

# **SENTÈNCIA**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 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. Jaume TOR PORTA i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

## **ANTECEDENTS DE FET**

I.- Per escrit de 1-2-2017 el Sr. T.F.B.S. va formular demanda de mesures paternofilials, a tramitar pel procediment de l'article 63 de la llei qualificada del matrimoni, contra la Sra. D.M.P., tot interessant es vulgui dictar sentència pel què s'adoptin les mesures següents:

a) personals; consistents en l'atribució de l'ús del domicili que havia estat conjunt i, el retorn d'afers de la seva propietat, com la repartició per meitats d'aquells mobiliari i decoració del pis que va ser comprat a mitges i;

b) paternofilials; relatives a la pàtria potestat, guarda i custòdia, repartiment dels períodes i, proporció en l'assumpció de les despeses del fill comú N.S.M.

II.- En data 15-2-2017 es practicava per l'Hble. Sra. Batlle l'acte de conciliació legalment previst en atenció al procediment endegat sense que les parts assolissin cap mena d'acord, oposant-se la Sra. D.M.P. principalment al sistema de guarda i custòdia compartida proposat pel pare,

així com a qualsevol pernocta del menor en lloc altre que no sigues el domicili de l'àvia paterna.

III.- En data 15-2-2017 es dictava Aute amb la següent part decisòria:

*“Decideix: Homologar l'acord conclòs entre els Srs. T.F.B.S. i D.M.P. i per consegüent adoptar les següents mesures provisionalíssimes fins l'adopció de les mesures provisionals interessades pel Sr. T.F.B.S. per escrit presentat en data 1 de febrer del 2017:*

*Atorgar la pàtria potestat del fill N.S.M. conjuntament als seus progenitors;*

*Atorgar la guarda i custòdia del fill N.S.M. a la seva mare Sra. D.M.P.;*

*Fixar els següents contactes paterno-filials: Que s'atorga un règim de visites en favor del pare i de forma provisionalíssima, consistent en els caps de setmana alterns, des del divendres a les 8:15/8:30 hores fins el diumenge a les 18:00 hores amb pernocta sempre i quan ho sigui a casa de l'àvia paterna. Altrament, la Sra. D.M.P., quan sigui el cas, podrà visitar el fill els divendres a la tarda de les 18:00 hores a les 20:00 hores al domicili de l'àvia paterna. Pel supòsit en que l'àvia paterna s'oposés a que la Sra. D.M.P. romanguí en el seu domicili els divendres alterns, l'àvia paterna recollirà el menor a les 20:30 hores al domicili matern. S'estableix que aquest cap de setmana (dies 17-18-19) s'inicia el règim referit en favor del pare. Igualment, s'atorga un règim de visites intersetmanals de dilluns a divendres durant tots els matins, de les 8:15/8:30 hores en un lloc públic a Encamp i retornant-lo el pare a l'escola bressol cap a les 13:00 hores.*

*Establir un auxili econòmic i a càrrec del pare de 300 euros, que haurà de satisfer al compte corrent que la mare indiqui dins els 5 primers dies de cada mes, actualitzable anyalment d'acord amb l'IPC i disposar el pagament de les despeses extraordinàries a càrrec dels progenitors per meitats.*

*Quedant ben entès que qualsevol incidència significativa sobre l'estat de la menor s'haurà de comunicar a aquesta Batllia;*

*No hi ha lloc a efectuar cap pronunciament en costes judicials”.*

IV.- Una volta practicades les parts proposades per les parts litigants i evacuat el tràmit de conclusions, en data 12-10-2017 l'Hble. Sra. Batlle dictava Sentència amb la següent part decisòria:

*“DECIDEIX: Donar lloc parcialment a la demanda de mesures paternofilials interposada pel Sr. T.F.B.S. a l'atenció de la Sra. D.M.P. en data 1 de febrer de 2017 i, establir les següents mesures paternofilials:*

- *Atorgar la pàtria potestat del fill N.S.M. conjuntament als seus progenitors;*

- *Atorgar la guarda i custòdia del fill N.S.M. a la seva mare Sra. D.M.P.;*

- *Establir en favor del progenitor no custodi el següent règim de visites: –per mentre no vagi a escola- consistent en:*

- \* Caps de setmana alterns, des del divendres a les 8:15/8:30 hores fins el diumenge a les 18:00 hores, en què el pare haurà de reintegrar el menor al domicili de la mare, devent continuar el torn iniciat.*

- \* Visites inter-setmanals, de dilluns a divendres, a comptar de les 8:15/8:30 hores, devent-se efectuar per part de la mare en un espai públic, a proximitat del domicili del pare, o bé a l'escola bressol d'Escaldes-Engordany, sempre però que existeixi en aquest darrer cas una causa justificada.*

- \* La meitat de les vacances d'estiu (juliol i agost) i, alternant-se períodes de 15 dies. Al respecte els progenitors hauran de convenir dit període en funció de les seves vacances laborals i del gaudiment equitatiu d'aquelles amb el seu fill.*

*-Quan el menor comenci l'escola- el règim anterior quedarà substituït pel següent:*

- \* Caps de setmana alterns, des del divendres a la sortida de l'escola o activitat extra-escolar fins el diumenge a les 18:00 hores, en què el pare haurà de reintegrar el menor al domicili de la mare, devent continuar el torn iniciat.*

- \* un dia inter-setmanal, que coincideixi si és possible amb el dia de festa del pare, des de la sortida de l'escola o activitat extra-escolar i fins a l'endemà al matí en què l'haurà de portar al col·legi.*

- \* La meitat de les vacances escolars. Aquestes s'iniciaran el darrer dia lectiu del menor en què haurà de ser recollit pel pare al col·legi o, activitat extraescolar, segons s'escaigui.*

- a) Respecte les vacances de Nadal, correspondrà al pare el primer període els anys parells i, a la mare, els senars. S'entendrà que la primera meitat del període s'inicia l'últim dia lectiu, a la sortida de l'escola i/o activitat extraescolar i acaba el 30 de desembre a les 18 hores. La segona meitat s'inicia a comptar d'aquesta data i hora i fineix el dia anterior a l'inici de l'escola a les 18 hores en què haurà de ser reintegrat al domicili matern.*

- b) Respecte les vacances d'estiu, aquestes es fraccionaran i, s'alternaran per quinzenes, corresponent-li al pare la primera quinzena els anys parells i, la segona els senars.*

*c) Les vacances de Setmana Santa el menor restarà en companyia del pare la primera meitat del període els anys senars i, la segona meitat els anys parells. En tots els casos es considerarà que la primera meitat fineix el Diumenge de Resurrecció.*

*d) Durant les vacances de Tots Sants i Carnestoltes el menor restarà en companyia del pare o, de la mare alternativament cadascun d'aquests períodes complerts, de manera que si resta en companyia del pare per Setmana Santa, resti amb la mare per Tots Sants, amb el pare per Carnestoltes i, a l'inrevés cada any. Li correspondrà a la mare, salvat acord entre les parts, les vacances de Carnaval els anys senars i, de Tots Sants els parells.*

*e) Els altres períodes de vacances de curta durada correspondran al pare i a la mare alternativament cada any.*

*\* Els dies de celebració pròpia del pare i de la mare (aniversaris i onomàstiques): els pares podran gaudir de la companyia de llur fill en aquests dies. El menor celebrarà el seu propi aniversari i onomàstica conjuntament amb els seus pares o, de forma separada, repartint-se en aquest cas el dia si és possible. En cas de desavinença es durà, de forma alternativa, amb cada progenitor, corresponent-li al pare els anys senars.*

*\* Qualsevol desplaçament a l'estranger, haurà de ser comunicat, així com l'adreça i, telèfon de contacte al progenitor que no el tingui en la seva companyia. Cada progenitor haurà de tenir, mentre el fill menor estigui en la seva companyia, el passaport i/o document d'identitat, així com el carnet de salut del menor.*

- Establir una pensió alimentària a càrrec del pare de 350 € mensuals que haurà de satisfer al compte corrent que la mare indiqui dins els 5 primers dies de cada mes, actualitzable anyalment d'acord amb l'IPC i disposar el pagament de les despeses extraordinàries a càrrec dels progenitors per meitats.*

- Desestimar els restants pediments.*
- No hi ha lloc a efectuar cap pronunciament en costes judicials”.*

V.- Contra aquesta darrera Resolució, el Sr. T.F.B.S. articula recurs d'apel·lació, presentant amb data registre del 8-1-2018 el seu escrit de conclusions, pel qual interessa la revocació de la Sentència recorreguda en el sentit d'adoptar, un sistema de custòdia compartida en relació al menor N.S.M. en les modalitats que s'indicaven, i subsidiàriament en el negat cas

que el tribunal considerés que el regim fixat pel tribunal a quo era adequat, es modifiqués el regim de visites partenofilials, a partir del moment en que el menor, iniciés l'etapa escolar de tal manera que el pare gaudeixi de la companyia del seu fill els caps de setmana alterns, des del divendres a la sortida de l'escola o activitat extra escolar fins el dilluns a l'entrada a l'escola i d'altre part dos dies inter-setmanals, a coincidir en el marge del possible amb el dia de festa del pare, des de la sortida de l'escola o activitat extra-escolar i fins a l'endemà al matí en què l'haurà de portar al col·legi. Alhora demanava es disposés que la Sra. D.M.P. li havia de retornar aquells afers personals que en l'escrit descrivia.

La representació processal de la Sra. D.M.P. s'ha oposat al recurs d'apel·lació plantejat.

El Ministeri Públic si bé s'ha oposat ara per ara a l'establiment d'un sistema de custòdia compartida, interessa l'establiment d'un règim de visites ampli a favor del pare consistent en tenir al menor dos dies a la setmana amb pernoctació inclosa, caps de setmana alterns i, per mentre no vagi a l'escola, el pugui també tenir en la seva companyia durant els matins.

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

## FONAMENTS DE DRET

I.- Com a primer motiu del seu recurs, el Sr. T.F.B.S. sustenta que la Resolució recorreguda, alhora de rebutjar l'establiment d'una sistema de custòdia compartida, es recolzava exclusivament en el seu horari laboral entenent que pel fet de treballar de les 16'00 a les 24'00 hores havia de delegar la custòdia del seu fill.

Defensava no obstant que de les actuacions practicades es conclouia que disposava dels atributs necessaris per a tenir cura del seu fill, afegint en tot cas que el fet de desenvolupar un treball, no podia constituir un

impediment per gaudir de la seva companyia, ni per privar el menor de contacte amb el seu progenitor.

Afegia que en mèrits de les mesures provisionalíssimes adoptades, veia diàriament el seu fill de tal manera que amb el sistema de contactes adoptat per la Sentència recorreguda això comportaria que a partir del moment en que el seu fill iniciés l'escolaritat, els contactes amb el seu pare es reduïssin de manera notòria, el que podria traduir-se amb dificultats d'enteniment i de comprensió de la nova situació en atenció a aquella anterior.

En tot cas precisava que el Tribunal no havia tingut en compte que podia obtenir una adaptació del seu horari laboral per tal d'estar el major temps possible amb el seu fill durant la setmana en que havia d'assumir-ne la custòdia, i que alhora disposava de la col·laboració de la seva mare (àvia paterna d'en N.S.M.) de tal manera que en definitiva podia compatibilitzar perfectament la seva activitat laboral amb la cura del seu fill.

Subsidiàriament i cas de que es considerés que el règim de custòdia fixat pel Tribunal esdevenia adequat interessava la seva ampliació al respecte d'aquell que la decisió recorreguda establia.

II.- Per tal de donar resposta als arguments del recurrent, ha de recordar-se que de manera reiterada, 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) recorda que la guarda i custòdia dels fills compartida entre els dos progenitors presenta 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 el concret supòsit que s'examina, les parts han proveït un esforç probatori important encaminat a acreditar les dificultats existents entre elles. En aquest sentit obren en les actuacions còpia dels diferents atestats realitzats pel servei de policia per raó de requeriments telefònics, denúncies per danys ocasionats a vehicles, amenaces i difamacions, les quals sols

permeten acreditar que les relacions entre els avui litigants es troben a l'antípoda d'aquelles que ha d'esperar-se dels progenitors d'un menor i que hauran de rectificar de manera urgent en benefici del correcte desenvolupament d'en N.S.M.

Malgrat el que acaba de ser exposat però cap element obra en les actuacions practicades que permeti considerar que els litigants no gaudeixen dels atributs parentals necessaris per a tenir cura del seu fill menor. De fet, s'observa com a partir del moment en que l'Hble. Sra. Batlle adoptava de manera provisionalíssima diferents mesures paternofilials, ambdós progenitors han tingut pràcticament contacte diari amb el seu fill (el pare al matí i la mare a la tarda) sense que s'apreciï que en N.S.M., malgrat la seva curta edat (avui dia encara no té 2 anys), hagi experimentat cap mena de dificultat. Pel contrari el pare, disposa d'una activitat laboral estable que li ofereix recursos econòmics adequats i gaudeix de recolzament familiar al Principat d'Andorra.

Malgrat aquestes circumstàncies el sistema de guarda i custòdia compartida que pretén el Sr. T.F.B.S. esdevé a hores d'ara inviable. En efecte, la custòdia d'un menor d'una edat tant curta com la d'en N.S.M. requereix per part del progenitor que la pretén d'una disponibilitat mínima que li permeti participar en les necessitats que el desenvolupament afectiu i personal del seu fill demana de manera diària. En el supòsit del recurrent, el mateix treballa en el ram de la restauració amb uns horaris de treball diaris de les 16 a les 24 hores i que per tant no s'adequa a aquell que una volta en N.S.M. iniciï la seva escolaritat seguirà. Malgrat aquesta clara dificultat, el Sr. T.F.B.S. avança que disposa de la col·laboració que li pot assegurar la seva mare (àvia paterna del menor). En el concret supòsit que s'examina però no es pot parlar d'una col·laboració puntual com per exemple succeeix quan els avis recullen els menors a la sortida de l'escola, els fan berenar etc, sinó que en atenció als horaris de treball del pare suposen en definitiva que la cura i atenció quotidiana del menor serien assumits en exclusiva per l'àvia paterna, doncs de mantenir-se l'actual activitat laboral del pare, el contacte entre el recurrent i el seu fill quedaria limitat al matí fins el moment d'accés a l'escola, el que a totes llums que no s'adequa als atributs que un progenitor custodi

ha de desenvolupar en atenció a l'edat del fill (encara no ha complert dos anys).

Tampoc són de rebut les al·legacions que el Sr. T.F.B.S. efectua quan defensa que el dret al treball és un dret fonamental de tal manera que no es podia impedir el contacte entre un pare i un fill per aquesta raó. En efecte, sense negar-se la importància del treball en tota societat, els mecanismes de protecció d'un menor entre els quals s'incardina el sistema de custòdia, són preferents de tal manera que correspon al pare realitzar l'esforç escaient encaminat a conciliar la seva activitat laboral amb les necessitats del seu fill.

Sosté també el pare de que l'Hble. Sra. Batlle no havia valorat la possibilitat que tenia d'adaptar el seu horari laboral. Malgrat aquesta precisió, no existeix cap prova en les actuacions que recolzi aquesta afirmació, de tal manera que la mateixa no podia ser valorada ni en la instància ni en aquesta alçada.

En aquest context, la decisió de l'Hble. Sra. Batlle alhora d'atorgar a la mare la guarda i custòdia d'en N.S.M. per raó de la seva major disponibilitat horària i en atenció a la dificultat que l'horari de treball del pare presenta apareix com a ajustada a dret i a les circumstàncies personals que envolten el menor.

En conseqüència aquest punt del recurs ha de ser rebutjat.

III.- De manera subsidiària, el pare pretén que el règim de contactes a partir del moment en que el menor es trobi escolaritzat que li reconeix la resolució d'instància sigui ampliat. Aquest punt del recurs ha de prosperar. En efecte, no es pot oblidar que, ara per ara, i fins a que el menor no es trobi escolaritzat, el contacte entre aquest i el seu pare és diari: tots els matins i els caps de setmana alterns. En aquest context, limitar els contactes a caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola i fins diumenge a les 18 hores i un dia intersetmanal a coincidir en el dia de festa del pare apareix com a insuficient i pot comportar un trencament a una rutina preestablerta, especialment quan el pare expressa clarament la voluntat de



gaudir en la major proporció possible del seu fill i que cap element objectiu obra en autes que permeti qüestionar la idoneïtat d'allò que de manera subsidiària demana.

En aquest context i en consonància amb les conclusions del Ministeri Públic, ha d'adoptar-se el règim proposat pel pare consistent en caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola i fins el dilluns al matí en que el reintegrarà a l'establiment escolar i dos dies intersetmanals consecutius des de la sortida de l'establiment escolar del primer dia i fins a les 19 hores de l'endemà en que haurà de ser reintegrat al domicili matern. A manca d'acord entre progenitors en les dates d'exercici dels contactes intersetmanals, aquests s'hauran de desenvolupar els dimecres i dijous, el tot per tal d'assegurar una estabilitat en el dia a dia d'en N.S.M. que passa per a que aquest tingui un règim fix que no es vegi sotmès a constants canvis i variacions amb funció de les disponibilitats laborals del pare.

IV.- El segon greuge que s'articula per part del Sr. T.F.B.S. té a veure amb la manca de pronunciament adoptat per la Sentència recorreguda al respecte d'aquell conjunt de béns que en la demanda relata.

En aquest sentit sosté que no era procedent amb aquesta finalitat iniciar un procediment de liquidació del règim matrimonial com sia que no existia matrimoni, afegint que es tractava de les pertinences personals que es van quedar al domicili de la parella i que ara la contrapart retenia de manera abusiva.

La Sentència dictada pel Tribunal "a quo" rebutja aquesta pretensió sostenint *"al marge que la Sra. D.M.P. nega tenir-los en la seva possessió, totes les qüestions que ocupen a la liquidació del règim econòmic matrimonial (aquí per analogia) no poden ser tractades dins del procediment de separació i menys encara en el marc del procediment previst en l'article 63 de la Llei Qualificada del Matrimoni i en el seu cas hauran de fer l'objecte del procediment que per la quantia dels béns correspongui (STSJ Civ. 19-VII-11, TSJC-099/11, STJ civ. 23-XII-08, TSJC-201/08 núm. 3577)".*

Aquest raonament no es pot compartir. En efecte, la pretensió que articula el Sr. T.F.B.S. no suposa una liquidació de béns adquirits en comunitat per part dels avui litigants sinó que segons els seus dirs es tracta de recuperar diferents béns que li pertanyerien en exclusiva i quina viabilitat en el procediment de crisis matrimonial ha estat repetidament admesa per aquesta sala (cfr. entre altres, Aute rotlle TSJC-018/07 del 14 de juny del 2007, sentència rotlle TSJC-173/07 del 15 de maig del 2008, sentència rotlle TSJC-046/12 del 31 de maig del 2012 i Sentència rotlle TSJC-369/13 de 15 d'abril del 2014).

En el supòsit que s'examina la Sra. D.M.P. no discuteix en la seva contesta a la demanda (foli 17) la titularitat del Sr. T.F.B.S., limitant-se a indicar que ja no els té en la seva possessió en haver-los deixat en l'apartament que els avui litigants havien ocupat i que la mateixa va gaudir en exclusiva a partir del moment en que intervenia la ruptura de la convivència. En aquesta eventualitat i si bé és cert que la mateixa havia de vetllar per a que aquests fossin retornats al seu legítim propietari en lloc d'abandonar-los, a dia d'avui, la seva restitució material "in natura" en el present procediment esdevé impossible, sense perjudici de quantes accions pugui ostentar el Sr. T.F.B.S. per tal d'obtenir una indemnització per aquesta raó, quina però haurà d'articular-se en el procediment declaratiu escaient.

V.- 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**

ESTIMAR parcialment el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. T.F.B.S. contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 13 d'octubre del 2017, revocant la citada resolució pel que fa al règim de visites del recurrent respecte del seu fill N.S.M. a comptar del moment en que aquest estigui escolaritzat, acordant que el pare gaudirà de la companyia del seu fill els caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola i fins el dilluns al matí en que el reintegrarà a l'establiment escolar i dos dies intersetmanals consecutius des de la sortida de l'establiment escolar del primer dia i fins a les 19 hores de l'endemà en que haurà de ser reintegrat al domicili matern, disposant que a manca d'acord entre progenitors en les dates d'exercici d'aquests darrers contactes, aquests s'hauran de desenvolupar els dimecres i dijous.

CONFIRMAR 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.-