

AUTE

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 31 d'octubre del 2019

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA, que ho és del tribunal, i els magistrats Srs. Vincent ANIÈRE i Jaume TOR PORTA, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per escrit de 6-7-2018, la Sra. M.LL.M va formular demanda de mesures provisionals, a tramitar pel procediment de l'article 63 de la llei qualificada del matrimoni, contra el Sr. G.B.S, tot interessant es dictés Aute establint les mesures provisionals que sol·licitava en relació a la separació provisional dels consorts; a l'exercici de la pàtria potestat dels fills comuns així com de la seva guarda i custòdia i quant a l'establiment d'una pensió alimentària i a la contribució a les càrregues familiars per part del pare.

II.- En data 20-7-2018 es celebrava l'acte de conciliació legalment previst, quin conclouïa sense avinença, contestant el Sr. G.B.S la demanda interessant es dictés Aute acordant la suspensió de la vida en comú dels litigants i, decidint que en relació als menors tant la seva pàtria potestat com la guarda i custòdia seria compartida entre els progenitors, fixant una pensió per aliments de 2.250.- € mensuals per a tots ells i fixant que les despeses extraordinàries serien repartides per meitats a càrrec de cada part, desestimant les restants pretensions de l'adversa. Finalment, sol·licitava que les costes s'imposessin a la part demandant .

En la mateixa data, el Ministeri Fiscal contestava la demanda mostrant conformitat amb els acords assolits en relació a la custòdia i al repartiment de

les vacances. Quant a la pensió, es trobaria d'acord amb la suma de 2.250.- € proposats pel Sr. B, en relació a les despeses extraordinàries proposa una proporció del 80% a càrrec del pare i un 20% a càrrec de la mare. Finalment mostrava la seva disconformitat en establir cap mena de contribució a les càrregues del matrimoni al respecte del Sr. B.

III.- En data 20-7-2018, l'Hble Batlle dictava Aute adoptant amb caràcter transitori i provisional determinades mesures. Aquesta Resolució però era anul·lada per decisió d'aquesta Sala de 24-1-2019 (TSJC-304/2018) en mèrits de la qual es retrotreien les actuacions a fi que la Sra. Batlle garantís el dret d'audiència dels menors Daniel i Sofia en el present procediment en els termes que s'assenyalaven en el segon fonament de dret "in fine" de la nostra resolució.

IV.- Una volta practicada l'audiència dels menors i havent els litigants pogut manifestar-se en relació al seu resultat, per Aute de 29-3-2019, es decidia:

"PRIMER.- Decretar, a l'empara dels termes de l'art. 63 de la LQM, les següents mesures provisionals:

1. *Confirmar la suspensió de la vida en comú dels consorts B-LL, eximint-los del deure de convivència i demés deures conjugals previstos a l'article 9 de la LQM;*

2. *Atribuir l'ús de l'habitatge que fou conjugal a favor del Sr. G.B.S tot atorgant a la Sra. LL.M un termini per marxar del domicili que fou conjugal i retirar els seus objectes personals fins per tot el proper dia 29 de juliol de 2018.*

3. *Declarar que l'exercici de la pàtria potestat dels menors D,S i P, entès com una obligació dels pares, correspon a ambdós consorts.*

4. *Fixar que la guarda i custòdia dels tres fills comuns s'exercirà de forma compartida per setmanes alternes, efectuant-se els intercanvis dels menors sempre els divendres a la sortida de l'escola o activitat extraescolar, amb uns contactes intersetmanals a favor del progenitor no custodi els dilluns i dimecres, des de la sortida de l'escola o activitat extraescolar, fins les 21.30h en què retornaran al domicili de l'altre progenitor havent sopat, així com un repartiment de les vacances com segueix:*

4.1 *Durant les vacances escolars d'estiu i segons el calendari del centre escolar on cursin estudis, els fills estaran en companyia de llurs progenitors per quinzenes alternes. Els anys senars correspondrà al pare la primera quinzena i a la mare la segona quinzena i els anys parells correspondrà al pare la segona quinzena i a la mare la primera quinzena i així successivament. Els darrers dies del mes de juny correspondran al progenitor que tindrà els nens les segones quinzenes i els dies de setembre fins al dia anterior a l'inici del curs escolar, correspondran al progenitor que hagi gaudit dels fills durant les primeres quinzenes.*

4.2 *En relació a les vacances escolars de Nadal, els fills estaran en companyia de llur pare, la primera meitat del període els anys senars i la segona meitat del període els anys parells i així successivament, començant el primer període el darrer*

dia d'escola o com a tard el dia 23 de desembre i expirant el dia 31 de desembre a les 12 hores, data i hora en què començarà el segon període que expirarà la vigília de la tornada a l'escola.

4.3 Durant les vacances escolars de Pasqua, els nens estaran en companyia de llur pare, durant la primera meitat del període, els anys senars i durant la segona meitat del període, els anys parells i en companyia de la mare l'altra meitat del període i així successivament.

4.4 En relació a les vacances de Carnaval i Tots Sants, degut a la seva curta durada, el pare gaudirà dels fills per Carnaval, els anys senars i per Tots Sants els anys parells. En tots els casos, excepte el dia 31 de desembre, el pare recollirà els nens a la sortida de l'escola o a la casa de la mare, segons els casos i els haurà de portar a casa de la mare, el darrer dia del període, a les 20 hores.

5. Imposar al Sr. B el pagament d'una pensió alimentària provisional a favor dels seus tres fills menors D,S i P per la suma total de 2.150 € mensuals pagadora dins el cinc primers dies de cada mes a comptar del proper mes d'agost de 2018 i actualitzable en funció de la variació que experimenti l'IPC anyalment publicat. Igualment, els progenitors hauran de participar a les eventuais despeses extraordinàries que es puguin produir, a raó de 85% a càrrec del Sr. B i 15% a càrrec de la Sra. LL.

6. Establir l'obligació del Sr. B de pagar, en concepte de càrregues del matrimoni, la suma de 450 € mensuals a la Sra. LL i pagadora en les mateixes condicions de termini i forma que aquelles anteriorment establertes per la pensió alimentària.

SEGON.- Desestimar les demás peticions efectuades per les parts, sense fer especial pronunciament en costes processals.

TERCER.- Advertir a les parts que, segons allò previst als articles 63.7 i 51.2 de la LQM, les presents mesures quedaran sense efecte si en el termini de 30 dies naturals no s'interposa la corresponent demanda de nul·litat, de separació o de divorci; quan siguin dictades les que estableixi la sentència a recaure en el futur procediment principal; o quan acabi el procediment principal de qualsevol altra forma. Igualment, informar-les que mentre subsisteixen aquestes mesures podran ser modificades per aquesta Batllia, en els supòsits en que s'hagi produït un canvi significatiu de les circumstàncies que es van tenir en compte per adoptar-les."

V.- Contra aquesta Resolució s'alcen ambdues parts litigants.

La representació processal de la Sra. M.LL.M interessa la seva revocació parcial en el sentit que la pensió a satisfer pel Sr. B per cada fill es fixi en la suma de 1.150.- € (3.450.- € en global) i que aquesta havia de ser satisfeta a la mare entre els dies 1 i 5 de cada mes, havent ensems de ser augmentada anyalment en idèntica proporció que l'IPC d'Andorra. També interessava que la contribució del Sr. B a les càrregues del matrimoni es fixés en la suma de 600.- € mensuals pagadors en les mateixes condicions que la pensió d'aliments tot i imposant a la contrapart el pagament de les costes de segona instància.

La representació processal del Sr. G.B.S pretén la revocació parcial de l'Aute d'instància en la part que fixa la seva participació en les despeses extraordinàries, disposant que aquestes s'han de situar en el 60% i 40% per la Sra. LL i revocant íntegrament el pronunciament adoptat en relació a la contribució en les càrregues del matrimoni, tot i deixant a criteri del Tribunal la decisió a adoptar en relació a les costes.

VI.- Les parts recurrents s'han pronunciat al respecte del recurs articulat de contrari interessant la seva íntegra desestimació. També ho ha fet el Ministeri Fiscal mitjançant escrit de 2-9-2019 a través del qual s'oposa al recurs articulat per les parts a excepció de la pretensió revocatòria introduïda pel Sr. B en relació a la decisió adoptada envers la contribució a alçada de 450.- € en les càrregues del matrimoni.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- Els litigants s'aquieten a les mesures personals contingudes en l'Aute dictat per la Sra. Batlle. En aquest sentit no es discuteixen els pronunciaments adoptats relatius a la suspensió de la convivència i a l'atribució al Sr. B de l'ús del domicili que havia estat familiar. Tampoc es discuteix el pronunciament que estableix l'exercici conjunt de la pàtria potestat en relació als menors Daniel, Sofia i Pablo i un sistema de custòdia compartida. Finalment s'admet per les parts les modalitats de repartiment de vacances establertes que es fixen. Aquests pronunciaments en no haver estat recorreguts han esdevingut fermes.

Els recursos de les parts litigants intervenen exclusivament en relació als pronunciaments adoptats de caire econòmic doncs intervenen exclusivament al respecte de l'import en que s'ha establert la pensió d'aliments a càrrec del pare i en benefici dels fills menors, en la proporció en que el pare ha de contribuir en les seves despeses extraordinàries i en la participació del mateix a les càrregues del matrimoni, extrem aquest darrer que serà examinat en darrer lloc atès que és recorregut per ambdues parts litigants.

II.- GREUGES DE LA SRA. M.LL.M:

Considera que l'òrgan judicial "a quo" incorria en error en la valoració de la prova quan situava les despeses dels menors en 850.- € per cadascun sostenint que eren superiors. Amb aquesta finalitat incidia en les nombroses activitats que realitzaven i en la seva repercussió econòmica. Quant a la

despesa associada a l'alimentació estricta dels menors, destacava que el propi Sr. B, durant la convivència destinava la suma mensual de 1.000.- € pel nucli familiar o sigui 250.- € per fill menor, de manera que ara no podia pretendre destinar-hi una suma inferior. Recordava que en el seu propi escrit de contesta a la demanda, el pare proposava una pensió d'aliments de 2.250.- € mensuals i que en les negociacions prèvies hagudes aquest proposava ensems assumir la meitat de les despeses ordinàries, elements tots ells que valorats conjuntament portaven a la necessària conclusió que les despeses del menor eren molt superiors a la quantitat establerta per la Sra. Batlle, avançant que de fet fins i tot després de dictar-se l'Aute avui recorregut, el pare havia continuat assumint diferents despeses en exclusiva, considerant per tant que l'import de la pensió establerta era a totes llums insuficient.

Abans d'endinsar-nos en l'examen de les diferents qüestions que suscita aquest extrem del recurs, sembla necessari precisar l'abast de la contribució respectiva dels progenitors en les despeses associades a la criança dels seus fills quan la modalitat de la custòdia és compartida. En aquest sistema, cada progenitor ha d'assumir en exclusiva, la totalitat de les despeses ordinàries que puguin sorgir en els períodes en que els menors es troben en la seva companyia, integrant-se dins d'aquestes les despeses d'alimentació, d'habitatge i despeses associades amb aquest en la part corresponent, higiene (...), i la resta de les despeses han de ser assumides per meitats estrictes entre els progenitors. En conseqüència hem precisat: "quan s'estableix una guarda i custòdia compartida no es condemna, en principi, a cap dels progenitors a abonar a l'altre una pensió d'aliments per atendre les despeses ordinàries dels fills comuns, a menys que es provi l'existència d'una desproporció evident entre els ingressos que percep cada un d'ells, com destaca, entre altres, la sentència d'aquesta Sala de data 31 de juliol del 2012, citada per la resolució objecte del present recurs, atès que cada un d'ells conviu amb els menors de manera igualitària, en aquest cas per setmanes alternes, de tal manera que ja es fa càrrec d'aquestes despeses mentre els té en la seva companyia" (TSJC-126/18 de data 24-07-2018). També hem recordat que "L'establiment d'una pensió d'aliments en un sistema de custòdia compartida, pretén assegurar que els menors puguin mantenir un estatus de vida familiar anàleg amb independència del progenitor amb qui puguin trobar-se. En aquesta eventualitat el progenitor en millor posició econòmica ha de col·laborar amb l'altre per tal de que aquest darrer pugui assegurar-ho, el tot en benefici dels fills menors" (Sentència de 26-9-2018, rotlle TSJC-68/18 a la qual ja es remet la Sentència de 19-12-2018 rotlle TSJC-277/2018).

Si aquestes precisions es traslladen al supòsit que ara s'examina, en ressurt que la Sra. LL adjunta al seu escrit de demanda un quadre Excel (foli

55) descriptiu de les despeses generals dels menors d'on flueix que pel conjunt dels tres fills menors aquestes ascendeixen a 1.723,71.- € mensuals de mitjana. No es pot qüestionar la bondat d'aquestes indicacions doncs deixant de banda que algunes despeses que hi figuren poden ser puntuals i no sorgir cada any (material i roba d'esquí, ipad) la seva repercussió individual en la globalitat de les despeses anunciades resulta insignificant. En el recurs articulat, la mare afegeix que a aquestes despeses havia d'afegir-se d'altres que es generaven mentre els menors es trobaven en la seva companyia (es refereix a l'alimentació i d'habitatge essencialment). No obstant no es pot perdre de perspectiva que aquestes despeses també les assumeix el pare quan els menors estan amb ell, i que part de la quantitat que indica (de fet més de la meitat en relació a la modalitat de la custòdia establerta) correspon a despeses de la mare i no dels fills, no podent en aquesta alçada pretendre que sigui el pare qui les hagi d'assumir en exclusiva.

En aquesta eventualitat quan la jutjadora "a quo" fixa les despeses pròpies al sosteniment dels fills en 850.- €, aquest import és fruit d'una activitat de ponderació impecable. En efecte, si s'individualitza aquella mitjana calculada per la mare a que abans hem pogut fer referència, s'assoleix la suma de $(1.723,73 : 3) = 574,57$.- € import al qual per assolir la suma de 850.- €, afegeix altres 275.- € aproximadament que cal destinar a alimentació per fill i participació en habitatge amb la qual i tenint en compte que la mare també ha de contribuir en les despeses dels menors, les seves necessitats es troben degudament cobertes.

Malgrat el que acabem d'exposar, la Sala no pot obviar que en el seu escrit de contesta a la demanda, el pare sol·licitava expressament que la pensió d'aliments es fixés en la suma de 2.250.- € mensuals globals de manera que en acceptar-ho la pròpia part, escaurà fixar-la en aquest import el tot per tal de no incórrer en un supòsit d'incongruència "infra pètitia" (ne eat judex infra petita partium), i és que encara que el principi dispositiu en l'àmbit cognitiu en que ens trobem es vegi atenuat, els òrgans jurisdiccionals no poden establir una pensió d'aliments inferior d'aquella que el propi alimentant admetia en seu d'al·legacions, especialment quan d'aquesta resulta una major cobertura econòmica de les necessitats dels menors.

En conseqüència escaurà estimar el primer punt del recurs d'apel·lació introduït per la Sra. LL fixant la pensió d'aliments a satisfer pel pare en la suma de 2.250.- € globals enlloc de la quantitat de 2.150.- € que contempla l'Aute recorregut.

III.- RECURS DEL Sr. B:

El pare discrepa de la decisió d'instància quan fixa la seva contribució en les despeses extraordinàries en el 85 % del seu cost deixant a la mare el 15% restant. Amb aquesta finalitat transcriu el seu escrit de contesta a la demanda articulada no en aquest procediment, sinó en el procés de separació, indicant posteriorment que els seus ingressos nets ascendien a 7.500.- € mensuals aproximadament i que els de la Sra. LL es situaven com a mínim en 3.000.- € mensuals, sense que tampoc es pogués oblidar l'import de la pensió d'aliments que satisfieia de manera que resultava procedent fixar que la seva contribució en les despeses extraordinàries s'havia de situar en el 60%.

També aquest motiu del recurs haurà de triomfar parcialment. En efecte, la decisió d'instància determina la contribució del Sr. B en les despeses extraordinàries dels fills tenint exclusivament en consideració la disparitat resultant dels revinguts nets globals dels progenitors, sense però en cap cas valorar-se les despeses respectives dels progenitors. Aquest fet resulta cabdal en el supòsit examinat doncs quan es tracta de fixar la participació dels progenitors en les despeses extraordinàries dels fills, s'ha d'assegurar que aquesta sigui proporcional a la capacitat econòmica dels progenitors. En el supòsit examinat, el pare satisfà una pensió d'aliments important malgrat la modalitat de la custòdia compartida que en definitiva suposa que la seva capacitat econòmica és vegi amputada en pràcticament un terç del seu salari de F i que en definitiva comporta que una volta aquesta satisfeta la disparitat econòmica entre els esposos es vegi atenuada, encara que el Sr. B continua tenint una situació més acomodada que la Sra. LL.

És cert que els progenitors discrepen en relació a la capacitat econòmica real respectiva existent entre ells doncs ambdós litigants defensen que és superior a aquella que s'admet en les actuacions. En relació a aquest aparell argumental però, no es pot perdre de perspectiva que per naturalesa, les mesures adoptades i ara examinades són transitòries i tenen vocació a regular amb celeritat però de manera interina i caduca, els interessos dels litigants i dels fills menors. Aquestes seran ratificades o substituïdes per aquelles mesures definitives que es puguin adoptar en el procés de separació, en el qual es practican tots els mitjans de prova que es considerin necessaris, útils i pertinents, per a demostrar la capacitat econòmica respectiva, sense però que es pugui pretendre que aquesta activitat probatòria complexa, hagi d'intervenir en el present procediment doncs en definitiva això suposaria desnaturalitzar la seva pròpia finalitat.

A partir del moment que la capacitat econòmica del pare una volta satisfeta la pensió d'aliments en l'import assenyalat és veu ostensiblement disminuïda i això malgrat trobar-nos en un supòsit de custòdia compartida, la

seva participació en les despeses extraordinàries s'ha de situar en el 70% i la mare en el 30% restant, havent-se de modificar l'Aute establert en aquest sentit.

IV.- El darrer motiu de greuge que ha de ser examinat intervé en relació a la contribució del pare a les càrregues del matrimoni que la Sentència d'instància fixa en 450.- € mensuals. La mare sosté que s'ha de situar en 600.- € i en canvi el pare defensa que no hi ha lloc a establir cap mena de contribució en les mateixes al seu càrrec.

Concretament la Sra. B sosté que les seves despeses són molt superiors als 1.500.- € que percep, precisant d'un ajut per a poder-les assumir que cal situar en la suma assenyalada.

En canvi, el Sr. B insisteix en que els ingressos de la Sra. LL serien superiors als 5.000.- € tots conceptes inclosos amb els quals podia assumir clarament les despeses pròpies però també les derivades dels fills quan estaven en la seva companyia, tot i recordant que abans d'iniciar-se les actuacions, la demandant degudament assessorada, havia renunciat a percebre cap tipus de pensió compensatòria. Afegia que la despesa relativa al lloguer que la mare indicava tenir també era assumida pel seu representant i fins i tot en major proporció de manera que esqueia revocar la decisió recorreguda sobre aquest punt.

La noció de càrregues del matrimoni, ha de ser assimilada a la idea de sosteniment de la família que recordarem ha de ser assumida per ambdós cònjuges doncs comprèn totes les obligacions i despeses que exigeixen la conservació i manteniment adequat dels béns del matrimoni i aquells contrets en interès de la unitat familiar. És en aquest sentit que en les nostres anteriors decisions que esmenta l'òrgan judicial d'instància (Autes de 23-9-2010 i 15-11-2012, rotlles TSJC-81/10 i TSJC-152/12) precisàvem que la noció de càrregues del matrimoni comprenia *“el conjunt de despeses que ocasiona la família (assistents a la llar, manteniment d'altres parents ...) el manteniment dels propis consorts (alimentació, vestimenta, llar, assistència mèdica, formació ...) i de la llar (quotes hipotecàries, tributs, assegurances ...) mentre subsisteix el règim econòmic matrimonial”*.

En el seu escrit rector, la Sra. LL enumera les despeses sorgides després del trencament de la convivència. Aquestes es desglossen en despeses d'habitatge i accessòries (electricitat, telèfon, calefacció), adquisició d'un nou vehicle, despeses d'assegurança i de mobiliari per a l'apartament que ocupa en l'actualitat atès que el Sr. B hauria conservat tot aquell que integrava el domicili conjugal.

En relació a aquestes despeses ha de descartar-se els arguments que s'avancen al respecte de la necessitat de canvi del vehicle i això per dos raons. En primer lloc, es tracta d'una despesa personal de la Sra. LL que no resulta necessària al sosteniment familiar. D'altra part tampoc podem deixar de banda que quan intervenia el trencament de la convivència entre els litigants, la demandant era titular d'un vehicle BMW X1 amb poc més de 100.000 Kms que, malgrat els arguments que ara avança, es tracta d'un vehicle familiar que desservia perfectament les necessitats personals i dels tres fills.

Quant a les necessitats en mobiliari, la representació processal del Sr. B ha justificat que a partir del moment en que la Sra. LL ocupava el nou apartament se li va fer remesa de la suma de 10.000.- € amb la qual s'ha d'estimar que aquesta partida es trobava coberta.

Quant a les despeses relacionades amb el nou apartament que ocupa (lloguer i subministres diversos), els imports que enumera no han de ser computats en la seva totalitat doncs en definitiva també ha de tenir-se en consideració la part corresponent als menors quan els té en la seva companyia en la qual el Sr. B contribueix de manera important amb la suma de 2.250.- € mensuals. Tampoc es pot deixar de banda que el Sr. B admet que la meitat del saldo que presenta el compte comú pertany a la Sra. LL, amb el benentès que aquest és superior a la suma de 22.000.- € (cfr. manifestació sisena de l'escrit de contesta a les conclusions del Sr. B).

En atenció a tot l'exposat s'ha de considerar que entre els ingressos propis de la demandant i la pensió d'aliments fixada a càrrec del Sr. B en una situació en que la guarda i custòdia dels fills menor es compartida, les despeses inherents al sosteniment del nucli familiar en el sentit que hem pogut establir amb anterioritat es troben cobertes. En conseqüència, en no trobar-se reunits els requisits necessaris per a fixar a càrrec del Sr. B una contribució econòmica en les càrregues del matrimoni en benefici de la Sra. LL, ha d'estimar-se el recurs d'apel·lació pel mateix articulat i revocar-se l'Aute d'instància en l'apartat que l'establia.

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 Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

ESTIMAR parcialment els recurs d'apel·lació interposats per la Sra. M.LL.M i el Sr. G.B.S contra l'Aute de data 29-3-2019 que revoquem en part en el sentit de fixar que l'import de la pensió d'aliments a satisfer pel Sr. B en favor dels seus fills a la Sra. LL s'ha de fixar en la suma de 2.250.- € mensuals que s'haurà de pagar en les modalitats que s'indiquen en la Resolució recorreguda; que la seva contribució en les despeses extraordinàries es situarà en el 70 % anant la resta a càrrec de la mare, tot i deixant sense efecte el pronunciament que establia una contribució per part del mateix a les càrregues del matrimoni. Per la resta confirmen la part dispositiva de l'Aute recorregut. No escau efectuar especial pronunciament pel que fa a les costes d'aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

Així per aquesta nostra resolució, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-