

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

TSJC.- 0000127/2018
ORIGEN: 7000085/2018 - 00
NIG: 5300542120180000351

AUTE

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 d'octubre 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. Carles CRUZ MORATONES i M.I. Sr. Jaume TOR PORTA, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per escrit de 2-2-2018, la Sra. R.G.B. formulava demanda d'adopció de mesures provisionals contra el Sr. R.P.M. sol·licitant es dictés Resolució que en essència li confiés la guarda i custòdia dels fills menors L. i T., mantenint-se no obstant la pàtria potestat de manera conjunta entre els seus progenitors; fixés un règim de visites en benefici del pare i una pensió d'aliments a càrrec d'aquest de 650.- € mensuals; i establís la seva participació en les despeses extraordinàries en el 70%, així com les activitats extraescolars i d'esbarjo consensuades entre progenitors, sense fer pronunciament al respecte de l'atribució del domicili conjugal ni al respecte de les costes.

II.- En data 22-2-2018, es celebrava sense avinença l'acte de conciliació legalment previst i en la mateixa data, el Sr. R.P.M. contestava la demanda articulada i formulava demanda reconvençional tot i sol·licitant es dictés Resolució establint un sistema de guarda i custòdia compartida dels fills menors, sense que fos procedent establir cap mena de pensió d'aliments, fixant la contribució dels pares en les despeses extraordinàries dels fills en el 50% cadascun, i un repartiment per meitats de les vacances escolars.

En la mateixa audiència el Ministeri Fiscal indicava que no s'oposava a un sistema de custòdia compartida interessant no obstant s'establís una pensió a càrrec del pare de 300.- € mensuals i una contribució en les despeses extraordinàries del 50% per cada progenitor.

III.- Per Aute de 23-2-2018, l'Hble. Sra. Batlle decidia:

“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 P.G., 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 la guarda i custòdia d'ambdós fills menors L. i T., a favor de la progenitora Sra. R.G.B., fixant el següent règim de contactes paternofilials a favor del Sr. R.P.M.:

a) Cada dia, contactes telefònics fins les 20h30;

b) Intersemanals, la setmana que gaudeixi de la companyia dels menors aquell cap de setmana, contactes els dilluns i dimecres per la tarda, des de la sortida de l'escola fins a les 19h00, moment en què el pare haurà de retornar els menors al domicili matern; i la setmana següent, mateixos contactes però amb pernocta els dimecres fins dijous al matí en què haurà d'acompanyar els menors al centre educatiu corresponent.

c) *Caps de setmana alterns: el progenitor no custodi gaudirà de la companyia dels seus fills 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 els menors al centre educatiu corresponent.*

d) *Vacances escolars i d'estiu: per meitats entre ambdós progenitors, i segons allò demanat per la Sra. G. que no ha estat refusat pel Sr. P.:*

- *Setmana Santa.- La primera meitat comprendrà el període que va des de la sortida del col·legi, el darrer dia lectiu, fins l'anomenat Diumenge de Resurrecció. I la segona, des del vespre d'aquest diumenge, fins les 19:00h del dia anterior a la tornada a l'escola. Precisant que aquest 2018.- la primera meitat comprendrà el període que va des de la sortida del col·legi fins el dia 28 a les 19:00h.*

- *Altres vacances de durada setmanal (Tots Sants, Carnaval i altres) La primera meitat comprendrà des de la sortida del centre educatiu fins el dimecres a les 19h00; i la segona meitat de tal moment fins el primer dia lectiu següent a l'escola. Romanent els menors amb el pare la primera meitat els anys senars i la segona els anys parells.*

- *Nadal.- La primera meitat comprendrà des de la sortida del centre educatiu fins el dia 30 de desembre a les 19h00; i la segona meitat de tal moment fins el primer dia lectiu següent a l'escola. Romanent els menors amb el pare la primera meitat els anys senars i la segona els anys parells.*

Vacances d'estiu.- Els menors restaran alternativament amb els seus respectius progenitors per quinzenes alternes, com segueix; de l'1 de juliol al matí al 16 de juliol al matí, del 16 de juliol al matí al 31 de juliol al matí; del 31 de juliol al matí al 16 d'agost al matí; del 16 d'agost al matí al 31 d'agost al matí. Romanent els menors amb el pare les primeres quinzenes de juliol i agost els anys senars i les segones quinzenes de juliol i agost els anys parells.

e) *Celebracions Els dies de celebració pròpia del pare (aniversari i Diada del pare), aquests podran passar junts almenys mitja jornada. Per contrapartida els dies de celebració pròpia de la mare, igualment aquests podran passar junts almenys mitja jornada. Tot respectant les obligacions escolars del menor.*

Els menors celebraran els seus propis aniversaris de forma alternativa amb cada progenitor, en horari diürn, de les 10h a les 19h, respectant les obligacions escolars, corresponent-li a l pare els anys parells.

f) Desplaçaments: Quan s'efectuï desplaçaments amb pernoctació a l'estranger, ambdós progenitors hauran de conèixer les dates, adreça i telèfon on es trobarà el menor.

g) Establir una pensió alimentària a càrrec del Sr. P.M. en la suma total de 1.000 € mensuals, suma que haurà d'abonar al compte que la Sra. G.B. indiqui, dins els cinc primers dies de cada mes a comptar del proper mes de març, 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 33 - 67 % a càrrec de la Sra. G. i del Sr. P. respectivament.

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 la Resolució esmentada, la representació processal del Sr. R.P.M. articula recurs d'apel·lació presentant amb data registre del 16-5-2018 el seu escrit de conclusions interessant la revocació parcial de l'Aute dictat el 23-2-2018 modificant-lo pel que fa a l'apartat 3 b) que s'haurà de suprimir íntegrament, i l'apartat 3 c) que haurà d'establir que el pare haurà de retornar els fills a les 20 hores del divendres al domicili de la mare, i pel que fa a l'apartat 3 f) que haurà de fixar una pensió total de 700.-€, 350.-€ per cada fill, i haurà d'establir que el repartiment de les despeses extraordinàries ha de ser per meitats 50% cada progenitor.

El Ministeri Fiscal contestava l'escrit de conclusions presentat en aquesta alçada oposant-se al recurs articulat per la part recurrent.

La representació processal de la Sra. R.G.B. s'ha oposat al recurs d'apel·lació interposat de contrari sol·licitant la íntegra desestimació del recurs articulat i que les costes fossin imposades a la contrapart. Alhora malgrat no formular recurs d'apel·lació, sol·licitava que la pensió d'aliments a càrrec del pare es fixés en 650.- € mensuals.

V.- Per Aute d'aquesta Sala, de data 21-06-2018, es va donar lloc a les pretensions probatòries sol·licitades per la Sra. R.G.B. en el seu escrit de contesta a les conclusions consistents en què s'incloguessin en autes els documents adjuntats amb l'ans ressenyat escrit i concedir el termini de cinc dies a la part apel·lant i al Ministeri Fiscal a fi que manifestin el que creguin per convenient al respecte i si ho consideren oportú.

Per escrit de data 29-06-2018 el Ministeri Fiscal va ratificar els escrits anteriorment evacuats.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Jaume TOR PORTA.

FONAMENTS DE DRET

I.- Els motius de greuge en que la part recurrent fonamenta la seva pretensió revocatòria són els següents.

En primer lloc, després d'avenir-se al sistema de custòdia materna decidit en la instància, discrepa no obstant del règim de contactes establert. En aquest sentit després d'exposar que el Sr. P. era metge, i

que per raó de la seva professió se li feia molt difícil poder mantenir els contactes previstos, sol·licitava que es revoqués íntegrament els contactes intersetmanals continguts en el punt 3b) de la part decisòria de l'Aute dictat; quant als contactes de cap de setmana alterns sol·licitava que es fixés que el pare hauria de retornar els menors al domicili matern els divendres a les 20 hores.

En segon terme, s'oposa a l'import de la pensió d'aliments i contribució en les despeses extraordinàries establerts. En aquest sentit interessa que la pensió d'aliments es fixi en 350.- € per cada fill i el repartiment de les despeses extraordinàries en el 50%.

II.- El primer motiu del recurs no podrà ser admès. En efecte, no es pot perdre de perspectiva que en el seu escrit de contesta a la demanda i demanda reconvençional, la representació processal del Sr. P. perseguia un sistema de custòdia compartida dels seus fills. No obstant, una volta el mateix descartat per l'Aute recorregut, el pare ara modifica la seva pretensió, seguint la revocació parcial de l'Aute recorregut, eliminant els amplis contactes intersetmanals que li varen poder ser reconeguts, i limitant els contactes en caps de setmana alterns al dia del divendres fins a les 20'00 hores.

La segona instància no és un nou procés en el que les parts poden introduir noves pretensions. Es tracta d'un nou judici al respecte del que va ser demanat per les parts i decidit pel Batlle, a la vista dels fets al·legats i de les proves que hi varen ser practicades, el tot per tal de corroborar si la decisió d'instància intervenia de manera ajustada a dret i a les circumstàncies concurrents (cfr. en aquest sentit la Sentència d'aquesta Sala de 20-2-1997, recull 728, i l'Aute de 22-1-2004, recull 2.279).

En el concret supòsit que s'examina és d'observar com ara, a diferència del que defensava en primera instància quan pretenia la

custòdia compartida dels seus fills, el pare sosté que per raó de la seva activitat professional no en pot tenir cura durant els dies que li han estat reconeguts. Es tracta per tant d'una modificació de les pretensions inicials amb fonament a un aparell argumental que podria correspondre a un supòsit de modificació substancial de les circumstàncies concurrents en relació a aquelles que existien quan es va contestar la demanda, supòsit aquest que ha de ser examinat i tractat a través del mecanisme de modificació de les mesures contemplada en l'art. 63.7 de la LQM, sense però que pugui introduir-se per primer cop en aquesta alçada.

III.- Quant al segon motiu del recurs relatiu als aliments al seu càrrec, sosté que el fill T. en breu iniciaria estudis al Col·legi Sant Ermengol desapareixent així l'important cost de guarderia que no podia per tant ser comptabilitzat com a despesa. Refia alhora que no era exacte que la mare percebés 1.000.- €/mes sinó que en realitat cobrava 2.150.- € per una mitja jornada i que el seu representat percebia un salari de 4.000.- € per una jornada completa. Afegia que tampoc era cert que la Sra. G. fos la directora de la clínica D. i el seu representat el metge estètic d'aquesta, que en realitat ambdós eren copropietaris de l'empresa, essent-ne però el seu administrador el Sr. P., i cenyint-se la participació de la contrapart en la direcció administrativa. Finalment referia que els extres a raó de 1.000.-€ mensuals en cosmètica corresponien a cosmocèutica i eren productes necessaris per tractar determinades patologies de la pell que portaven un alt valor afegit a l'empresa.

La representació processal de la Sra. G. en seu de conclusions responsives interessa que la pensió d'aliments a càrrec del pare es fixi en 650.- € mensuals. Malgrat, la mateixa no hagués interposat recurs d'apel·lació, *"hem tingut l'oportunitat de declarar repetidament que en la matèria i en atenció a la consideració d'ordre públic que li és propi, no juga el principi de congruència que obliga als Tribunals a ajustar-se a les peticions de les parts sense que puguin donar més, o altre cosa, que*

aquella que es demana” (Sentència de 24-4-2018, rotlle TSJC-31/2018 entre altres).

Cap d'aquestes pretensions però pot prosperar. En efecte, la Sentència dictada per l'Hble. Sra. Batlle efectua una anàlisi impecable dels dos paràmetres a considerar en matèria alimentària: les necessitats de l'alimentista i de les capacitats econòmiques de l'alimentant. En aquest sentit enumera i quantifica les despeses associades a la criança bàsica dels dos menors fixant-les en 1.500.- € mensuals a quin import aplica el coeficient corresponent als ingressos del pare dins del global dels revinguts dels dos progenitors (67%), resultant aproximadament la suma de 1.000.- € en que es fixa la seva pensió d'aliments.

Quant al fet que el menor Lucas iniciï en breu la seva escolaritat obligatòria en una escola pública de tal manera que la despesa associada a la guarderia desapareixeria, ha de precisar-se que el procediment de mesures provisionals en parelles casades és transitori en el sentit que pretén fixar una regulació momentània de diferents mesures paternofilials necessàries, per mentre es substancia el procediment principal de separació o divorci en que es fixaran mesures definitives. Si aquesta consideració es trasllada al concret supòsit que s'analitza, no es discutia pel recurrent que el menor requeria dels serveis d'una guarderia, de tal manera que les despeses associades a aquesta activitat havien de ser contemplades a l'hora de fixar els aliments. No serà fins al moment en que aquesta despesa desaparegui que a través del corresponent procediment de modificació es pugui valorar novament la situació concurrent.

Pel que es refereix al coeficient de participació en les despeses extraordinàries, la representació processal del Sr. P. es limita a sostenir que aquesta s'ha de situar en el 50% per a cadascun dels progenitors. Aquesta pretensió també ha de ser rebutjada com sia que en definitiva, la participació de cada progenitor en les mateixes s'ha establert per la

jutjadora de manera proporcional estricta en funció dels seus ingressos respectius.

IV.- Atesa la naturalesa del procediment no es fa expressa imposició de costes malgrat la desestimació del recurs, en virtut de 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

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Sr. R.P.M. contra l'Aute dictat per l'Hble. Batlle en data 23-2-2018 que confirmem íntegrament, 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.-