

SENTÈNCIA de 22 d'abril de 2004

Atribució de la guarda i custòdia dels fills en les situacions de crisi matrimonial: criteris per a l'atribució.- Principi del favor filii.- Indefensió.- Intervenció del Ministeri Fiscal en els procediments en els quals estan interessades persones absents, menors, incapacitades o desvalgudes: configuració jurídica de la seva intervenció.- Adhesió al recurs d'apel·lació: improcedència

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Jean Louis VUILLEMIN, i els magistrats M.I. Sr. Antoni BRUGUERA MANTÉ i M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En els autes de núm. B-610-3/02 del judici civil sobre atribució de guarda i custòdia dels menors Nil i Izan R.A., instat per la Sra. Maria Teresa A.B. contra el Sr. Domènec R.G. (pare no matrimonial dels menors), en data de 2 de juliol passat, l'Hble. Batlle, actuant com a Tribunal Unipersonal, va dictar una Sentència en què va decidir:

"que posant-se terme de manera definitiva a la qüestió principal d'acord amb el que s'ha raonat en el I.- Considerant de la present resolució, ha d'establir i estableix les següents mesures paterno-filials:

Primer.- *establir la pàtria potestat conjunta dels dos progenitors respecte dels fills comuns de noms Nil i Izan R.A.*

Segon.- *atribuir la guarda i custòdia dels fills comuns al pare Sr. Domènec R.G.*

Tercer.- *fixar un règim de visites de la mare vers els seus fills menors, amb caràcter mínim, de conformitat amb el que estableix el V.- considerant de la present resolució.*

Quart.- *establir una pensió per aliments de quatre-cents euros (400.- EUROS) mensuals destinada a les necessitats dels fills menors, que serà satisfeta per la Sra. Maria Teresa A.B. dins dels cinc primers dies de cada mes, a comptar del proper mes de juliol, al Sr. Domènec*

R.G. (precisant-se la modalitat de pagament i de revisió en el VI.- Considerant).

Tot això sense fer declaració especial sobre les costes d'aquesta instància."

II.- Disconforme la Sra. Maria Teresa A.B. amb la resolució anterior, va interposar aquest recurs d'apel·lació al qual ha estat tramitat d'acord amb la Llei. Ha informat el Ministeri Fiscal.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Antoni BRUGUERA MANTÉ.

FONAMENTS DE DRET

I.- En la vista del recurs celebrada el 10 de març passat, el lletrat de la part apel·lada va al·legar que havia sofert indefensió perquè no se li havia traslladat l'informe del Ministeri Fiscal fins el 19 de febrer anterior i que en ell el Ministeri Públic *"s'adhereix al recurs d'apel·lació formulat per Maria Teresa A.B. i interessa la revocació de la Sentència..."* quan, segons les disposicions legals vigents a Andorra, no existeix la institució processal de l'adhesió a un recurs d'apel·lació interposat per altre, per la qual cosa no s'havia de tenir al Ministeri Fiscal com a apel·lant en aquest cas.

Aquestes al·legacions fan prioritari examinar, a la llum de les disposicions legals vigents a Andorra, el paper del Ministeri Fiscal en els procediments civils en què estan interessats absents, menors, incapacitats o persones desvalgudes, i la qualitat amb que ha de tenir lloc la seva intervenció.

II.- L'art. 89,3 de la Llei qualificada de la justícia exigeix l'audiència preceptiva del Ministeri Fiscal en tots els procediments civils en què intervinguin interessos d'absents, menors, incapacitats o persones necessitades de protecció; i l'art. 3,10 de la Llei del Ministeri Fiscal determina la forma com ha de tenir lloc aquella audiència i precisa que la seva intervenció és **amb la qualitat de part.**

La qualitat de part necessària implica que el Ministeri Fiscal ha de ser tingut per tal des del mateix inici del procediment i en cadascun dels seus estadis posteriors, de manera que cal traslladar-li la demanda per tal que la pugui contestar i oposar-s'hi si és el cas, i notificar-li les providències o/i diligències de tramitació d'igual manera com s'ha de fer amb les altres parts, a fi que pugui proposar les proves que cregui escaients per als interessos que té el deure de defensar i intervenir

activament en la seva pràctica i en les proves de les altres parts, formular conclusions i recórrer la sentència o la resolució que recaigui si així interessa al menor, absent, desvalgut o incapaç.

El Ministeri Fiscal **com a part**, no compleix amb el deure de defensar el menor, incapaç o desvalgut amb la presentació d'un informe en la fase final del procediment, ja que la seva intervenció **com a part** per a la defensa dels interessos pels quals té l'obligació de vetllar no li permet mantenir-se al marge del procés, ni compleix la seva obligació de defensa mitjançant el lliurament d'un informe basat en allò que hauran al·legat i provat les altres parts, sinó que l'incumbeix estar present en el litigi des del principi i al·legar i provar tot el que cregui adient pels interessos que la llei li confia, i haurà de recórrer la resolució que es dicti si la considera disconvenient pels seus defensats en la mateixa forma i termini que la llei determina per a les altres parts; i no és escaient adherir-se extemporàniament al recurs d'apel·lació interposat per altre, perquè la figura processal de l'adhesió al recurs d'apel·lació interposat per altre no està prevista ni regulada en l'ordenament processal del Principat, i la seva formulació sorpressiva davant el Tribunal Superior col·locaria a la part apel·lada en una evident situació d'indefensió prohibida per la Constitució (art.10).

III.- L'aplicació al cas de la doctrina anterior porta a la conseqüència que no escau tenir al Ministeri Fiscal com a apel·lant per adhesió al recurs d'apel·lació de l'única recurrent i que cal passar a examinar el d'aquesta darrera.

IV.- L'única qüestió que aquest recurs planteja és l'atribució al pare la guarda i custòdia dels dos fills menors de la parella, Nil i Izan R.A., de 12 i 10 anys actualment.

L'Hble. Batlle ha atribuït al pare la seva guarda i custòdia basant-se en allò que ambdós progenitors havien pactat en el conveni de separació privat -mai homologat judicialment- el 22 de gener de 2002 (folis 21 a 23). Així ho exposa en el IV CONSIDERANT extensament.

Però en proveir la prova pericial sol·licitada per l'agent, el mateix Batlle havia designat la psicòloga Sra. Eva B.M. (foli 52) com a perit; la qual va emetre el fonamentat dictamen que es conté als folis 76 al 88; i en ser preguntada si era convenient que els nens visquessin una setmana a casa de cada progenitor, o si era més aconsellable un altre sistema (foli 87) va respondre:

"El que sí puc assegurar és que el sistema que els pares van aparentment consensuar quan es va produir la separació en el mes de gener, no era gens idoni per als fills per varis motius..."

I explica seguidament els motius -que aquesta Sala considera ben raonables- per raó dels quals no era "gens idoni per als fills" el sistema que els pares havien convingut.

Dit això, la perit continua:

"Crec que un règim de visites que permeti que els pares puguin seguir presents per separat i gaudint del dia a dia dels seus fills seria el correcte.

Els dos progenitors per separat han coincidit en un règim d'una setmana en el domicili de cadascú i finalment quan l'Hble. Batlle els va aconsellar de venir junts en la primera entrevista amb el perit, els dos van apuntar el mateix règim de visites".

Això és el que ha dit la perit; i està demostrat que els menors tenen un grau elevat d'estima vers ambdues figures paternes (foli 86), i no es qüestiona que les dues són persones preparades i aptes per atendre adequadament els seus fills. Sembla doncs clar que el "*favor filii*" rau en aquest cas en assumir la solució propugnada per la psicòloga com la més idònia pels dos menors d'establir-los-hi el règim d'una setmana en el domicili de cadascun dels progenitors, de manera que aquest règim de setmana en setmana permeti tant al pare com a la mare seguir exercint les funcions parentals; solució, per altra part, apuntada a la psicòloga pels mateixos pares (tal com manifesta en el dictamen) i, a l'ensem, harmoniosa amb l'apreciació dels fills segons també s'infereix del dictamen.

La solució esmentada comportarà també (en defecte dels acords que sempre podran adoptar els pares):

- a) que els fills romandran amb el pare la meitat de les vacances escolars i l'altra meitat amb la mare. La primera meitat de totes les vacances (Setmana Santa, estiu i Nadal) serà pel pare el primer any, per la mare l'any següent, i alternativament en el successiu.
- b) les despeses de tot ordre dels fills seran ateses per meitat per ambdós progenitors.
- c) els dies de celebració pròpia del pare, de la mare i dels fills (aniversaris, onomàstiques, dies del pare o de la mare) els fills podran passar juny amb cada progenitor almenys mitja jornada.

V.- Ni la naturalesa del procediment ni les postures de les parts aconsellen fer una expressa condemna en les costes del recurs.

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 en part aquest recurs d'apel·lació;
REVOCAR PARCIALMENT LA Sentència apel·lada i, en
definitiva, DISPOSAR:

Primer.- que la pàtria potestat dels fills
comuns Nil i Izan serà compartida pels
dos progenitors.

Segon.- que la guarda i custòdia dels menors
serà també compartida per ambdós
progenitors en règim d'una setmana en
el domicili de cadascun d'ells.

Tercer.- pel que fa a les vacances, onomàstiques
i demés, s'estarà a allò assenyalat en
els apartats a) i c) del IV fonament
d'aquesta resolució.

Quart.- les despeses de tot ordre dels menors
seran ateses per meitats per ambdós
progenitors.

I,
Cinquè.- no és fa pronunciament sobre les costes
del recurs.

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.-