

# **SENTÈNCIA**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 19 de juliol del 2016

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.- La Sra. M.C.B.S. va interposar, en data 05-02-2014, demanda de divorci i de modificació parcial de mesures envers el Sr. J.L.C.C.

El Sr. J.L.C.C. va contestar a la demanda de divorci i de modificació de mesures, per escrit de data 27-03-2014, tot i formulant una demanda reconvençional sol·licitant la modificació del règim de guarda i custòdia dels dos fills menors.

II.- L'Hble. Batlle va dictar sentència, de data 18-03-2016, decidint : *"Estimar molt parcialment la demanda de divorci promoguda en data 13 de març de 2014 per la Sra. M.C.B.S. a l'atenció del Sr. J.L.C.C.; Estimar substancialment la demanda reconvençional interposada per aquest darrer contra la primera; Declarar*

dissolt per divorci el matrimoni canònic celebrat a Pontevedra, espanya, el 8 d'octubre de 1988, així com la dissolució del règim econòmic matrimonial. Ratificar l'aprovació del conveni del 28 de maig de 2008 que es modifica en els següents termes:

*Modificar el pacte TERCER.- GUARDA I CUSTÒDIA DELS FILLS que queda redactat com segueix: "Atorgar la guarda i custòdia de la filla menor V. en exclusiva al progenitor, Sr. J.L.C.C."*

*Eliminar el pacte QUART.- DETERMINACIÓ DEL RÈGIM DE CUSTÒDIA COMPARTIDA i, substituir-lo pel següent règim de visites en favor de la mare, Sra. M.C.B.S.:*

*\*Caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola i/o activitat extraescolar i, fins el dilluns al matí que els portarà a l'escola. Si el divendres fos festiu la menor V. haurà de ser recollida el darrer dia lectiu a la sortida de l'escola o activitat extraescolar i, si el dia festiu ho fos dilluns, la mare restaria en companyia de la menor fins el següent dia lectiu, que els portarà a l'escola.*

*\*La mare podrà gaudir de visites inter-setmanals sempre i quan ho comuniqui al progenitor amb una antelació mínima de 24 hores.*

*\*La meitat de les vacances escolars. Aquestes s'iniciaran el darrer dia lectiu de la menor en que la menor haurà de ser recollida per la mare a l'escola o, activitat extraescolar, segons s'escaigui.*

*- 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 20 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 20 hores en que haurà de ser reintegrada al domicili patern, en el seu cas.*

*- Respecte les vacances d'estiu, aquestes es fraccionaran i, s'alternaran per quinzenes, corresponent-li a la mare la primera quinzena els anys parella i, la segona els senars.*

*- Les vacances de Setmana Santa la menor restarà en companyia de la mare, 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.*

*- Durant les vacances de Tots Sants i Carnestoltes la 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.*

*\*Els dies de celebració pròpia de la mare (aniversaris i onomàstiques): la mare podrà gaudir de la companyia de la seva filla en aquests dies almenys mitja jornada, al igual que el pare pel que respecta els seus dies de celebració propis. La menor V. celebrarà llur propi aniversari i onomàstica, de forma alternativa, amb cada progenitor, corresponent-li a la mare els anys senars. Malgrat tot i, sempre que sigui possible, ambdós progenitors realitzaran el màxim esforç per passar conjuntament aquests dies amb els fills.*

*\*Qualsevol desplaçament a l'estranger amb pernoctació de la menor, haurà de ser comunicat, així com l'adreça i, telèfon de contacte, almenys amb dos dies d'antelació.*

*\*Igualment els progenitors s'hauran de garantir l'un a l'altre la lliure comunicació telefònica amb la filla menor."*

*Modificar el pacte CINQUÈ.- ALIMENTS.- que queda redactat com segueix "La mare Sra. M.C.B.S. contribuirà en concepte de pensió alimentària per a la seva filla, amb la quantitat de 300 €/mes. Aquesta quantitat serà satisfeta mitjançant*

*ingrés o transferència bancària al compte bancari que la mare indiqui, entre els 5 primers dies de cada mes. L'import serà revisable, automàticament, una vegada a l'any i, en funció de l'increment que experimenti l'Índex de Preus al Consum (IPC) publicat pel Govern. Establir a l'ensem el pagament per meitat de les despeses extraordinàries que generi la menor, entenent-se com a tals les hospitalàries, mèdiques o d'ortodòncia. La resta hauran de ser consensuada entre ambdós progenitors, si s'ha de pagar per meitats i, cas de no ser-ho haurà de ser suportada pel progenitor que l'hagi decidit.”*

*No efectuar especial condemna en costes.”.*

III.- La part agent ha interposat recurs contra la sentència d'instància i, en data de registre 01-06-2016, va presentar el seu escrit de conclusions demanant la revocació de la sentència dictada a la instància i que s'acordin les següents mesures :

“- La guàrdia i custòdia dels fills compartida podent estar amb ells una setmana seguida cada progenitor així com la meitat de les vacances escolars alternant-se cada any els diferents períodes entre progenitors; El millor per a la filla menor seria una règim de guàrdia i custòdia compartit poden estar una setmana amb cada progenitor. El que és va preveure en el seu moment es totalment inviable pels fills comuns, per quant estan dos dies amb un progenitor i altres dos amb l'altre, tenint els mateixos la sensació de no estar ni en un lloc ni en l'altre. Acaben d'arribar que ja han de marxar.

- En quant a les càrregues familiars es sol·licita que es mantingui el que en el seu dia fou pactat i homologat en el sentit que *"en tot el que es refereix a despeses de manutenció, escolars, sanitàries, de vestuari, i altres, be sigui de caràcter ordinari o extraordinari, dels fills J. i V., els pares hi contribuïran per meitats iguals, compte tingut el règim de custòdia compartida. En el supòsit que una de les parts no pugui fer-se càrrec del 50% (totalment o parcial) referit de la despesa extraordinària, per impossibilitat econòmica demostrada. I l'altre part s'obliga a sufragar-ho, amb el percentatge restant, renunciant en aquest acte a reclamar qualsevol restitució dels imports abonats de més ”;*

- En relació a la pensió percebuda pel fill J. -que percep actualment el pare en la seva integritat-, que la meitat del seu import sigui transferit al compte de la meva principal a efectes de manutenció del fill; “.

La part defenent, per escrit de contesta a les conclusions, de data de registre 22-06-2016, va indicar aplanar-se parcialment, manifestant que si estava conforme amb la resolució dictada en primera instància, estava disposat a donar una oportunitat a la Sra. M.C.B.S. per tal que gaudeixi dels

fills, en el sentit d'atorgar la guarda i custòdia compartida tot i anul·lant la pensió compensatòria pactada.

El Mgfic. Ministeri Fiscal va demanar, segons informe de data de registre 23-06-2016, que la íntegra confirmació de la Sentència recorreguda.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Vincent ANIÈRE.

## FONAMENTS DE DRET

I.- El motiu principal del recurs de la Sra. M.C.B.S. es basa sobre la incorrecta valoració de les proves i que és sense tenir en compte els elements aportats per aquesta part que el tribunal ha adoptat les mesures en relació amb la filla menor. Els arguments són en resumit els següents : 1) no és cert que ella incomplia sistemàticament el règim de custòdia establert en el conveni ; 2) no és perquè els fills van compartir una mica més de temps amb el pare degut al fet que per qüestions laborals la mare no se'n ha pogut fer càrrec que s'havia de suprimir la guarda compartida que s'havia previst en el conveni regulador i atribuir-la de manera exclusiva al pare ; 3) la menor V. va manifestar que volia passar més temps amb la mare ; 4) si la pensió de solidaritat que rep el pare pel compte del fill gran fos repartida o gestionada entre els dos pares, ella es podria fer càrrec de la cuidadora i passar més temps amb els seus fills ; 5) és el sistema de guarda compartida que és el més beneficiós per la menor V. i només cal modificar els dies de presència amb cada progenitor i 6) se li imposa una pensió per aliments quan queda provat que té dificultats econòmiques i que caldria mantenir la repartició per meitat que va ser decidida en el seu temps amb la guarda compartida.

II.- Cal d'antuvi precisar que estranyament el Sr. J.L.C.C. no ha formulat cap recurs i presenta un escrit en el qual exposa i conclou que ha tingut raó l'Hble. Sra. Batlle d'atorgar-li la guarda i custòdia de la menor, i la tutela provisional del seu fill discapacitat (cosa que en realitat no fa la

sentència que al contrari indica que essent major el J. no s'ha d'efectuar cap pronunciament), establint un règim de visites previstes a favor de la Sra. M.C.B.S., i una pensió d'aliments fixada de 300.-euros així com el pagament per meitat de les despeses, i malgrat això sosté que, finalment, vol *“donar una nova i darrera oportunitat a la Sra. M.C.B.S. per ocupar-se realment gaudint-ne de la companya dels seus fills i que no siguin només paraules buides de contingut i no de fets.”* tot i tornant a discutir la qüestió de la pensió compensatòria quan, malgrat el que pretén, la sentència va contestar als seus arguments al respecte.

Per tant, cap pronunciament es pot fer en relació a la prestació compensatòria donat que aquest aspecte de la sentència no és recorregut i que la existència d'aquesta prestació no es pot posar en balanç amb la qüestió de les mesures en relacions a la filla menor.

III.- També cal precisar que si la part recurrent i la part recorreguda parlen “dels fills”, la realitat és que només s'han d'adoptar mesures en relació a la menor V. que és menor d'edat, quan l'altre fill, J., és major d'edat puix va néixer al x. del 19xx. i per tant té x. anys en l'actualitat. Per consegüent, si és clar que les dificultats lligades al seu estat de salut s'han de tenir en compte al moment de valorar el funcionament familiar, no es poden prendre mesures en relació amb ell en el marc del present procediment de divorci i de modificació de mesures, i cal, com repetidament s'ha indicat al llarg del procediment, instar el procediment escaient per a adoptar les mesures tuitives que li corresponen.

Pel que fa a la menor, com s'ha de recordar sempre, és el criteri de l'interès del menor i del seu desenvolupament essencial que s'ha d'aplicar com a paràmetre director per a la determinació dels règims de guarda.

Sobre aquest tema i vist les últimes pretensions del pare, volem recordar que si bé l'entesa entre els pares i els acords entre ells són molt importants, nogensmenys l'interès del menor és un concepte superior que els tribunals han de preferir si els acords entre pares no apareixen conforme.

A més, en el present cas, no es pot realment parlar d'acord sinó d'un pare que va sostenir durant tot el procediment que calia suprimir el règim de guarda compartida donat que la mare no el respectava i que un cop la seva

posició avalada per la justícia pretén unilateralment que ell mateix vol donar “una darrera oportunitat” a la mare, sense però aportar cap element concret per explicar aquest canvi de parer, tot i sol·licitant de nou la supressió de la prestació compensatòria que deu a aquesta.

IV.- Quant a l'aspecte central del recurs, és a dir el manteniment de la guarda compartida, vam poder precisar en varies sentències (en particular recentment 360/15 del 29-04-2016 i 476-15 del 28-04-2016) que el règim de guarda i custòdia compartida presenta clars beneficis i avantatges per l'evolució i el desenvolupament del menor ja que permet evitar el conflicte de lleialtats dels menors respecte dels seus pares i afavoreix la comunicació dels pares entre ells en un marc finalment més pacífic que permet a tots assumir la seva posició intrafamiliar i les seves responsabilitats.

Tanmateix, si aquest règim és preferible també és exigent tota vegada que suposa una entesa mínima entre els progenitors i una organització concreta viable que depèn de paràmetres concrets. Per apreciar aquesta viabilitat, vam indicar que :

*“En definitiva, l'aplicació del règim requerirà la ponderació de les circumstàncies de cada cas, com l'edat dels fills, l'horari laboral o professional dels progenitors, la proximitat del lloc de residència d'ambdós progenitors, la disponibilitat d'una residència adequada per als fills, el temps lliure, l'opinió dels menors i altres similars.*

*Així mateix, s'ha tingut ocasió també de posar de relleu que si bé aquest interès superior del menor és el paràmetre preferent per a resoldre l'atribució de la guarda i custòdia, s'ha d'aplicar de manera curosa i subordinada a la protecció jurídica de la persona i dels seus drets de la personalitat i s'ha de valorar en funció de la prova practicada a les actuacions.”*

V.- En quant a aquest darrer aspecte, considerem que la valoració de les proves realitzades per l'instància és completa i correcta i no hi tenim res a afegir.

En el present cas, es dona la circumstància que ja es va intentar fer funcionar un règim de guarda compartida. En efecte, el conveni regulador adoptat l'any 2008 va preveure una guarda compartida dels fills. Però, com ho admet la part agent i recurrent, aquest règim no funcionava i era molt

complicat que funcioni el règim subsidiari previst en particular per manca d'entesa entre els pares, per raons laborals i econòmiques pròpies a la Sra. M.C.B.S., en particular la dificultat de trobar una tercera persona per cuidar del fill gran J. (avui major d'edat) , epilèptic i pateix del síndrome de Dravet i retard psicomotor amb un grau d'incapacitat reconegut de 80% fent que es atès per l'Escola Especialitzada de NSM a través del programa de Edes i necessita l'assistència d'una tercera persona.

Els testimonis i els certificats aportats demostren clarament que durant els últims anys els fills van viure principalment amb el pare qui se'n va cuidar i que la situació real corresponia més a una guarda en exclusiva que a una compartida.

La part recurrent insisteix sobre els certificats dels Doctors B. i M. que van indicar que durant els darrers anys els dos pares han acudit regularment i en nombroses ocasions a llur consulta. Molt bé, això confirma que, com ho va precisar el primer jutjador, no s'havia de posar en dubte les habilitats parentals de la mare, però no canvia el fet que pel que fa a l'organització quotidiana no podia assumir el règim previst.

L'informe de la treballadora social pel que fa a la Sr. M.C.B.S. ha posat de manifest que si després de la separació l'any 2008 es va establir un règim de guarda compartida on els fills havien d'estar amb la mare les setmanes alternes, actualment la mare només pot estar amb ells els caps de setmana donat que durant la setmana el seu treball no li permet (fa la neteja d'una x. amb uns horaris de 10:00h a 14:30h i de 18:00h a 21:30h, tenint els caps de setmana lliures) i que no pot pagar una cuidadora.

D'altra banda, ressurt d'aquest informe que la mare no té xarxa familiar al país i que els progenitors no tenen cap comunicació i que només intercanvien via missatges telefònics.

Quant a l'informe, en relació al pare permet constatar com aquell pretén reiteradament que a partir de la separació, la mare qui sempre s'havia ocupat dels fills hauria canviat d'actitud i mostrat desinterès per cuidar-los.

Quant a la menor V., nascuda el xx-xx-xxxx, compta a l'actualitat amb x. anys d'edat, i a l'exploració que se li va fer, en data 15-01-2015, va manifestar que normalment vivia amb el pare i que veu la mare 1 cap de

setmana de cada 2 i que durant les vacances d'estiu està uns dies amb la mare. Preguntada si li agradaria estar més sovint amb la seva mare va manifestar que sí, però no va dir si volia viure de forma alterna amb els dos progenitors.

Finalment, la pensió de solidaritat d'aproximadament 900 euros que rep el pare pel compte del fill, i que sembla ser un important punt de discrepància entre els pares, està destinada a satisfer les seves necessitats del fill i no es pot de cap manera utilitzar com una eina per a intentar fer funcionar el règim de guarda compartida (recordem que J. és major d'edat i que esdevé urgent i indispensable instaurar les mesures de proteccions legals i judicials que comporta la seva situació d'incapacitat, però que no està concernit directament per la qüestió de la guarda i custòdia de la seva germana) ni resoldre les dificultats econòmiques de la mare, les quals en tot cas no són l'únic obstacle a la instauració de la guarda compartida.

Quant al nou posicionament del pare, cap explicar que ell mateix sosté que el problema de fons essencial no és solament que la mare ha tingut problemes econòmics i laborals sinó i sobre tot que no hauria fet el sacrifici personal que comporta cuidar dels fills. Però, no explica en què, després de la sentència, hauria intervingut un canvi en els paràmetres personals de la Sra. M.C.B.S., en les circumstàncies familiars o en les males relacions entre els pares, i que podria explicar un tal canvi de gir.

Aquestes contradiccions i tergiversacions confirmen la manca de viabilitat de la guarda compartida i no són compatibles amb l'interès de la menor qui requereix estabilitat i constància i que el règim de guarda i custòdia que regeix la seva existència es determini en funcions del seu interès personal i de cap manera en funció de criteris que res tenen a veure amb aquest darrer.

VI.- Pel que fa a la qüestió de la pensió per aliments, aquesta és una conseqüència de l'atribució de la guarda al pare, ja que a partir del moment on se li confia judicialment la guarda i custòdia, escau compensar la càrrega financera que aquesta situació comporta.



No s'ignoren les dificultats econòmiques de la mare (qui té uns ingressos d'uns 1218 euros i unes despeses d'uns 1050 euros) però aquesta no aporta cap element o argument per contradir l'import de 300.-euros fixat per la sentència d'instància que respon als criteris en la matèria, és a dir el principi de proporcionalitat entre els ingressos dels progenitors i les necessitats de la filla, essent precisat que els ingressos mensuals del Sr. J.L.C.C. són de 962 euros als quals cal afegir els 909 euros de la pensió de solidaritat del fill, i amb la precisió que la seva parella percep un salari de 772 euros però que no se sap quins són els ingressos de la parella de la Sra. M.C.B.S.

Per conseqüent, l'import de 300.-euros mensuals es confirma.

VII.- En consideració a la natura dels interessos del present procediment, i malgrat la desestimació del recurs, no escau efectuar cap imposició de les costes processals.

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 interposat per la representació processal de la Sra. M.C.B.S. contra la sentència, de data 18-03-2016, dictada per l'Hble. Batlle que confirmem íntegrament.

**NO EFECTUAR** cap imposició de 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.-