

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 26 de setembre 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. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 6 de juliol de 2017, en el marc del procediment vinculat al present núm. 7000343/2017, la Sra. E.B. va instar demanda de mesures provisionals pel procediment previst a l'article 63 de la LQM, la qual fou resolta per Aute de data 20 de juliol del mateix any fixant les següents mesures provisionals:

“1.- Confirmar la suspensió de la vida en comú dels consorts H.L - E.B.A, eximint-los del deure de convivència i demás deures conjugals previstos a l'article 9 de la LQM;

2.- Atribuir l'ús de l'habitatge que fou conjugal a favor de la Sra. E.B. i del fill menor en comú.

3.- Declarar que l'exercici de la pàtria potestat, entès com una obligació dels pares, correspon a ambdós consorts.

4.- Establir la guarda i custòdia del menor M. a favor de la Sra. E.B. A amb un ampli règim de contactes paternofilials, com segueix:

a) Contactes diürns intersetmanals, el progenitor Sr. H.L podrà tenir al seu fill M. en la seva companyia tots els dissabtes i diumenges, de les 9.30 a les 14.30 hores, havent-lo de recollir i retornar al domicili matern fins que la progenitora disposi de festius en cap de setmana, moment en el que aquests contactes diürns intersetmanals cessaran.

b) Pernoctes: Tots els dilluns, des de la sortida de l'escola o bé a les 09.30 del matí cas que sigui festiu, el menor restarà en companyia del seu pare fins al dimecres al matí havent-lo de portar a l'escola o bé, si fos festiu, al domicili de la progenitora.

c) Pel que fa a les vacances d'estiu: Les parts convenen que es repartiran per meitats les mateixes, per quinzenes alternes, restant el menor en companyia de la seva mare les primeres quinzenes de juliol i agost els anys senars i el pare les segones quinzenes dels dos referits mesos, i a la inversa els anys parells.

Igualment, les parts acorden que el progenitor que no estigui en companyia del menor podrà gaudir d'un contacte diürn intersetmanal de les 10 a les 18 hores, havent-lo de recollir i retornar al domicili del progenitor amb qui estigui gaudint de les vacances, consistent pel pare, el segon dimarts quan el menor estigui en companyia de la mare; i per la mare, el segon dimecres quan el fill comú estigui en companyia del pare. Tanmateix, els referits contactes diürns intersetmanals resten evidentment condicionats a què el menor es trobi al Principat.

d) Pel que fa a les vacances escolars, les parts convenen que es repartiran per meitats **les festes de Nadal i Setmana Santa**, segons les respectives possibilitats professionals dels pares; i en defecte d'acord, correspondrà en els anys parells iniciar-los a la mare i en els anys senars el pare.

I pel que fa a les vacances de Tots Sants i Carnestoltes, les parts convenen que es repartiran senceres, els anys parells la progenitora gaudirà de la companyia del menor durant les vacances de Tots Sants i el progenitor durant les vacances de Carnaval i els anys senars, a l'inrevés.

e) En quant a les **onomàstiques** dels pares, aquests darrers pacten que el menor romandrà en companyia d'aquell de qui sigui l'aniversari. Pel que fa a l'aniversari del menor, les parts convenen que, si és un dia no escolar, aquest romangui en companyia del pare de les 09.30 a les 14.30 i la resta del dia amb la mare; i si és un dia escolar, els progenitors es comprometen a organitzar-se per tal que l'infant pugui gaudir de la companyia d'ambdós progenitors.

5.- Imposar al Sr. H.L el pagament d'una **pensió alimentària provisional** a favor del seu fill menor M. per la **suma de 250 € mensuals**, suma que haurà de ser abonada

mitjançant transferència bancària al compte que indiqui la Sra. E.B.A, dins els cinc primers dies de cada mes, a comptar d'aquest proper mes d'agost de 2017 i que haurà de ser actualitzada cada any, en funció de la variació que experimenti l'IPC corresponent.

Igualment, els progenitors hauran de participar a les eventuals despeses extraordinàries que es puguin produir, a raó de 50% cadascú d'ells."

II.- Les referides mesures provisionals van ser però l'objecte d'una primera demanda de modificació instada pel Sr. H.L per escrit de data 23 de gener de 2018 (autes 7000038/2018) –amb petició reconvençional per part de la Sra. E.B.-, que fou resolta per Aute de data 1er de febrer de 2018 com segueix:

"4.- Establir la guarda i custòdia del menor M a favor de la Sra. E.B.A. amb un ampli règim de contactes paternofilials, com segueix:

a) Caps de setmanes alterns, començant el divendres a les 20.00 hores, moment en què el sotasignat recollirà el menor del domicili matern i finalitzant el diumenge a les 20.00 hores, moment en què el sotasignat portarà el menor al domicili matern.

b) Pel que fa a les vacances d'estiu: Les parts convenen que es repartiran per meitats les mateixes, per quinzenes alternes, restant el menor en companyia de la seva mare les primeres quinzenes de juliol i agost els anys senars i el pare les segones quinzenes dels dos referits mesos, i a la inversa els anys parells.

Igualment, les parts acorden que el progenitor que no estigui en companyia del menor podrà gaudir d'un contacte diürn intersetmanal de les 10 a les 18 hores, havent-lo de recollir i retornar al domicili del progenitor amb qui estigui gaudint de les vacances, consistent pel pare, el segon dimarts quan el menor estigui en companyia de la mare; i per la mare, el segon dimecres quan el fill comú estigui en companyia del pare. Tanmateix, els referits contactes diürns intersetmanals resten evidentment condicionats a què el menor es trobi al Principat.

*c) Pel que fa a les vacances escolars, les parts convenen que es repartiran per meitats **les festes de Nadal i Setmana Santa**, segons les respectives possibilitats professionals dels pares; i en defecte d'acord, correspondrà en els anys parells iniciar-los a la mare i en els anys senars el pare. I pel que fa a les vacances de Tots Sants i Carnestoltes, les parts convenen que es repartiran senceres, els anys parells la progenitora gaudirà de la companyia del menor durant les vacances de Tots Sants i el progenitor durant les vacances de Carnaval i els anys senars, a l'inrevés.*

d) En quant a les **onomàstiques** dels pares, aquests darrers pacten que el menor romandrà en companyia d'aquell de qui sigui l'aniversari. Pel que fa a l'aniversari del menor, les parts convenen que, si és un dia no escolar, aquest romanguí en companyia del pare de les 09.30 a les 14.30 i la resta del dia amb la mare; i si és un dia escolar, els progenitors es comprometen a organitzar-se per tal que l'infant pugui gaudir de la companyia d'ambdós progenitors.

Tot mantenint intactes totes les demés mesures provisionals acordades per anterior Aute de 20 de juliol de 2017 dictat en el marc dels autes vinculats 7000343/2017."

III.- Finalment, per escrit del proppassat 8 de març de 2018, la Sra. E.B.A va interessar una altra modificació de mesures provisionals (autes 7000147/2018) que fou inadmesa per Aute de 21 de març de 2018.

IV.- Altrament, en la mateixa demanda de mesures provisionals inicial, la Sra. E.B.A va formular demanda en judici verbal civil, pel procediment abreuja, en demanda de separació contra el Sr. H.L, tot sol·licitant es dictés Sentència en el sentit que literalment s'exposa seguidament:

"... dictar sentència adoptant les mesures provisionals proposades per aquesta part en el cos del present escrit i declarant la separació d'ambdues parts en els termes continguts al punt cinquè del present escrit i vulgui condemnar a l'avui demandada al pagament de les costes processals inclosos els honoraris d'advocat i els que puguin derivar de la tramitació del present procediment."

Atenent la presentació en un sol escrit d'ambdues demandes, per diligència de data 7 de juliol de 2017, es va incorporar als presents autes el referit escrit de demanda de mesures provisionals i de separació iniciant-se així la tramitació dels presents autes vinculats 7000345/2017.

V.- Previ emplaçament de les parts per Providència de data 7 de juliol de 2017, en l'audiència de data 28 de juliol de 2017, la part defenent va contestar a la demanda i va formular a l'ensem demanda reconvençional tàcita, mitjançant la quals interessava, prèvia al·legació dels fets i fonaments de dret que considerava escaients, es dictés Sentència amb els següents pronunciaments:

“1.- Estimant parcialment la demanda interposada per l'adversa en el sentit de: (A), atribuir la pàtria potestat a ambdós progenitors; (B), el repartiment de les vacances d'estiu i escolars, en els termes proposats per l'adversa llevat que el progenitor que gaudeixi de la companyia del menor estigui fora d'Andorra, prèvia acreditació documental; (C), el repartiment de les despeses extraordinàries per meitats i (D), atribuir l'ús del domicili conjugal a l'adversa.

2.- Desestimant la resta de les pretensions de l'adversa, en el sentit d'acordar la guarda i custòdia compartida del fill comú per setmanes alternes començant cadascun dels períodes el divendres al a tarda.

3.- Sense fer imposició de costes.”

Per la seva part, el Ministeri Fiscal, per anterior informe de data 25 de juliol del 2017, va manifestar que “no s'oposa als fets relacionats a la demanda i relatius a les mesures paterno-filials, en tant que aquests resultin degudament acreditats en el moment processal oportú”.

VI.- La Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 28 de març del 2018 va decidir:

“Que estimant majoritàriament la demanda formulada per la Sra. E.B.A al respecte del Sr. H.L i desestimant majoritàriament la reconvençional tàcita interposada per aquest darrer envers la primera, ha de:

Primer.- Declarar la separació dels consorts H.L i E.B., així com la dissolució del seu règim econòmic matrimonial.

Segon.- Atribuir el domicili que fou conjugal a favor de la Sra. E.B.A., sense fer cap pronunciament respecte de l'atorgament d'una eventual pensió compensatòria.

Tercer.- Confirmar l'atribució de la pàtria potestat del menor M. a favor dels seus dos progenitors, que s'hauran de consultar sobre els aspectes rellevants de la vida del seu fill.

Quart.- Confirmar l'atribució de la guarda i custòdia del menor M. a favor de la mare.

Cinquè.- Mantenir un ampli règim de visites a favor del progenitor no custodi, consistent, com a mínim, en:

a) Caps de setmanes alterns, començant el divendres a les 20.00 hores, moment en què el progenitor no custodi recollirà el menor al domicili matern i finalitzant el diumenge a les 20.00 hores, moment en què el mateix el retornarà al domicili matern.

b) Pel que fa a les vacances d'estiu: Les parts convenen que es repartiran per meitats les mateixes, per quinzenes alternes, restant el menor en companyia de la

seva mare les primeres quinzenes de juliol i agost els anys senars i el pare les segones quinzenes dels dos referits mesos, i a la inversa els anys parells.

Igualment, les parts acorden que el progenitor que no estigui en companyia del menor podrà gaudir d'un contacte diürn intersetmanal de les 10 a les 18 hores, havent-lo de recollir i retornar al domicili del progenitor amb qui estigui gaudint de les vacances, consistent pel pare, el segon dimarts quan el menor estigui en companyia de la mare; i per la mare, el segon dimecres quan el fill comú estigui en companyia del pare. Tanmateix, els referits contactes diürns intersetmanals resten evidentment condicionats a què el menor es trobi al Principat.

c) Pel que fa a les vacances escolars, les parts convenen que es repartiran per meitats **les festes de Nadal i Setmana Santa**, segons les respectives possibilitats professionals dels pares; i en defecte d'acord, correspondrà en els anys parells iniciar-los a la mare i en els anys senars el pare. I pel que fa a les vacances de Tots Sants i Carnestoltes, les parts convenen que es repartiran senceres, els anys parells la progenitora gaudirà de la companyia del menor durant les vacances de Tots Sants i el progenitor durant les vacances de Carnaval i els anys senars, a l'inrevés.

d) En quant a les onomàstiques dels pares, aquests darrers pacten que el menor romandrà en companyia d'aquell de qui sigui l'aniversari. Pel que fa a l'aniversari del menor, les parts convenen que, si és un dia no escolar, aquest romanguí en companyia del pare de les 09.30 a les 14.30 i la resta del dia amb la mare; i si és un dia escolar, els progenitors es comprometen a organitzar-se per tal que l'infant pugui gaudir de la companyia d'ambdós progenitors.

Sisè.- Imposar al Sr. H.L el pagament d'una pensió alimentària a favor del seu fill menor M. per la suma de 300 € mensuals, suma que variarà en funció dels canvis que experimenti l'IPC que publiqui Govern cada any i que haurà de ser abonada pel progenitor no custodi al compte que indiqui la Sra. E.B.A, dins els cinc primers dies de cada mes, a comptar d'aquest mateix mes d'abril 2018, així com l'assumpció del 50% de les despeses extraordinàries que es puguin produir.

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."

VII.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació el Sr. H.L i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, sol·licita la seva revocació en el sentit d'establir la guarda i custòdia compartida del seu fill M.

entre els dos progenitors i que no se'l condemni a ell pagar cap suma en concepte d'aliments del seu fill, o que s'estableixi que la guarda i custòdia del menor correspon a la seva mare, abonant ell 250 euros mensuals en concepte d'aliments del nen, tot això sense fer especial condemna en costes.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- Com a primer motiu del recurs formulat pel Sr. H.L contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 28 de març del 2018 argumenta el recurrent que la dita resolució és incongruent, atès que no s'ha discutit quin és el seu horari laboral, ja que aquesta qüestió, que seria la que motivaria que se li denegui la guarda i custòdia compartida del seu fill M., va ser introduïda per la Sra. E.B.A sense que ell tingués ocasió de provar la compatibilitat del seu horari amb la cura del menor, raó per la qual se li ha causat indefensió, però aquest argument no es pot estimar.

En efecte, si alguna actuació es pot qualificar com incongruent és la del Sr. H.L, ja que l'Aute de data 20 de juliol del 2017, responent a una demanda formulada per la Sra. E.B.A sol·licitant que s'establissin mesures provisionals i es declarés la separació dels esposos, va acordar, homologant els pactes als què havien arribat els esposos en l'Audiència celebrada en aquella mateixa data (foli 48), un règim de visites paterno-filials en virtut del qual el recurrent podria gaudir del seu fill tots els dissabtes i els diumenges de 9.30 a 14.30 i de dilluns a la sortida de l'escola fins dimecres al matí quan el retornaria al centre escolar. En aquestes circumstàncies va ser ell mateix qui sis mesos més tard, el dia 23 de gener del 2018, va sol·licitar una modificació del citat règim, argumentant que li era impossible tenir cura del seu fill entre setmana per raons laborals, motiu pel qual l'Aute de 1 de febrer del 2018 va establir un règim de contactes paterno-filials de caps de setmana alterns.

Per aquest motiu, la raó fonamental per la què la Sentència objecte del present recurs rebutja la petició del Sr. H.L de que s'estableixi un règim de guarda i custòdia compartida del menor M. és que ell mateix havia argumentat en data 23 de gener del 2018 que no es podia fer càrrec del seu fill en estades intersetmanals, sol·licitant una reducció de les establertes anteriorment, raó per la qual resulta incongruent que el 31 de maig del mateix any, quan formula el present recurs, defensi que és procedent establir una guarda i custòdia compartida del menor per setmanes alternes, ja que aquest tipus de custòdia no sols es desaconsella quan hi ha una greu conflictivitat entre els progenitors, sinó també quan un d'ells per raons laborals, o d'altra índole, no es pot fer càrrec del seu fill durant la setmana. Per aquesta raó, el possible problema dels seus horaris laborals i la manca d'un familiar o amic en el qual pogués delegar la cura del menor s'aporten a la resolució d'instància com arguments secundaris davant de les clares manifestacions del Sr. H.L en la seva demanda del mes de gener del 2018, manifestant la impossibilitat de fer-se càrrec del, seu fill fora dels caps de setmana, sense intentar que algun conegut de confiança es fes càrrec del menor mentre ell treballava .

II.- Com a segon motiu del seu recurs, argumenta el Sr. H.L que, si se li atorga la guarda i custòdia del fill menor a la Sra. E.B.A, se'l condemni a ell al pagament de 250 euros mensuals en concepte d'aliments del seu fill.

Per tal de donar resposta a aquest motiu del recurs, cal posar de relleu que l'Aute de 20 de juliol del 2017 va establir que la guarda i custòdia del menor M. correspondria a la seva mare, però que el seu progenitor gaudiria de la seva companyia tots els dilluns des de la sortida de l'escola, o bé des de les 9.30 del matí si algun dilluns coincidia amb un dia festiu, fins el dimecres al matí en què el retornaria a l'escola, fixant una pensió d'aliments pel menor a càrrec del seu progenitor de 250 euros mensuals. Per aquesta raó, si la Sra. E.B.A. es fa càrrec del menor durant tota la setmana és correcte que se la compensi per la despesa que li suposa pagar a alguna persona que tingui cura del seu fill tots els dilluns i dimarts mentre ella treballa i que aquesta compensació es fixi en 50 euros que s'hauran d'afegir als 250 que el recurrent està disposat a abonar, motiu pel qual s'ha de desestimar també aquest motiu del recurs.

III.- Malgrat desestimar-se el recurs, no es fa expressa condemna en les costes d'aquesta alçada atesa la naturalesa del procediment, 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

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. H.L contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 28 de març del 2018, 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. Presidenta de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-