

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. Vincent ANIÈRE i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 14-01-2014, la Sra. M.P.L.M. va formular demanda en judici verbal civil, pel procediment abreujat, en demanda de separació contra el Sr. A.C.P., sol·licitant que es dictés sentència en el sentit de determinar la separació conjugal i la dissolució del règim econòmic matrimonial, així com l'atribució al Sr. A.C.P. del domicili familiar.

Altrament que es fixés que ambdós progenitors haurien de comunicar-se tot canvi de domicili i respecte del fill menor M.C.L. es decidís que la pàtria potestat sigui compartida entre ambdós progenitors, per quan la progenitora Sra. M.P.L.M. tindrà la guarda i custòdia.

Pel que fa l'establiment del règim de visites ampli i alhora flexible per millor relacionar pare i fill, el pare podrà gaudir de la companyia del seu fill els caps de setmana alterns, des de divendres a la sortida de l'escola o

activitats extraescolars i el retornarà al domicili matern els diumenges a les 20h hores, ja sopat -sense perjudici de contactes diaris entre pare i fill sempre i quan quedi preservada i reconeguda i aplicada l'obligació del noi de no minvar esforços en les seves obligacions d'estudi. En quant als caps de setmana precedits o seguits d'un dia de festa, formen un tot del què gaudirà el progenitor al que de forma natural li correspondrà aquell cap de setmana.

Respecte de les vacances escolars, quan comenci el període vacacional (el darrer dia lectiu), quedaran en suspens els contactes previstos en període lectiu, els quals es tornaran a reprendre en l'estat en que havien quedat. Durant les vacances escolars de Nadal, Setmana Santa i estiu, el fill restarà en companyia de cada progenitor, la meitat de cada període, corresponent al pare la primera meitat els anys senars i la segona els anys parells. Pel període de Nadal, s'entendrà que la primera meitat comença amb la finalització de l'escola o de l'activitat extraescolar del darrer dia lectiu i acaba el 30 de desembre a les 20h i la segona meitat acaba la vigília de la tornada a l'escola a les 20h, indicant-se que pel cas que durant les festes de Nadal romanguessin els progenitors a la mateixa localitat o en localitats properes, procuraran repartir-se les diades més importants entre tots dos. Respecte les vacances de Setmana Santa, la primera meitat comprèn des de la sortida de l'escola, el darrer dia lectiu fins l'anomenat Diumenge de Resurrecció a les 20h hores i la segona fins la vigília de la tornada a l'escola a les 20h; en quant a les vacances d'estiu, la primera meitat comença el darrer dia de classe i acaba el dia 31 de juliol a les 20h, mentre que la segona finalitza la vigília de la tornada a l'escola a les 20h; i que en relació a les vacances escolars de durada setmanal com Carnaval, Tots Sants i vacances de primavera, si n'hi ha, el menor restarà durant aquests períodes amb un dels progenitors, fent-ho de forma alternativa entre els progenitors per les de Tots Sants i de Carnestoltes.

Finalment, els dies de celebració pròpia del pare (aniversaris i diada del pare) el menor podrà estar en companyia del mateix al menys mitja jornada, respectant les activitats escolars del mateix, i el mateix succeir en quant a la progenitora. El dia de l'aniversari i onomàstica del menor, el passarà amb aquell progenitor amb el qual es trobi de forma natural.

Així mateix el Sr. A.C.P. abonarà un import no inferior a la suma 500.- euros mensuals en concepte de pensió per aliments mitjançant transferència bancària al compte de la Sra. M.P.L.M., durant els deu primers dies de cada mes, i un percentatge no inferior al 65 % de les despeses extraordinàries del fill comú, amb el benentès que l'import de la pensió per aliments serà actualitzat segons procedeixi per aplicació de l'índex de preus al consum que publiqui anyalment el Govern d'Andorra.

Tot sense fixar cap pensió compensatòria. Declarant dissolt i liquidat el règim econòmic matrimonial de les parts, sense efectuar especial pronunciament en costes.

II.- En l'audiència del 21-02-2014 el Sr. A.C.P. contestava la demanda formulant a l'ensem demanda reconvençional, interessant, amb caràcter principal, que se li atribuís a ell l'ús del domicili familiar, pel que feia l'atribució de la pàtria potestat demanava que fos compartida entre ambdós progenitors i, en relació de la guàrdia i custòdia del fill menor que també fos compartida per períodes d'una setmana cadascú, sense que s'establís una pensió per aliments a pagar a cap dels progenitors. Subsidiàriament i en cas que no es considerés pertinent atorgar la guarda i custòdia del menor compartida entre ambdós progenitors, que s'atorgués la guarda i custòdia a la mare, i es confirmés el règim de visites establert en l'aute de mesures provisionals, fixant una pensió per aliments que el Sr. A.C.P. haurà de pagar a favor del seu fill M.C.L., per import de 350.- euros mensuals, revisable anyalment en funció de l'IPC publicat pel Govern d'Andorra, a més de la contribució del pare a raó del 50% de les despeses extraordinàries del menor. No havent-hi lloc a pensió compensatòria declarant-se dissolt i liquidat el règim econòmic matrimonial de les parts.

III.- L'Hble. Tribunal Unipersonal del Batlle va dictar Sentència, en data 01-09-2017, amb la següent part decisòria:

“Que estimant majoritàriament la demanda formulada per la Sra. M.P.L.M. contra el Sr. A.C.P. i desestimant majoritàriament la reconvençional tàcita interposada per aquest darrer contra la primera, ha de:

Primer.- Declarar la separació dels consorts C.L., així com la dissolució i liquidació del seu règim econòmic matrimonial.

Segon.- Atribuir el domicili que fou conjugal a favor del Sr. A.C.P., sense fer cap pronunciament respecte de l'atorgament d'una eventual pensió compensatòria.

Tercer.- Confirmar l'atribució de la pàtria potestat del menor M.C.L. a favor dels seus dos progenitors, que s'hauran de consultar sobre els aspectes rellevants de la vida del seu fill.

Quart.- Confirmar l'atribució de la guarda i custòdia del menor M.C.L. a favor de la mare.

Cinquè.- Fixar un ampli règim de visites a favor del progenitor no custodi, consistent, com a mínim, en:

a) Durant la setmana: de dilluns a divendres les setmanes que no resti en companyia del seu pare el cap de setmana –i de dilluns a dimecres, les altres setmanes-: el progenitor no custodi portarà al seu fill M.C.L. de la sortida de l'escola o de la corresponent activitat extraescolar fins al domicili matern, lloc on el deixarà;

b) Els caps de setmana alterns: el progenitor no custodi gaudirà de la companyia del seu fill M.C.L. des del dijous a la sortida de l'escola o de la corresponent activitat extraescolar fins al diumenge a les 20h00, moment en el qual l'haurà de retornar al domicili matern, ja sopat.

Pels caps de setmana precedits o seguits d'un dia de festa, aquests formen un tot del què gaudirà el progenitor al que, de forma natural, li correspongui aquell cap de setmana.

c) Les vacances escolars: en general, quan comenci el període vacacional (el darrer dia lectiu) quedaran en suspens els contactes previstos en el període lectiu, els quals es tornaran a reprendre en l'estat en què havien quedat.

• Les vacances escolars de Nadal, Setmana Santa i estiu: el menor restarà en companyia de cada progenitor, la meitat de cada període, corresponent al pare la primera meitat els anys senars i la segona els anys parells.

En relació al període de Nadal, s'entendrà que la primera meitat comença amb la finalització de l'escola o de l'activitat extraescolar del darrer dia lectiu i acaba el 30 de desembre a les 20h00, i la segona meitat acaba la vigília de la tornada a l'escola a les 20h00, indicant-se que pel cas que durant les festes de Nadal romanguessin els progenitors a la mateixa localitat o en localitats properes, procuraran repartir-se les diades més importants entre tots dos;

En relació a les vacances de Setmana Santa, la primera meitat compren des de la sortida de l'escola o de l'activitat extraescolar del darrer dia lectiu i acaba el l'anomenat Diumenge de Resurrecció a les 20h00, i la segona meitat fins a la vigília de la tornada a l'escola a les 20h00.

En relació a les vacances d'estiu, la primera meitat comença des de la sortida de l'escola o de l'activitat extraescolar del darrer dia de classe i acaba el 31 de juliol a les 20h00, i la segona meitat fins a la vigília de la tornada a l'escola a les 20h00.

• Les vacances escolars d'una setmana de durada com Carnestoltes, Tots Sants i vacances de primavera si n'hi ha: el menor restarà amb un dels progenitors, fent-ho de forma que els anys parells, correspondran a la mare les de Carnestoltes i al pare les següents curtes; i així, successivament;

d) Els dies de celebració pròpia del pare o de la mare, com ara aniversaris i diada: el menor podrà restar en la seva companyia almenys mitja jornada, respectant les activitats escolars del mateix.

e) Els dies de celebració del menor (aniversari i onomàstica): el menor els passarà amb el progenitor que de forma natural hi hagi de ser.

Sisè.- Imposar al Sr. A.C.P. el pagament d'una pensió alimentària a favor del seu fill menor M.C.L. per la suma de 500 € mensuals, suma que variarà en funció dels canvis que experimenti l'IPC que publiqui Govern cada any i que haurà de ser abonada pel progenitor no custodi al compte que indiqui la Sra. M.P.L.M., el dia 25 de cada mes, a comptar d'aquest mateix mes de setembre. Igualment, el Sr. A.C.P. vindrà obligat a satisfer les despeses extraordinàries que es puguin produir, a raó de 75% de les mateixes.

Setè.- Donar compliment a tot allò necessari a fi que, una volta la present resolució judicial guanyi fermesa, es practiqui la seva inscripció prop del Registre civil del Principat d'Andorra.

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

IV.- El Sr. A.C.P. va interposar recurs contra la sentència dictada a la instància, i, en data de registre 24-01-2018, va presentar llur escrit de conclusions, en mèrits del qual sol·licita la revocació parcial de la resolució d'instància.

Pel contrari, la part recorreguda, en el seu escrit de contesta a les conclusions, de data 13-02-2018, interessa, en consonància amb els arguments exposats, que es desestimi el recurs i s'imposin a la part recurrent les costes processals.

V.- Per Aute d'aquesta Sala de 21-02-2018, es va acordar com a diligència per a millor proveir l'exploració judicial del menor en presència del Ministeri Fiscal. Altrament, no es va donar lloc a la pretensió probatòria

adduïda pel Sr. A.C.P., consistent en la inclusió del document adjuntat mitjançant l'escrit de conclusions.

VI.- Per diligència de data 01-03-2018 es va dur a terme l'exploració del menor M.C.L.

Per escrit de data 09-03-2018 el Ministeri Fiscal no s'oposa al recurs formulat per la representació lletrada del Sr. A.C.P., entenent que ambdós progenitors estan capacitats per tenir cura del menor, i que el règim de custòdia compartida es presenta beneficiós pel menor, garantint la possibilitat de gaudir d'ambdós progenitors, malgrat la ruptura familiar.

Per escrit de data 12-03-2018 la Sra. M.P.L.M. matisava la situació de convivència amb el seu fill M.C.L., conforme el menor disposa d'una habitació per a ell sol; que tanmateix conviu amb les seves dues germanes més grans, i per tant no sovintegen els moments en els que pugui trobar-se sol, car té més de 14 anys. Altrament procura fomentar els hàbits de fer els deures, contribuir amb les tasques de casa, etc.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- El recurs del Sr. A.C.P. es fonamenta en els següents greuges o motius.

En primer terme, assenyala l'existència d'una contradicció directa entre indicar l'existència d'una greu conflictivitat entre la mare del fill i el recurrent per motiu del processament penal i augmentar el règim de visites per ser beneficiós pel menor. Aquestes dues posicions són incompatibles. La coordinació i enteniment necessaris per la guarda compartida ho són també per l'augment del règim de visites.

I, en segon terme, exposa que no concorre una conflictivitat extrema, ja que no l'aprecia el Ministeri Fiscal ni el menor ni els informes existents a les actuacions.

El Ministeri Fiscal no s'ha oposat al recurs interposat ja que entén que ambdós progenitors es troben capacitats per a tenir cura del menor i el règim de custòdia compartida es beneficiós pel menor.

II.- La qüestió essencial a resoldre en aquest procés de família és si l'existència d'un procediment penal, incoat el 30-06-2014 contra el pare per dos presumptes delictes majors continuats d'abusos sexuals sobre menors de 14 anys (filles de la Sra. M.P.L.M.) i processat per Aute de 1-07-2014 i acusat pel Ministeri Públic en el seu escrit de qualificació provisional, comporta, com afirma la resolució d'instància, una situació de conflictivitat extrema entre els progenitors, ja que els presumptes fets van tenir lloc durant la convivència haguda entre els consorts. I conclou que aquestes divergències que enfronten als progenitors fan inviable que puguin gestionar adequadament un règim de custòdia compartida.

L'ordenament jurídic andorrà no preveu una norma en el dret de família similar a la que existeix en el dret català des de l'any 2010 (Llibre segon del CCCat). Així, l'article 233-11.3 disposa que *"3. En interès dels fills, no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes"*.

En el present cas, resta clar que no s'ha dictat sentència en el procediment penal i que el fill M.C.L. no és víctima directa de l'eventual violència masclista. Restaria per determinar si podria ésser víctima indirecta dels abusos patits per les seves germanes quan ja existeixen indicis

fonamentats que s'han comès aquests actes, el que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya des de l'any 2014 identifica amb la presentació de l'escrit d'acusació per part del Ministeri Públic.

No obstant, una norma com aquesta que impediria l'atribució de la guarda al progenitor per l'existència d'indicis fonamentats, no existeix a l'ordenament jurídic andorrà, de manera que correspon al Tribunal, per tal de vetllar per l'interès del menor, decidir en aquest cas quina és la solució que millor protegeixi el benestar i desenvolupament d'aquest menor.

Establertes aquestes consideracions, no hi ha dubte que el règim de visites s'ha anat desenvolupant sense incidències remarcables, com indica la resolució d'instància i el menor ha manifestat tant en l'exploració efectuada a primera instància com en aquesta alçada, la voluntat de passar més temps amb el pare, fins i tot, amb igualtat de temps entre un i altre progenitor.

Per altra part, l'augment del règim de visites a favor del pare, atorgat per la instància, evidencia una confiança en les habilitats parentals del pare i en l'interès del menor, atès que s'amplien les pernoctes de cap de setmana, sense que s'hagin detectat problemes per la seguretat i benestar del menor. A més, la mare, en el seu escrit de contesta a les conclusions, reconeix que existeixen divergències entre els progenitors derivades del sumari, així com divergències relatives a la manera d'educar al fill comú, organització de la vida personal i hàbits alimentaris, però reconeix l'estimació del pare i les seves aptituds.

Per tant, en consonància amb la presumpció d'innocència que avala al progenitor, la voluntat del menor, l'existència d'aptituds parentals adequades en el pare, així com un entorn adequat i sense que a hores d'ara s'hagin produït incidències en el règim de comunicació i visites amb el fill, aquesta Sala entén adequat establir un règim de custòdia compartida, supervisat per la psicòloga judicial de les actuacions, que haurà d'informar mensualment al Batlle del desenvolupament de la custòdia durant els primers sis mesos i després amb la periodicitat que el Batlle determini, que

serà d'una setmana alterna amb cada progenitor, amb el dimecres de visita amb pernocta amb el progenitor que no tingui la custòdia, des de la sortida al col·legi dimecres, que el recollirà i el retornarà el dijous al col·legi i pels dies que no siguin lectius, des de les 17 hores de la tarda fins a l'endemà a les 9 hores del matí o al col·legi, si esdevé lectiu.

Les vacances de Nadal, Setmana Santa i estiu es repartiran per meitat segons el règim fixat a la instància, així com els dies de celebració propis del pare o de la mare.

III.- En darrer terme, quant a la pensió d'aliments, esdevé irrellevant que es sol·liciti la pensió d'aliments en aquesta alçada, atès que al tractar-se d'un menor d'edat la relació obligatòria alimentària no resta subjecte al principi de congruència i al principi dispositiu sinó que, en atenció a la protecció i interès del menor, el tribunal pot d'ofici resoldre respecte de l'obligació d'aliments.

Des d'aquesta òptica, apareix que s'ha determinat una pensió a càrrec del pare d'un import de 500 euros mensuals en atenció als seus ingressos, que s'allunyen de ser els d'un simple pensionista, com encertadament ho determina la resolució d'instància i en consonància amb la limitada capacitat econòmica de la mare i l'edat i necessitats del M.C.L., que ja ha complert 14 anys.

En aquestes condicions, i atès que l'establiment de la guarda i custòdia compartida no elimina l'existència de les pensions d'aliments, ja que sense perjudici que els progenitors hagin d'assumir les despeses dels menors quan aquest està en la seva companyia per a vetllar per l'interès del menor i que aquest pugui gaudir del mateix nivell de vida i les oportunitats que quan els progenitors vivien plegats, s'ha de mantenir el criteri de la proporcionalitat en relació als recursos econòmics de cada progenitor. Per tant, instaurada la guarda i custòdia correspon establir a càrrec del pare una pensió de 300 euros mensuals que satisfarà en els cinc primers dies de cada

mes en el compte bancari de la mare, augmentada anyalment amb l'increment de l'índex de preus al consum.

Quant a les despeses extraordinàries s'ha de mantenir el criteri de la instància de fixar el 75% a càrrec del pare i el 25% a càrrec de la mare, amb les precisions que sobre el concepte del caire extraordinari s'efectuen a la instància.

IV.- L'estimació del recurs i l'especial natura dels interessos en conflicte justifica la no imposició de les costes d'aquesta alçada.

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 el recurs interposat per la representació del Sr. A.C.P. contra la sentència, de data 1-09-2017, i la revoquem en part, en el sentit de modificar de la seva part decisòria el règim de guarda, que passarà a ser compartida i supervisada en els termes establert en el fonament de dret II de la present resolució i amb la fixació a càrrec del pare d'una pensió d'aliments de 300 euros mensuals, actualitzable amb l'IPC i l'assumpció del 75% de les despeses extraordinàries, tot mantenint la resta dels seus pronunciaments. No procedeix efectuar imposició de 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.-