

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 de maig del 2019.

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del Magistrat Sr. Vincent ANIÈRE i els Magistrats Srs. Carles CRUZ MORATONES i Jaume TOR PORTA, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 6 d'abril del 2016, el Sr. E. J. S. G. formulà demanda de mesures provisionals paterno-filials contra la Sra. B. M. R.G., sol·licitant es dictés Sentència que regulés la nova situació de fet derivada del trencament de la convivència en relació a la filla menor Z.

II.- En data 19-4-2016 es practicava la conciliació legalment prevista, i la Sra. R. I EL Ministeri Públic evacuaven contesta a la demanda.

III.- Una volta practicats els mitjans de prova proposats per les parts i evacuats els respectius escrit de conclusions, en data 9-10-2018, la Sra. Batlle, actuant com a tribunal unipersonal dictava Sentència amb la següent part decisòria:

“Primer- Adoptar, de conformitat amb l'article 63 de la Llei Qualificada del Matrimoni i en relació amb els Srs. E. J.S.G. i B. M. R. G., les mesures paterno-filials següents:

- La pàtria potestat de la menor Z., romandrà compartida entre ambdós progenitors.

- Establir un règim de guarda i custòdia compartida entre ambdós progenitors, de forma setmanal, de tal manera que el progenitor que correspongui anirà a recollir la menor el dilluns a la sortida de l'escola i el reintegrarà el dilluns següent al matí. Ara bé, tenint en compte l'informe pericial elaborat per la Sra. G. O., s'haurà d'efectuar de forma progressiva durant sis mesos, concretament:

El pare podrà gaudir de la menor Z., durant tres mesos a comptar de la notificació de la present resolució, en setmanes alternes, de dijous a la sortida de l'escola fins al dilluns següent al matí en què el pare la reintegrarà a l'escola, i el dimecres següent, en què el pare recollirà a la menor a l'escola i la retornarà el dijous a l'inici de la jornada escolar.

A comptar dels tres mesos i fins al sis mesos, les setmanes alternes en que la menor restarà amb el pare consistiran del dimecres a la sortida de l'escola al dilluns següent en que el pare reintegrarà a la menor a l'escola, i els dijous següent, en què el pare recollirà a la menor a l'escola i la retornarà el divendres a l'inici de la jornada escolar.

A comptar dels sis mesos la guarda i custòdia s'implementarà de forma normal i total, és a dir, que el progenitor que correspongui anirà a recollir la menor el dilluns a la sortida de l'escola i el reintegrarà el dilluns següent al matí.

Pel que respecta les vacances escolars de la menor:

Respecte Nadal des del darrer dia d'escola al 31 de desembre a les 20 hores els anys parells la menor passarà les vacances amb la mare i des del dia 31 a les 20 hores fins a la vigília de tornada a classe a les 20 hores amb el pare i a la inversa els anys senars. Respecte a Setmana Santa des del darrer dia de l'escola fins el Diumenge de Resurrecció a les 20 hores els anys senars a la mare. I de dilluns després de Resurrecció a les 9 hores fins la vigília a la tornada de la classe a les 20 hores al pare i a la inversa els anys parells.

Pel que respecta a les vacances d'estiu, aquestes es repartint per meitats en períodes de quinze dies els mesos de juliol i agost, de tal manera que la menor no resti més de dues setmanes sense veure a l'altre progenitor. La primera quinzena de juliol i agost la menor la passarà amb el pare mentre que les segones quinzenes amb la mare. Els dies de juny i setembre en que la menor tingui vacances seran repartides per meitats entre ambdós progenitors, segons acordin, i en cas de desavinença, per meitats de dies al juny i al setembre, la primera meitat amb el pare i la segona amb la mare. Sense perjudici dels pactes que puguin arribar les parts.

Pel que respecta a Carnestoltes els anys senars la menor els passarà amb la mare i Tot Sants amb el pare i a la inversa els anys parells.

Les onomàstiques i aniversaris de cada progenitor, la menor haurà de poder compartir-los amb el progenitor de que es tracti independentment del règim de visites establert. En relació a l'onomàstica i aniversari de l'infant, la filla haurà de poder compartir-los la meitat del dia amb cada progenitor, que el dia del pare la menor el passarà amb el pare i el dia de la mare amb la mare.

Amb l'obligació de cada progenitor de facilitar el contacte telefònic de la menor amb l'altre progenitor, a diari.

Igualment, pel que respecta a les vacances escolars i les setmanes alternes, la menor Z. haurà de coincidir a casa de la seva mare amb la seva germana.

- Fixar una contribució del progenitor, de forma mensual a favor de la menor en un import de 100.- euros, el qual s'haurà de fer efectiu dins dels cinc primers dies de cada mes al compte bancari de la progenitora, quantitat augmentada anyalment en funció de l'índex de Preus al Consum, fins que la Z. compleixi la majoria d'edat. Cadascun dels progenitors s'haurà de fer càrrec de les despeses que generi la menor mentre aquesta resti sota la seva custòdia, tot

plegat havent d'establir ensems l'obligació de sengles progenitors de satisfer per meitat les despeses extraordinàries de la menor. Ara bé, durant els tres primers mesos, a comptar de la present notificació, tenint en compte la progressivitat de la implementació de la guarda i custòdia compartida, el progenitor haurà d'abonar una pensió per les necessitats de desenvolupament de la menor a favor de la progenitora d'un import de 300.- euros mensuals, el qual s'haurà de fer efectiu dins dels cinc primers dies de cada mes al compte bancari de la progenitora, corresponent a les despeses ordinàries de la menor.

Segon.- No fer especial imposició de les costes judicials ocasionades".

IV.- Contra aquesta darrera Resolució, la representació processal de la Sra. B. M. R. G. articula recurs d'apel·lació, presentant amb data registre del 1-4-2019 el seu escrit de conclusions, pel qual interessa la revocació de la Sentència dictant nova Sentència per la qual s'atribuís a la mare la guarda i custòdia de la filla menor en atenció a la seva edat, mantenint les mesures adoptades per Aute de 20-4-2013 durant un període de 2 o 3 anys.

El Ministeri Fiscal i el Sr. S. s'han oposat al recurs d'apel·lació plantejat.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- ANTECEDENTS D'INTERÈS:

Els Srs. Emmanuel J. S. G. i B. M. R.G. mantingueren una relació sentimental durant uns 3 anys fruit de la qual el dia 2-7-2014 naixia na Z. La menor ha sofert al llarg de la seva vida, crisis d'epilèpsia que requereixen d'un tractament mèdic constant, i d'una especial atenció dels seus cuidadors en la detecció precoç dels signes anunciadors previs a cada crisi per a adoptar les mesures de protecció adequades.

La convivència entre els litigants cessava l'any 2016, iniciant-se per part del Sr. G. un procediment judicial encaminat a regular la nova situació de fet. En aquest, per Aute de 20-4-2016 i amb caràcter provisionalíssim, es concedia a la mare la guarda i custòdia de la menor, atribuint al pare un ampli règim de contactes consistent en caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola i fins el dilluns el matí, i tots els dimecres amb pernocta, més la meitat de les vacances escolars. Posteriorment, una volta practicats els mitjans de prova, la Sra. Batlle en la Sentència avui recorreguda, disposava d'un sistema de guarda i custòdia compartida entre els progenitors, en les modalitats que en aquesta s'estableixen. I és contra

aquesta decisió que s'alça la Sra. R., considerant que el règim més adequat als interessos de na Z. era aquell que s'havia establert en l'Aute de 20-4-2016, amb fonament als greuges següents.

II.- Considera que na Z. havia de continuar en un sistema de guarda i custòdia materna com sia que la prova pericial practicada evidenciava una major afinitat de la menor envers la mare. Referia que havia estat la cuidadora principal de la menor, de manera que era perfectament coneixedora de les seves necessitats i de les pautes a seguir en cas de que la mateixa pogués presentar una crisi. Afegia que al seu criteri, l'eventual establiment d'un sistema de custòdia compartida no es podria valorar fins d'aquí uns dos o tres anys quan la menor fos capaç d'expressar-se per si sola. En un altre ordre d'idees, destacava que el Sr. S. continuava participant en esdeveniments esportius que requerien viatges a l'estranger el que suposava un clar inconvenient per a la cura de la menor doncs na Z. requeria d'una regularitat important en el descans i en la prestació de les atencions que el pare en el context indicat no li podia dispensar. Finalment destacava que la comunicació entre els progenitors tampoc era fluïda.

Hem pogut repetir de manera constant que el paràmetre rector a l'hora de decidir qualsevol mesura judicial que incideixi en els interessos d'un menor havia de ser adoptada des del prisma del seu interès superior entès com *"(…) un concepte jurídic indeterminat que cal relacionar amb el desenvolupament lliure i integral de la personalitat del menor i la supremacia de tot el que el beneficiï més en enllà de les pròpies preferències dels seus pares, guardadors o àdhuc administracions públiques en ordre tant al seu desenvolupament físic, ètic i cultural com de la seva salut, benestar psíquic i afectiu, juntament amb altres aspectes de tipus material o fins i tot simplement amb la protecció dels seus interessos fonamentals"* (Sentència de 4-12-2018, rotlle TSJC-257/18)

Esmentant la llacuna legal que fins ara concorria, la Llei 14/2019 qualificada dels Drets dels Infants i els Adolescents, regula el principi de l'interès superior de l'infant i l'adolescent disposant:

"1. L'interès superior de l'infant i l'adolescent ha de regir qualsevol disposició normativa o resolució administrativa o judicial que es refereixi als infants i els adolescents, així com qualsevol actuació duta a terme en el si de la seva família, el seu centre educatiu o el seu entorn social.

2. S'ha d'entendre per interès superior de l'infant i l'adolescent la consideració i la supremacia imperativa de les condicions més adients per garantir el ple respecte i l'acompliment efectiu dels drets de cada infant o

adolescent, així com de les circumstàncies que afavoreixin el lliure desenvolupament de la seva personalitat.

3. D'acord amb les Observacions generals del Comitè dels Drets de l'Infant, s'ha d'aplicar de manera primordial el principi de l'interès superior dels infants i els adolescents, des de la triple vessant:

a) Com a dret substantiu, fet que suposa una garantia per a l'infant i l'adolescent, ja que tota decisió que l'afecti ha de considerar fonamentalment els seus millors interessos.

b) Com a principi interpretatiu i de resolució de conflictes, en el sentit que si una disposició jurídica admet diverses interpretacions, s'ha d'escollir la que sigui més favorable des de la perspectiva de la garantia dels drets dels infants i els adolescents.

c) Com a regla processal, en el sentit que qualsevol decisió que s'hagi de prendre en relació amb un infant o adolescent ha de seguir el raonament i la fonamentació basats en el seu interès superior, i ha de comptar, sempre que sigui possible, amb la seva opinió”.

Efectuades les anteriors precisions, i centrant-nos en el sistema de custòdia compartida que es discuteix aquesta Sala ha pogut recordar de manera constant els nombrosos beneficis que resulten d'un sistema de custòdia compartida. En la nostra darrera decisió dictada en aquest àmbit (Sentència de 26-2-2019, TSJC-226/2018) destacàvem:

“IV.- És cert que el sistema de guarda i custòdia compartida entre els dos progenitors d'un menor és desitjable sempre que no existeixin greus inconvenients per la seva implantació, ja que, com destaca, entre altres, la Sentència d'aquesta Sala de 29 d'abril del 2016, “No hi ha dubte que aquest sistema de guarda presenta grans avantatges per l'evolució i el desenvolupament del menor en aquelles situacions de ruptura familiar, de manera que s'evita el conegut 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”.

En el mateix sentit la mateixa Sentència destaca que “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”.

La citada resolució posa de relleu igualment que: “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 i el document Bailly —Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée (2002)—).”

No obstant, la jurisprudència dels Tribunals andorrans és constant en posar de relleu que a l’hora d’establir aquest règim s’han de tenir en compte, en tot cas, una sèrie de paràmetres, entre els quals cal destacar, pel que fa a les circumstàncies en les què es desenvolupa el present litigi, la necessitat de que els llocs de residència dels dos progenitors estiguin pròxims entre si, o com a mínim no excessivament allunyats, per tal de facilitar el trasllat del menor de l’un a l’altre i que aquest pugui cursar els seus estudis a una única escola (...)”.

Si aquestes previsions es traslladen al supòsit que s’examina, la part recurrent no introdueix cap element que desvirtui la conclusió assolida per la Sra. Batlle. En efecte, malgrat sigui innegable que el vincle afectiu amb la mare sigui a hores d’ara més intens que aquell que pot tenir amb el seu pare, aquest extrem és imputable a la curta edat de la menor (4 anys) i al fet que fins ara la Sra. R. n’ha estat la seva cuidadora principal. Malgrat el que acabem d’indicar però, la valoració del conjunt dels elements de prova obrant en les actuacions, porten a considerar que tots dos progenitors gaudeixen dels atributs escaients per a tenir cura de la menor. En primer lloc s’ha de remarcar que la pericial psicològica practicada destaca que el pare presenta un interès sincer per a poder participar de manera activa en les fases pròpies a la criança de la seva filla i que, de la mateixa manera que succeeix amb la mare, disposa dels atributs necessaris per a tenir-ne cura de manera integral, això és fins i tot des d’una perspectiva mèdica en conèixer de manera adequada el problema de salut de na Z., el tractament farmacològic associat i alhora les pautes a seguir per tal de fer front a tota crisi d’epilèpsia que la menor pot sofrir de manera imprevisible. Tampoc podem perdre de perspectiva que el mateix és mestre a l’escola andorrana, disposant de facilitats organitzatives a l’hora de tenir cura de la seva filla així com de períodes de vacances que corresponen amb tots els de la menor. En aquest context, el fet que el vincle que la menor pot presentar amb la mare sigui més intens, no pot constituir un obstacle per a l’establiment d’un sistema de custòdia compartida.

Quant al fet que el pare pugui desenvolupar una activitat esportiva que implicava el seu desplaçament a l'estranger, aquest argument resulta estèril a partir del moment en que el pare sempre ha condicionat la pràctica de rugbi a les necessitats de la seva filla de tal manera que el mateix s'ha donat de baixa dels clubs en que participava per tal de centrar tots els seus esforços en l'atenció de na Z.

Finalment, pel que es refereix a les dificultats de comunicació que poden existir tampoc els arguments de la recurrent poden reeixir. En efecte com indicàvem la Sentència de 28-4-2016 (TSJC-476/2015) *“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”*, i en el supòsit examinat no s'extreu que entre les parts existeixi altre dificultat que la pròpia a tota situació de trencament de la convivència.

En atenció a tot l'exposat, tot porta a considerar que el sistema de custòdia compartida progressiva en les modalitats en que ha estat establerta per la Sra. Batlle, és el sistema que millor assegura l'íntegre desenvolupament emocional de la menor i en conseqüència el recurs articulat ha de ser rebutjat, tot i confirmant-se íntegrament la Sentència dictada.

III.- 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 Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la Sra. B. M. R. G. contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 9-10-2018 que confirmem de manera íntegra.

I sense fer especial pronunciament pel que fa a les costes d'aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

Així per aquesta nostra resolució, definitivament jutjant, ho
pronunciem, manem i signem.-