

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 26-2-2019, la Sra. A.M.R va formular demanda de mesures provisionals, a tramitar pel procediment de l'article 63 de la llei qualificada del matrimoni, contra el Sr. E.R.G, en relació al menor A, interessant es dictés Sentència atribuïnt a la mare la seva guarda i custòdia tot i conservant la pàtria potestat compartida entre progenitors; fixant un règim de visites sense pernocta en favor del pare consistint en dos dies a la setmana (a manca d'acords els dimarts i els dissabtes), que s'ampliaria a partir dels 4 anys del menor en caps de setmana alterns, la meitat de les vacances escolars i aniversaris respectius. Finalment interessava que es fixés una pensió d'aliments d'un import mínim de 300.- €.

II.- En data 13-3-2019 es celebrava l'acte de conciliació legalment previst, quin concloïa sense avenença, contestant el Sr. E.R.G la demanda de manera verbal interessant en essència l'establiment d'una modalitat de custòdia compartida, obrint-se seguidament el període probatori del mateix.

III.- Per Aute de 9-5-2019, qualificat de mesures provisionalíssimes, es decidia:

"Primer- Aprovar, de conformitat amb les disposicions dels articles 51.1 i 63.6 de la Llei Qualificada del Matrimoni, i en relació amb els consorts Sra. A.M.R i Sr. Erik R.G

les mesures provisionalíssimes següents, les quals romandran vigents fins per tot el moment en què recaigui sentència en el marc del present procediment:

Concedir a la Sra. C.A.M.R la guarda i custòdia del fill menor d'edat, anomenat A, restant la pàtria potestat compartida entre ambdós progenitors;

Establir un règim de visites a favor del pare en relació amb el fill menor d'edat, consistent en:

Un dia intersetmanal, a acordar entre els pares, i a manca d'acord, els dimarts, en què el pare recollirà al menor a la sortida de la guarderia i estarà amb ell fins a les 20 hores en què el retornarà al domicili de la mare sopat i banyat.

Els caps de setmana alterns. El pare recollirà al menor al domicili matern el dissabte i el diumenge a les 10 hores del matí i estarà amb ell fins a les 20 hores en que el retornarà a dormir al domicili de la mare sopat i banyat.

Per mentre duri l'ordre d'allunyament, la recollida i el retorn del menor al domicili matern s'efectuarà a través de l'àvia paterna, o per qui designi el Sr.R.

La meitat de les vacances escolars: ambdós progenitors establiran de mutu acord i segons les respectives possibilitats professionals, qui iniciarà els respectius períodes en companyia del menor, i a manca d'acord, correspondran els anys parells a la mare i els senars al pare, pel moment, sense pernocta del menor amb el progenitor, a saber de 10 hores del matí fins a les 20 hores en què el progenitor retornarà al menor, a través de persona interposada a la mare.

Pel que fa a les vacances d'estiu: la meitat d'aquest període l'A estarà amb el pare i l'altra meitat amb la mare, establint ambdós progenitors de mutu acord els períodes que millor els convinguin i a manca d'acord, alternant-se cada any. Pel moment, sense pernocta del menor amb el progenitor, a saber de 10 hores del matí fins a les 20 hores en què el progenitor retornarà al menor, a través de persona interposada a la mare.

Les vacances de Nadal: la primera meitat de les vacances comprendrà els dies de Nadal i Sant Esteve i la segona meitat comprendrà els dies de Cap d'Any i reis, el menor estarà en companyia successivament d'un i altre progenitor, alternant-se cada any les referides meitats. Pel moment, sense pernocta del menor amb el progenitor, a saber de 10 hores del matí fins a les 20 hores en què el progenitor retornarà al menor, a través de persona interposada a la mare.

I les vacances de Tots Sants, Carnestoltes, Setmana Santa i Primavera: el nen 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 Tots Sants i Setmana Santa, resti amb la mare per Carnestoltes i Primavera, i a l'inrevés l'any següent i així successivament. Pel moment, sense pernocta del menor amb el progenitor, a saber de 10 hores del matí fins a les 20 hores en què el progenitor retornarà al menor, a través de persona interposada a la mare.

Els períodes vacacionals s'iniciaran el darrer dia lectiu del menor. Així, i segons escaigui, el pare recollirà l'A a l'escola, a la cuidadora o al domicili de la mare.

En tot cas, el pare retornarà i, en el seu cas, recollirà al menor en el domicili matern a les 20 hores. I s'ocuparà que els dies i períodes en què l'A es trobi en la seva companyia, aquest realitzi els deures i acudeixi a les activitats extraescolars i demés activitats que tingui el menor.

L'aniversari de l'A el passarà un any amb la mare i el següent amb el pare i així successivament.

I pel que respecta als aniversaris del pare i mare, el menor podrà estar en companyia de cadascun d'ells respectivament. Al respecte de la pernocta, res impedeix que si una volta el progenitor acreditat degudament que es troba en règim d'arrendatari en un domicili que té les degudes condicions per tal que el pare hi pugui conviure amb el menor (cosa que no ha fet en el tràmit de conclusions), ho pugui sol·licitar a través d'una petició de modificació de les presents mesures.

Fixar una pensió per les necessitats de desenvolupament del menor a favor de la progenitora i a càrrec del progenitor d'un import de 350.- euros mensuals, el qual s'haurà de fer efectiu dins dels cinc primers dies de cada mes al compte bancari de la progenitora, quantitat augmentada anyalment en funció de l'Índex de Preus al Consum, corresponent a les despeses ordinàries del menor; pel que fa a les despeses extraordinàries seran repartides per meitats entre ambdós progenitors, sense perjudici de la variació que es pugui decidir finalment en el marc del plet principal.

Segon.- No fer especial imposició de les costes judicials

Tercer.- Notificar la present resolució a les parts interessades".

IV.- Contra aquesta Resolució, el Sr. R articula recurs d'apel·lació, interessant la seva revocació i en el seu lloc es disposi la guarda i custòdia compartida del menor amb intercanvi setmanal entre els progenitors que intervindria els dilluns, adoptant el règim de contactes durant les vacances decidit per la jutjadora "a quo" si bé aquests havien de fixar-se amb pernocta amb el pare; establint una ajuda econòmica a càrrec d'ambdós progenitors per 150.- € i el pagament de les despeses extraordinàries per meitats.

La representació processal de la Sra. M.R i el Ministeri Fiscal s'han oposat al recurs d'apel·lació articulat pel Sr. R.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- La part recurrent discrepa de l'Aute dictat per la jutjadora "a quo" en quan fixa una custòdia materna del menor A, entenent que el més ajustat a les seves circumstàncies personals passava per una custòdia compartida.

Sosté que les reticències que podia tenir la mare en relació a la custòdia compartida eren subjectives, però que des d'una perspectiva objectiva res en les actuacions permetia considerar que la modalitat de custòdia reclamada resultaria perjudicial per a l'infant; que en aquest sentit l'edat d'en A, més que un

inconvenient era un avantatge doncs assimilaria amb absoluta normalitat el fet d'haver-se de trobar amb igualtat de condicions amb els seus progenitors. Afegia en tot cas que la decisió d'atribuir la custòdia del menor no es podia cenyir a únicament l'edat del fill i el sexe del progenitor custodi, sinó que en mèrits de l'interès superior de l'infant era necessari referir-se a altres criteris objectius com podien ser que els dos pares gaudien de la capacitat necessària per a tenir cura del seu fill, disposaven de recursos econòmics adequats amb aquesta finalitat, els domicilis respectius eren molt propers i la conflictivitat entre ells tampoc era exacerbada. En aquest darrer sentit referia que havien assolit acords a través de terceres persones per tal de que malgrat l'ordre d'allunyament existent entre els avui litigants, el pare i el seu fill es poguessin veure regularment. Mantenia que malgrat se l'havia apartat paulatinament de la criança del seu fill, mantenia fermament la voluntat de trobar-se present en el seu dia a dia amb plena implicació.

II.- Per tal de donar resposta als arguments de la recurrent, recordarem que el paràmetre rector de tota decisió que pugui ser adoptada quan ha d'intervenir en relació a les modalitats de custòdia d'un menor, passa per assegurar el seu interès superior (art. 13 de la Llei 14/2019 qualificada dels Drets dels Infants i els Adolescents), noció aquesta "*(...)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*" (Sentència de 4-12-2018, rotlle TSJC-257/18). No es tracta per tant d'adoptar una modalitat de custòdia que suposi una implicació d'ambdós progenitors equivalent en la criança del fill, sinó que els òrgans jurisdiccionals, valorant al cas per cas en funció dels elements de prova que figurin en els procediments corresponents, es decantin per aquella modalitat de custòdia que pugui assolir el desenvolupament integral del menor amb majors possibilitats d'èxit.

En el concret supòsit examinat, l'Aute recorregut decideix, amb caràcter transitori i provisional, una modalitat de custòdia materna basant-se en la curta edat d'en A (21 mesos en aquells moments) atès que per regla general el vincle emocional amb la figura materna és més intens que amb la paterna. Afegia, recolzant-se la Resolució d'aquesta Sala de 30-1-2014 que l'examen relatiu a l'establiment d'una custòdia compartida "*(...)s'ha d'examinar en el curs del procediment de separació dels esposos, a on, gaudint de tots els elements precisos per prendre aquesta decisió, es podrà establir la mesura més idònia per tal d'assegurar que els interessos dels menors queden protegits, no permetent*

el procediment de mesures provisionals i amb les dades que consten a les actuacions arribar a aquesta convicció”.

La decisió adoptada ha de ser ratificada en aquesta alçada per les raons següents. No podem obviar que ens trobem davant d'un Aute de mesures provisionals adoptat a l'empara de les previsions de l'art. 63.6 de la LQM aplicable per analogia al supòsit examinat, en que *“es tracta de primar la celeritat en detriment de la pràctica de proves que poden retardar la decisió, atès que es tracta d'obtenir una decisió ràpida que protegeixi, amb el caire d'interinitat que esdevé propi de les mesures provisionals, els interessos de les parts i dels menors d'edat fins que es dictin les mesures definitives de la crisi familiar. Així, algunes de les pretensions, com pot ésser l'atribució d'una pensió compensatòria, no es decideix fins a les mesures definitives i altres, si bé són objecte de decisió en aquest estadi, com succeeix amb les pensions d'aliments a favor dels fills o la guarda, poden ésser revisades, en funció de la prova practicada, quan es dicten les mesures definitives”* (Aute de 25-7-2019, TSJC-1/2019).

En tot cas, no podem perdre de perspectiva que quan intervenia la demanda de separació, els litigants residien en els domicilis dels seus progenitors respectius i que, fins aquell moment, era la Sra. A.M qui assumia la guarda i custòdia de fet del seu fill, essent els contactes amb el pare puntuals (unes hores dos dies a la setmana) i els avis paterns (pares del Sr. R) acostumaven a tenir el seu net un dia per setmana. En conseqüència deixant de banda que el menor atesa la seva edat pugui mantenir un grau de dependència i vincle emocional més important amb la mare que amb el seu pare doncs n'ha estat la seva cuidadora referent, la custòdia materna no deixa de correspondre també a la pròpia dinàmica consensuada i seguida pels progenitors abans de que s'interposés la demanda que originava el present procediment sense que en el mateix s'observi cap mena d'acte de protest o queixa del pare ni tampoc s'aprecii “prima facie” que hagi pogut incidir de manera negativa prop d'en A.

Afegirem que els pocs elements probatoris practicats (es tracta en essència de prova testifical) venen a confirmar que la persona referent en la cura d'en A és la Sra. M i que els contactes entre pare i fill malgrat existir són puntuals (cfr. testifical de les Sres. J.R i D.M.).

Finalment, i com a element determinant de la nostra decisió, no podem obviar que per ordenança penal de 3-10-2018 el Sr. R era condemnat per un delictes major d'abús sexual amb prevalença de superioritat i abús de confiança i amb accés carnal (art.149.2 del Codi Penal) per uns fets comesos sobre la Sra. M, pronunciant-se una pena de presó condicional qualificada a no entrar en contacte amb la mateixa en el termini de suspensió de la pena (2 anys). Malgrat d'ençà aquesta data el pare hagi pogut mantenir contactes amb el seu fill mercès

terceres persones que col·laboren amb aquesta fi, la gravetat dels fets comesos i la impossibilitat que entre els progenitors d'en A pugui existir ara per ara cap mena de contacte, porten a considerar que la modalitat de custòdia compartida que es pretén no pugui ser adoptada doncs en definitiva aquesta requereix una relació directa entre ells que a dia d'avui no es pot donar .

En conseqüència, quan la Resolució recorreguda atribuïa a la mare, recordem-ho amb caràcter provisional i transitori, la guarda i custòdia del seu fill en detriment de la custòdia compartida que el Sr. R sol·licitava, la jutjadora “ a quo” efectuava una ponderació adequada dels elements que li eren portats al seu coneixement i els interessos prioritaris d'en A. Escaurà per tant desestimar el recurs d'apel·lació interposat contra l'Aute de data 9-5-2019 que confirmem íntegrament.

III.- 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

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. E.R.G contra l'Aute de data 9-5-2019 dictat per l'Hble. Batlle que confirmem íntegrament. 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.-