

## **AUTE**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 27 de novembre 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 11-5-2018, la Sra. G.B.S. va formular demanda de mesures provisionals, a tramitar pel procediment de l'article 63 de la llei qualificada del matrimoni, contra el Sr. F.D.P., tot interessant es dictés sentència establint mesures definitives al respecte de la menor A., a conseqüència del trencament de la convivència entre els litigants.

II.- En data 28-5-2018 es celebrava l'acte de conciliació legalment previst, quin conclouïa sense avenença, contestant el Sr. D. la demanda i obrint-se el procediment a proves.

III.- Per Aute de data 29-5-2018, l'Hble. Sr. Batlle decidia:

*"1r.- Fixar a títol provisionalíssim les següents mesures reguladores de la relació de parella dels Srs. G.B.S. i F.D.P., en relació a la filla menor A.:*

- a) *Separació provisional de la parella;*
- b) *Atribució de l'ús del domicili familiar radicat al c/ XXX, a la progenitora;*
- c) *Atribució de la pàtria potestat de la filla menor A. a ambdós progenitors;*
- d) *Establiment d'un règim de guarda i custòdia a favor de la mare;*
- e) *Establiment d'un règim de visites a favor del pare, basat en cicles de sis setmanes, i consistent en:*
  - *Setmana 1: de dilluns a la sortida de l'escola fins dimecres al matí, devent acompanyar la menor a l'escola;*
  - *Setmana 2: de dijous a la sortida de l'escola fins dissabte a les 21 h, devent retornar la menor al domicili matern sopada i banyada;*
  - *Setmana 3: visites intersetmanals els dimarts i els divendres des de la sortida de l'escola fins a les 21 h, retornant a la menor al domicili matern sopada i banyada; i de forma alternativa, el dissabte a partir de les 15h fins el diumenge a les 21 h, en les mateixes formalitats indicades precedentment; amb el benentès que l'alternança s'hauria d'ajustar de manera que li correspongués a la Sra. B.tenir cura de la menor els caps de setmana en que tingués festa laboral;*
  - *Setmana 4: de dilluns a la sortida de l'escola fins dimecres, acompanyant a la menor a l'escola al matí;*
  - *Setmana 5: de dijous a la sortida de l'escola fins divendres a les 21 h, devent retornar la menor al domicili matern sopada i banyada;*
  - *Setmana 6: de dissabte a les 15h a dimecres, acompanyant a la menor a l'escola al matí;*
- f) *Durant els períodes de vacances escolars, es mantindrà el règim de guarda i custòdia i de les visites establert en període lectiu, llevat del moment en que els progenitors gaudeixin de vacances laborals o festius recuperables acumulats, podent beneficiar-se de la companyia de la menor durant aquell període; igualment, la menor podrà gaudir de la família paterna i materna durant un període màxim de 15 dies, sempre informant a l'altre progenitor amb suficient antelació; durant el període de vacances de Nadal, la Sra. B.S. gaudirà d'una setmana de vacances, i per tant, de manera alternativa, la menor es trobarà en companyia de la mare durant aquella setmana, i passarà els dos altres dies festius amb el seu pare, entenent que els dies festius consisteixen en Nadal (24/12), Sant Esteve(26/12), Cap d'any (31/12) i Reis (6/01); en cas que el pare pugui cuidar-se de la menor en els dies festius que li correspongui, aquesta pernoctarà al domicili patern;*
- g) *Dies de celebració: els propis de la menor, ambdós progenitors ho celebraran conjuntament, o bé es repartiran el temps lliure per parts iguals; els dies de celebració de cada progenitor, correspondrà a aquell que celebri estar en companyia de la menor;*
- h) *La fixació d'una pensió d'aliments a càrrec del progenitor no custodi en l'import de 300 mensuals mentre la menor A. acudeixi a l'escola bressol, i 250€ una*

*volta inicií el curs escolar 2018-2019; així com al contribució dels progenitors en les despeses extraordinàries per meitats;*

*2n.- No hi ha lloc a efectuar cap pronunciament en costes judicials.”*

IV.- Contra aquesta darrera Resolució, el Sr. F.D.P. articula recurs d'apel·lació, presentant amb data registre del 25-9-2018 el seu escrit de conclusions, pel qual interessa la revocació parcial de l'Aute dictat i es dicti nova Resolució que, en atenció al seu horari laboral, disposi el següent règim de visites:

1er torn: tractant-se de la setmana en la qual treballa de dimecres fins al dimecres següent i en que gaudeix de festa des del dijous fins al dissabte en que es reincorporava a treballar a les 21 hores, demana que el Sr. D. romangués en companyia de la seva filla des del dijous a la sortida de la escola fins al dissabte a les 21.30 hores, que la retornarà al domicili matern sopada.

2on torn: tractant-se de la setmana en que treballa de dissabte fins al divendres de la setmana següent, i en que gaudia de descans setmanal des del dia dissabte fins al dimecres de la setmana següent, sol·licitava que es fixés que estaria en companyia de la seva filla des del dissabte a les 15.00 hores fins al dimecres a les 21.30 hores, que la retornaria al domicili matern també sopada.

Finalment sol·licitava que aquest règim hauria de ser també aplicat durant el període de vacances escolars de la menor; llevat del període de vacances del Sr. D. el quin no es coneixia fins a inicis de l'any natural afegint que a diferència de la mare, no disposava de cap flexibilitat per a organitzar-se en les mateixes.

La Sra. G.B.S. i el Ministeri Públic s'han oposat al recurs d'apel·lació plantejat, interessant la íntegre confirmació de la resolució dictada per l'Hble Tribunal Unipersonal del Batlle.

V.- Per Aute de data 6-11-2018, es donava lloc a la pretensió probatòria adduïda pel Sr. D. en el seu escrit de conclusions incloent-se els documents que s'ha adjuntaven tot i donant termini a les restants parts litigants per a que es pronunciessin al respecte, el que han fet en temps i forma oportuna.. decidia

Per escrits de dates 8 i 12 les parts litigants i el Ministeri Fiscal presentaren les corresponents al·legacions, renunciant a l'ensem a la celebració de la vista oral.

Tanmateix la Sra. G.B.S. sol·licitava que per a millor proveir s'incloguessin en autes els documents adjuntats amb l'escrit de data 08-11-2018.

Per Aute de data 15-11-2018 no es donava lloc a la susdita pretensió probatòria adduïda per la Sra.B.

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

## **FONAMENTS DE DRET**

I.- El Sr. D. fonamenta la seva pretensió revocatòria en l'aparell argumental següent. Afirmava que la seva activitat professional es desenvolupava en horari nocturn (des de les 22 hores a les 6 hores de l'endemà), gaudint de descans, una setmana de dissabte a dimarts i la següent els dijous i divendres, afegint que també gaudia de disponibilitat totes les tardes fins a les 21'30 hores. En aquest context referia que el règim de contactes previst en l'Aute de 29-5-2018 no s'adequava als seus horaris de treball i afavoria la Sra. B. i la seva família. Afirmava que en mèrits del règim adoptat, sols gaudia de la companyia de la seva filla uns pocs dies i això malgrat haver disposat de diferents dies festius en que però la menor es trobava en companyia de la mare o la família d'aquesta. Indicava finalment que per tal de potenciar el vincle pare/filla que s'havia debilitat en mèrits de l'Aute de mesures provisionalíssimes, comunicaria les vacances tant bon

punt les conegués a la mare per tal de que la menor pogués romandre durant les mateixes en companyia del pare.

II.- Per a donar una resposta al recurrent en acord al dret a la tutela judicial efectiva resultant de les previsions de l'art. 10 de la Constitució, hem de partir de les especials vicissituds que envolten la esfera professional dels litigants.

El Sr. D. és vigilant de seguretat, iniciant la seva prestació laboral a les 22 hores la qual es perllonga fins l'endemà a les 06'00 hores. Malgrat sostenir que aquesta es desenvolupa en dos torns setmanals, en realitat es regula a través d'un mecanisme que pivota al tomb de tres setmanes: en la primera gaudeix de descans el dijous i el divendres, la següent el dissabte i el diumenge i la tercera, la inicia amb dies de descans (el dilluns i el dimarts), de tal manera que en definitiva entre la segona i la tercera setmana no treballa 4 dies seguits.

La Sra. B. treballa en un centre geriàtric, amb uns horaris de treball de dia (7h-19h o 8h-20h), si bé ocasionalment pot realitzar torns d'11 hores (7'30 a 14'30 hores i de 17'30 a 21'30 hores) o de 4 hores (7-11 hores) – vegi's en aquest sentit la planificació horària obrant en les actuacions foli 3-. La seva prestació laboral s'organitza al tomb de dos torns setmanals distints: la primera setmana treballa el dilluns, el dimecres i el cap de setmana sencer i la segona el dimarts, el dijous i el divendres, gaudint de descans la resta de dies.

En aquest context, és innegable que els horaris de treball dels progenitors són complexos i de difícil conciliació entre ells, i que el treball de nit que efectua el pare resulta difícilment compatible amb la cria de la seva filla, a partir de quina circumstància el mateix admet que la guarda i custòdia ha de ser desenvolupada per la mare. I és des d'aquesta perspectiva que l'Hble. Sr. Batlle, després d'una conciliació extraordinàriament llarga (es sosté per la Sra. B.t que hauria durat 4 hores) acollia una proposta que va realitzar la Sra. B. i establia un règim de

contactes que es repartia en sis setmanes consecutives, preveient-se en cadascuna d'elles unes relacions entre pare i filla diferents. En relació al règim proposat el pare donava la seva conformitat global, a excepció de la 3<sup>a</sup> setmana per la qual sol·licitava uns contactes més amplis del que proposava la mare. Malgrat aquesta discrepància, ambdues parts sol·licitaven “que les mesures plantejades s’adoptessin amb caràcter provisionalíssim mentre es duu a terme la pràctica de la prova” el que comportà que es dictés un acord acollint-les, si bé, al respecte de la setmana controvertida, s’adoptava un règim de contactes més ampli que aquell proposat per la mare, en els termes recordats en el Tercer antecedent de fet.

Ara però, el Sr. D. desdient-se d’allò que havia sol·licitat durant l’acte de conciliació, sol·licita l’adopció d’un sistema de contactes absolutament divers, i és a partir d’aquest nou posicionament i l’absència de congruència en relació a la posició que havia mantingut durant l’acte de conciliació, que la Sra. B., en les seves conclusions responsives, interpel·la el Tribunal.

La base objectiva de tot recurs es troba integrada pel gravamen o perjudici que la part recurrent pot experimentar en acollir la decisió dictada quelcom de diferent del que havia pogut demanar (vegi’s en aquest sentit la Sentència de data 26-6-2018 dictada en el rotlle TSJC-85/2018). En aquest sentit, si la decisió jurisdiccional que ha estat dictada acull íntegrament les pretensions que la part havia introduït al debat processal, el seu recurs d’apel·lació no podrà ser acollit.

En el supòsit que s’examina però ha de constatar-se com malgrat el pare s’havia avingut a un sistema de contactes organitzat al tomb de 6 setmanes, i malgrat admetre els contactes proposats per a les setmanes 1, 2, 4, 5 i 6, discrepava del règim proposat per a la setmana 3, i al respecte de la decisió adoptada al respecte de la mateixa és innegable que disposa de la facultat de recórrer, amb el benentès que no ens trobem en l’àmbit de drets disponibles el que obliga, en cas d’interposició d’un recurs d’apel·lació a verificar la bondat de la decisió adoptada.

III.- A l'hora de determinar els contactes d'un menor amb el progenitor no custodi, l'interès superior del menor intervé com a criteri determinant en l'adopció de qualsevol mesura que el concerneixi. Es tracta aquest d'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 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.

En aquest context, l'argument del recurrent tendint a associar l'exercici del règim de visites del menor, als dies en que gaudeix de descans setmanal per quant en definitiva era amb ell a qui li pertanyia l'esmentat règim de visites, ha de veure's rebutjat. En efecte, aquest posicionament correspon a l'interès subjectiu del pare, però en cap moment es justifica el motiu pel qual aquest resultaria més beneficiós per a la seva filla menor.

En tot cas, compaginar l'activitat professional del Sr. D. amb la cura de la seva filla, és una tasca complexa i ha obligat el Jutgador ha adoptar un règim que, si bé es pot adequar a les disponibilitats d'ambdós progenitors, no constitueix un marc de contactes ordenat i normalitzat. Aquest sols es pot justificar en atenció a la molt curta edat de na A., al fet que la mateixa no es trobi encara escolaritzada i en atenció que les mesures contingudes en la Resolució recorreguda són transitòries i perduraran fins a que puguin ser substituïdes per les mesures definitives que seran decidides en el marc del procediment principal quin sigui dit de passada es troba ja en un estat avançat. En tot cas, el fet de substituir les mesures provisionalíssimes en aquesta alçada per altre règim de contactes divers, suposaria introduir un nou element pertorbador per a la menor que, en atenció al seu interès prioritari, ha de ser rebutjat.

En aquest context, i sense que es desprengui de les actuacions practicades que la menor experimenti, ara per ara, un perjudici per raó de

l'exercici del sistema de contactes establert, el recurs d'apel·lació no podrà prosperar el tot però sense perjudici de la futura decisió definitiva que pugui recaure, en la qual i en atenció a la globalitat de les proves practicades es podrà decidir, amb plenes garanties per a la filla menor i les parts litigants, el sistema de contactes més idoni.

IV.- Per tot l'exposat escau desestimar el recurs d'apel·lació interposat tot i conformant-se íntegrament l'Aute dictat per l'Hble. Sr. Batlle en data 29-5-2018.

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**

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. F.D.P.contra l'Aute de data 29-5-2018 dictat per l'Hble. Batlle que confirmem íntegrament. No escau efectuar 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.-