 12 de marzo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D. Torcuato dedujo demanda de modificación de las medidas adoptadas en el anterior procedimiento modificación nº 306/2011, que terminó por sentencia de 12-5-2011 en la que aprobaba el convenio de 24-1-2011 alcanzado por los padres de la menor, Almudena , nacida el día NUM000 -2007 en el matrimonio que el recurrente contrajo con la recurrida, D^a Patricia , el día 13-6-2007, en el que se establecía un régimen de custodia compartida.

Dicho matrimonio fue disuelto por sentencia de 29-6-2009 , dictada en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo nº 570/2009, que terminó por sentencia de fecha 9-6-2009 , que aprobó el convenio alcanzado por los litigantes el día 13-5-2009, conforme al que la custodia correspondía individualmente a la madre.

Pretendía el actor con su demanda la modificación de la medida atinente a la guarda y custodia de la menor, y que se le atribuyera a él individualmente, con el consiguiente régimen de visitas y de vacaciones para la madre, y la contribución de ésta al sostenimiento de la menor.

Dos eran las modificaciones de las circunstancias que el actor invocaba en justificación de su petición, las nefastas consecuencias que la custodia compartida tuvo para la menor desde la adopción de tal sistema, y la condena de la madre como autora de delitos de lesiones contra él por sentencia firme dictada por el titular del juzgado de lo penal nº 7 con fecha 30-12-2011 en el procedimiento nº 283/2010 por hechos acaecidos los días 28 de mayo y 30 de diciembre de 2009.

Tal pretensión fue rechazada en la sentencia que puso término a la primera instancia, que fue confirmada por la ahora recurrida.

Esta última resolución razona su pronunciamiento en los siguientes términos en lo que toca a la primera de las modificaciones de circunstancias alegadas:

"En suma, los informes aprecian una correcta aptitud de los padres para hacerse cargo de la menor, una estrecha vinculación entra la hija y ambos progenitores y una correcta adaptación de la niña a la actual situación de custodia compartida, en la que s encuentra cómoda y feliz, así como en el ámbito escolar. ...

No puede apreciarse [que] se haya producido el cambio de circunstancias que invoca el actor en su demanda respecto de la estabilidad de la hija, por lo que debe rechazarse el error valorativo de la prueba invocado por el recurrente"

Por lo que atañe a la segunda de las modificaciones, dice:

"Conforme a lo expuesto está claro que el actor pese a conocer la pendencia de un proceso penal contra la demandada, nº 283/2010, pactó con ella la custodia compartida de la hija estando vigente el art. 80.6 CDFA. No dudaba en esas condiciones de su capacidad, conociendo la vigencia del precepto que alega infringido.



También debe concluirse que en la actualidad debería haberse extinguido la responsabilidad penal de [D^a Patricia] si no hubiese estado sometida a un calendario de cumplimiento marcado no por el Juzgado sentenciador sino por los Servicios Oficiales encargados de tal continencia.

Ambas circunstancias impiden, junto con el resto de la prueba anteriormente analizada estimar el recurso, por lo que la sentencia dictada deber ser confirmada en su integridad."

SEGUNDO .- El recurso de casación, interpuesto al amparo del art. 2.2 y 3.3 L 4/2005, sobre casación foral aragonesa, se asienta en único motivo, la infracción por inaplicación del art. 80.6 CDFA.

Sostiene el motivo que la sala ha infringido por inaplicación dicho precepto al confirmar la sentencia que había desestimado su petición de modificación de la custodia compartida que se hallaba establecida desde el anterior proceso de modificación pese a la prohibición que contiene dicho precepto de atribuir la custodia, individual o compartida, a quien se halla incurso en un procedimiento penal como el seguido contra la demandada.

TERCERO .- Son hechos probados que se sientan como tales en la sentencia recurrida:

"..efectivamente, la demandada fue condenada por dos delitos de lesiones en el ámbito familiar en Sentencia firme de conformidad dictada por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Zaragoza el 19 de mayo de 2011 , por hechos acaecidos el 28 de mayo y el 30 de diciembre de 2009.

El 9 de junio de 2009 se dictó la Sentencia que decretaba el divorcio de los cónyuges, la que aprobó el convenio suscrito por ambos el 13 de mayo de 2009.

El 24 de enero de 2011, dos años después de las citadas agresiones, los litigantes suscribieron un convenio que aprobó la Sentencia firme del Juzgado de Familia de 12 de mayo de 2011 , en el que pactaban la custodia compartida de la hija.

El Juzgado de lo Penal nº 7 de Zaragoza ha informado en esta alzada que las dos penas de privación del derecho a la tenencia de armas de un año y un día impuestas a la demandada se han extinguido, pero que la de 31 días de trabajos en beneficio de la comunidad están pendientes de ejecutar a la espera de que los servicios oportunos otorguen un calendario para su cumplimiento."

De lo expuesto se desprende que en el momento en que fue dictada la sentencia recurrida el proceso penal había terminado con sentencia firme condenatoria.

CUARTO.- El art. 80.6 CDFA, que se dice inaplicado dispone:

"No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género."

En la interpretación de dicho precepto, esta Sala ha afirmado en su S 28/2013, dictada en el RC 7/2013 lo que sigue:

"Esta norma se ve en parte complementada por la previsión contenida en la disposición adicional cuarta del CDFA en los términos siguientes: "Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria".

Y al respecto debe igualmente considerarse la previsión punitiva contenida en el artículo 153, apartados 1 y 2 del Código Penal , donde se prevé como pena a imponer por delito de los previstos en tal norma: "(...) cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela curatela, guarda o acogimiento(...)".

Las tres normas citadas tratan la misma cuestión de existencia de acción tipificada en el Código Penal cometida por alguno de los progenitores del menor sobre cuya custodia se debe resolver judicialmente, pero no existe solapamiento entre ellas, puesto que la aplicación de una y otra se da en momentos sucesivos en el tiempo, no simultáneamente.

De las tres, la primera a observar será la contenida en el artículo 80.6 del CDFA que prevé dos supuestos: que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar, en el que la autoridad judicial penal valore motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados; o que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, la autoridad judicial civil valore la existencia



de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En cualquiera de ambos casos no se acordará la atribución de la guarda y custodia al progenitor que aparezca como posible autor.

La regulación de este precepto se configura así como meramente preventiva, a falta de decisión que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos. Bien porque ya en el ámbito penal se haya dictado resolución motivada de la que resulte posible existencia de delito, bien porque el Juez competente en el ámbito civil así lo considere por las pruebas ante él presentadas, debe denegar la posible custodia al progenitor enjuiciado en vía penal. No alcanza esta norma, como es propio del momento temporal y procesal que en ella se trata, a disponer de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada. Porque, una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito, carece ya de motivo de aplicación este artículo 80.6, pues entonces los preceptos aplicables son: si la sentencia penal es absoluta, la disposición adicional cuarta del CDFA; y si tal resolución es condenatoria, como ocurre en este caso, el artículo 153 del Código Penal "

La anterior doctrina conduce derechamente a la desestimación del único motivo de casación hecho valer en el recurso, pues al tiempo en que fue dictada la sentencia hoy recurrida no se hallaba pendiente el proceso penal seguido contra ella, sino que había sido terminado por sentencia firme condenatoria, sin que el juez sentenciador hubiere considerado procedente, en interés de la menor, imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

QUINTO .- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC , y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ .

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2013, dictada por la secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 265/2013 .
2. Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha interpuesto.
3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Líbrese la certificación correspondiente a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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