

## **AUTE**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, a 27 de març del 2018

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

### **ANTECEDENTS DE FET**

I.- Per escrit del proppassat 15 de setembre de 2017, la Sra. M.A.S.A. va formular petició d'adopció de mesures paternofilials provisionals a l'atenció del Sr. S.C.M.M. mitjançant el procediment previst a l'article 63 de la LQM, tot exposant que el dia 4 de juny de 1994 va contreure matrimoni canònic amb el Sr. S.C.M.M., a Andorra i que, fruit de llur matrimoni, havien nascut dos fills, n'A. –nascut el dia 12 d'abril de 2000- i na N. – nascuda el 31 de març de 2005-, comptant en l'actualitat l'edat de 17 i 12 anys respectivament. Que en els darrers mesos la convivència havia esdevingut insostenible trobant-se encara compartint sostre sense haver pogut trobar una solució amistosa a llur imminent separació.

Consegüentment, sol·licitava es dictés resolució amb els següents pronunciaments:

***“Primera.- Que es declari de forma provisional la separació dels consorts.***

**Segona.-** *Que s'atorgui la guàrdia i custòdia dels menors a favor de la mare i amb un règim de visites ampli i de conformitat amb el contingut del present escrit.*

**Tercera.-** *L'atribució de l'ús del domicili familiar a la mare i als menors.*

**Quarta.-** *Pensió d'aliments d'un import de 500.-€ mensuals per cadascun dels menors a càrrec del pare.*

**Cinquena.-** *Ajuts econòmics de 200.-€ mensuals a favor de la sotasignada fins que aquesta vagi a millor fortuna amb un mínim de 8 mesos i repartiment del 50% de l'import que consti al compte estalvi obert únicament a nom del Sr. S.C.M.M., així com del compte comú existent.”*

II.- En mèrits del que disposa l'article 63.3 de la LQM, convocades les parts i el Ministeri Fiscal per tal d'evacuar la pertinent audiència amb l'objecte exclusiu d'adoptar mesures provisionals, aquesta va tenir lloc el dia 20 de setembre de 2017, en el curs de la qual la part defenent es va oposar a la demanda interposada i va formular a l'ensem demanda reconvençional, tot interessant el que segueix:

*“1er.- Es declari la separació de les parts avui litigants.*

*2on.- La pàtria potestat sobre els fills comuns A. i N. M.S. serà exercida en el seu benefici de forma conjunta per ambdós progenitors.*

*3er.- Aquesta part sol·licita que la guarda i custòdia dels menors A. i N. sigui exercida de manera compartida entre els progenitors. (amb el règim d'alternança proposat al f. 50 dels presents autes)*

*(...)*

*3er (sic).- Atribució de l'ús del domicili que havia estat conjugal a favor del Sr. S.C.M.M. segons el que es disposa en el present escrit.*

*4art (sic).- Contribució a les despeses extraordinàries per ambdós cònjuges a parts iguals.*

*Setè (sic)- a) Contribució a les despeses dels fills i ajuts econòmics per part d'ambdós progenitors.*

*...el meu principal es compromet a facilitar un ajut econòmic de 150 euros per cada fill de manera mensual durant 12 mesos a comptar de la resolució definitiva que ha de recaure en present causa.”*

Per la seva part, el Ministeri Fiscal va manifestar que no es podia pronunciar abans d'escoltar els menors.

III.- En data onze d'octubre del 2017 l'Hble. Batlle va dictar Sentència decidint:

**“PRIMER.-** *Decretar, a l'empara dels termes de l'art. 63 de la LQM, les següents mesures provisionals:*

- 1) *Decretar la suspensió de la vida en comú dels consorts M.S., eximint-los del deure de convivència i demás deures conjugals previstos a l'article 9 de la LQM;*
- 2) *Declarar que l'exercici de la pàtria potestat, entès com una obligació dels pares, correspon a ambdós consorts.*
- 3) *Atribuir el domicili que fou conjugal, situat al Camí de la Grau núm. 00, 4rt 2ª d'Andorra la Vella, a favor de la esposa, Sra. M.A.S.A. i els fills menors, tot atorgant al Sr. S.C.M.M. un termini per marxar del domicili que fou conjugal i retirar els seus objectes personals fins per tot el proper dilluns dia 16 d'octubre de 2017.*
- 4) *Atribuir la guarda i custòdia d'ambdós fills menors A. i N., a favor de la progenitora Sra. M.A.S.A., fixant el següent règim de contactes paternofilials:*
  - ***Pel que fa n'A., s'acorda no fixar provisionalment cap règim de visites*** del “gran” menor amb caràcter obligatori a favor del pare. Això sense perjudici de que aquest pugui fixar lliurement amb el seu pare el temps i sota quina modalitat desitja gaudir de la seva companyia.
  - ***Pel que fa na N., s'acorda fixar provisionalment els següents contactes paternofilials:***
    - a) *Durant la setmana:* *contactes les tardes que la menor assisteix a les classes de dansa, des de la sortida de l'escola fins a l'acabament de la classe moment en què el pare l'haurà de retornar al domicili matern; així com una pernocta intersetmanal la setmana que no resti en companyia del seu pare el cap de setmana;*
    - b) *Els caps de setmana alterns:* *el progenitor no custodi gaudirà de la companyia de la seva filla N. des del divendres a la sortida de l'escola o de la corresponent activitat extraescolar fins al dilluns al matí en què haurà d'acompanyar la menor al centre educatiu corresponent.*
    - c) *Vacances escolars i d'estiu:* *per meitats entre ambdós progenitors.*
- 5) *Establir una pensió alimentària a càrrec del Sr. S.C.M.M. en la suma total de 800 € mensuals, suma que haurà d'abonar al compte que la Sra. M.A.S.A.*

*indiqui, dins els cinc primers dies de cada mes a comptar del proper mes de novembre, i que haurà de ser actualitzada cada any, en funció de la variació que experimenti l'IPC corresponent.*

*Igualment, els progenitors hauran de participar a les eventuais despeses extraordinàries que es puguin produir, a raó aquesta haurà de fer-se seguint el mateix criteri, **a saber a raó de 20 – 80 % a càrrec de la Sra. M.A.S.A. i del Sr. S.C.M.M. respectivament.***

- 6) *Establir l'obligació del Sr. S.C.M.M. de pagar, en concepte de càrregues del matrimoni, per un període de vuit mesos, la suma de 200 € mensuals a la Sra. M.A.S.A. i pagadora en les mateixes condicions de termini i forma que aquelles anteriorment establertes per la pensió alimentària.*

**SEGON.-** *Desestimar les restants eventuais pretensions de les parts instant principal i reconvençional, sense fer especial pronunciament en costes processals.*

**TERCER.-** *Advertir a les parts que, segons allò previst als articles 63.7 i 51.2 de la LQM, les presents mesures quedaran sense efecte si en el termini de 30 dies naturals no s'interposa la corresponent demanda de nul·litat, de separació o de divorci; quan siguin dictades les que estableixi la sentència a recaure en el futur procediment principal; o quan acabi el procediment principal de qualsevol altra forma.*

*Igualment, informar-les que mentre subsisteixen aquestes mesures podran ser modificades per aquesta Batllia, en els supòsits en que s'hagi produït un canvi significatiu de les circumstàncies que es van tenir en compte per adoptar-les.”*

IV.- *Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal del Sr. S.C.M.M. i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demana la seva revocació acordant la guarda i custòdia compartida dels fills comuns per part dels dos progenitors i, en concordança amb aquesta petició, disposant que el seu mandant no ha d'abonar cap import en concepte d'aliments dels seus fills i que les despeses extraordinàries d'aquests seran suportades en un 50% per cada un dels progenitors.*

Ha actuat com a magistrat ponent la M.I. Sra. Eulàlia Amat Llari

## FONAMENTS DE DRET

I.- Les parts en el present litigi discrepen fonamentalment pel que fa a quin dels dos progenitors ha de tenir la guarda i custòdia dels fills comuns, ja que mentre la Sra. M.A.S.A. considera que aquesta li ha de ser atribuïda a ella, el Sr. S.C.M.M. entén que ha de ser compartida entre els dos progenitors.

Atès que l'Aute objecte del present recurs atribueix a la Sra. M.A.S.A. la guarda i custòdia dels dos fills dels litigants, el Sr. S.C.M.M. s'alça contra aquesta decisió argumentant, en essència, que ell sempre s'ha cuidat dels menors involucrant-se en el seu dia a dia, que el seu horari laboral li permet fer-se càrrec dels seus fills quan s'acaba la jornada escolar, que el seu domicili està situat vora de l'escola a on cursen els seus estudis els menors i es troba adaptat a les seves necessitats, que ell disposa de 22 dies laborables de vacances durant l'any en les que pot gaudir en companyia dels seus fills i que aquests es troben a gust amb ell i amb ganes de veure'l i gaudir de la seva companyia. D'altra banda, en el còs del seu escrit de conclusions manifesta que les declaracions dels seus fills es van fer sota la influència de la seva mare, que mai ha maltractat psicològicament a la seva dona, ni aquesta ho havia al·legat mai abans, que la única prova de l'existència d'aquest suposat maltractament és la sol·licitud que va presentar la Sra. M.A.S.A. al Servei d'Atenció a Víctimes de Violència de Gènere de l'Àrea de Polítiques d'Igualtat del Ministeri d'Afers Socials, Justícia i Interior, raons totes elles per les quals sol·licita que la guarda i custòdia dels menors A. i N. sigui exercida de forma conjunta pels dos progenitors.

II.- Per tal de donar resposta als arguments del recurrent, cal posar de relleu que, com destaca repetidament la jurisprudència d'aquesta Sala (vegi's, entre altres, les Sentències de dates 29 d'abril del 2016 i 26 d'abril, 29 de juny i 20 de juliol del 2017 i els Autes de 29 de novembre i 20 de desembre del 2016), la guarda i custòdia dels fills compartida entre els dos progenitors suposa innegables avantatges pel desenvolupament dels

menors, sempre que es donin els paràmetres que permetin assegurar el benefici que aquesta mesura ha de comportar per ells.

En aquest cas concret, entenem que, aparentment, es donen els paràmetres que podrien portar a l'establiment d'una guarda i custòdia compartida dels menors, ja que es dedueix de les actuacions que el recurrent té plena predisposició a tenir cura dels seus fills, atès que ha manifestat reiteradament la seva voluntat de tenir una major relació amb ells que aquella que li permet el règim de visites establert per l'Aute d'instància, defensant sempre la procedència d'establir una guarda i custòdia compartida, tant en la seva demanda reconvençional, com en l'audiència celebrada davant de l'Hble. Batlle en data 20 de setembre del 2017 (foli 89). D'altra banda, d'acord amb l'extracte dels seus punts de jubilació, el seu salari brut l'any 2017 era de 3.811,11 euros mensuals (foli 72 revers), ingressos que li permetrien fer-se càrrec de la cura dels seus fills de manera folgada, pel que sembla, té disponibilitat laboral per atendre'ls, té el seu domicili a Andorra la Vella a curta distància del de la Sra. M.A.S.A. i de l'escola a on cursen els nens els seus estudis i aquests tenen una edat que els hi permet desplaçar-se del domicili de la mare al del pare sense problemes

III.- És cert que en l'audiència de la menor N. celebrada en data 25 de setembre del 2017 (foli 103) aquesta manifesta que voldria que la custòdia la tingués la seva mare, ja que vol viure de manera estable en un lloc determinat, que en aquell moment va bé en els seus estudis i vol que segueixi així perquè necessita estabilitat i també ho és que en l'audiència del menor A. (foli 104) aquest manifesta que, en principi, voldria que la guarda i custòdia la tingués la seva mare, encara que, en general, voldria tenir llibertat d'anar a casa del seu pare, o de la seva mare quan volgués i també ho és que tots dos tenen edat suficient per tal que es pugui considerar que la seva decisió és seriosa i raonada. No obstant, tant la N., que té dotze anys, com l'A., que en té disset, manifesten que volen passar temps amb el seu pare.

D'altra banda, és igualment veritat que la Sra. M.A.S.A. ha presentat una sol·licitud al Servei d'Atenció a les Víctimes de la Violència al·legant, pel que sembla, que el seu espòs la maltractava psicològicament. No obstant, aquest fet no significa, per si sol, que aquest maltractament s'hagi produït realment, quan no s'ha provat quin va ser el resultat d'aquesta sol·licitud, quan l'agent no havia mencionat aquest fet en la seva demanda de mesures provisionals, ni en les visites que els esposos van efectuar a la psicòloga Sra. M.U.M.S. el mes de setembre del 2017 en demanda d'atenció psicològica pel seu fill A. (foli 107).

En el mateix sentit, de l'informe presentat per la dita psicòloga es dedueix, pel contrari, que el mes de març de l'any 2010 els esposos es van separar per primera vegada, reconciliant-se el mes d'agost del mateix any i patint una nova crisi el mes de setembre del 2016, demanant ajuda per resoldre aquesta situació i manifestant exclusivament la Sra. M.A.S.A. que es repetia la situació viscuda uns anys abans i que patia per la repercussió de la nova crisi en els seus fills, destacant la psicòloga que a partir d'aquell moment les sessions transcorren en un clima tens, però sempre amb respecte de tracte per part dels dos i presentant la demanda de separació la Sra. M.A.S.A. el mes de setembre del 2017. Cal destacar igualment que aquestes circumstàncies no concorden amb la possibilitat de que l'agent patís el maltractament psicològic per part del seu espòs, que mai es menciona i que la seva lletrada posa de relleu per primera vegada en l'audiència de data 20 de setembre del 2017, mentre que la Sra. M.A.S.A. sols referia en la dita audiència que no era possible posar-se d'acord amb el seu espòs en res (foli 89).

Finalment, cal posar de relleu que la mesura de guarda i custòdia compartida sols es desaconsella en cas que la conflictivitat entre els progenitors sigui extrema, com destaca la Sentència d'aquesta Sala de data 29 d'abril del 2016, i si s'admetés, sense altres proves, que existeix una situació de violència psicològica pel sol fet d'haver presentat una sol·licitud al Servei d'Atenció a les Víctimes de Violència mai es podria acordar aquesta mesura en cas que un dels dos no la desitgés.

IV.- Malgrat no existeix a les actuacions cap prova que impliqui dificultats greus que impedeixin adoptar la mesura que sol·licita el recurrent i malgrat és veritat que l'exposició de motius de la Llei 3/2012 de 19 d'abril contempla la possibilitat de que en base a una demanda fonamentada en l'article 63 LQM es poden prendre mesures de guarda i custòdia dels fills dels litigants, cal tenir en compte que, com posa de relleu la resolució d'instància, el procediment seguit en mèrits de l'article 63 prima la celeritat de la presa de decisions i limita en certa manera la prova exhaustiva de les al·legacions de les parts amb la finalitat de protegir provisionalment de la forma més immediata possible els interessos de les parts, i especialment dels menors, mentre recau la Sentència de nul·litat, separació o divorci en el subsegüent o concomitant procediment declaratiu abreuïat més garantista, però aquesta finalitat no necessàriament ha suposar que s'atribueixi la guarda i custòdia de forma compartida als dos progenitors.

En efecte, per tal d'acordar la mesura de guarda i custòdia compartida que sol·licita l'agent reconvençional, i ara recurrent, és necessari que s'acreditin una sèrie de circumstàncies que no sempre es proven en un procediment d'adopció de mesures provisionals, que en el cas present sols es poden presumir i que la serenor i la plenitud del debat processal en seu de mesures definitives permet acreditar, com destaca l'Aute d'aquesta Sala de data 30 de juny del 2014, tenint en compte que aquesta prova és precisa per arribar a la conclusió de que dita mesura és procedent pel benefici dels menors, circumstància que s'ha d'entendre com determinant.

En aquest sentit, en el cas present no consta a les actuacions un informe pericial psicològic dels menors i dels seus progenitors, ni un informe social que puguin portar al Tribunal a la convicció de que aquesta mesura és adequada i oportuna, ni s'ha produït el debat que propicia un procediment de nul·litat, separació o divorci matrimonial, raó per la qual no és procedent establir aquesta mesura en el present procediment de mesures provisionals, com destaquen els Autes d'aquesta Sala de dates 30 de gener del 2014 i 23 de juliol del 2015.



D'altra banda, acordar un règim de custòdia compartida en aquest estadi processal podria suposar que la Sentència que posi fi al present litigi arribés a una conclusió diferent pel que fa a la custòdia dels menors, suposant per aquests canviar el règim al què estarien sotmesos de la guarda i custòdia de la mare, a la compartida entre els dos progenitors i un altre vegada a la de la mare, circumstància que sols podria ser distorsionant per la seva estabilitat emocional, com destaca l'Aute d'aquesta Sala de data 30 de gener del 2014.

V.- Malgrat això, les circumstàncies que es deriven de les actuacions porten a pensar que un major contacte entre el recurrent i els seus fills seria beneficiós per ells, seria desitjat pel seu progenitor, comportaria evitar un trencament radical entre la relació molt estreta que, pel que sembla, existia entre el Sr. S.C.M.M. i els seus fills i la situació que es deriva de la decisió d'instància, no seria rebutjat pels seus fills i propiciaria un règim transitori entre el règim actual i aquell de guarda i custòdia compartida que es pogués prendre, en el seu cas, en la Sentència de separació dels esposos.

Per aquesta raó, entenem procedent ampliar el règim de visites de la menor N. al seu progenitor, establint una pernocta de la nena a casa del seu pare totes les setmanes coincidint amb un dels dies en què aquest acompanya, o pot recollir a la seva filla a la classe de dansa, retornant-la a l'escola al dia següent. Pel contrari, el règim de contactes establert entre l'A. i el seu pare per l'Aute objecte del present recurs restaria inalterat en quan permet que aquest el fixi d'acord amb els seus desitjos, tenint en compte que properament esdevindrà major d'edat.

VI.- Atès que es denega la petició del recurrent de que s'estableixi un règim de guarda i custòdia compartida dels seus fills, procedeix mantenir l'import dels aliments dels quals s'ha de fer càrrec el Sr. S.C.M.M. en benefici dels seus fills menors i del percentatge que ha d'assumir respecte de les seves despeses extraordinàries, tenint en compte que tampoc s'ha

provat que aquesta decisió no es correspongui amb els ingressos dels progenitors i les necessitats dels fills.

VII.- En estimar-se en part el recurs i atesa la naturalesa del procediment no procedeix fer especial pronunciament pel que fa a les costes d'aquesta alçada de conformitat amb la facultat que atorga als Tribunals el capítol X de la Novel·la 82.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas.-

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

## DECIDEIX

ESTIMAR PARCIALMENT el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Sr. S.C.M.M. contra l'Aute dictat per l'Hble. Batlle en data 11 d'octubre del 2017 que REVOQUEM PARCIALMENT en quan establint que el Sr. S.C.M.M. podrà tenir en la seva companyia a la seva filla N., a més dels dies que assenyala la resolució d'instància, un dia totes les setmanes des de la sortida de la menor de la classe de dansa fins el dia següent que la portarà a l'escola a on estudia, CONFIRMANT la citada resolució en tots els demés punts i sense fer especial pronunciament pel que fa a les costes d'aquesta alçada.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. Presidenta de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-