

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 24 d'abril del 2018

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. Sra. Eulàlia AMAT LLARI i M.I. Sr. Jaume TOR PORTA, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 28-10-2016 la Sra. V.J.L. formulava demanda d'adopció de mesures provisionals, a tramitar pel procediment de l'article 63 de la llei qualificada del matrimoni, sol·licitant es dictés Sentència disposant el següent:

1. Que la pàtria potestat del fill comú de les parts resti compartida entre els seus dos progenitors, divent-se posar d'acord en totes aquelles qüestions que afectin l'educació i la salut, física i mental del menor;
2. Que la guarda i custòdia del menor A. s'atribueixi al seu favor, doncs d'ençà el seu naixement i, fins el moment de la presentació de la demanda era ella qui s'havia ocupat exclusivament de la seva cura i manteniment.
3. Establir un règim de visites en favor del Sr. G.G. consistent en:

a) Un dia entre setmana (els dimecres), des de la sortida de l'escola i retornant-lo al col·legi l'endemà dijous al matí;

b) Els caps de setmana alterns, des del divendres a la sortida de l'escola i, fins el dilluns en què el retornarà a l'escola al matí.

c) La meitat de les vacances escolars, corresponent-li al Sr. G.G. la primera meitat els anys senars i, la segona els anys parells;

- Nadal: Es considera que la primera meitat comença el dia que acaba l'escola i fineix el dia 31 de desembre a les 20 hores i la segona fineix la vigília de la tornada a l'escola, a la mateixa hora.
- Estiu: S'entendrà que la primera meitat comença el dia que acaba l'escola i finalitza el 31 de juliol a les 20 hores, mentre que la segona fineix la vigília de la tornada a l'escola, a la mateixa hora.
- I, amb l'obligació de comunicar-se ambdós progenitors el lloc on passaran les vacances en companyia del menor, si la intenció es passar-les fora del país, així com facilitar el núm. de telèfon, a efectes de localització.

d) Les onomàstiques i aniversaris de cada progenitor, el fill haurà de poder compartir-los amb el progenitor de què es tracti, independentment del règim de visites establert.

e) En relació a l'onomàstica i aniversari de l'infant, el fill haurà de poder compartir-los un any amb cada progenitor, de tal manera que els anys parells l'aniversari el compartirà amb el pare i l'onomàstica amb la mare, i els senars l'aniversari amb la mare i l'onomàstica amb el pare.

4. Que s'estableixi a càrrec del Sr. G.G. una pensió d'aliments de 800 €/mes, la qual haurà de ser augmentada anyalment d'acord amb les variacions que experimenti l'IPC publicat al Principat d'Andorra. I, quedant ben entès que la pensió d'aliments s'haurà de pagar fins a la majoria d'edat del menor i, en cas que el mateix cursi estudis superiors, fins que finalitzi dits estudis. Altrament les despeses extraordinàries del menor hauran de ser consensuades pels progenitors (en la mesura que això sigui possible i amb excepció d'aquelles mèdiques i altres que siguin estrictament necessàries per la salut del menor, quedant expressament

incloses dins de les extraordinàries les despeses de menjador escolar i esplai, ludoteca), seran pagades també a raó d'un 75 % a càrrec del Sr. G.G. i, el restant 25% a càrrec seu.

II.- En data 25-11-2016 es practicava l'acte de compareixença conjunta dels litigants, assistits dels seus respectius lletrats i en presència del Magnífic Ministeri Fiscal als efectes d'aconseguir una conciliació respecte les mesures provisionals interessades. Les parts no van assolir un acord respecte les mesures interessades, presentant el Sr. G.G. escrit de contesta i, oposició i, formulava a l'ensem demanda reconvençional, interessant es dictés Sentència acordant les mesures consistents en:

1.- Que la pàtria potestat del fill comú de les parts resti compartida entre els seus dos progenitors, divent-se posar d'acord en totes aquelles qüestions que afectin l'educació i la salut, física i mental del menor;

2. Que la guarda i custòdia del menor A. s'atribueixi de forma conjunta a ambdós progenitors, de manera que aquest romandrà una setmana al domicili de la mare i, l'altra al domicili del pare. Tanmateix, aquest extrem pot variar per mutu acord dels progenitors sempre en interès del fill menor i quan concorrin circumstàncies familiars o laborals que així ho avalin. A aquest efecte, el progenitor al que li correspongui la custòdia durant aquella setmana, recollirà el nen a la sortida de l'escola el divendres i en gaudirà fins el següent divendres al matí, en que el portarà a l'escola.

3. El repartiment per meitats de les vacances escolars. A aquest efecte ambdós progenitors es concertaran per la programació de les vacances durant el primer trimestre de l'any -que és quan es fixen les seves vacances laborals-, vetllant que les d'ambdós progenitors no siguin coincidents en la seva totalitat i, tot en benefici del fill comú.

- La setmana Santa, Carnaval, Tots Sants i els altres períodes festius durant el curs escolar, ambdós progenitors es posaran d'acord en repartir-ho per meitats amb dos mesos d'antelació;

- Excepcionalment i, pel que fa a les vacances de Nadal i Reis, els anys parells el pare gaudirà del fill durant la primera setmana de vacances i la mare durant la segona setmana. Els anys senars la mare gaudirà del fill durant la primera setmana de vacances i el pare durant la segona setmana.

- Les onomàstiques i aniversaris de cada progenitor, el fill haurà de poder compartir-los amb el progenitor de què es tracti;
- En relació a l'onomàstica i aniversari de l'infant, el fill haurà de poder compartir-los un any amb cada progenitor, de tal manera que els anys parell l'aniversari el comparteixi amb el pare i l'onomàstica amb la mare i, els anys senars l'aniversari amb la mare i l'onomàstica amb el pare.
- Ambdós progenitors s'autoritzen a viatjar a l'estranger amb el seu fill mentre aquest estigui sota la seva custòdia

No establir cap pensió d'aliments, sense perjudici de que el Sr. G.G. abonarà mensualment a la Sra. V.J.L. l'import de 250 € en concepte de despeses mèdiques, de llibres, material escolar, activitats de guarderia extraescolar de pare d'alumnes i qualsevol altra despesa destinada al menor, al compte que ella indiqui i dins els 5 primers dies de cada mes. Tot l'import que sobrepassi aquesta suma per aquests conceptes serà abonada a parts iguals per ambdós progenitors. Igualment la dita quantitat s'actualitzarà en funció de la variació que experimenti l'índex de preu al consum en el Principat, d'acord amb el què determini el Govern.

III.- La part demandant contestava la demanda reconvencional articulada oposant-se a les pretensions del Sr. G.G.

IV.- Una volta practicats els mitjans de prova proposats per les parts i evacuats els respectius escrit de conclusions, en data 14-12-2017, l'Hble. Sra. Batlle, actuant com a tribunal unipersonal dictava Sentència amb la següent part decisòria:

“DECIDEIX: Donar lloc parcialment a la demanda de mesures paternofilials interposada per la Sra. V.J.L. a l'atenció del Sr. G.G. i, donar lloc també parcialment a la demanda reconvencional interposada per aquest darrer a l'atenció de la primera i, establir les següents mesures paternofilials:.

- *Atorgar la pàtria potestat del fill A. conjuntament als seus progenitors;*
- *No autoritzar el trasllat del domicili i residència del menor fora del Principat.*
- *Atorgar la guarda i custòdia del fill A. de forma compartida a ambdós progenitors, per setmanes alternes, des del divendres a la sortida de l'escola i, fins*

el divendres següent al matí. Tanmateix, aquest extrem podrà variar, en cas de mutu acord dels progenitors i, sempre en interès del fill menor, quan concorrin circumstàncies familiars o laborals que així ho avalin.

- El repartiment per meitats de les vacances escolars, corresponent-li al Sr. G.G. la primera meitat els anys senars i, la segona els anys parells i, en particular respecte els següents períodes s'estableix el què segueix:*

- a) Nadal: Es considera que la primera meitat comença el dia en què acaba l'escola i fineix el dia 31 de desembre a les 20 hores i la segona fineix la vigília de la tornada a l'escola, a la mateixa hora.*

- b) Estiu: S'entendrà que la primera meitat comença el dia en què acaba l'escola i finalitza el 31 de juliol a les 20 hores, mentre que la segona fineix la vigília de la tornada a l'escola, a la mateixa hora.*

- Les onomàstiques i aniversaris de cada progenitor, el fill haurà de poder compartir-los amb el progenitor de què es tracti, independentment del règim de visites establert. En relació a l'onomàstica i aniversari de l'infant, el fill haurà de poder compartir-los un any amb cada progenitor, de tal manera que els anys parells l'aniversari el compartirà amb el pare i l'onomàstica amb la mare, i els senars l'aniversari amb la mare i l'onomàstica amb el pare.*

- Els progenitors es troben autoritzats a viatjar a l'estranger amb el seu fill quan li correspongui la seva companyia, devent facilitar-se tota la documentació necessària, que inclourà com a mínim el passaport i el carnet de la CASS, el tot sense perjudici de que s'hauran de comunicar respectivament tot desplaçament del menor fora del Principat, de forma que, en tot moment el progenitor que no el tingui en la seva companyia, conegui l'adreça i telèfon del lloc on es troba i la pugui contactar.*

- Establir una pensió alimentària a càrrec del pare de 300 € mensuals que haurà de satisfer al compte corrent que la mare indiqui, dins els 5 primers dies de cada mes, actualitzable anyalment d'acord amb l'IPC i disposar el pagament de les despeses extraordinàries a càrrec dels progenitors en la proporció del 40% a càrrec de la mare i, el 60% restant a càrrec del pare.*

- Quedant ben entès que qualsevol incidència significativa sobre l'estat del menor s'haurà de comunicar a aquesta Batllia.*

- No hi ha lloc a efectuar cap pronunciament en costes judicials”.*

V.- Contra aquesta darrera Resolució, la representació processal de la Sra. V.J.L. articula recurs d'apel·lació, presentant amb data registre del 8-3-2018 el seu escrit de conclusions, pel qual interessa la revocació de la Sentència recorreguda i en el seu lloc s'adoptés el sistema de mesures que en la demanda havia interessat.

La representació processal del Sr. G.G. i el Mgfic. Ministeri Fiscal s'han oposat al recurs d'apel·lació plantejat.

VI.- Per Aute de 10-4-2018 i per a millor proveir s'incorporava a les actuacions el document adjuntat pel Sr. G.G. al seu escrit de contesta a les conclusions. Alhora es concedia a les restants parts litigants un termini de 5 dies per a que es pronunciessin en relació a l'esmentada prova.

VII.- En dates 13 i 14 del corrent el Mgfic. Ministeri Fiscal i la representació processal de la Sra. V.J.L. s'han pronunciat en relació a la prova acordada per a millor proveir.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- Com a primer motiu del seu recurs, la representació processal de la Sra. V.J.L. sustenta que d'ençà el naixement del menor sempre havia estat la mare qui n'havia pres cura de tal manera que n'era la figura de referència. En quant al pare indicava que aquest per la seva ocupació professional es trobava molt sovint lluny del domicili familiar. Sostenia que en aquest context havia desenvolupat en exclusiva la guarda i custòdia del seu fill menor de tal manera que ara aquest tenia perfectament integrada la custòdia materna i que canviar de règim li podia ocasionar un trasbals. En tot cas discrepava que el règim de custòdia compartit resultés ser el més adequat de manera general per a qualsevol separació. En aquest sentit

indicava que aquest propi Tribunal en supòsits de menors de curta edat admetia que el més corrent era que els infants estiguessin més lligats a la figura materna que a la paterna. Altrament afegia que segons l'informe social obrant en les actuacions, la Sra. V.J.L. disposava de totes els requisits per a poder desenvolupar la guarda i custòdia exclusiva del seu fill. En tot cas sostenia que un règim de custòdia compartida exigia que els progenitors s'entenguessin per tal d'arribar a acords continus i que això era impossible atesa la mala relació existent entre les parts. Sostenia que doctrina espanyola en la matèria (cita el catedràtic de dret processal Sr. J.M.A.) considerava que el règim de custòdia compartit era inadequada i endemés poc aconsellable.

El segon motiu de recurs té a veure amb la pensió d'aliments. Sosté que en atenció als ingressos del pare aquesta s'ha de fixar en 800.- € mensuals que havia d'augmentar anyalment segons IPC i el 75% de les despeses extraordinàries.

II.- Per tal de donar resposta als arguments de la recurrent, ha de recordar-se que de manera reiterada, la jurisprudència d'aquesta Sala (vegi's, entre altres, les Sentències de dates 29 d'abril del 2016 i 26 d'abril, 29 de juny i 20 de juliol del 2017) recorda que la guarda i custòdia dels fills compartida entre els dos progenitors presenta innegables avantatges pel desenvolupament dels menors, sempre que es donin els paràmetres que permetin assegurar el benefici que aquesta mesura ha de comportar per ells.

En el concret supòsit que s'examina, no pot perdre's de perspectiva que si bé quan en A. era més petit el pare passava llargues temporades lluny del domicili familiar per raó de la seva activitat professional, en l'actualitat la seva situació laboral ha experimentat un canvi transcendental en relació al context anterior. En efecte d'ençà que el centre d'interessos familiars es va traslladar a Andorra, el Sr. G.G. hi ha desenvolupat la seva prestació laboral, a partir de quin moment com es destaca en el treball

pericial practicat per la psicòloga Sra. C.B. (folis 239 i ss), s'ha implicat de manera considerable en el dia a dia del seu fill: els matins es desplaça fins a l'escola per a saludar-lo, intenta també ser present a les tardes, assisteix a sortides escolars (...). En tot cas, en les presents actuacions el pare ha expressat de manera insistent la voluntat de romandre el major temps possible amb el seu fill i alhora de participar de manera activa en la seva criança i educació, el que clarament constitueix un paràmetre a tenir en consideració.

Quant a la concreta capacitació del pare per a poder assumir la custòdia del seu fill, obra en autes un informe dels serveis socials del M.I. Govern d'Andorra del qual s'extreu que el mateix disposa d'ingressos econòmics suficients i d'un habitatge on en A. pot viure en condicions adequades. Únicament ha de remarcar-se que al respecte dels ingressos, aquesta partida s'ha vist substancialment augmentada en relació a aquells que varen poder ser valorats pel treballador social a partir del moment en que el Sr. G.G. ha passat a treballar per compte del Grup empresarial X.

Des de la perspectiva psicològica la perit conclou que el pare disposa de les habilitats parentals necessàries. En aquest sentit ressalta que *"El Sr. G.G. identifica les necessitats del menor, i ha realitzat correccions adequades des de la primera infància de l'A. fins l'actualitat per tal d'estar mes present en el creixement del seu fill. Busca relacionar-se a través d'activitats lúdiques i esportives. Te clares les normes de criança potenciant el respectar a l'altre i normes educatives"*. Pel que es refereix al menor, aquest és un infant "alegre, desenfadat, simpàtic", amb un rendiment escolar bo i que verbalitza obertament que voldria que els seus pares estiguessin junts, tot i defensant alhora trobar-se bé amb el pare i amb la mare. Malgrat les indicacions d'en A. puguin semblar anodines, aquestes permeten concloure que els pares han sabut aïllar i protegir el seu fill del conflicte existent per raó del trencament de la convivència entre ells de tal manera que a hores d'ara el mateix no expressa cap mena de rebuig envers cap dels progenitors.

En l'apartat de conclusions la perit judicial destaca que ambdós progenitors disposen de les habilitats exigides per tal de poder assumir una custòdia compartida, indicant no obstant que aquesta esdevenia inviable a partir del moment en que la mare havia expressat clarament la seva voluntat de marxar a Córdoba (Espanya). Al respecte d'aquesta eventualitat però ha d'indicar-se que malgrat haver-se rebutjat per la Sentència dictada pel Tribunal a quo la pretensió relativa a obtenir autorització per a traslladar-se junt amb el menor a l'estranger, aquest pronunciament no ha resultat recorregut, i tampoc en el recurs s'introdueix cap mena d'indicació al seu respecte, d'on s'ha de presumir que la mateixa no es troba més a l'ordre del dia i per tant ha esdevingut caduca.

Quant a l'argument relatiu a l'edat del menor que comportaria que aquest es trobaria més vinculat a la mare, no es pot obviar que en A. complirà el mes proper 7 anys. En aquesta edat, cal presumir que disposa d'un grau de maduresa emocional suficient que li permet comprendre la separació dels seus progenitors així com admetre un allunyament de la figura materna amb més facilitat que aquella que per regla general es pot observar en infants de més curta edat. Prova d'aquesta maduresa s'observa a partir del moment en que el mateix ha integrat perfectament les noves parelles sentimentals respectives dels progenitors i els hi profereixi estimació, tenint mol clar però el rol d'aquests en el seu dia a dia.

Sosté la recurrent que el sistema de custòdia compartida esdevé sols viable quan entre els progenitors existeix una comunicació mínima que en el present supòsit no existia. Tampoc aquest argument pot prosperar. En efecte, de les actuacions practicades en cap moment s'extreu que les parts mantinguin un enfrontament qualificat o exacerbat, sense que les dificultats que usualment s'originen per causa del propi trencament de la convivència entre la parella constitueixi un obstacle a la viabilitat d'un sistema de custòdia compartida. En tot cas ja s'ha destacat amb anterioritat que les parts litigants han aïllat adequadament el seu fill del procés de

separació, extrem aquest que sense lloc a cap mena de dubtes repetirà de forma positiva en el desenvolupament futur del seu fill.

És cert que existeix una part de doctrina científica i jurídica que considera que el sistema de custòdia compartit no s'ajusta a les reals necessitats d'un menor, però no es pot perdre de vista que en ordenaments jurídics veïns s'ha optat per establir-la com a mecanisme preferent (art 155 del Codi Civil italià que regula el caràcter preferent de *l'Affidamento condiviso*; article 374 del Codi Civil belga que regula el caràcter preferent de la *résidence égalitaire* ...). En tot cas, no es pot oblidar que qualsevol modalitat de custòdia ha d'adaptar-se seguint l'interès prioritari del menor amb independència de quin pugui ser la opinió general existent.

En atenció a tot l'exposat, i seguint el criteri del Ministeri Fiscal i de l'Hble. Sra. Batlle, ha de considerar-se que el sistema de custòdia compartida, en les modalitats que s'indiquen en la decisió recorreguda és aquell que assegurarà el desenvolupament adequat del menor amb majors garanties. En conseqüència haurà de desestimar-se el recurs d'apel·lació articulat sobre aquest punt.

III.- En segon lloc i pel que es refereix a l'import de la pensió d'aliments a satisfer pel pare, la bondat del seu establiment malgrat trobar-nos en un supòsit de custòdia compartida no resulta en cap moment discutida pel Sr. G.G. en atenció a la seva capacitat econòmica més important que aquella que ostenta la mare.

No obra en autes prova relativa a les necessitats d'en A. d'on cal extreure que el cost corresponent al seu manteniment bàsic s'ha de situar entre els 600 a 800 .- € que de manera reiterada venim establint. No obstant s'extreu de les actuacions que la capacitat econòmica global dels progenitors és superior a la mitja, que el menor realitza activitats extraescolars i porta un ritme de vida que cal qualificar d'alt de tal manera

que sense lloc a cap mena de dubtes, les despeses associades al seu sosteniment bàsic es situen en el marge superior de la forquilla indicada.

Quant a la capacitat econòmica dels progenitors, segons s'extreu de les actuacions, la mare té uns ingressos mensuals de 1.900.- € que percep per raó de la seva activitat prop de l'empresa Y (cfr. informe social, foli 170). Quant a les seves despeses aquest corresponent a lloguer d'habitatge (700.- €), electricitat, telèfon, manutenció assegurança complementària, transport. Pel que es refereix al Sr. G.G., el mateix percebrà per l'any comprès entre el juny 2017 al juny de 2018 uns ingressos bruts anuals de 50.400.- € amb una revisió al cap de l'any fins a 57.600.- € anyals més una prima de participació als objectius que pot variar entre el 20% i el 100% a partir de l'exercici 2017. És a dir que els ingressos del Sr. pare en definitiva oscil·laran entre un mínim de 69.120.- € bruts i un màxim de 115.200.- € anyals (equivalents a 5.760 i 9.600.- € bruts mensuals). En l'apartat de despeses pròpies el mateix satisfà segons el seu escrit de contesta a les conclusions, una renda mensual de 800.- € per l'habitatge que ocupa, quota del préstec hipotecari (500.- €), quota d'un vehicle (485.- €), telèfon, manutenció, despeses diverses (que unilateralment quantifica en el global de 650.- €). En tot cas si es compara el global d'aquestes despeses amb els ingressos del pare, aquest continua mantenint una possibilitat d'estalvi important.

En aquest context, la pensió alimentària complementària fixada en la suma de 300.- € mensuals per la Sentència recorreguda apareix ser ajustada a dret, a les necessitats del menor i a la capacitat econòmica respectiva dels progenitors, de tal manera que també aquest motiu del recurs ha de ser rebutjat.

El que si però que ha de ser rectificat és el grau de participació del pare en les despeses extraordinàries com sia que en aplicació de la proporcional estricta, sobre la suma de 7.660.- € mensual global que correspon al salari del pare (en la proporció mínima) més salari de la mare,

els guanys del pare suposen el 75% i els de la mare (incloent la pensió de 300.- € que mensualment ha de pagar el pare) el 25% aproximadament.

IV.- Pel que es refereix a aquella pretensió d'aclariment que en seu de conclusions responsives la part apel·lada interposa, aquesta ha de ser rebutjada en no haver estat mai realitzada prop de la instància.

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 M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

ESTIMAR parcialment el recurs d'apel·lació interposat per la Sra. V.J.L. contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 14-12-2017, disposant que la participació del Sr. G.G. en les despeses extraordinàries del seu fill es fixa en el 75% anant a càrrec de la mare el 25% romanent, tot i confirmant la Sentència recorreguda en els seus restants pronunciaments.

I 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.-