

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, a 15 de maig de 2008

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Jean Louis VUILLEMIN, i els magistrats M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 18 de juliol del 2005 la representació processal del Sr. J.C.S. i de la Sra. M.J.N. va formular demanda de mesures provisionals urgents i necessàries prèvies a la interposició de la demanda de regulació de les relacions paterno-filials i de guarda i custòdia de menors a l'empara de l'article 63 LQM, manifestant que de la unió de fet entre el Sr. J.C.S. i la Sra. M.C.C. van nàixer tres fills, T., en data 3 d'octubre del 1999, D., en data 24 de juny del 2001 i S., el dia 17 d'abril del 2002, que la relació de la parella s'havia trencat i que la convivència dels nens amb la seva mare i la família d'aquesta els afectava negativament, que les condicions de l'habitatge en el qual residien no eren adequades pels menors, que la Sra. M.C.C. estava greument malalta i que no deixava que el seu progenitor veiés els nens. Per aquestes raons, sol·licitava que s'atribuís la pàtria potestat de la T., en D. i la S. als seus progenitors i la seva guarda i custòdia al Sr. J.C.S. i a l'avia paterna, la Sra. M.J.N., establint un règim de visites a favor de la Sra. M.C.C. de dos dies setmanals sense pernoctar amb ella fins que no tingués un domicili adequat, així com un dret de visita durant la meitat de les vacances escolars. La demanda formulada es va

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

complementar amb un escrit de data 22 de juliol del mateix any en el què la representació processal dels demandants afegien que havia tingut coneixement de que els menors patien maltractaments físics i psicològics.

II.- La Sra. M.C.C. va contestar la demanda en data 21 d'octubre del 2005 oposant-se a la mateixa i formulant demanda reconvençional sol·licitant que se li atribuís a ella la guarda i custòdia dels seus fills, fixant un règim de visites a favor del pare condicionat a que aquest tractés la seva addicció alcohòlica, i que es fixés una pensió a favor dels fills i a càrrec del pare de 300 euros mensuals i a favor de la Sra. M.C.C. de 200 euros mensuals.

III.- La Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 28 de setembre del 2007 va decidir: mantenir la pàtria potestat dels menors, T., D. i S. compartida entre els seus pares, els Srs. J.C.S. Jerez i M.C.C., fixar que el Sr. J.C.S. havia de contribuir a les despeses d'aliments dels nens en 500 euros mensuals, sent abonades les despeses extraordinàries per meitat entre els dos progenitors i establir un règim de contactes paterno-filials provisionals i transitori per un termini de sis mesos comptadors des de la data de la fermesa de la resolució.

IV.- Contra la citada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal del Sr. Jesús Carles J.C.S. i de la Sra. M.J.N. i, pels arguments recollits en les seves conclusions, demana que es practiqui en aquesta instància una prova psicològica i mèdica sobre l'estat actual mental i físic de la Sra. M.C.C. i, una vegada practicada, es revoqui la Sentència recorreguda estimant la seva demanda, imposant a l'adversa totes les costes generades pel procediment. Subsidiàriament, sol·licita que, en cas que no es cregui oportuna la pràctica d'aquesta prova, que no s'acordi la guarda i custòdia dels nens a favor de la Sra. M.C.C. fins que no s'hagi fet una prova psiquiàtrica i psicològica seriosa dels infants i de tots els membres de la família materna sobre els maltractaments psicològics i físics que ell posava de relleu al complement de demanda, atribuint-se en tot cas al seu mandant un règim de visites paterno-filials de caps de setmana alterns i la meitat de les vacances escolars.

Ha actuat com a magistrat ponent la M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI.

FONAMENTS DE DRET

I.- El recurs formulat contra la Sentència d'instància per la representació processal del Sr. Jesús Carles J.C.S. i la Sra. M.J.N. es fonamenta, en primer lloc, en la greu irregularitat que, segons el seu parer, s'ha produït al dictar aquesta resolució en la vessant processal, ja que els seus mandants van sol·licitar dues vegades, en dates 25 de juliol i 12 de setembre, que es tingués en compte que havien tingut coneixement que la Sra. M.C.C. havia estat ingressada amb caràcter molt greu al Centre Hospitalari Nostra Senyora de Meritxell i que se'ls havia informat de que la citada senyora s'estava quedant invàlida de les dues extremitats posteriors i sense coneixement cognitiu, raó per la qual havien sol·licitat que se li efectués un examen psicològic i mèdic a la Sra. M.C.C. sense que s'hagués resolt cap de les dues sol·licituds i sense fonamentar la seva decisió, de tal manera que tornaven a reiterar la seva petició en aquesta alçada.

Està fora de tot dubte que la Sra. M.C.C. pateix una malaltia degenerativa molt greu i consta a les actuacions un informe (foli 138) a on la mateixa Sra. M.C.C. reconeix que pateix un lupus cerebral, té problemes a mans i cames, trobant-se mancada d'estabilitat a estones i pèrdua de visió dels dos ulls i és evident que aquesta pot passar per episodis més o menys greus de la seva malaltia. Malgrat això, l'Hble. Batlle estima, de manera suficientment raonada i d'acord amb els informes que consten a les actuacions, que la defenent té una personalitat apta per fer-se càrrec de les criatures, i que la seva malaltia, a pesar de ser molt greu, no és motiu per privar-la de la guarda i custòdia dels nens i aquesta Sala comparteix aquesta decisió, ja que el que s'ha de valorar és la capacitat de la Sra. M.C.C. per atendre els seus fills en el vessant personal, el vincle afectiu existent entre els nens la seva mare i la família d'aquesta i l'ajut material que rep la defenent en la cura dels nens que assegura que siguin cobertes les seves

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

necessitats materials. Aquestes constatacions aconsellen, o com a mínim ho aconsellaven en el moment de dictar la Sentència que es recorre, que els menors no fossin separats de la seva mare i del nucli familiar en el què es troben integrats, sense que un possible canvi de les circumstàncies que van donar lloc a la demanda pogués portar a l'Hble. Batlle a modificar el seu criteri en virtut del principi de perpetuació de jurisdicció que impedeix la *mutatio libellis* per tal d'evitar que la part contrària es vegi en situació d'indefensió davant d'un canvi en les bases sobre les què es fonamenta el litigi i menys encara que aquesta Sala es pronunciï en un sentit diferent al de la resolució d'instància en quan la seva tasca és la de revisar la seva correcció i no pas tenir en compte circumstàncies que s'han produït en tot cas amb posterioritat a la demanda. Per aquesta raó, si han sobrevingut circumstàncies diferents a les que van motivar la demanda de mesures provisionals, serà en la sentència que posi fi al procediment principal a on s'hauran de resoldre.

D'altra banda, en qualsevol cas, fins que no es refacin els vincles afectius dels menors amb el pare en seguiment efectiu del règim de visites establerts per la resolució apel·lada, no seria possible atribuir la guarda i custòdia dels menors al seu progenitor i a la seva àvia paterna encara que la salut de la seva mare hagués empitjorat tant com els recurrents manifesten, tenint en compte que en el moment de dictar la Sentència d'instància els nens portaven, segons afirmen els recurrents, quasi tres anys sense veure'ls, no convivint amb el seu pare des de l'any 2002 i manifestant una clara oposició a relacionar-se amb ell, de tal manera que estimar la demanda del Sr. J.C.S. i la Sra. M.C.C. sense un període previ d'adaptació entre els nens i el seu pare podria suposar un greu trauma per ells atesa l'estreta vinculació afectiva d'aquests amb la seva mare i la família materna i la nul·la relació amb el seu pare i la seva avia paterna. Per la mateixa raó, tampoc es pot modificar el règim transitori i progressiu de visites paternes establert en la Sentència recorreguda, com es sol·licita subsidiàriament, ja que entenem que aquest era el procedent, sense perjudici de la seva possible modificació si així ho estima oportú l'Hble. Batlle una vegada constatada la restauració d'una vinculació

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

afectiva entre el Sr. J.C.S. i els seus fills tal com es preveu a la Sentència recorreguda.

II.- En el vessant material reitera la recurrent els arguments que ja va exposar en la instància i que van ser examinats i desestimats per l'Hble. Batlle, motiu que seria suficient per desestimar-los en aquesta alçada, en el sentit que la Sra. M.C.C. és incapaç de tenir cura dels seus fills i que és precis portar a terme un nou estudi psiquiàtric i psicològic dels infants i de tots els membres de la família materna sobre els maltractaments psicològics i físics al·legats per ells abans d'atribuir la guarda i custòdia dels menors a la seva mare. No obstant, com hem destacat, el que cal tenir en compte a l'hora d'atribuir la guarda i custòdia d'uns menors a un dels seus progenitors no és la capacitat física d'aquest per tal de resoldre les necessitats materials dels nens quan aquestes poden ser ateses per altres vies, com és el cas, sinó la capacitat psicològica i humana que li permeti mantenir uns vincles afectius amb els menors i tenir cura del seu desenvolupament com a persones i aquesta capacitat no es perd per la ceguesa, ni per els impediments de caràcter físic.

Pel que fa a l'actuació de la família materna que col·labora amb la Sra. Cortes per tal de tenir cura material dels infants, en cap moment s'ha constatat ni a l'escola, ni a l'informe social elaborat per la treballadora social de l'Àrea d'Atenció Social Primària del Ministeri de Salut, Benestar Social i Família, la Sra. I.S., ni a l'informe de la psicòleg C.B., ni al de la psicòleg I.B. que han examinat a la Sra. M.C.C. i als seus fills que els nens estiguessin mal cuidats, ni patissin cap carència de tipus material, ni cap maltractament físic o psicològic. Pel contrari, l'informe de la Sra. I.S. posa de relleu que la mare procura estar propera als seus fills, implicant-se en les tasques que li és possible amb la col·laboració de la seva família i que s'ha constatat que aquesta efectua un seguiment pediàtric correcte dels mateixos i segueix les orientacions donades des de l'Àrea d'Atenció Social, que els menors tenen les seves necessitats mínimes cobertes, així com la cura i atenció que requereixen pel seu correcte desenvolupament i mantenen en l'actualitat una evolució favorable a nivell escolar, de tal manera que no és precis cap altre informe psicològic dels menors, que

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

ja s'ha portat a terme, ni de la família materna, quan no hi ha sospites de la seva actuació incorrecta.

III.- Al·leguen igualment els recurrent que el règim transitori que fixa la Sentència no es pot complir, i aquesta afirmació està mancada de tota prova, ja que si bé és cert que s'han al·legat dificultats per posar-lo en pràctica amb anterioritat i que existeix un enfrontament entre les dues famílies, no s'ha acreditat que no sigui possible fer-lo efectiu una vegada la Sra. M.C.C. i la seva família han estat advertits de les greus conseqüències que l'incompliment d'una resolució judicial els hi pot provocar i especialment en les condicions establertes per la resolució d'instància.

IV.- Reiteren els recurrents en aquesta alçada les seves al·legacions en el sentit que l'informe realitzat per la psicòleg infanto-juvenil Sra. I.B. no és imparcial i un altre vegada, en el mateix sentit que l'Hble. Batlle, cal posar de relleu que no es pot apreciar en el citat informe cap falta d'imparcialitat, ni s'ha provat que existeixin motius per dubtar de l'actuació d'un professional que s'ha de presumir competent i aliè als interessos de les parts. D'altra banda, s'ha d'entendre que els informes que consten a les actuacions són suficientment complerts per la finalitat amb la què es van demanar.

V.- Per últim, tampoc es poden estimar les al·legacions de la part recurrent en el sentit que s'han vulnerat els seus drets constitucionals a la defensa, a la igualtat d'armes i a la tutela judicial efectiva, ja els informes en els què la Sentència recorreguda fonamenta la seva decisió no es poden considerar parcials, com hem argumentat, ni insuficients, com també hem manifestat. Cal entendre igualment que l'Hble. Batlle ha motivat suficientment la seva decisió fonamentant-la en aquests informes, sense que es pugui dir tampoc sense més que ha incorregut en incongruència. Tampoc resulta necessari esbrinar a què són exactament deguts els problemes escolars de la menor T., quan no hi ha constància de que hagin estat ocasionats per la seva situació dins la família materna en la que es troba ben integrada igual que els seus germans que no presenten cap retràs escolar.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

VI.- Pel que fa referència a les costes processals, no es fa expressa imposició ni de les de la instància, ni de les d'aquesta alçada atesa la naturalesa del litigi i la jurisprudència constant dels tribunals andorrans en aquest sentit.

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 per la representació del Sr. J.C.S. Jerez i la Sra. M.J.N. contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 28 de setembre del 2007 que CONFIRMEM íntegrament, sense fer especial pronunciament sobre les costes d'aquesta alçada.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. President de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-