

AUTE

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 26 d'abril del 2017.

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.- Per escrit presentat el dia 8 d'octubre del 2015, la Sra. M.A.T.C.C. va formular demanda d'adopció de mesures provisionals a l'empara del que disposa l'article 63 de la Llei Qualificada del Matrimoni, contra el Sr. I.F.C., sol·licitant que fossin acordades, amb caire provisional, les següents mesures, consistents en què la guarda i custòdia del fill menor dels consorts li fos conferida i que s'establís el règim de contactes paternofilials a favor del pare que s'estimés més convenient, i a càrrec d'aquest darrer el pagament d'una pensió per aliments de 500.- euros mensuals, el pagament exclusiu a

càrrec del progenitor no custodi de les despeses extraordinàries del fill comú menor d'edat, i que igualment es posés a càrrec del pare el de les pensions per aliments meritades des del mes de maig del 2015, tot descomptant la suma de 200.-euros satisfeta per aquest concepte pel pare i altre import de 299,50.- euros en concepte de despeses extraordinàries meritades des de la separació matrimonial.

II.- El dia 6 de novembre del 2015, es va celebrar l'acte de conciliació de les parts, en presència del Magnífic Ministeri Fiscal, en el decurs del qual els Srs. M.A.T.C.C. i I.F.C. es van avenir tan sols a què la pàtria potestat del menor A. fos compartida entre ells, divergint en quant a l'atribució de la guarda i custòdia del mateix. Altrament, el pare va posar de manifest que la filla comuna, que era major d'edat, no havia assolit independència econòmica i aquell any cursava estudis al Principat, tot i que projectava l'any vinent marxar a estudiar fora del país, raó per la qual interessava que aquest tribunal es pronunciés igualment sobre l'obligació d'ambdós progenitors d'assumir per meitat les despeses d'alimentació i de formació acadèmica de la filla major d'edat. Al respecte la progenitora va adduir que, en atenció a la diferència d'ingressos entre els progenitors, corresponia al pare assumir les despeses d'alimentació i de formació de la filla major d'edat en una proporció del 80 o 90% i a ella en la proporció restant del 10 o 20%.

Finalment i en quant a l'adopció per part d'aquest tribunal d'unes mesures amb caire provisionalíssim, la progenitora interessava que se li atorgués a ella la guarda i custòdia del fill menor d'edat, i un règim de visites a favor del pare consistent en caps de setmana alterns i uns contactes intersetmanals consistents en els dimarts i dijous de cada setmana, des de la sortida de l'escola i fins al dia següent, en què el progenitor havia de retornar al menor al centre escolar, endemés de l'obligació a càrrec del pare de satisfer uns auxilis econòmics imprescindibles per import de 300.-euros mensuals. El Magnífic Ministeri Fiscal es va mostrar d'acord en l'atorgament, amb caràcter provisionalíssim, de la guarda i custòdia del menor a favor de

la mare i d'un règim de contactes a favor del pare consistent en aquell que actualment posaven en pràctica els progenitors, i el pagament d'un mínim de 200.- euros en concepte d'auxilis econòmics imprescindibles. Finalment, el Sr. I.F.C. es va oposar a l'adopció de les mesures sol·licitades de contrari i va interessar que se li atorgués un règim de contactes respecte del seu fill menor, consistent en tots els caps de setmana, més dos dies de contactes intersetmanals.

III.- En dita audiència, el Sr. I.F.C. va presentar un escrit de contesta a la demanda, sol·licitant que es dictés en el seu dia resolució que atorgués la pàtria potestat del fill comú A. i la guarda i custòdia del mateix compartida entre ambdós progenitors i un repartiment de les vacances escolars per meitat entre ells i el mateix respecte dels dies de celebració pròpia dels pares i de les onomàstiques i aniversaris del fill. Subsidiàriament i en el cas que no es donés lloc a la petició de guarda i custòdia compartida, sol·licitava que s'atorgués un règim de visites al seu favor consistent en tots els caps de setmana des de la sortida del col·legi i fins al dilluns al matí en què reintegraria al menor al centre escolar i cada dimecres i dijous durant el període lectiu escolar des de la sortida de l'escola o de l'activitat lúdica, retornant el menor a la mare el dijous a les 20'30 hores, i l'establiment al seu càrrec del pagament d'una pensió per aliments de 200.- euros mensuals, incrementable anyalment segons la variació que experimentés l'índex de preus al consum i el pagament per meitat entre els progenitors de les despeses extraordinàries del menor.

IV.- El dia 18 de novembre del 2015 es va dictar un Aute amb els següents pronunciaments:

“Primer.- Adoptar les següents mesures paternofilials, amb caràcter provisionalíssim, de conformitat amb el que disposa l'article 63, apartat 6, de la Llei qualificada del matrimoni de data 30 de juny de 1.995, modificat per la

Llei 3/2012 del 19 d'abril, qualificada de modificació de la Llei Qualificada del Matrimoni i consistents en:

- Atribuir la guarda i custòdia provisional del menor A.C.C. a la progenitora, romanent la pàtria potestat sobre el mateixa compartida entre ambdós progenitors;*
- Establir de forma provisional i, en concepte de mínims, que el pare pot gaudir de la companyia del menor els caps de setmana alterns i dos dies de contacte intersetmanal, els dimarts i dijous de cada setmana, des de la sortida de l'escola i fins a l'endemà en què el progenitor no custodi retornarà al menor al centre escolar, i un repartiment de les vacances escolars del menor per meitat entre els progenitors, corresponent a manca d'acord entre les parts, el primer període els anys parells a la mare, i els anys senars al pare;*
- Establir a càrrec del progenitor no custodi el pagament d'uns auxilis econòmics imprescindibles d'un import de tres-cents (300) euros mensuals, pagadors els cinc primers dies de cada mes, al compte bancari que la mare assenyali, i incrementable anyalment en funció de la variació que experimenti el índex de preus al consum publicat pel M.I. Govern d'Andorra, endemés de l'obligació de cada progenitor de satisfer les despeses extraordinàries del fill comú en la proporció del 80% a càrrec del pare i de la mare el restant 20%, trobant-se incloses en les despeses extraordinàries del menor aquelles de psicòleg, psiquiatra i optometrista;*
- Establir a càrrec de la Sra. M.A.T.C.C. l'obligació de satisfer mensualment al Sr. I.F.C. la suma de 100.-euros a fi de proveir a les despeses ordinàries de la filla comuna major d'edat, Sra. A.C.C.C., havent de fixar igualment l'obligació d'ambdós progenitors de prendre a càrrec les despeses extraordinàries de la filla comuna major d'edat, en la proporció del 80% pel que respecta al pare i el restant 20% pel que fa a la mare.*

Segon.- *Reservar la decisió sobre les costes processals causades a la resolució que posi fi al present procediment."*

V.- Contra dita resolució va formular recurs d'apel·lació el Sr. I.F.C., el quin va ser resolt per Aute dictat per part de la Sala civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra el dia 20 de setembre del 2016, quina part dispositiva diu el que segueix:

“Estimar parcialment el recurs d’apel·lació interposat pel Sr. I.F.C. contra l’Aute dictat per l’Hble. Batlle en data 18 de novembre del 2015, que REVOQUEM PARCIALMENT, en quan disminuïm l’import dels auxilis econòmics que el Sr. I.F.C. ha d’abonar en concepte d’aliments del seu fill menor a dos-cents euros mensuals, disposant igualment que s’haurà de fer càrrec del 50% de les despeses extraordinàries dels seus dos fills, CONFIRMANT la citada resolució en tots els demés punts i sense fer especial pronunciament pel que fa a les costes d’aquesta alçada.”

VI.- L’Aute dictat per l’Hble. Batlle en data 3 de novembre del 2016 va decidir:

*“**Primer.-** Que estimant parcialment la demanda formulada per la Sra. M.A.T.C.C. contra el Sr. I.F.C. adopto, de conformitat amb l’article 63 de la Llei qualificada del matrimoni de data 30 de juny de 1.995, modificat per la Llei 3/2012 del 19 d’abril, qualificada de modificació de la Llei Qualificada del Matrimoni, les mesures provisionals següents, que restaran vigents sempre i quan les parts interposin, en el termini de trenta dies naturals, demanda de separació matrimonial, de conformitat amb el que disposa l’article 51, apartat 2 de la Llei Qualificada del Matrimoni;*

- La guarda i custòdia provisional del menor A.C.C. a la progenitora, romanent la pàtria potestat sobre el mateix compartida entre ambdós progenitors;*

- Establir de forma provisional i, en concepte de mínims, el règim de contactes en favor del pare i en benefici del menor que s’estableix al IV. CONSIDERANT de la present resolució judicial;*

- Establir a càrrec del progenitor no custodi el pagament d’uns auxilis econòmics imprescindibles d’un import de dos-cents euros mensuals, pagadors els cinc primers dies de cada mes, al compte bancari que la mare*

assenyali, i incrementable anyalment en funció de la variació que experimenti el índex de preus al consum publicat pel M.I. Govern d'Andorra, endemés de l'obligació de cada progenitor de satisfer les despeses extraordinàries dels fills comuns per meitat, trobant-se incloses en les despeses extraordinàries del menor aquelles de psicòleg, psiquiatra i optometrista;

– Establir a càrrec de la Sra. M.A.T.C.C. l'obligació de satisfer mensualment al Sr. I.F.C. la suma de 100.-euros a fi de proveir a les despeses ordinàries de la filla comuna major d'edat, Sra. A.C.C.C.

Segon.- *No fer especial imposició de les costes judicials ocasionades.”*

VII.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació el Sr. I.F.C. i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demana la seva revocació en el sentit d'establir un règim de guarda i custòdia compartida entre els dos progenitors del fill menor exercida per cada un d'ells en setmanes alternes, revocant la seva obligació de satisfer 200 euros mensuals en favor de la Sra. M.A.T.C.C. i mantenint l'auxili econòmic de 100 euros mensuals per part de la Sra. M.A.T.C.C. en favor del Sr. I.F.C. en concepte de despeses ordinàries de la seva filla major A.C.C.C.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- L'Aute objecte del present recurs estima parcialment la demanda d'adopció de mesures provisionals formulada per la Sra. M.A.T.C.C. contra el Sr. I.F.C. i el defenent s'hi oposa argumentant, en relació a la guarda i custòdia compartida del fill menor que sol·licita, que no és cert que abans de

la notificació de l'Aute de l'Hble. Batlle la guarda i custòdia del fill menor s'hagués atribuït a la seva mare, sinó que, de facto, es tractava d'una guarda i custòdia compartida, ja que a partir de la separació dels esposos el fill menor passava cada cap de setmana, així com dos dies intersetmanals amb el seu pare, de tal manera que tant el Tribunal d'instància com el Superior havien modificat el règim que s'estava duent a terme en benefici de la mare i en oposició als interessos de l'infant menor, el qual havia manifestat en diverses ocasions que volia estar amb el seu pare.

Manifesta igualment que no existeix cap argument que justifiqui la no adopció de un règim de guarda i custòdia compartida, que té por de que les mesures provisionals que s'havien establert es converteixin en definitives, així com les provisionalíssimes, que s'havien perpetuat excessivament en el temps, s'havien convertit en provisionals, lamentant que no s'hagués escoltat la voluntat i la opinió del fill menor i tement que després de dos anys d'haver-se dictat les dites mesures aquest hagués oblidat el que era la convivència de manera alternativa amb els dos progenitors.

II.- Per tal de donar resposta als arguments del recurrent, cal posar de relleu que no es pot confondre un règim de visites ampli en favor del pare del menor, que els progenitors havien acordat per pròpia iniciativa, amb un règim de custòdia compartida entre ells que sols es pot acordar mitjançant una resolució judicial una vegada els esposos han fet cessar la seva convivència, decisió que es pren tenint en compte la capacitat i possibilitat real dels dos progenitors per tenir cura dels seus fills, la manca de conflictivitat entre ells, les situacions de violència de gènere o domèstica que puguin existir, l'edat dels fills, l'horari professional dels progenitors, la proximitat dels seus llocs de residència, el comptar tots dos amb un domicili adequat per a atendre les necessitats dels fills, el temps lliure o de vacances del qual disposin, l'opinió dels fills i la seva vinculació emocional amb els seus progenitors, o altres criteris semblants que poden fer més o menys aconsellable l'adopció d'aquesta mesura i, per sobre de tot, l'interès del

menor, com a paràmetre essencial per a la determinació dels règims de guarda per tal de possibilitar el seu desenvolupament essencial, com així ho disposen els Tractats Internacionals (art. 3 Convenció sobre els drets del nen de 1989).

Per aquesta raó, s'ha d'entendre que en el cas present les successives resolucions preses no han fet altre cosa que fixar les mesures que els Tribunals corresponents han estimat més adients en seu provisionalíssima, i més tard provisional, tenint en compte exclusivament allò que han considerat millor en benefici del fill, tenint en compte que en el procediment en el què es prenen aquestes mesures, de caràcter urgent i sumari, no es poden portar a terme totes les proves a les què hem fet referència, entre elles la d'exploració judicial del menor, i apreciant, d'altra banda, que ja no existeix un acord entre les parts en aquest punt, perquè la Sra. M.A.T.C.C. no entén procedent continuar amb un règim de visites idèntic al què s'havia portat a terme fins aquell moment.

Pel que fa a l'argument de que no existia cap motiu en virtut del qual s'hagués de denegar la instauració d'aquest règim, cal posar de relleu que els procediments tendents a establir unes mesures provisionalíssimes o provisionals tenen com a finalitat, entre altres, la d'atendre temporalment la necessitat de que el progenitor no custodi mantingui una relació estreta amb els seus fills abans de la presentació de la demanda, o mentre dura el procediment endegat, sense que per la seva mateixa naturalesa provisional i urgent permetin portar a terme aquelles proves necessàries per assegurar la idoneïtat de determinades mesures, com ara la de guarda i custòdia compartida, que requereixen que els Tribunals constatin la seva procedència per tal d'assegurar l'interès del menor.

Per aquesta raó, és en el procediment en el què es resolgui la separació o el divorci dels progenitors en el què, disposant de totes aquelles proves que vulguin aportar les parts, o que reclami el Tribunal per tal

d'acreditar la seva capacitat per tenir cura del menor de manera conjunta i, per tant, per actuar en el seu benefici, entre elles el reconeixement judicial del menor que requereix el recurrent, es podrà prendre la decisió més idònia per assegurar el respecte a l'interès primordial del menor, com posa clarament de relleu l'Aute d'aquesta Sala de data 20 de setembre del 2016 que resol el recurs del Sr. I.F.C. en seu de mesures provisionalíssimes i que destaca uns criteris que són igualment aplicables en matèria de mesures provisionals, sense que es pugui apreciar que s'hagi produït cap circumstància que porti a entendre oportú modificar la decisió presa en aquell procediment.

Finalment, el fet que les mesures provisionalíssimes i les provisionals poden ser en ocasions semblants, ja que per acordar-les es disposa dels mateixos mitjans, aquestes no tenen perquè reproduir-se en el moment de dictar aquelles que resultaran en principi definitives, ja que en el procediment per acordar-les el Tribunal disposa de totes les proves que vulguin aportar les parts i que poden portar a prendre una decisió diferent en interès del menor, sense que es pugui entendre que un nen que conviu amb els dos progenitors, encara que tingui una major relació amb aquell que té la seva guarda i custòdia, oblidi fàcilment en quines condicions es desenvolupava la convivència quan aquesta es mantenia de manera més equilibrada amb el seu pare i la seva mare, situació que, pel contrari, li permetrà valorar millor quin és el règim que prefereix.

III.- Com a segon motiu del seu recurs, argumenta el recurrent que procedeix suprimir la pensió de 200 euros que l'Aute d'instància l'obliga a satisfer a la Sra. M.A.T.C.C., mantenint els 100 euros que ella li ha de pagar a ell, però tampoc aquest motiu es pot estimar.

Com destaca l'Aute d'aquesta Sala de data 20 de setembre del 2016 en relació a les mesures provisionalíssimes sol·licitades per la Sra. M.A.T.C.C., cal entendre que és procedent mantenir l'obligació del recurrent

de prestar uns auxilis econòmics a la seva esposa per import de 200 euros mensuals també mentre es substancia el procediment principal, ja que si bé és cert que el Sr. I.F.C. ha de mantenir a la seva filla A. i té cura del seu fill els caps de setmana alterns i dos dies a la setmana, el seu salari és superior al de la seva esposa, com destaca i valora la citada resolució, que, tenint en compte les circumstàncies del cas rebaixa de 300 a 200 euros la suma que fixava la Sentència d'instància en aquest concepte, sense que el recurrent hagi acreditat que s'hagi produït cap canvi de circumstàncies a partir d'aquell moment. D'altra banda, si la Sra. M.A.T.C.C. no li abona els 100 euros mensuals que està obligada a pagar-li, la solució no consisteix en deixar de pagar ell la suma que deu, sinó en reclamar, si cal judicialment, que la seva esposa li aboni allò que li deu a ell, si és que la seva filla major d'edat està seguint amb profit estudis superiors i no disposa de capacitat econòmica per atendre les seves necessitats. Tot això sense perjudici de la decisió a la què es pugui arribar en el curs del procediment principal en el qual, disposant de totes les proves que les parts vulguin aportar i d'una manera en principi definitiva, es podrà valorar de manera més exacta quines són les obligacions dels progenitors i quins són les necessitats dels seus fills.

IV.- Malgrat desestimar-se el recurs no es fa expressa imposició de les costes d'aquesta alçada de conformitat amb 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. I.F.C. contra l'Aute dictat per l'Hble. Batlle en data 3 de novembre del 2016, que CONFIRMEM íntegrament, 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. President de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-