

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 27 de novembre 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. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per Aute de data 29-7-2014 s'homologava les mesures provisionals consensuades per les parts en el marc del procediment seguit a l'empara de l'art. 63 de la Llei Qualificada del Matrimoni (en endavant LQM).

En data 1-8-2017, la Sra. N.C.F. articulava demanda de separació contra el Sr. T.M.B. per la qual sol·licitava es dictés Sentència declarant la separació matrimonial dels instants, establint en relació al fill dels litigants, que la pàtria potestat havia de ser compartida entre progenitors però que la seva guarda i custòdia havia de correspondre a la mare, establint els contactes paternofilials que en la demanda s'indicaven, fixant una pensió d'aliments a càrrec del pare en la suma de 500.- € mensuals i l'obligació de contribuir en el 50% de les

despeses extraordinàries del menor, atribuïnt a la mare l'ús del domicili familiar i fixant una pensió compensatòria en seu benefici a alçada de 300.- € mensuals que el pare hauria de satisfer a la mare durant un període de 10 anys, el tot sense fer pronunciament en costes processals.

El Ministeri Fiscal contestava la demanda articulada indicant que no s'oposava a les pretensions de la demandant sempre i quant els fets que relatava resultessin degudament acreditats en el moment processal oportú.

El 10-10-2014, el Sr. M. contestava la demanda articulada de contrari i alhora plantejava demanda reconvençional sol·licitant es dictés Sentència declarant la separació matrimonial dels litigants, atribuïnt a la mare l'ús del domicili familiar per un període de 2 anys, adoptant un sistema de custòdia compartida del menor en les modalitats que s'indicaven, sense establir cap pensió d'aliments compte tingut del sistema de custòdia adoptat; subsidiàriament cas que no s'adoptés un sistema de custòdia compartida es fixés una pensió de 300.- €, sol·licitant finalment el rebuig de la pensió compensatòria que es reclamava.

Tant el Ministeri Públic com la demandant s'han oposat a la reconvençió plantejada pel Sr. M..

II.- En data 19-09-2018 l'Hble. Batlle va dictar sentència amb la següent part decisòria:

"Estimar substancialment al demanda formulada per la Sra. N.C.F. contra el Sr. T.M.B. i estimar també parcialment la demanda formulada per aquest darrer contra la primer he de declarar la separació matrimonial del litigants tot i adoptant les següents mesures reguladores tot i adoptant les següents mesures definitives:

Primer.- *Atribució de l'ús del domicili familiar a la Sra. C. per mentre el menor T sigui menor d'edat i la mare en tingui la seva guarda i custòdia.*

Segon.- *Pàtria potestat sobre el menor T. compartida entre els progenitors atribuïnt a la mare la seva guarda i custòdia.*

Tercer.- *Reconèixer en benefici del pare un sistema de contactes consistent en caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola i fins el dimecres en*

què el reintegrarà a l'establiment escolar. La setmana posterior al cap de setmana en què no gaudeixi de la companyia del seu fill, en T passarà amb el seu pare tots els dimarts des de la sortida de l'escola i fins el dimecres al matí en què el reingressarà al centre escolar el tot de conformitat amb aquella simulació que ha estat realitzada en el foli 7 de la present Resolució.

Pel que es refereix a les vacances escolars d'en T, el progenitors gaudiran de la companyia del seu fill per meitat de conformitat amb el següent repartiment:

1) Correspondrà al Sr. M., els anys parells els següents períodes amb el benentès que llevat de que s'indiqui expressament que el menor ha de ser retornat al domicili matern per la resta el reincorporarà al centre escolar el dia de la represa de l'activitat:

- Totes les vacances de Carnaval.*
- La segona meitat de les vacances de Setmana Santa, des del segon diumenge festiu a les 20:30h.*
- A l'estiu, del 15 al 31 de juliol i del 15 al 31 d'agost.*
- La segona part de les vacances de Nadal, des del dia 30 de desembre a les 20:30h.*

Els anys senars:

- Totes les vacances de Tots Sants.*
- Per Setmana Santa, des del darrer dia lectiu fins el segon diumenge vacacional a les 20:30h.*
- A l'estiu, del dia 15 al 31 de juliol, del dia 15 al 31 d'agost.*
- Per Nadal, des del darrer dia de classe fins el dia 30 de desembre en que l'acompanyarà al domicili matern a les 20:30 hores.*

2) Resta ben entès que la mare gaudirà dels restants períodes vacacionals.

3) En l'eventualitat que el Ministeri d'educació pogués aprovar altres períodes vacacionals que els descrits amb anterioritat (a títol il·lustratiu s'assenyala la setmana del mes de maig que ha pogut existir algun que altre anys), aquests seran repartits entre els progenitors per meitats estrictes.

En quant a les celebracions:

-Els dies de celebració pròpia dels progenitors (aniversaris i Diades del Pare i de la Mare, respectivament) podran passar amb el fill tota la jornada diürna (de les 10h a les 20:30h) respectant les activitats escolars i extraescolars.

-Per l'aniversari del fill, el progenitor que no el tingui en la seva companyia aquell dia, podrà compartir almenys dues hores que els progenitors hauran de consensuar però que a manca d'entesa es fixen entre les 18 i les 20 hores.

-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, dades que s'hauran de comunicar amb antelació.

Quart.- *Fixar a càrrec del pare uns aliments a concurrència de 450.- € mensuals a satisfer a la mare dins dels 5 primers dies de cada mes i que variaran anyalment segons IPC del M.I. Govern d'Andorra. Alhora el pare haurà de contribuir en un 50% de les despeses extraordinàries que puguin sorgir.*

Cinquè.- *Desestimar les restants pretensions.*

Sisè.- *Declarar la dissolució del règim econòmic matrimonial.*

Setè.- *I sense fer especial pronunciament en costes processals."*

III.- Els Srs. T.M.B. i N.C.F varen interposar recursos d'apel·lació contra la sentència dictada per l'Honorable Tribunal Unipersonal de la Secció Civil, de data 19-09-2017 i, en dates de registre 9 i 30 de gener de 2018, varen articular escrits de conclusions, en mèrits dels quals demanaven la revocació de la sentència d'instància.

Els dies 16-02-2018 i 21-02-2018 les parts litigants presentaren respectivament llurs escrits de contesta a les conclusions, mitjançant els quals insistien en llurs pretensions. Tanmateix la representació processal del Sr. T. M.B. precisava que s'oposava a la pràctica probatòria per a millor proveir sol·licitada per la Sra. C. per innecessària ja que va ser practicada en primera instància amb el resultat que consta en autes.

El Ministeri Fiscal per escrit de data 16 de febrer del 2018 s'oposava pels motius continguts en el mateix als recursos formulats pels Srs. T. M. B. i N. C.F. contra la sentència dictada en data 19-2017 per ésser la resolució conforme a dret

IV.- La Sala va dictar Aute, de 23-10-2018, en el que va desestimar la pretensió probatòria sol·licitada per la Sra. N.C.F. mitjançant el seu escrit de conclusions presentat en tràmit d'apel·lació.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

FONAMENTS DE DRET

I.- El recurs de la representació processal del Sr. T.M.B. es fonamenta en els següents greuges.

En primer terme, considera que el règim de guarda del menor ha de ser el de custòdia compartida. Assenyala que la sentència indica que els tribunals han de perseguir el sistema que asseguri amb millors garanties l'íntegre desenvolupament del menor, que ambdós progenitors es troben capacitats per desenvolupar la guarda i que els informes socials conclouen la inexistència d'impediments en el pare per assumir la guarda, alhora que ressenya les condicions favorables del pare per assumir-la. I la psicòloga Sra. O. confirma també les adequades habilitats parentals.

Segons la jurisprudència de la Sala, en casos similars, és aconsellable la guarda i custòdia compartida. Així, si bé l'informe de la psicòloga Sra. O. afirma que un canvi pot generar desestabilització del menor, també remarca que aquest canvi enfortirà el lligam paternal i fraternal. A més l'opinió del menor, que exposa que no vol passar més temps amb el pare es justifica en la comoditat i en la rutina.

El recurs de la Sra. N.C.F. addueix com a primer motiu la reducció del règim de comunicació del pare amb el fill, a aquell establert en les mesures provisionals. L'argumentari que empra per a defensar aquesta restricció és que el menor té una gran maduresa, com ho ha apreciat l'òrgan judicial d'instància i

refereix que amb el règim provisional es troba molt a gust i tranquil i que la pèrit indica que es troba adaptat i que un canvi el desestabilitzaria.

Quant als rols exposa que s'ha hagut de canviar dies d'activitats extraescolars o de recollida pel pare per tal que el fill pogués gaudir d'aquestes activitats i que la psicòloga assenyala que el fill percep com a figura principal a la mare. Sosté que el pare no té a la seva llar ni un llit pel nen ni un petit escriptori i que, com a funerari, fa guàrdies de 15 dies poc compatibles amb la cura del fill.

II.- El règim de guarda i custòdia compartida ha estat analitzat en diverses ocasions per aquesta Sala i s'ha establert que, malgrat presenta un seguit d'avantatges pels pares i pel menor, no s'ha d'adoptar de manera automàtica sinó quan esdevé el més adient per l'interès del menor; veritable paràmetre rector que ha de conduir l'actuació dels tribunals.

Així, hem exposat (rotlle 486/16) que:

“En el sentit indicat, hem posat de relleu que el règim de guarda i custòdia compartida, en l'ampli ventall de situacions que poden trobar cobertura sota aquesta denominació nominal, presenta clar avantatges. No hi ha dubte que aquest sistema de guarda presenta grans beneficis per l'evolució i el desenvolupament del menor en aquelles situacions de ruptura familiar, de manera que s'evita els coneguts com a “conflicte de lleialtats” dels menors respecte dels seus pares.

Per altra part, aquest règim afavoreix la comunicació dels pares entre sí i permet conceptuar la ruptura matrimonial com una situació en la qual, a diferència d'altres sistemes jurídics, no hi ha vencedors ni vençuts, ni culpables ni innocents, a la vegada que serveix per posar en relleu el repartiment equilibrat dels deures que es deriven de les relacions paterno i materno filial com quelcom natural i consubstancial, així com s'afavoreix en els fills el principi de la igualtat de sexes.

Des d'una òptica enumerativa dels efectes beneficiosos de la guarda i custòdia compartida, es poden enunciar:

1. *Es garanteix als fills la possibilitat de gaudir de la presència d'ambdós progenitors, malgrat la ruptura familiar, de forma que es tracta del model que més s'acosta a la situació prèvia a la crisi.*
2. *Evitació de conseqüències negatives en els menors (culpa, negació, temor, lleialtat).*
3. *Major acceptació de la nova situació per part dels fills, que evita actituds de manipulació dels pares en relació als fills.*
4. *Garanteix que els pares puguin seguir amb l'exercici dels drets i deures de la responsabilitat parental i puguin participar en les millors situacions d'igualtat pel desenvolupament i creixement dels seus fills.*
5. *No es qüestiona la idoneïtat i habilitat parental dels progenitors, alhora que els obliga a cooperar necessàriament per adoptar acords en benefici del fill, la qual cosa es tradueix en un exemple positiu pels menors.*

Existeixen informes internacionals en aquesta matèria que recomanen els efectes favorables de la custòdia compartida, sobretot quan va acompanyada d'un règim de mediació familiar i de programes d'educació parental (Cfr. l'informe de la Divisió 16 de la American Psychological Association front a la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar (1995), l'informe Bauserman —Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review (2002)—, l'Informe Kelly —Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of Research (2000)—i el document Bailly —Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée (2002)—).

Però, en tot cas, s'ha de partir que per a l'establiment de la guarda i custòdia compartida s'ha d'atendre a una sèrie de paràmetres, com són l'edat dels fills, el seu horari professional, la proximitat dels llocs de residència, el comptar amb un domicili adequat per a atendre les necessitats dels fills, el temps lliure o de vacances, l'opinió dels fills o altres criteris semblants.

I resulta adient també exposar que el règim de guarda i custòdia compartida no es pot refusar sempre que existeixi conflictivitat entre els progenitors, sinó que cal que aquesta conflictivitat sigui extrema, entesa aquesta com a maltractaments o situacions de violència de gènere o domèstica.

Segons reiterada jurisprudència d'aquesta Sala resulta la supremacia de l'interès del menor com a paràmetre essencial per a la determinació dels règims de guarda i per així possibilitar el desenvolupament essencial del menor, com

així ho disposen els Tractats Internacionals (art. 3 Convenció sobre els drets del nen de 1989).

En definitiva, l'aplicació del règim requerirà la ponderació de les circumstàncies de casa cas, com l'edat dels fills, l'horari laboral o professional dels progenitors, la proximitat del lloc de residència d'ambdós progenitors, la disponibilitat d'una residència adequada per als fills, el temps lliure, l'opinió dels menors i altres similars”.

En el cas que ara ens ocupa, hem d'apreciar si l'interès del menor i el seu desenvolupament integral justifiquen o aconsellen el canvi de règim de guarda i custòdia fixat per un règim de custòdia compartida.

III.- El primer dels extrems que cal posar en relleu és que s'ha d'atendre més que a la denominació del règim de guarda a la distribució efectiva del temps que el menor es troba amb els progenitors. I des d'aquesta òptica, no hi ha dubte que el règim fixat per la instància es pot conceptuar com un règim de comunicació àmplia pel pare, tota vegada que de cada quatre setmanes (28 dies) en passa 12 amb el pare i 16 amb la mare; és a dir, que es troba molt proper a un règim de custòdia compartida igualitari.

En segon terme, de la pericial psicològica ressurta (folis 212 i ss) que el menor de 12 anys a l'actualitat manté lligams emocionals amb ambdós progenitors i percep a la mare com a figura principal en l'educació i al pare en la fixació de límits, alhora que la mare esdevé el vincle principal de suport o emocional.

També exposa la pèrit que després de tres anys d'una guarda materna amb un règim de comunicació del pare, el menor es troba adaptat i un canvi el desestabilitzaria, encara que enfortiria els lligams paternals i fraternals.

En tercer terme, de l'exploració del menor (foli 264) s'extreu el bon rendiment acadèmic i la notable maduresa del menor, qui manifesta que es troba a gust i tranquil amb aquest règim de comunicació.

Si bé es cert que la voluntat del menor no necessàriament coincideix amb el seu interès, en el cas present s'ha de concloure amb el jutgador de primera instància que la determinació d'un règim de comunicació àmplia amb el pare (12 dies front a 16 de la mare), que pràcticament el converteix en un règim de custòdia compartida amb repartiment del temps igualitari, és el que més s'adequa a l'interès del menor, de manera que no convé, de moment i amb l'edat del menor de 12 anys a l'actualitat, ni ampliar-lo ni reduir-lo.

Les raons que justifiquen aquesta conclusió són les següents. La prova pericial coincideix amb la voluntat del menor, en el sentit que el règim de comunicació amb el pare i la guarda a favor de la mare, aporta estabilitat al menor, alhora que l'ampliació efectuada per la instància, i que ara confirmem, s'ajusta amb la recomanació de la pèrit d'ampliar els lligams amb el pare per a enfortir el lligams paternals. A més, s'aconsegueix mantenir el vincle de la mare com a referent emocional i de suport.

També és necessari posar en relleu que el fet que el menor no disposi d'una habitació pròpia a la casa del pare no significa que el seu desenvolupament integral i el seu interès justifiqui la reducció del règim de comunicació, tota vegada que com ja va exposar la resolució d'instància, sense perjudici que pugui gaudir de la seva privacitat, s'aconsegueix un enfortiment de la solidaritat familiar i de les relacions fraternals, ja que segons els serveis socials l'habitatge i l'entorn familiar esdevé favorable a la cura i atenció del menor.

I tampoc el fet que desenvolupi guàrdies justifica la reducció del règim, perquè gaudeix de suport familiar i de parella, a la vegada que no pertorbava el desenvolupament del règim de comunicació en mesures provisionals, el qual s'ha desenvolupat adequadament envers el menor.

En conseqüència, i en consonància amb el que afirma el Ministeri Fiscal (folis 57 i 58 del rotlle), aquests motius dels recursos respecte del règim de guarda i comunicació establerts a la instància s'han de desestimar.

IV.- El segon dels motius dels recursos d'ambdós litigants té a veure amb l'import de la pensió d'aliments fixada pel menor T.

El pare considera que la fixació de la pensió d'aliments en 450 euros resulta excessiva segons els seus recursos i despeses i sense que esdevingui proporcional. La mare percep una retribució de 2.488 euros mensuals i gaudeix del domicili familiar, mentre que el pare rep un salari mensual de 1789 euros, però com s'acredità a proves ha deixat de percebre la retribució variable. Afirmar que malgrat ser titular de diverses finques són terrenys rústics que procuren poc rendiment (350 euros mensuals) i ha de pagar la hipoteca que grava l'habitatge (2.500 euros mensuals), satisfer el lloguer del pis on viu a Ordino i la manutenció i despeses del nucli familiar.

El patrimoni és essencialment rústic i la pensió no es pot determinar en funció de les operacions de vendes futures. Afegeix que si les despeses es situen en el llinar alt (800 euros) correspondria una pensió de 400 i no de 450 euros. Però segons les despeses del menor (95 euros mensuals de menjador, 500 euros anuals de material i equipament, 208 anuals de transport i 90 mensuals d'activitats extraescolars), la pensió s'ha de quantificar en 300 euros.

El recurs de la mare assevera que el pare cobra 3.665,90 euros mensuals, és propietari de 5 vehicles i de 30 unitats immobiliàries, alhora que viu folgadamente, ja que gaudeix de continus viatges a l'estranger. Atès que el fill pertany a una família benestant la pensió s'hauria de quantificar en 500 euros mensuals.

La sentència d'instància raona que les necessitats del menor, que la jurisprudència determina entre 600 i 800 euros mensuals, s'han de fixar en el llinar alt perquè efectua activitats extraescolars i es troba escolaritzat al Col·legi Sant Armengol.

I aquestes necessitats s'han de confirmar, tota vegada que, com reiteradament ha exposat aquesta Sala, els aliments no inclouen solament el que és necessari per la manutenció, l'habitatge, l'assistència mèdica, la roba, la formació o la previsió, sinó també el necessari per les activitats de lleure i oci. Aleshores, com bé raona la sentència d'instància les necessitats del menor, ateses les seves activitats extraescolars (futbol i trial) i el centre on està escolaritzat, s'han de fixar en el llinar alt.

Pel que fa als ingressos o recursos del progenitor alimentant, encara que sustenta que es va resoldre el contracte pel qual desenvolupava el servei d'auxiliar d'autòpsies el 28 de gener de 2016 (foli 170) i els seus ingressos han disminuït, del certificat de punts de la CASS (foli 273 al dors) s'extreu que els seus rendiments mitjans per salari superen els 3.000 euros i també consta que és propietari de diverses finques rústiques i una borda, la qual, segons afirma, lloga amb un rendiment de 350 euros mensuals.

Si a aquests extrems, afegim que abona més de 2.500 euros mensuals d'hipoteca i un lloguer de 790 euros (o la meitat si col·labora la seva parella), més les despeses de manutenció, subministres i altres habituals, com les de roba, previsió i lleure, s'ha de concloure que el recurrent obté altres ingressos amb els quals pot fer front a aquesta elevada quota hipotecària. És a dir, existeixen indicis clars que la seva capacitat econòmica i els seus recursos superen amb escreix els 3.000 euros, ja que pot assumir el pagament de la quota hipotecària de més de 2.500 euros, la part de lloguer que li correspon, les despeses pròpies de la convivència i del lleure.

En aquestes coordenades, s'ha de mantenir el quantum de la pensió d'aliments establert pel jutjador de primera instància, tota vegada que l'import de 450 euros permet cobrir les despeses i necessitats del menor mentre aquest es troba en companyia de la mare, sense que es justifiqui del material probatori i del principi de proporcionalitat entre les despeses del menor i els recursos del pare, l'increment que pretén la mare.

Per tant, també aquest extrem ha de ser confirmat, d'acord amb l'informe del Ministeri fiscal, i refusar els motius d'apel·lació relatius a aquest extrem.

V.- La desestimació dels dos recursos interposats no comporta imposició de les costes processals, atesa l'especial natura dels interessos en conflicte.

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 els recursos interposats per la representació processal del Sr. T. M. B. i de la Sra. N.C.F contra la sentència, de data 19-09-2017, que confirmem íntegrament. Sense efectuar imposició de les costes processals.

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.-