

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 de juny 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 ANIERE i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 20 de juny de 2014, la Sra. M.E.T. va instar demanda de mesures provisionals pel procediment previst a l'article 63 de la LQM contra el Sr. J.A.G.V., que es va resoldre per acord entre les parts homologat per Aute de data 26 de juny del 2014.

El citat Aute va constatar la suspensió de la vida en comú dels consorts J.A.G.V. i M.E.T., eximint-los del deure de convivència i demás deures conjugals previstos a l'article 9 de la LQM, declarant la separació dels consorts, atorgant la guarda i custòdia de les filles menors J. i Z.G.E. a favor de la seva mare la Sra. M.E.T. i atribuint el domicili conjugal a favor de la Sra. M.E.T.

Pel que fa al règim de visites a favor del progenitor no custodi, en període lectiu va establir contactes diaris a favor del pare, tots els dimarts, dimecres i dijous, havent de recollir les menors a la sortida de l'escola o activitat extraescolar, i amb l'obligació de retornar-les, sopades, al domicili matern com a màxim a les 20h del dia indicat, contactes en cap de setmana altern, pernoctant les menors dues nits, havent el pare de recollir-les el dissabte com a màxim a les 20h00 al domicili matern, sopades, i amb l'obligació de retornar-les dilluns al matí a l'escola. Pel que fa l'estiu 2014: estància i pernoctació de les menors, amb recollida i l'obligació de retornar-les, sopades, al domicili matern, com a màxim a les 20h del dia darrer indicat: setmanes del 6 al 20 de juliol del 3 al 17 d'agost i del 31 d'agost al 4 de setembre, vacances escolars 2014-2015: estància i pernoctació de les menors, amb recollida a la sortida de l'escola o eventual activitat extraescolar i l'obligació de retornar-les, sopades, al domicili matern, com a màxim a les 20h del dia indicat. Per Tots Sants 2014: tot el període de vacances escolars contemplat, amb retorn el dia abans de la tornada a l'escola; Nadal 2014: La primera meitat del període de vacances escolars contemplat, amb retorn el dia 30 de desembre 2014; Per Carnaval 2015: tot el període de vacances escolars contemplat, amb retorn el dia abans de la tornada a l'escola; Per Pasqua 2015: la segona meitat del període de vacances contemplat, amb retorn el dia abans de la tornada a l'escola.

En relació al pagament d'una pensió alimentària provisional a favor de les seves dues filles J. i Z., va imposar la suma total de 600 € mensuals, que haurien de ser actualitzats cada any, a partir del mes de gener de 2015, en funció de la variació que experimenti l'IPC corresponent, més la meitat de les eventuais despeses extraordinàries que es produeixin, desestimant les restants pretensions de la part instant, sense fer especial pronunciament en costes processals

II.- Mitjançant escrit de data 29 de juliol de 2014, la Sra. M.E.T. va formular demanda en judici verbal civil, pel procediment abreujat, contra el Sr. J.A.G.V., tot sol·licitant que es dictés Sentència donant lloc a la separació dels

consorts, confiant a la mare infrascrita la custòdia de les filles del matrimoni, J. i Z., sotmeses a la pàtria potestat d'ambdós progenitors, establint uns contactes paternofilials en període lectiu de caps de setmana alterns des del divendres a la tarda fins el diumenge a les 20 hores i els dimarts, dimecres i dijous des de la sortida de l'escola a les 20 hores quan acompanyaria les nenes ja banyades i sopades a casa de la seva mare, fixant una pensió d'aliments de les filles a satisfer per part del Sr. J.A.G.V. a la mare de 800 euros mensuals, més el 50% de les despeses extraordinàries de les menors, atribuïnt a l'esposa de l'ús del domicili conjugal i declarant que no hi ha lloc a fixar pensió compensatòria, sense costes.

III.- En l'audiència del 19 de setembre de 2014, la part defenent va contestar a la demanda i va formular a l'ensem demanda reconvençional, mitjançant les quals interessava que es dictés Sentència declarant la separació matrimonial de les parts, acordant que el domicili que havia estat conjugal quedés en possessió de l'agent, acordant la pàtria potestat conjunta, i la guarda i custòdia conjunta dels fills comuns a exercir en el sentit que descrivia, declarant que no hi havia lloc a pensió compensatòria i la dissolució del règim patrimonial. Subsidiàriament, i en cas que no es donés lloc a la custòdia compartida, es declarés el règim de visites i la pensió per aliments (400 euros mensuals, actualitzables amb l'IPC) que s'exposaven en el cos de l'escrit, sense condemna en costes.

IV.- Per escrit de data 3 d'octubre de 2014, la part agent va contestar a la demanda reconvençional interposada per l'adversa, oposant-se a la mateixa.

V.- La Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 29 de gener del 2016 va decidir: "Que estimant tant la demanda formulada per la Sra. M.E.T. contra el Sr. J.A.G.V. així com la reconvençional interposada pel Sr. J.A.G.V. contra la Sra. M.E.T., ha de:

Preliminar.- Inadmetre a tràmit l'escrit presentat pel Sr. J.A.G.V. en data 12 de gener de 2016.

Primer.- Declarar la separació dels consorts J.A.G.V. i M.E.T., així com la dissolució del seu règim econòmic matrimonial.

Segon.- No fer cap pronunciament respecte de l'atribució del domicili conjugal ni respecte de l'atorgament d'una eventual pensió compensatòria.

Tercer.- Mantenir l'exercici de la pàtria potestat compartit entre els progenitors.

Quart.- Establir que la **guarda i custòdia** de les filles menors J. i Z.G.E. serà **compartida** entre ambdós progenitors, i que s'exercirà setmanalment, de forma alternada, produint-se els canvis de custòdia, cada dilluns en setmana escolar, on el progenitor custodi acompanyarà al matí les menors al centre escolar corresponent, i l'altre progenitor les recollirà a la sortida de l'escolar, i les guardarà en la seva companyia fins el dilluns següent.

Cinquè.- Pel que fa el repartiment de les vacances, les menors J. i Z. restaran en companyia dels seus progenitors segons allò establert al Fonament de dret Cinquè de la present decisió.

Sisè.- No imposar el pagament de cap pensió alimentària, havent-se de sufragar tant les despeses ordinàries com les extraordinàries per meitats entre ambdós progenitors.

Setè.- Donar compliment a tot allò necessari a fi que, una volta la present resolució judicial guanyi fermesa, es practiqui la seva inscripció prop del Registre civil del Principat d'Andorra.

Vuitè.- No fer especial imposició de les costes judicials ocasionades.

VI.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la Sra. M.E.T. i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demana la seva revocació i que es fixi un règim de visites paterno filials consistent en els caps de setmana alterns una setmana, i amb dues comunicacions diürnes l'altra i això sempre que el Sr. J.A.G.V. demostrï disponibilitat, mantenint el repartiment de vacances decidit per l'Hble. Batlle i fixant les aportacions paternes en concepte d'aliments en la suma reclamada en la demanda, sense costes.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- La Sra. M.E.T. s'oposa a la decisió de la Sentència d'instància de atribuir la guarda i custòdia de les filles menors del matrimoni compartida entre els dos progenitors argumentant substancialment que la psicòloga que va emetre el seu dictamen en el curs de les actuacions va donar bones raons per mantenir la guarda i custòdia de les nenes en favor de la seva mare, entenent que no era justificat el canvi que proposava el Sr. J.A.G.V., que en el mateix sentit es pronunciava el Mgfc. Ministeri Fiscal, que en l'acte de mesures provisionals es va decidir que les nenes continuessin amb la mare com sempre havia succeït, que ella tenia una disponibilitat privilegiada per tenir-ne cura, mentre que el pare sols afirmava que canviaria el seu horari per atendre a les nenes, ja que en aquell moment era responsable de la sala del Restaurant E. amb un horari de sis dies a la setmana i obligacions laborals incompatibles amb la cura de les menors, de tal manera que eren les seves germanes les que les atendien de manera habitual, raó per la qual les filles s'enyoraven, que sempre ha estat ella la que les ha cuidat, amb l'ajut del seu pare, i que les filles són molt petites. Per aquestes raons, demana que se li atribueixi a ella la custòdia de les nenes, que es fixin contactes paterno filials, de forma alternativa, una setmana els caps de setmana i l'altra dues comunicacions diürnes i això sempre que el pare demostrï disponibilitat per atendre les nenes, mantenint les vacances establertes per la Batllia, fixant la pensió en la suma demanada a la demanda i no fent imposició de costes.

II.- Per tal de donar resposta als arguments de la recurrent, cal posar de relleu que, com destaca la Sentència d'aquesta Sala de 29 d'abril del 2016 referint-se al règim de guarda i custòdia compartida dels dos progenitors en relació als fills menors, *“No hi ha dubte que aquest sistema de guarda presenta grans avantatges per l'evolució i el desenvolupament del menor en aquelles situacions de ruptura familiar, de manera que s'evita el conegut com a “conflicte de lleialtats” dels menors respecte dels seus pares.*

Per altra part, aquest règim afavoreix la comunicació dels pares entre sí i permet conceptuar la ruptura matrimonial com una situació en la qual, a diferència d'altres sistemes jurídics, no hi ha vencedors ni vençuts, ni culpables ni innocents, a la vegada que serveix per posar en relleu el repartiment equilibrat dels deures que es deriven de les relacions paterno i materno filial com quelcom natural i consubstancial, així com s'afavoreix en els fills el principi de la igualtat de sexes.

Des d'una òptica enumerativa dels efectes beneficiosos de la guarda i custòdia compartida, es poden enunciar:

- 1. Es garanteix als fills la possibilitat de gaudir de la presència d'ambdós progenitors, malgrat la ruptura familiar, de forma que es tracta del model que més s'acosta a la situació prèvia a la crisi.*
- 2. Evitació de conseqüències negatives en els menors (culpa, negació, temor, lleialtat).*
- 3. Major acceptació de la nova situació per part dels fills, que evita actituds de manipulació dels pares en relació als fills.*
- 4. Garanteix que els pares puguin seguir amb l'exercici dels drets i deures de la responsabilitat parental i puguin participar en les millors situacions d'igualtat pel desenvolupament i creixement dels seus fills.*
- 5. No es qüestiona la idoneïtat i habilitat parental dels progenitors, alhora que els obliga a cooperar necessàriament per adoptar acords en benefici del fill, la qual cosa es tradueix en un exemple positiu pels menors.*

Existeixen informes internacionals en aquesta matèria que recomanen els efectes favorables de la custòdia compartida, sobretot quan va acompanyada d'un règim de mediació familiar i de programes d'educació parental (Cfr. l'informe de la Divisió 16 de la American Psychological Association front a la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar (1995), l'informe Bauserman —Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review (2002)—, l'Informe Kelly —Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of Research

(2000)—i el document *Bailly —Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée (2002)—*.”

És cert que a l'hora d'establir aquest règim s'han de tenir en compte, en tot cas, una sèrie de paràmetres, com són 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).

IV.- En el cas present, de l'informe pericial portat a terme per la Sra. M.C.O. es dedueix que els dos progenitors estan “igualmente capacitats per ostentar la guarda i custòdia de les menors” i que “no s'observen disfuncionalitats importants en els sistema de coparentalitat”, no consta sortosament a les actuacions que la relació entre els pares sigui conflictiva, com a mínim en extrem, ni menys encara que s'hagin produït situacions de violència de gènere o domèstica, els pares residien tots dos a Escaldes-Engordany i, pel que sembla, un resideix ara en aquesta localitat i l'altre a La Massana, no es discuteix que els dos gaudeixen d'un habitatge que els hi permet conviure amb les seves filles, la filla més gran no mostra preferència per cap dels dos progenitors, sense que aquest punt es pugui constatar en relació a la petita, com destaca la Sra. M.C.O. en el seu informe. D'altra banda, si bé és veritat que les nenes són petites i que ha estat la seva mare la que ha tingut cura d'elles fins aquest moment de manera primordial, com destaquen en les seves declaracions les Sres. E.C. (foli 235 en relació al 233) i D.P. (foli 238 en relació al 236), també és cert que els primers anys de la vida és habitualment més fàcil que els menors s'adaptin als canvis.

Com obstacles per prendre aquesta mesura cal assenyalar que el Sr. J.A.G.V. té uns horaris que, en principi, resulten incompatibles amb la cura de les seves filles i que tant la Sra. M.C.O., que efectua l'informe pericial que consta al foli 326 de les actuacions, com el Mgfc. Ministeri Fiscal (foli 390) entenen que seria més correcte atorgar la guarda i custòdia de les nenes a la seva mare amb un règim de visites molt ampli a favor del seu pare.

V.- No obstant, pel que fa referència als horaris de treball del Sr. J.A.G.V., cal posar de relleu que aquest argumenta que ha arribat a un acord amb el seu soci per tal d'alliberar-lo el temps necessari per poder fer front als compromisos que exigeix la guarda i custòdia compartida i, en aquest sentit, consten a les actuacions les declaracions del Sr. P.P.M.P. (foli 245 en relació al 242) en les què aquest manifesta que va arribar a un acord amb el Sr. J.A.G.V. en virtut del qual quan aquest exercís la guarda i custòdia de la seva filla no hagués d'anar a treballar, suplint-lo ell, de tal manera que, en principi, cal entendre que mantindrà aquest compromís i no consta que a partir del mes de juny del 2014, quan les nenes van començar a conviure amb el seu pare els caps de setmana alterns i tres dies intersetmanals, el Sr. J.A.G.V. desatengués a les seves filles. D'altra banda, és cert que el Sr. J.A.G.V. reconeix en la seva confessió en judici que en ocasions és la seva germana la que té cura de les nenes (foli 231 en relació al 228), però, per un cantó, l'informe pericial que signa la Sra. M.C.O. destaca que la J. tria a la tieta paterna en dos ocasions en situacions de seguretat i reconeixement personal i, per un altre, també el pare de la Sra. M.E.T. es queda amb les nenes quan és necessari o les porta a passejar (foli 241 en relació al 239) encara que la seva mare tingui una major disponibilitat horària, sense que per aquest sol fet, si és minoritari, es pugui entendre que els progenitors en qüestió desatenen a les seves filles, o que aquestes resulten perjudicades.

En relació a l'informe pericial i al del Mgfc. Ministeri Fiscal, cal tenir en compte la rellevància que aquestes opinions tenen per aquest Tribunal a l'hora de prendre una determinada decisió. No obstant, l'Aute de data 26 de juny del 2014, que va homologar l'acord entre les parts i va resoldre la demanda de

mesures provisionals presentada per la Sra. M.E.T., atorgava la guarda i custòdia de les nenes a la seva mare, però establia un règim de visites a favor del pare en període lectiu de tots els dimarts, dimecres i dijous recollint les menors a la sortida de l'escola i retornant-les al domicili matern com a màxim a les 20 hores del darrer dia indicat i en la demanda de separació formulada per la Sra. M.E.T. en data 29 de juliol del 2014 la demandant sol·licitava igualment que se li atorgués a ella la guarda i custòdia de les nenes i que el seu progenitor gaudís de la seva companyia els caps de setmana alterns i els dimarts, dimecres i dijous des de la sortida de l'escola fins a les 20 hores, règim molt proper al de custòdia compartida, ja que sols suposa afegir les pernoctes, que, com destaca la psicòloga forense Sra. M.C.O. resulten beneficioses “ ... fins i tot amb els nens de curta edat ja que ajuden a aprofundir en l'afecció i afavoreix que els pares se sentin més involucrats, estimulant el desenvolupament de les seves funcions parentals i combinant els moments de plaer amb els reals”, acceptant la Sra. M.E.T. aquesta possibilitat en el seu escrit de conclusions.

D'altra banda, en el primer dels dos informes esmentats s'aconsella que un règim de visites pel progenitor d'alternança els caps de setmana des de la sortida de l'escola el divendres fins el dilluns a l'entrada de l'escola i visites intersetmanals des de la sortida de l'escola el dimecres fins el divendres a l'entrada de l'escola en aquelles setmanes en les què no li correspongui tenir-les durant el cap de setmana, incorporant les pernoctes en el domicili patern, així com la meitat de les vacances escolars (foli 339), mentre que en el segon el règim de visites proposat és de caps de setmana alterns, tres dies intersetmanals totes les setmanes sense pernocta des de la sortida del col·legi fins a les 20.30 hores (foli 390), règims tots dos molt propers al que suposa una guarda i custòdia compartida .

Per aquesta raó, entenem que el règim de custòdia compartida que estableix la resolució d'instància no sols no suposa que les nenes estiguin amb el seu pare gaire més que el que estimen procedent aquests dos informes i accepta la seva mare, sinó que, a l'incorporar la pernocta al domicili patern els dies que el Sr. J.A.G.V. recull les nenes a l'escola, es permet que aquestes no

hagin de banyar-se i sopar molt d'hora i canviar de domicili precipitadament tant sols per anar a dormir amb la seva mare, propiciant que gaudeixin de la companyia del seu pare sense presses i d'acord amb les seves necessitats de tranquil·litat i repòs.

VI.- Malgrat desestimar-se el recurs no es fa expressa imposició de les costes d'aquesta alçada a cap de les parts litigants atesa la naturalesa del procediment i d'acord 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 per la Sra. M.E.T. contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 29 de gener del 2016, que CONFIRMEM íntegrament, sense fer especial pronunciament en relació 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.-