

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, a 3 de setembre del 2019

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del magistrat Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA, que ho és del Tribunal, i els magistrats Sr. Vincent ANIÈRE i del Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 24.10.18 el Batlle va dictar Sentència i va decidir :

“PRIMER.- *Estimar en gran part la demanda de modificació de mesures paternofilials formulada a instància del Sr. E.M.G contra la Sra. I.O.C.*

SEGON.- *Declarar l'establiment de les següents mesures paterno-filials:*

1.- Mantenir la pàtria potestat del menor, E.M.O, de forma conjunta sobre ambdós progenitors.

2.- Atribuir la guarda i custòdia del menor a favor del pare.

3.- Establir un règim de visites a favor del progenitor no custodi de caràcter reduït i sense pernocta consistent en caps de setmana alterns els dissabtes i diumenges des de les 9:00h fins a les 19:00h. Pel que fa als períodes de vacances, no es fixa un règim específic, havent de prendre en consideració la voluntat del menor alhora de repartir el seu temps lliure entre ambdós progenitors. En qualsevol cas, tant el progenitor custodi haurà d'intentar incentivar el contacte entre mare i fill com la progenitora haurà de treballar progressivament el seu apropament envers el menor.

4.- Fixar una pensió d'aliments a càrrec de la mare de 400€ mensuals a incrementar anyalment amb l'IPC i a ingressar entre els dies 1 i 5 de cada mes al número de compte que determini el progenitor custodi.

5.- Establir un repartiment de les despeses extraordinàries per meitats. El mateix criteri s'aplicarà en relació a les despeses extraescolars consensuades. Alhora de classificar una despesa com a ordinària, extraordinària o extraescolar caldrà estar a l'establert en el fonament de dret V."

II.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal la Sra. I.O.C i, en virtut dels arguments que exposa en el seu escrit de conclusions de data 5.3.19, demana que es revoqui la sentència recorreguda i es dicti resolució acordant:

A) De forma principal, el restabliment de la guàrdia i custòdia compartida, amb l'establiment de les mesures d'adaptació pel menor escaients.

B) Subsidiàriament, atorgant la guàrdia i custòdia del menor al Sr. E.M.G en els termes per ell demanats, fixant una pensió a càrrec de la Sra. I.O.C de com a màxim 140.-€ mensuals.

C) Atenent a què la pretensió de la part agent és precipitada, per tal de modificar de forma substancial les mesures paterno-filials, ço que ha obligat a aquesta part a recórrer a la contractació dels serveis d'un advocat, es sol·licita que la part agent sigui condemnada al pagament de totes les costes judicials, incloent les despeses d'advocat, en ambdues instàncies.

III.- En data 25.3.19 el Ministeri Fiscal presenta el corresponent escrit de contesta a les conclusions, i en virtut dels arguments que exposa, s'oposa al recurs d'apel·lació formulat per la Sra. O.

La representació processal del Sr. E.M.G per escrit de contesta a les conclusions de data 29.11.18 sol·licita que es desestimi les pretensions de la Sra. O ratificant íntegrament la sentència de primera instància i fent, en el seu cas si així ho considera el Tribunal, fer imposició de les costes d'aquesta alçada a l'apel·lant amb expressa inclusió dels honoraris d'advocat i procurador.

IV.- Per aute d'aquesta Sala de data 30.7.19, el Tribunal decidí:

"Primer.- No donar lloc a les pretensions probatòries sol·licitades per les parts litigants en tràmit d'apel·lació.

Segon.- Sol·licitar a la part recurrent que indiqui en el termini de dos dies hàbils si desitja celebrar el tràmit de vista oral."

Ha actuat com a magistrat ponent el Sr. Carles CRUZ MORATONES.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- En el present procediment sobre modificació de mesures paterno-filials, la part agent el Sr. E.M.G reclama que se li concedeixi de manera continuada la guarda i custòdia del seu fill Ed (nascut el 23 d'octubre de 2xxx); una pensió d'aliments a càrrec de la mare, i amb llibertat del fill de contactes materno-filials. La sentència d'instància estima la modificació de mesures i atorga la guarda al pare i fixa una pensió d'aliments a càrrec de la mare.

Contra tal decisió s'alça la mare. S'oposa al recurs el Ministeri Fiscal i el pare.

SEGON.- Necessitat de ser escoltats els menors. Qüestió d'ordre públic processal

Es fa necessari abordar per la Sala - com ja férem en la ATJC 266/18 de 29.1.19 o en el de 24.1.19 ATJC 304/18, en la si cal que existeixi per l'autoritat judicial una entrevista directa amb l'infant afectat o és suficient que pugui ser suficient l'entrevista que pugui efectuar algun altre professional o institució.

Com es sabut, d'acord amb l'article 3.4 de la Constitució, els tractats i acords internacionals s'integren en l'ordenament jurídic a partir de la seva publicació en el B.O.P.A i no poden ser modificats o derogats per les lleis. Els nostre país no només ha ratificat la Convenció dels drets de l'infant, aprovada per Nacions Unides en l'Assemblea General de 20.11.1989, sinó que també ha ratificat els protocols facultatius de la Convenció esmentada, així com altres convenis internacionals de Nacions Unides i del Consell d'Europa que tenen relació amb la infància i l'adolescència. No podem passar per alt l'article 12 de la Convenció esmentada, que preveu:

"1. Els Estats parts garanteixen a l'infant, que estigui en condicions de formar-se un judici propi, el dret d'expressar lliurement la seva opinió sobre tota qüestió que l'afecti; les opinions de l'infant han d'ésser degudament preses en consideració tenint en compte la seva edat i el seu grau de maduresa.

2. A tal fi, hom donarà especialment a l'infant la possibilitat d'ésser escoltat en qualsevol procediment judicial o administratiu que l'afecti, sigui directament, sigui per l'intermediari d'un representant o d'un organisme apropiat, de manera compatible amb les normes de procediment de la legislació nacional".

Ni en relació a aquest precepte, l'observació general 12 relativa al dret del menor de ser escoltat adoptada pel Comitè dels Drets de l'Infant a l'ocasió de la 51^a sessió del 25.5.2009 que ja recollíem en la nostra STJC 304/18 que analitza literalment el contingut de l'esmentat art. 12 de la

Convenció per arribar a la recomanació que sempre es doni prioritat a l'opció de que el menor sigui escoltat directament pel Tribunal.

També es sabut que el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) és el màxim intèrpret del Conveni Europeu de Drets Humans de 4.11.1950, ratificat per Andorra en el 21.12.1995, el qual en l'article 6 ens defineix el que ha d'entendre's per un judici just o equitatiu. Recordem que el Tribunal Constitucional ha dictaminat que la jurisprudència TEDH és font d'interpretació dels drets humans previstos en la Constitució (STC 20.12.16 RE36).

Doncs bé, el TEDH ha considerat que dins de la seva definició s'hi comprèn el dret d'un menor d'edat de ser escoltat directament pel jutge abans de prendre una decisió que li afecti de manera personal o patrimonial.

Així ens trobem que la sentència del TEDH d'11.10.16 (Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra Espanya) es pronuncia en els següents termes:

“...42. Apunta que la petición del trámite de audiencia de las menores fue formulada expresamente ante el Juzgado de Primera Instancia en cuanto la demandante se opuso, el 28 de febrero de 2007, a la demanda de divorcio (apartado 9 anterior). No aprecia ninguna razón que justifique que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor con una edad entonces de más de 12 años, no fuera recogida directamente por el Juzgado de Primera Instancia en el marco del procedimiento de divorcio, como lo exigía la Ley interna (apartado 18 anterior). El TEDH no ve tampoco ninguna razón que justifique que el Juzgado de Primera Instancia no se pronunciara, en el marco de este mismo procedimiento, de manera motivada sobre la solicitud de la hija menor de ser oída por aquel, tal como se lo exigía la Ley. La denegación de oír por lo menos a la hija mayor, así como la ausencia de cualquier motivación para rechazar las pretensiones de las menores de ser oídas directamente por el Juez que debía resolver sobre el régimen de visitas de su padre (apartado 13 anterior), conduce al TEDH a concluir que se ha privado indebidamente a la Sra. Iglesias Casarrubios del derecho de que sus hijas sean oídas personalmente por el Juez, no obstante las disposiciones legales aplicables, sin que las jurisdicciones superiores que examinaron los recursos que aquella había interpuesto pusieran remedio a tal privación.

43. Por lo que el TEDH concluye que las jurisdicciones internas no han garantizado a la demandante su derecho a un proceso equitativo, en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio.

En consecuencia, se ha producido vulneración de esta disposición.....”

Finalment ja en el nostre país, l'aprovació de la Llei 14/2019 qualificada dels drets dels infants i adolescents, ha vingut a donar un cos normatiu complet, absolutament alineat amb els compromisos internacionals

assumits pel Principat, i donar un marc legal modern i adaptat a l'atenció precisa de totes les persones menors d'edat, per tal de reconèixer el dret al lliure desenvolupament de la seva personalitat, com es pot llegir en la seva Exposició de motius.

Recordem que l'**article 1** disposa:

“Marc general d'aplicació i interpretació de la Llei

1. Les normes d'aquesta Llei i les que en siguin complementàries, així com la resta de disposicions jurídiques sobre els drets dels infants i els adolescents, s'han d'interpretar en concordança amb els convenis internacionals ratificats per l'Estat andorrà, especialment la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de l'infant, del 20 de novembre de 1989, els seus protocols facultatius i les Observacions generals del Comitè dels Drets de l'Infant, i també d'acord amb els principis establerts en la Constitució i en la resta de la normativa que forma part de l'ordenament jurídic andorrà.

2. Aquesta Llei fixa el marc en el qual es consolida un principi de corresponsabilitat social entre les administracions públiques, la família i la ciutadania, amb el protagonisme destacat dels infants i els adolescents, amb l'objectiu de promoure i garantir el respecte i el compliment efectius dels seus drets i deures, i l'exercici responsable dels drets esmentats per part de les persones que en són titulars.”

Dins dels principis rectors destaquem l'**article 13** que disposa:

“Principi de l'interès superior de l'infant i l'adolescent

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."

Quant al dret a ser escoltat preveu l'**article 15**:

"Dret a ser escoltat

1. L'infant o l'adolescent, d'acord amb la seva capacitat progressiva i la seva evolució personal i, en tot cas, a partir dels dotze anys, té dret a ser escoltat de manera activa, és a dir, amb respecte i consideració de la seva opinió, en els seus àmbits de relació familiar, escolar i social, així com en els processos judicials o administratius que puguin incidir en la seva situació personal.

2. El dret a ser escoltat ho és sense perjudici de la pràctica de les proves que concerneixen l'infant o l'adolescent i s'ha de garantir de manera que es pugui fer lliurement i en condicions adients al seu grau de maduresa. Aquest dret s'ha d'exercir, a més, en un entorn adient, en clau d'intimitat, reserva i seguretat, i, en tot cas, amb ple respecte de la seva opinió, de manera que pugui rebre una resposta adequada, en consideració a la situació concreta, i d'acord amb la seva personalitat i el seu interès superior."

I l'article 22:

"Intervenció en els processos judicials i de mediació

1. La intervenció dels infants i els adolescents en un procés judicial davant qualsevol jurisdicció o en un procés de mediació s'ha de fer en un entorn favorable i en unes condicions que permetin prendre en consideració la seva edat, el seu grau de maduresa i desenvolupament, i les seves dificultats de comunicació eventuais.

2. Les autoritats i els professionals que participen en processos judicials o de mediació en què intervinguin infants i adolescents han d'haver rebut una formació específica per comunicar-se d'una forma amigable i evitar perjudicis ulteriors a l'infant o l'adolescent."

Finalment quant als compromisos internacionals, l'**article 124** obliga a :

"Acords internacionals en matèria de protecció als infants i els adolescents

Les administracions públiques, en l'àmbit de les seves competències, han de promoure l'establiment de nous acords bilaterals o multilaterals, o l'adhesió a acords ja existents, en l'àmbit de la protecció als infants i els adolescents."

En conclusió, no pot restar cap mena de dubte que el nostre ordenament jurídic està dotat plenament d'instruments institucionals i marc

normatiu per fer efectius els drets dels infants i adolescents dins d'un marc harmònic amb els compromisos internacionals sobre la matèria. I, en particular, escoltar personalment el menor, segons el seu grau de maduresa que consti al Tribunal i, en tot cas, quan sigui major de 12 anys, és ja una qüestió d'ordre públic dins el nostre procés, d'inexcusable observança. Per aquesta raó hem declarat la nul·litat d'actuacions i la retroacció de les actuacions.

Altra cosa diferent és si la voluntat expressada del menor hagi de vincular necessàriament al Tribunal. Òbviament no pot ser així, doncs l'opinió, els desitjos, o pensaments d'un menor d'edat han de ser ponderats en funció de les circumstàncies concurrents en cada cas, a fi de que el Tribunal pugui preservar el seu interès, que no sempre serà coincident amb la seva voluntat o desitjos, però, si el Tribunal s'aparta d'ells, haurà de tenir especial cura en motivar la seva decisió a fi de garantir que les parts del procés i, en especial el Ministeri Fiscal (com a garant de la salvaguarda de l'interès del menor, art. 93 Constitució i art. 89.3 de la LQJ), puguin impugnar la seva decisió si no hi estan conformes.

TERCER.- Dit això, cal entrar a examinar les circumstàncies del cas present en el qual la part apel·lada (el pare) demana, sota criteri del Tribunal, si cal tornar a escoltar el fill de 14 anys sobre la mateixa qüestió per la qual ja va declarar anteriorment a presència judicial. El Tribunal considera que atès que el menor ja ha complert els 14 anys i ha arribat a un cert grau de maduresa adolescent; que ja ha estat escoltat a presència judicial, i amb participació inexcusable del Fiscal, on ha expressat amb sinceritat i claredat la seva opinió i desitjos; que no consta que hagi existit cap voluntat del menor de voler canviar d'opinió o un fet extraordinari que ens permeti concloure que així ha estat, no resulta convenient tornar-lo a sotmetre a l'inevitable estrès que li ha de comportar comparèixer davant d'un Tribunal (malgrat s'adoptessin mesures per tal de reduir al màxim la seva tensió ambiental). Cal tenir en compte que si ja ha estat escoltat davant el Batlle i el Fiscal, pot resultar suficient, a manca de circumstàncies com les ja indicades, i evitar que es causi a un menor una "victimització secundària" que sempre cal evitar quan es pugui.

A més, observem que la proposta paterna de ser escoltat de nou el seu fill, rau més en la intenció de desmuntar els arguments de la mare que no en la necessitat del fill d'explicar al Tribunal la seva opinió i desig sobre la guarda que els seus progenitors es disputen. Això reforça que no estímem convenient tornar-lo a escoltar en aquest cas.

QUART.- Dit això, hem d'entrar a examinar el primer motiu del recurs que planteja la mare. Considera la mare que el fill està en contra seva per inducció negativa cap a ella (relata una trobada amb el tutor escolar en la qual hi va haver un malentès en l'hora de la convocatòria), però cal tenir present que en l'edat adolescent de l'E no és una etapa senzilla per a molts progenitors, però que tampoc és inalterable en el temps, sinó que van canviant en funció de la seva evolució madurativa. Això fa que no es pugui imputar a actuacions malintencionades de l'altre progenitor. L'E no s'allunya dels paràmetres dels joves de la seva edat, a la vista de les proves aportades. Els seus resultats escolars són bons encara que pugui haver alguna matèria curricular que no li sigui tan exitosa i en això hi poden intervenir diferents factors.

Per tant, a la seva edat ja no se li pot imposar ni una guarda ni una previsió de contactes amb el progenitor no custodi sense que aquesta imposició no li agreugi el seu distanciament. Cal fer l'abordatge de la relació amb altres paràmetres diferents per ajudar a madurar la seva personalitat i exhortar als progenitors que l'ajudin en aquest procés que durarà uns anys, avantposant l'interès del menor per damunt del propi. Han de considerar el caràcter evolutiu del seu fill el qual arribarà al seu propi judici de com varen fer front a la situació de la seva adolescència cadascun dels seus pares. Dit en altres paraules, en aquesta fase hauran de donar més del que potser reben, però això tindrà els seus fruits en el mig i llarg termini, que són realment els que importen i es mantenen en el temps.

Ateses aquestes consideracions, hem de respectar la voluntat expressada per l'E i no forçar-lo a una situació que no li és volguda (i que de facto ja és realitat des del 2017) i que amb aquesta decisió afavorirem una millor relació amb la mare que anirà –de ben segur- millorant des de la seva llibertat de judici, el qual anirà evolucionant, com ja acabem de dir.

El motiu es desestima i es manté el canvi de mesura sobre la guarda i custòdia resolta per la sentència d'instància.

CINQUÈ.- El segon motiu es centra en la pensió d'aliments que la sentència xifra en 400€ mensuals. Demana la Sra. O que la pensió sigui de 140€ mensuals. El Ministeri Fiscal s'oposa a aquesta rebaixa de la pensió alimentària.

Però de la prova practicada arribem a la mateixa valoració que la sentència d'instància. Els ingressos mensuals dels dos progenitors són

similars (2.700€ mensuals) i atès que el menor ha de ser mantingut no únicament en les partides d'habitatge, alimentació, vestit, assistència sanitària, previsió, formació i educació sinó també en les d'oci (que en les d'un nen de 14 anys no són insignificants), les quals també ajuden al desenvolupament de la seva personalitat, considerem que una pensió de 400€ mensuals per l'E està fixada de manera proporcional i raonable, doncs la mare no tindrà pràcticament cap altra despesa envers al seu fill. Tot això sense perjudici que si en el futur li canvien els seus ingressos (com anuncia en el seu recurs) pugui reexaminar-se la seva situació i, si és el cas, prendre una altra decisió modificativa.

El motiu tampoc reeixir.

SISÈ.- Malgrat la desestimació del recurs, atesa la naturalesa dels interessos que es ventilen en aquesta classe d'assumpes, no fem pronunciament sobre les costes causades en aquesta alçada.

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 representació processal la Sra. I.O.C contra la Sentència dictada per l'Hble. Tribunal Unipersonal de Batlles en data 24 d'octubre de 2018, que confirmem íntegrament.

No fem pronunciament de les costes causades en aquesta alçada derivades d'aquest recurs.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

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