

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el. 26 de setembre 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. Sra. Eulàlia AMAT LLARI i M.I. Sr. Jaume TOR PORTA, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per escrit de 11-10-2017, la representació processal del Sr. K.P.V formulava demanda de divorci i de modificació del conveni de separació així com demanda de mesures provisionals urgents contra la Sra. MR.C.P, sol·licitant es dictés Sentència amb els següents pronunciaments:

- En relació a la demanda de mesures provisionals urgents:

1 Fixació de la pensió per aliments en favor de la filla, N.P.C., per part de la seva mare per un import de 500 euros mensuals.

2 S'acordi que en el termini màxim d'un mes, la Sra. MR.C.P deixi vacu i expedit el Xalet P.

- En relació a la demanda en dissolució del vincle matrimonial per causa de divorci:

1. Es declari la dissolució del vincle matrimonial per causa de Divorci.
2. Es modifiqui el conveni de separació signat en data 21 d'abril de 2015 en el sentit interessat al fet cinquè de la demanda,
3. Es comuniqui amb les formalitats degudes la resolució que recaigui al Registre Civil.

II.- Per Aute de data 13-10-2017, es decidia no admetre a tràmit la demanda de mesures provisionals a tramitar pel procediment de l'art. 63 de la Llei Qualificada del Matrimoni (en endavant LQM), prosseguint-se la tramitació del litigi al respecte de la demanda de divorci i modificació del conveni de separació articulada per la representació processal del Sr. K.P.V.

III.- Per escrit presentat el dia 25-10-2017, la Sra. MR.C.P, va contestar la demanda plantejada oposant-se parcialment a les pretensions del demandant sol·licitant es dictés Sentència estimant la demanda en el que es referia a la dissolució, per divorci, del matrimoni contret entre les parts, desestimant no obstant les restants pretensions tot i condemnant l'agent al pagament de les costes.

IV.- Una volta practicats els mitjans de prova declarats pertinents i evacuats els respectius escrits de conclusions el dia 21-3-2018 requeia Sentència que disposava:

“Que estimant la demanda declarativa de divorci formulada pel Sr. K.P.V i acceptada per la Sra. MR.C.P, ha de declarar i declara dissolt, per raó de divorci, el matrimoni civil celebrat entre els darrers el 31 d'agost de 2007, prosperant parcialment la demanda de modificació del conveni regulador del règim de separació matrimonial en el seu dia assolit i aprovat judicialment interessada pel primer contra la segona, això és en el sentit descrit i detallat en el III.- Considerant, i tanmateix no s'efectua especial pronunciament sobre les costes processals d'aquesta instància

segons ho preveu la fonamentació jurídica de la present resolució. Procedint a la inscripció d'ofici de la present resolució prop del Registre Civil del Principat d'Andorra, i això una volta aquesta esdevingui ferma”.

V.- Contra la Resolució esmentada formulen recurs d'apel·lació ambdues parts litigants presentant els respectius escrits de conclusions en mèrits dels quals, la representació processal del Sr. K.P.V interessa es revoqui parcialment la Sentència dictada pel Tribunal a quo, acollint íntegrament les pretensions contingudes en el seu escrit de demanda. La Sra. MR.C.P interessava la revocació de la Sentència d'instància i que amb caràcter principal es desestimés íntegrament les pretensions articulades pel demandant. Subsidiàriament sol·licitava que la pensió d'aliments a favor de la N i al seu càrrec es fixés en l'import mensual de 200€, dels que havia de deduir-se aquella suma de 140,65.-€ que satisfesia cada mes a favor de la filla; més subsidiàriament encara sol·licitava que la fixació d'una pensió d'aliments a favor de la filla comportaria deixar de fer efectiva aquella quantitat de 140,65.-€, el tot amb expressa imposició de costes processals a càrrec del demandant.

VI.- Les parts han evacuat escrit de contesta a les conclusions dels recursos presentats de contrari en què s'han oposat al recurs de la contrapart reiterant les seves pretensions.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- S'extreu de les actuacions practicades que l'any 1998 els Srs. K.P.V i MR.C.P iniciaven una convivència “more uxurio”, naixent d'aquesta la Sra. N.P.C l'1-9-1999. També resulta degudament acreditat que el 31-8-2007 els avui litigants, contreien matrimoni civil a La Massana i que posteriorment la

parella decidia de comú acord separar-se, atorgant amb aquesta finalitat un conveni de separació que resultava aprovat judicialment per Sentència de 30-6-2015.

La Sentència dictada per l'Hble. Sr. Batlle declara la dissolució del matrimoni per causa de divorci i alhora estima parcialment la demanda de modificació del conveni de separació disposant uns aliments a càrrec de la mare a l'alçada de 450.- € mensuals i això a comptar del mes d'octubre de 2016 tot i decidint que de conformitat amb allò previst en el conveni de separació aprovat judicialment, les despeses extraordinàries de la filla comuna continuarien anant a càrrec d'ambdós progenitors i per meitats entre aquests (pactés 8è del conveni). Finalment es desestimava la pretensió articulada pel Sr. K.P.V en relació a l'ús del domicili que havia estat familiar per part de la Sra. MR.C.P.

Contra aquesta resolució articulen recurs d'apel·lació ambdues parts litigants amb fonament als greuges que seguidament es relacionen.

II.- Ambdues parts articulen recurs d'apel·lació al respecte de la pensió d'aliments establerta en la decisió recorreguda, i si bé les pretensions i els greuges articulats siguin diversos, el seu examen conjunt s'imposa atesa la clara interrelació existent.

A.- La Sra. MR.C.P sosté en primer terme que malgrat la Sra. N.P.C passés més temps amb el seu pare, no resultava degudament acreditat que la mateixa hi residís de manera permanent, afegint que en tot cas, va ser per motiu de l'accident que va patir que no va poder cuidar-se de la seva filla en la proporció que desitjava i que aquesta passés més de temps amb el seu pare.

En aquestes alçades, el fet que la filla dels litigants resideixi de manera permanent amb el seu pare és inqüestionable i la conclusió que assoleix l'Hble. Sr. Batlle es troba perfectament il·lustrada ja sigui a través de la

testifical practicada per la pròpia Sra. N (foli 163), com del certificat de convivència de l'Hble. Comú de Canillo que a la demanda s'incorpora (foli 38). En relació a aquest darrer, convenim amb la part que el mateix limita el seu contingut al dia 10-10-2017 però això no desvirtua la realitat de la convivència permanent entre mare i pare a la data de presentació de la demanda. En tot cas davant una prova amb la contundència d'aquella que ha estat subministrada per l'actor, la Sra. MR.C.P no es podia limitar a negar-les, sinó que calia demostrar que la convivència amb la progenitora continuava sent important i que en tot cas no es cenyia a aquells pocs dies que en la testifical practicada la seva filla va indicar (una setmana el mes de juliol i uns pocs dies durant les vacances de nadal).

Pel que respecta als motius pels quals, la Sra. N va traslladar la seva residència efectiva i permanent a casa del seu pare, aquests resulten ser irrelevants doncs als efectes que aquí interessen es tracta de determinar quina és la realitat al respecte de la convivència de la filla dels litigants i extreure les conseqüències que des de la perspectiva dels seus aliments correspon a partir del moment en que no es discuteix per les parts que la mateixa continua estudiant i no és materialment independent dels seus progenitors.

En aquesta eventualitat, compartim plenament la decisió recorreguda a partir del moment en que després de considerar provada la concurrència d'una modificació substancial de les circumstàncies en relació a aquelles que existien quan s'atorgava el conveni de comú acord entre les parts, reconeix (encara que sigui de manera tàcita), legitimació al pare per a reclamar aliments per a la filla major amb qui conviu.

B.- Altre debat que les parts plantegen intervé en relació a l'import de 450.- € mensuals en que la decisió recorreguda fixava la pensió d'aliments a càrrec de la Sra. MR.C.P i en benefici de la filla major. En aquest sentit, mentre el Sr. K.P.V sosté que en atenció als mitjans de prova practicats aquesta havia de ser fixada en l'import de 500.- €; la mare considera que la pensió

decidida resultava excessiva, referint que aquesta s'havia de fixar en 200.- € deduïnt les despeses que ja satisfeia (140,65.- €). Més subsidiàriament encara, amb independència de la pensió d'aliments que es fixés, demanava que es deduís de dit import la quantitat de 140,65.- € que ja satisfeia voluntàriament i més subsidiàriament encara sol·licitava que es deduís la suma de 115,60.- € que corresponien al cost d'anul·lació de la transferència i la cancel·lació de la pòlissa d'assegurances (complementària salut) subscrita en favor de la N.

Abans d'endinsar-nos en l'examen de les diferents qüestions que resulten dels recursos interposats, escau pronunciar-nos al respecte d'aquella indicació que la representació processal del Sr. K.P.V efectua en el seu escrit de contesta a les conclusions, segons la qual, la demandada hauria introduït nous arguments que mai havien estat plantejats en la instància.

En l'escrit de contesta a la demanda, l'aparell argumental que la Sra. MR.C.P introduïa per tal d'oposar-se a la pensió d'aliments reclamada de contrari era el següent: 1) que la filla dels litigants convivía amb la mare de tal manera que no es podia considerar que existís una modificació substancial de la situació existent quan les parts atorgaven de comú acord el conveni de separació, i 2) que la mare participava econòmicament en el sosteniment de la seva filla ingressant amb aquesta finalitat la suma de 115,60.- € en el compte bancari, i al mateix temps assumia diferents despeses de la filla (complementària de salut, roba, material escolar, etc). En aquesta alçada, la part avançà un aparell argumental divers sense mai però haver efectuat la més mínima menció al respecte d'aquestes en la instància: es qüestiona la realitat de les despeses que el Sr. K.P.V enumerava en la instància, la seva necessitat i alhora que les mateixes haguessin estat calculades repercutint el seu cost global a tots els membres que integraven l'actual nucli familiar del Sr. K.P.V.

Si bé en aquells processos de crisis familiars en que es troben immersos menors d'edat o persones majors però amb la capacitat judicialment

modificada, i per tal d'assegurar un grau de protecció ampli, aquesta Sala ha establert doctrina de la qual en resulta una flexibilització dels principis de congruència i dispositiu (vegi's a títol il·lustratiu i entre altres TSJC-405/17, TSJC-464/17); la solució ha de ser diferent quan el que es demana són aliments per a majors d'edat. En efecte, els aliments per als fills majors requereix d'una petició expressa de part, d'on flueix que els principis generals de rogació i de congruència operen i en definitiva el Jutgador només es podrà pronunciar quan aquesta mesura sigui expressament demandada tot i respectant escrupolosament els principis que vertebran el procés civil.

En aquesta eventualitat, no podrà admetre's tot aquell seguit de noves al·legacions i pretensions que la Sra. MR.C.P ha introduït en aquesta alçada en aplicació de la regla "pendente appellatione, nihil innovetur".

Quant al recurs que s'interposa al respecte de la pensió d'aliments establerta, hem de realitzar amb caire preliminar dues puntualitzacions.

1) En relació als aliments per als fills majors d'edat hem pogut indicar que "(...) inclouen allò que esdevé indispensable pel manteniment, habitatge, vestit i assistència mèdica, així com les despeses de continuació de la formació. Però aquests aliments ja no troben el seu fonament en el deure de la potestat parental, tota vegada que els fills ja són majors d'edat i, per tant, aquesta s'ha extingit" (TSJC-0004/16).

2) Pel que es refereix a la seva quantificació, aquesta intervindrà a través dels mateixos paràmetres que per a un menor d'edat tractant-se de les necessitats de l'alimentista i la seva quantificació i la capacitat econòmica de l'alimentant, amb el benentès que la seva càrrega probatòria recaurà sobre la persona que els sol·licita que endemés haurà de justificar del seu estat de necessitat.

Si les anteriors consideracions es traslladen al supòsit que s'examina, s'admet en les actuacions per ambdues parts litigants que la Sra. N.P.C malgrat ser major d'edat no gaudeix d'independència material de tal manera que en definitiva el seu estat de necessitat és inqüestionable. Quant a les

seves concretes necessitats, el pare les enumera individualment i quantifica en la suma global de 1.176,50.-€ mensuals (cfr. foli 13). Malgrat en el debat processal hagut en la instància en cap moment la Sra. MR.C.P les qüestionés, això no permetia presumir que aquests eren les reals tal i com es realitza en la Sentència recorreguda, sinó que calia verificar no tant sols que aquelles despeses enunciades pel pare s'ajustaven a la realitat sinó que endemés s'incardinaven en la noció d'aliments en el sentit que hem pogut recordar amb anterioritat. En no fer-ho s'ha menystingut la regla de la càrrega de la prova, obligant aquest Tribunal a fer-ho el tot per tal d'assegurar a les parts un decisió judicial acord a la tutela judicial efectiva resultant de l'art. 10 de la Constitució.

En primer lloc el pare afirma que la menor té una despesa pròpia per alimentació estricta de l'ordre de 470.-€ mensuals. Aquesta despesa apareix com a important en atenció al cost de la vida a Andorra especialment quan el nucli familiar de l'actor queda integrat per 5 persones. En tot cas remarcarem que el Sr. K.P.V incorpora en període de proves diferents acreditatius de pagament (folis 112 a 131) d'operacions realitzades prop de centres comercials (A2, SE 2, R, M) durant els mesos d'agost a novembre del 2017 (inclosos). Després de realitzar la suma de tots ells destriats per mesos, s'observa com les despeses realitzades prop d'aquestes han estat mensualment les següents: 515,32.-€ (agost), 573,77.-€ (setembre), 950.23.-€ (octubre) i 481,69.-€ (novembre), havent de presumir-se que es tracta de despeses globals per a la totalitat del nucli familiar i que per tant han de ser suportades per tots els seus integrants, de tal manera que encara pugui existir alguna altre despesa alimentària que no hagi resultat oportunament justificada, aquesta però no serà d'entitat suficient com per a assolir la suma de 470.-€ indicats pel pare.

Les mateixes conclusions han de ser assolides en relació a la suma de 200.- € que el pare defensa corresponent a les necessitats de vestimenta de la N. Aquesta apareix com una suma considerable, sense que aquest Tribunal malgrat els esforços esmerçats hagi pogut trobar cap mena de justificació que avalés aquesta pretensió.

En relació a les despeses mèdiques que es quantifiquen en 20.- € mensuals les mateixes apareixen ajustades a les necessitats d'una persona de l'edat de l'alimentista.

Pel que es refereix a les despeses de telèfon es quantifiquen en 49.- € mensuals. Si s'examina no obstant les factures d'AT (folis 109 i ss) s'observa com la Sra. K.P.V és titular de la línia 680.822 que porta associat un abonament forfet 29 amb un cost IGI inclòs de 30.30.- €.

En relació a la seva contribució a les despeses de llar, llum i aigua es fixa la suma de 170.-€ mensuals. Al respecte d'aquest apartat destacarem que el Sr. K.P.V no ha aportat en autes prova relativa al preu que paga per a l'ús de l'immoble que ocupa amb la seva família sense que la seva prova s'obtingui del seu extracte de comptes. Pel contrari si que justifica pagar mensualment els rebuts del consum elèctric i de gas per a la calefacció i aigua calenta. Però de la mateixa manera que hem raonat pels aliments la suma de 170.-€ que s'atribueix a la seva filla per dit concepte apareix desmesurada.

Quant a les restants despeses que enumera, algunes no poden tenir la consideració d'aliments en tractar-se d'una liberalitat del pare envers la seva filla (es tracta de la paga mensual) o bé no resulten indispensables i no poden ser conceptuades com a aliments atesa l'edat de la Núria (despeses de gimnàs, de clubs de dansa, d'esquí ...).

Remarcarem que encara que les despeses inherents a l'escolarització de la Sra. K.P.V no hagin estat comptabilitzades quan si que era escaient, el seu cost propi distarà d'aquell anunciat pel pare i es situarà aproximadament entre 800 i 1.000.- € que d'altra banda és el propi al d'una persona de la seva edat amb el benentès que la previsió existent és que la mateixa iniciï formació acadèmica a l'estranger en breu i que per via de conseqüència les seves necessitats es situïn en la part superior d'aquesta forquilla.

Quant a la capacitat econòmica de l'alimentant aquesta no és objecte de cap tipus d'apreciació en la decisió recorreguda. Ressurt no obstant de l'extracte d'ingressos i base de cotització a la CASS corresponent a la Sra. MR.C.P que el salari que va percebre l'any 2017 va oscil·lar en el període agost del 2016 a l'abril del 2017 entre 2.184,29.- € i 3.468,29.- € bruts, amb un salari mig de 2.480.-€ mensuals bruts. Posteriorment la mateixa iniciava períodes de baixa laborals en que els seus ingressos van reduir-se ostensiblement passant a percebre uns emoluments que aproximadament es situaven entre 1.500 i 1.600.- €. Aquesta situació però és transitòria havent de presumir-se que a curt/mig termini recuperarà els ingressos anteriors.

Pel que es refereix a les despeses aquestes corresponen a l'amortització de la part que li correspon en la quota hipotecària (484,40.- €), amortització d'altre préstec personal, així com les despeses pròpies al seu sosteniment que no resulten però justificades en autes.

Quant al Sr. K.P.V, i per tal de preservar la necessària proporció en la contribució en els aliments per ambdós progenitors, ressurt dels autes que l'any 2017 el seu salari mig brut (gener a agost del 2017) s'ha situat en 3.027,68.- €. Quant a les seves despeses a banda d'aquells que assumeix per a la hipoteca que té junt amb la Sra. MR.C.P (484.- €), té les seves pròpies i la part que li correspon pel sosteniment del seu darrer fill recent nascut.

En aquesta eventualitat, la pensió d'aliments establerta en la Sentència recorreguda apareix com a ajustada a les necessitats de la Sra. N i a la capacitat econòmica respectiva dels seus progenitors, i per via de conseqüència els recursos d'apel·lació articulats per ambdues parts litigants sobre aquest concret motiu hauran de ser rebutjats.

III.- En segon terme, el Sr. K.P.V articula recurs d'apel·lació contra la decisió recorreguda en la part que rebutja condemnar la Sra. MR.C.P a desocupar el Xalet Pandora i que constituïa el domicili familiar.

Sosté que no compartia la motivació de la Sentència doncs si bé en el conveni s'atribuïa l'ús temporal del domicili a la demandada, aquesta quedava supeditat a la venda del xalet (es preveia que havia d'intervenir en un termini màxim de 6 mesos) o fins l'assoliment d'un nou acord. Referia que les previsions de venda no s'havien acomplert de tal manera que atès que la filla dels litigants havia passat a residir amb el pare, que havia transcorregut el termini de 6 mesos que les parts havien previst per a vendre el xalet i en atenció a les necessitats econòmiques respectives de les parts i la conveniència d'obtenir rendiments econòmics, no es justificava que la Sra. MR.C.P conservi l'ús del domicili familiar.

En el present procediment observarem que la part no interessa la limitació temporal del dret d'ús, sinó que el que interessa és l'extinció del dret establert en el conveni de separació en benefici de la mare, sense però en cap cas reclamar-lo per a ell.

L'article 56 de la LQM estipula que l'ús del domicili familiar es determina "a manca d'acord, tenint en compte el cònjuge més necessitat i l'interès dels fills". La filla dels litigants és però major d'edat en quina eventualitat aquesta Sala ha pogut indicar: "(····) l'atribució de l'ús del domicili familiar a un dels progenitors es perllonga en el temps, mentre hi ha fills menors d'edat, fins que aquests assoleixen la majoria d'edat o s'extingeix la guarda (cfr. emancipació) i quan els fills són majors d'edat, el criteri d'atribució de l'ús ja no pot ser el de la guarda dels menors per part de l'adjudicatari de l'ús, sinó que ha de ser el criteri de la necessitat" (TSJC-433/2016).

Atesa la majoria d'edat assolida per la filla dels litigants cal encara examinar si la situació personal de la Sra. MR.C.P continua permetent-li ser titular del dret d'ús que fins ara desplega.

Cap de les parts ha produït en autes prova concloent que permeti conèixer la situació econòmica i personal pròpia; no obstant remarcarem que la Sra. MR.C.P s'ha trobat en situació de baixa laboral durant pràcticament tot

el 2017 i encara el gener del 2018 s'hi mantenia (cfr. dors del foli 153). Com s'ha raonat anteriorment, els seus ingressos resulten ser inferiors als del demandant, de tal manera que la mateixa reuneix els requisits per a continuar gaudint de l'ús del domicili familiar de conformitat amb el paràmetre resultant de l'art. 56 de la LQM.

En conseqüència aquest extrem del recurs haurà de ser rebutjat, confirmant-se la solució adoptada per l'Hble. Sr. batlle si bé per motius diversos.

IV.- Argumenta també la part recurrent que la sentència dictada incorria en incongruència omissiva com sia que no s'havia pronunciat al respecte del rescabament de les despeses extraordinàries assumides pel Sr. K.P.V i valorades en 2.100.-€ ni en relació a la consideració (ordinària o extraordinària) que calia atribuir a les despeses derivades dels estudis que pogués cursar la filla una volta acabat el batxillerat. Finalment demanava que expressament es mantingués la vigència del pacte novè, punt 2on del conveni de separació.

La Sentència dictada no es pronuncia al respecte de les esmentades peticions incorrent en aquell supòsit d'incongruència omissiva que es denuncia. Aquesta irregularitat però, serà esmenada en aquesta alçada el tot per tal d'assegurar a les parts litigants el seu dret fonamental a la tutela judicial efectiva.

Quant a la primera de les pretensions tractant-se del cost d'unes ulleres (600.-€) i de l'autoescola (1.500.-€), s'ha d'indicar que es desconeix el moment en que aquestes van ser generades. En aquest sentit no s'ha aportat en autes la factura relativa a l'adquisició de les ulleres i en relació a la factura d'AP (foli 145), no hi figura la seva data. No obstant, en la demanda, la representació processal del Sr. K.P.V ja les enumerava de tal manera que s'ha de presumir que aquestes eren anteriors, de tal manera que la discussió al seu respecte ha d'intervenir en seu d'execució dels autes de separació com sia que les

resolucions que estableixen, modifiquen o extingeixen mesures derivades d'un procediment matrimonial tenen caràcter constitutiu i no declaratiu de tal manera que els seus efectes es produeixen "ex nunc" sense que per tant, es pugui pretendre que en el present procediment es pugui introduir un debat sobre les mateixes.

Quant a la qualificació d'ordinària o extraordinària de les despeses corresponents a estudis superiors que pugui cursar la Sra. N.P.C en endavant, destacarem que aquestes despeses són altament previsibles com sia que la mateixa avançava en la testifical la seva voluntat de continuar formant-se acadèmicament a l'estranger. Ningú qüestiona la necessitat de que la menor continuï formant-se acadèmicament, i en aquest context les despeses que s'hi associaran seran regulars i es presentaran de manera periòdica, reunint per tant els criteris vertebradors de la noció d'aliments. En tot cas remarcarem que ja alhora d'establir el conveni de separació les parts litigants configuraven expressament les despeses relacionades amb la formació com una despesa ordinària (cfr. pacte setè.1).

Quant al pronunciament de que es mantingui expressament el pacte 9è, punt 2 del Conveni, el mateix ha resultat tàcitament admès per la Sentència dictada com sia que a partir del moment en que únicament es modifiquen determinats pactes concrets, es manté la vigència de la resta.

IV.- 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

DESESTIMAR els recursos d'apel·lació interposats per la representació processal del Sr. K.P.V i la Sra. MR.C.P contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 21-3-2017 quina part dispositiva confirmem íntegrament, 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.-