

SENTÈNCIA de 16 d'abril de 2003

Atribució de la pàtria potestat compartida en sentència de divorci: improcedència de fer declaracions en la mateixa sobre vulneració dels drets d'un dels progenitors per part de l'altre.- Atribució de la guarda i custòdia dels fills menors d'edat: criteris per a l'atribució.- Dret de visita del pare: criteris per a la seva determinació.

- Pensió per aliments: criteris per a la seva determinació.- Atribució de l'habitatge familiar: atribució al pare si la mare s'ha absentat del Principat d'Andorra.

- Atribució de l'ús dels béns i estris de l'habitatge familiar: procedència de la seva declaració en la sentència de divorci, però no de la titularitat sobre els béns esmentats.- Litispendència: finalitats.- Litispendència: no procedeix respecte a les mesures que es poden adoptar en la sentència que decreta el divorci i les mesures provisionalíssimes, ni entre les mesures adoptades en les sentències de separació i la de divorci.- Tramitació conjunta dels procediments de separació i de divorci: improcedència de l'excepció de litispendència.- Mesures provisionalíssimes: concepte, finalitats i requisits

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.- La representació processal de la Sra. Ana Belén L.G. va interposar demanda de divorci, en data 14-11-2001, contra el Sr. Jaume A.P., segons la qual interessava la dissolució del vincle matrimonial i que es condemnés al defenent a complir les mesures de caire personal i patrimonial que es demanaven en el seu escrit, amb imposició de les costes processals.

La representació processal del Sr. Jaume A.P. va formular excepció prèvia de litispendència, es va oposar a la demanda i va interposar demanda reconvençional, on sol·licitava, pel cas d'ésser desestimada l'excepció de litispendència que s'adoptessin les mesures peticionades en el cos del seu escrit, amb imposició de les costes processals a l'altra part litigant.

D'acord amb allò que preveu l'article 89.3 de la Llei Qualificada del Matrimoni es va donar trasllat al Ministeri Fiscal que, segons consta a les actuacions, va emetre el seu informe, favorable al rebuig de l'excepció de litispendència i a la dissolució del vincle matrimonial i a l'adopció de les mesures que assenyalava en l'esmentat informe.

II.- L'Honorable Batlle, constituïda en Tribunal unipersonal, va dictar sentència, de data 28-10-2002, essent la part dispositiva de la mateixa la que segueix: "DECIDEIX Que ha d'estimar i estima la demanda de divorci interposada per la Sra. Ana Belén L.G. contra el Sr. Jaume A.P. amb el consentiment d'aquest, i declarar la dissolució, per causa de divorci, del matrimoni contret entre les parts el dia 30 d'agost de 1983, a Arnauero, Cantàbria (Espanya), mantenint la pàtria potestat compartida entre ambdós progenitors de la filla comú Lara A.L., atribuint la guarda i custòdia de la menor a la mare, establint un règim de visites a favor del pare i fixant una pensió alimentària a favor de la filla a càrrec del pare, tal com ha quedat especificat en el VII.- Considerant de la present resolució judicial. I sense fer especial condemna en costes processals".

III.- Ambdues parts litigants van interposar recurs d'apel·lació contra la sentència d'instància i, en data 13 de gener de 2003, van presentar sengles escrits de conclusions, en virtut dels quals sol·licitaven la revocació de la sentència d'acord amb els arguments continguts en els esmentats escrits. Així mateix, consta a les actuacions que les dues parts van formular els respectius escrits de contesta a les conclusions al·legades per la part contrària.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

FONAMENTS DE DRET

I.- El recurs d'apel·lació que interposa la part agent es fonamenta en els següents arguments per a combatre la sentència d'instància. En primer terme, considera que la fixació de la pensió d'aliments en la quantitat mensual de 200 € per la sentència ha de ser augmentada a la de 300,51 €. Al seu parer, la quantia de 200 € és insuficient per fer front a les despeses de la menor i el Batlle no fonamenta la pensió en les necessitats de la menor ni en els ingressos del pare, sinó en els desplaçaments que haurà d'efectuar, quan no s'ha abonat la pensió pel pare, mentre

que la mare ha hagut de fer front ella sola al manteniment de la filla comú. I, en segon terme, entén que la sentència és incompleta perquè en el marc del present procediment es va demanar que s'atribuís l'ús dels béns que va prendre l'esposa i els que resten al que fou domicili familiar a l'espòs i res es diu a la resolució judicial, per la qual cosa afirma que s'ha d'adoptar aquesta solució.

La part defenent justifica el seu recurs d'apel·lació en les consideracions que a continuació s'exposen. En primer terme, reproduïx en aquesta alçada l'excepció de litispendència. En segon terme, assenyala que la sentència dictada pel Batlle no pren cap decisió en relació al domicili familiar, a la vegada que es referma en la seva petició d'atribució del mateix al pare i a la filla. En tercer terme, no comparteix les mesures adoptades i sol·licita que, de conformitat amb les pericials efectuades als pares i a la filla comú i amb la manifestació de la filla Lara, continguda en l'acta notarial de 10-9-2002, se li ha d'atribuir la guarda i custòdia de la filla menor. Afegeix que l'esposa vulnera la pàtria potestat compartida, al no informar al pare de les decisions que s'han d'adoptar en relació a la menor. En quart terme, sustenta que tampoc està d'acord amb el règim de visites establert, perquè es va demanar un règim de visites flexible, en atenció al fet que la menor viu amb la seva mare a Santander i al·lega que a les vacances de Nadal i Tots Sants es va desplaçar a Santander i no va poder gaudir de la companyia de la menor. Afirma que la mare conculca el règim de visites i posa com a exemple el bloqueig de la línia telefònica, a la vegada que aporta documents 1 a 4 amb el seu escrit de conclusions. I, en darrer lloc, sosté que pel que es refereix a la pensió per aliments s'hauria de rebaixar a 180, 30 € i que els desplaçaments i les despeses relatives a la recollida i entrega de la menor s'han d'assumir per meitats.

II.- L'anàlisi i resolució dels dos recursos d'apel·lació interposats exigeix, en ares a garantir la motivació i fonamentació de les sentències que, com estableix la Constitució del Principat d'Andorra (art. 86) i també per dotar a les resolucions judicials de la necessària i anhelada claredat expositiva i congruència, que es resolguin de forma separada les diferents al·legacions que porten a terme els recurrents i, en el present cas, delimitant el que són qüestions processals de aquelles altres consideracions relatives al fons de l'afer. Des d'aquesta òptica, és oportú examinar, en primer terme, els extrems i al·legacions processals, per després, si s'escau, procedir a l'estudi del fons del litigi.

I, de conformitat amb les anteriors precisions, esdevé oportú assenyalar que aquesta Sala ha pres en

consideració els documents, numerats d'1 a 4, que ha aportat la part defenent amb el seu escrit de conclusions, però que per les raons que s'exposaran quan es raoni respecte al règim de visites acordat per la sentència, els mateixos no poden afectar a la fixació, en fase declarativa, d'un règim de visites, sinó que els mateixos tenen a veure amb incompliments del règim ja fixat judicialment, i aquests extrems s'han de debatre i ventilar a través d'altres processos, de manera que les parts puguin instar l'auxili dels òrgans judicials, a manca d'acord, per l'assoliment del puntual compliment del règim de visites establert.

I, pel que es refereix a l'excepció de litispendència, reproduïda per la part defenent en aquesta segona instància, aquesta Sala ha de confirmar la solució adoptada per l'Honorable Batlle i els motius que ho justifiquen són els següents. Així, la litispendència constitueix una institució que desenvolupa els seus efectes després de la interposició de la demanda i que desplega la seva eficàcia en dues vessants diferents. Per un costat, la litispendència, que actua a través de fingir que els extrems fonamentals del procés són immutables ("ut liti pendente, nihil innovetur"), i que es coneix com l'eficàcia interna de la litispendència i, per l'altre, els efectes externs que l'esmentada institució origina i que consisteixen en la projecció de la seva eficàcia en processos diferents. I, des d'aquesta òptica, quan s'inicia un plet amb un objecte idèntic a un altre ja iniciat i la resolució que pugui dictar-se en el primer esdevé contradictòria amb la del segon procés, per solventar aquesta problemàtica s'exclou el segon o ulterior procés i es pot articular, a instància de part, a través de l'excepció de litispendència per a solucionar la problemàtica esmentada. En el present supòsit, és el que pretén la part apel·lant, però la seva pretensió no pot reeixir per dos ordres diferents de raonaments. En primer terme, es requereix per què l'excepció de litispendència triomfi que concorri una identitat subjectiva, del petitum i de la causa petendi, com ja ha posat de manifest aquesta pròpia Sala en el seu Aute de 13 de juliol de 1995, quan sosté que **"l'excepció de litispendència té per finalitat evitar que la simultània tramitació davant de les jurisdiccions, de dos processos sobre el mateix afer i les mateixes parts, pugui eventualment desembocar en una contradicció de decisions"**. En el procés que ens ocupa, la part recurrent considera que el fet d'haver instat demanda de mesures provisionals i demanda de separació en processos diferents justifica que el Tribunal revoqui la resolució dictada per l'Honorable Batlle i aculli l'excepció de litispendència. Aquesta Sala no pot compartir l'argument del recurrent. En efecte, si bé es pot convenir amb la part

recurrent que en aquest supòsit existeix identitat subjectiva, no es pot, en canvi, considerar que el petitum i la causa petendi siguin idèntics en els processos ja instats, tota vegada que les mesures provisionals, com ha posat de relleu aquest Tribunal, poden establir-se a l'empara de l'article 64, en relació amb l'article 51 de la Llei Qualificada del Matrimoni, o a redós de l'article 63. En el primer cas, es tracta d'aquelles mesures, conegudes com a provisionalíssimes que, amb fonament a l'article 51.1 i 64 LQM, exigeixen que la seva adopció sigui peremptòria i molt urgent, com ho poden ser les relatives a la separació de cossos, a la fixació d'auxilis econòmics necessaris o sobre l'habitatge familiar. I aquestes mesures, com que es determinen inaudita parte i, per tant, amb restricció del dret de contradicció, d'audiència i de defensa, han de restar limitades a allò més indispensable, sense que es pugui determinar a través de les mateixes l'organització dels contactes o visites paterno-filials o materno-filials, la concreció de les pensions que es puguin establir o qualsevol altra qüestió que requereixi d'una decisió no merament provisional i urgent, sinó amb major fonamentació i que s'han d'adoptar després d'escoltar les al·legacions d'ambdues parts, amb la pràctica de la prova que hagi estat admesa i d'acord amb les conclusions establertes per les parts. A més, la seva durada només es pot estendre fins a l'adopció de les mesures que a redós de l'article 63 LQM s'han d'adoptar i que, aquestes darreres, estendran la seva durada fins a la fixació de mesures definitives per sentència de separació, divorci o nul·litat. Per consegüent, no pot existir litispendència entre aquests processos, ja que la finalitat dels mateixos i la seva causa de demanar són diverses, tota vegada que uns intenten subvenir a aquelles necessitats més peremptòries i urgents amb l'adopció de mesures de forma ràpida i inaudita parte (art. 64) i altres cerquen la fixació de les mesures que regiran entre els consorts fins a la fixació de les mesures definitives (art. 63), mentre que les mesures que la present resolució pot adoptar són mesures definitives, reguladores en el seu àmbit personal, de la dissolució del vincle matrimonial per divorci.

I tampoc pot existir l'excepció de litispendència entre la sentència de separació i de divorci perquè les seves causes petendi són diverses, tota vegada que la primera cerca la regulació entre els esposos del trencament de la convivència que genera la separació, amb subsistència del vincle matrimonial, mentre que la sentència de divorci constitueix una de les causes de dissolució del vincle matrimonial, per la qual cosa no es poden produir sentències contradictòries.

I el segon ordre de raons rau en el fet que el propi ordenament jurídic andorrà preveu la possibilitat que

els esmentats processos es tramitin conjuntament. Així no existeix dubte que, junt al procés de separació o de divorci, es poden instar, i acordar si concorren els requisits legals per a fer-ho, mesures provisionalíssimes o provisionals, amb la seva diversa regulació, com ja s'ha exposat. I, a més, el propi legislador preveu que mentre es troba pendent de resoldre una demanda de separació, si ha transcorregut el termini legalment establert des de la interposició de la demanda, es pugui instar el procediment per a la dissolució del vincle matrimonial, ja que es considera que el trencament de la convivència té una durada que justifica la petició de divorci (cfr. art. 43.1.2 LQM: "El cessament efectiu de la convivència durant almenys dos anys ininterromputs, després de la interposició de la demanda de separació, **tant si ha recaigut resolució ferma com si no n'hi ha recaigut**". I, de conformitat amb aquests extrems, és obvi que no es pot considerar que quan una de les parts, instada la separació, interposa demanda de divorci, encara que el plet no estigui resolt, i ho fa a l'empara del que preveu la regulació prevista a la Llei qualificada del Matrimoni, no pot ésser acollida l'excepció de litispendència, tota vegada que pel legislador es tracta de processos que poden tramitar-se i resoldre's de forma separada, sense que originin sentències contradictòries.

III.- Resolta i rebutjada l'excepció de litispendència, correspon ara analitzar els recursos d'apel·lació interposats contra la sentència dictada per l'Honorable Batlle en aquelles matèries relatives al fons del litigi. Nogensmenys, no poden ésser objecte de resposta per aquesta Sala aquelles al·legacions efectuades en el recurs d'apel·lació del Sr. Jaume A.P. referents a la pàtria potestat compartida i al règim de visites. En relació a la primera qüestió, en l'escrit de conclusions del Sr. Jaume A.P. es manifesta que està d'acord amb l'establiment de la pàtria potestat compartida, però assevera que l'esposa vulnera els drets del pare, al no informar-lo dels fets que afecten a la vida de la menor Lara, pren les decisions que incideixen en la vida de la menor de forma unilateral i impossibilita la comunicació entre el pare i la menor i altres familiars paterns. Aquests extrems, adduïts pel recurrent, no poden ésser objecte d'un pronunciament per aquesta Sala. És obvi que l'establiment d'un règim de pàtria potestat compartida suposa l'atribució dels mateixos drets i deures a ambdós progenitors i que siguin tots dos els que hagin d'adoptar aquelles decisions relatives a la salut, l'educació, la formació i, en definitiva, les que li procurin un adequat desenvolupament de la seva personalitat i dignitat, però en el procediment de divorci el que es fixa es només la declaració de compartir la pàtria potestat, amb els drets i

deures que comporta, de tal manera que si l'espòs considera i prova que es vulneren els seus drets, ha d'exigir en el corresponent procediment, que no és aquest declaratiu, el compliment per part del progenitor que els incompleix, així com les mesures escaients per mantenir el compliment adequat dels seus drets.

I, respecte a la segona qüestió, aquesta Sala, abans de decidir sobre el règim de visites, ha d'analitzar i resoldre la pretensió del pare d'obtenir la guarda i custòdia, perquè si aquesta triomfa el règim de visites s'haurà de fixar a favor de la mare. I només si es manté l'atribució de la guarda i custòdia a la mare, esdevindrà el moment oportú per analitzar les al·legacions efectuades sobre el règim de visites i la pensió d'aliments establerts per la sentència ara recorreguda.

IV.- La pretensió del Sr. Jaume A.P. fonamenta que l'atribució de la guarda i custòdia de la seva filla Lara es justifica pel fet que no presenta cap patologia que incideixi en les seves capacitats cognoscitives i volitives i que l'Honorable Batlle no ha pres en consideració les proves pericials de la menor, sinó només l'audiència de la mateixa. Afegeix que la filla, durant el mes d'agost de 2002 va manifestar la seva voluntat, recollida en acta notarial de 10-9-2002, de conviure amb el pare, sense que, malgrat demanar-ho, ni el Batlle ni el Ministeri Fiscal volguessin escoltar de nou a la menor, que tenia en aquelles dades quasi deu anys. La resolució de la guarda i custòdia de la menor exigeix, en primer terme, no poder donar la rellevància que pretén el pare a la declaració de voluntat de la menor, manifestada en acta notarial de 10 de setembre de 2002 (cfr. folis 445 i 446), tota vegada que la guarda i custòdia exigeix vetllar per l'interès del menor i aquest, en ocasions, no coincideix amb el parer manifestat pel propi menor. En conseqüència, l'esmentat document públic ha de ser valorat de conformitat amb la resta de la prova practicada per assolir una resposta a l'atribució del règim de guarda i custòdia, sense que pugui ésser examinat de forma aïllada. En segon terme, pel que fa a la petició reiterada a la instància, referent a que la menor sigui escoltada, consta que aquesta ja ho va ser en el procediment de separació, sense que sigui preceptiva la seva audiència, perquè la menor va complir els deu anys després d'haver-se dictat la sentència d'instància, i l'article 9 de la Llei Qualificada de l'Adopció i altres formes de protecció del menor disposa la vinculació del consentiment del menor a partir dels dotze anys i l'obligatorietat de demanar el parer de l'infant si ha complert els deu anys, mentre que, pels menors d'edat inferior als 10 anys, es deixa a criteri de l'òrgan judicial, que podrà demanar el parer del menor si ho

considera oportú. En aquest cas, ja s'havia escoltat a la menor en un procediment de separació i es va considerar oportú no tornar a sol·licitar aquest parer; sense que existeixi cap vulneració de la normativa respectiva i que motiví que s'hagi de resoldre segons la prova practicada. I aquesta solució ha de ser mantinguda per aquesta Sala, tota vegada que si bé s'ha de procurar conèixer el parer del menor d'edat, en ares a poder adoptar la millor resposta per la protecció del seu interès i benestar, no ho és menys que, un cop obtingut aquest parer, no esdevé convenient involucrar constantment als menors d'edat en els processos de crisi matrimonial dels seus progenitors, perquè és molt més adequat que els efectes del procés de separació, divorci o nul·litat repercuteixin el menys possible en la seva formació i desenvolupament integral, sense que hagin de patir les angoixes i ansietats que tot procediment d'aquesta classe comporta i tracta, en la mesura del que sigui possible, de minimitzar la projecció de la crisi matrimonial en l'esfera personal del menor. I en aquesta línia d'idees la pericial efectuada per la Sra. F. (foli 228) ja posava de manifest que la filla menor estava patint una situació de saturació i la pericial de la Sra. P. també permet concloure que (foli 231) l'actitud de la filla front als procediments judicial és de restar al marge dels problemes de relació dels pares i que se li fa penós haver d'intervenir en els esmentats tràmits judicials. Per consegüent, no esdevé oportú, amb el material probatori que existeix a les actuacions, la necessitat de tornar a escoltar a la menor.

I establertes les anteriors consideracions, correspon ara examinar la prova practicada per determinar si l'atribució de la guarda i custòdia s'ha de revocar o s'ha de mantenir a favor de la mare. La resolució d'aquest extrem exigeix tenir en compte quin ha estat el parer del menor d'edat, no com a vinculant (cfr. art. 9 Llei qualificada de l'adopció i altres formes de protecció del menor), sinó com a criteri que pot ajudar a determinar als òrgans judicial quina és la solució que millor s'escaigui per a la protecció de l'interès del menor, tot recordant que, en moltes ocasions, donada l'edat del menor, la voluntat que manifesta i el seu interès discorren per camins diferents. Així, si bé en el procediment de mesures provisionals i, en concret, en l'acta notarial de data 10-9-2002, es contenen les manifestacions de la menor de voler conviure amb el pare, respecte al curs 2002-2003, i malgrat asseverar que trobarà a faltar la seva mare, la raó que impulsa aquesta manifestació de voluntat de la filla Lara és cursar els seus estudis a l'Escola Andorrana on fins ara ho venia fent, no ho és menys que a l'audiència de la menor, de data 21 de juny de 2002, la menor va manifestar que volia continuar vivint amb la mare, ja fos a Andorra o

a Santander. Aleshores, donades les manifestacions de voluntat contràries de la menor correspon examinar les proves pericials practicades per resoldre conforme a les mateixes i a les circumstàncies del cas i situació concreta com es salvaguarda millor, a judici d'aquesta Sala, l'interès del menor. I, en aquest sentit, resulta que de la pericial de la Sra. F. i del Sr. C. s'observa que cap dels progenitors pateix patologies que disminueixin les seves aptituds per a fer front a la cura de la filla, però de la pericial de la Sra. F. es pot concloure que la menor Lara pateix una situació de saturació arrel de la situació de separació i les seves conseqüències, a la vegada que encara que ambdós pares li exigeixen molt, es pot concloure que la relació amb la mare li aporta major serenitat a la filla. I, en aquesta mateixa direcció, es situa l'actitud de la mare que, a diferència de la del pare, procura mantenir aïllada a la filla de les controvèrsies judicials entre els progenitors i de la seva compareixença a diferents tràmits judicials; conducta molt més adequada amb l'estat d'angoixa i ansietat que pateix la menor. Si a aquestes consideracions afegim que de la pericial de la Sra. P. també s'extreu (foli 178) que la menor expressa amb la seva mare amb més facilitat la seva ambivalència i conflictes, i que no existeix cap patologia que afecti a cap dels progenitors i que ambdós s'ha ocupat de la filla menor, a judici d'aquesta Sala, compartit pel Ministeri fiscal, l'atribució de la guarda i custòdia de la filla Lara s'ha de mantenir a favor de la mare, tota vegada que segons el resultat del material probatori esdevé el més adient per a garantir l'interès del menor.

V.- Quant a l'argument referent al règim de visites establert a favor del pare, s'ha de posar de manifest que el recurrent considera que el règim de visites no es pot portar a terme pel fet que l'esposa ha fixat el seu domicili i el de la filla a Santander. En canvi, aquesta Sala entén que la flexibilitat del règim fixat, d'acord amb l'interès del menor, possibilita la necessària comunicació entre el pare i la filla, sense que pugui ésser revocada la sentència per aquesta motivació. En segon terme, la part defenent, en realitat, combat la sentència perquè addueix que l'esposa vulnera el dret de visites establert a favor del pare, que resta emparat per la normativa andorrana i internacional, i actua amb abús de dret en relació a la seva situació. I aquestes consideracions del recurrent si bé són compartides pel Tribunal, en el sentit que el dret de visites correspon al progenitor que no ostenta la guarda i custòdia i que aquest esdevé necessari i avantatjós tant pel progenitor, que pot comunicar amb el seu fill, així com per la filla, que li reporta l'adequada relació amb l'altre progenitor divers

amb el que conviu habitualment, i que s'ha de vetllar per tal que aquest règim de visites esdevingui a la praxis efectiu i real, no ho és menys que, a la fase declarativa, i en el recurs d'apel·lació contra una sentència que declara el divorci i fixa les mesures definitives del mateix, no és el canal processal idoni per a denunciar o posar en coneixement possibles vulneracions del règim de visites. En tot cas, un cop establert el règim de visites, i és la forma de fixar-lo el que es podia impugnar a través d'aquest recurs, s'haurà de resoldre en altres instàncies i per altres vies processals, els possibles incompliments del mateix, amb la imposició de les solucions que s'escaiguin i amb la possibilitat de motivar una modificació de les mesures adoptades. I, en aquesta línia, convé recordar que els documents que acompanya la part apel·lant no acrediten la manca idoneïtat del règim flexible fixat, sinó que constitueixen documents que relaten la comunicació del Sr. Jaume A.P. a la Sra. L. que passarà el dia 1-11-2002 a recollir a la seva filla, l'acta notarial que reflexa com no es contesta a les trucades del notari el dia 2-11-2003 i la denúncia que s'interposa el dia 3 de novembre en relació als fets esmentats i, per tant, que el que, en el seu cas, podrien acreditar seria un incompliment del règim de visites fixat, que podria originar la intervenció de l'autoritat judicial, a través d'altres canals processals, per a depurar la responsabilitat que pugui existir i establir els mecanismes per evitar la repetició d'aquests fets en el futur.

VI.- Respecte a la petició d'alteració de la pensió d'aliments establerta per la resolució d'instància i que ambdues parts apel·len, s'ha d'establir el que segueix. La part defenent sol·licita que la mateixa sigui rebaixada a 180,30 € i establir que les despeses de viatge i lliurament de la menor s'han d'abonar per meitat, mentre que la part agent demana que s'incrementi i es fixi en 300,51 €. Cap d'aquestes pretensions pot prosperar i amb fonament a les raons següents. La petició de reducció de la pensió, així com la determinació de les despeses esmentades per meitat, han de ser rebutjades perquè, precisament, el Ministeri fiscal va informar i la sentència ho va acollir que es fixava en 200 € i no en quantitat més alta la pensió d'aliments en atenció al cost que suposava el desplaçament per la part defenent a Santander amb motiu de l'exercici del seu règim de visites i, tota vegada que són dos els paràmetres que s'han de prendre en consideració per determinar una pensió d'aliments: la necessitat del menor i els ingressos del progenitor obligat a pagar-la, no consta a les actuacions, ni en aquest recurs d'apel·lació que el defenent hagi acreditat que no pugui fer front als 200 € de pensió, per la qual cosa considerant que l'esmentada pensió

esdevé adequada per un menor de l'edat de la Lara, que no requereix d'atencions sanitàries o educatives especials, aquesta s'ha de mantenir. I el mateix succeeix amb la petició de l'agent d'increment de la pensió. En cap moment s'acredita que la pensió fixada sigui insuficient per a fer front a les necessitats de la filla ni tan sols si els ingressos amb els que compte l'obligat a abonar-la permetrien augmentar la mateixa, per la qual cosa, i donat que l'Honorable Batlle ha tingut en compte la necessitat de l'alimentant de traslladar-se a Santander per a comunicar amb la seva filla, correspon, d'acord també amb el criteri del Ministeri Fiscal, confirmar aquest extrem de la sentència apel·lada.

VII.- I resten per examinar dos extrems més. El primer, relatiu a l'atribució de l'habitatge familiar i, el segon, referent a l'atribució de l'ús dels béns que va prendre l'esposa del que fou domicili familiar. Quant a aquestes al·legacions, s'ha d'indicar que encerta el recurrent quan combat la sentència d'instància i, en concret, el seu Considerant V quan en ell s'assevera que no cal fer cap pronunciament sobre l'atribució del domicili familiar, ja que la menor i la mare han fixat la residència a Santander. I aquesta afirmació de la sentència esdevé errònia perquè si bé s'ha atribuït la guarda i custòdia a la mare i aquesta ha fixat el seu domicili fora del Principat d'Andorra, correspon, com postula l'apel·lant, efectuar una atribució del que fou domicili familiar i aquesta qüestió s'ha de resoldre atribuint l'ús del mateix al Sr. Jaume A.P. i, per consegüent, cal modificar en aquest extrem la part dispositiva de la resolució d'instància.

I, respecte a la sol·licitud de l'altra part recurrent, consistent en l'atribució de l'ús dels objectes i estris que va retirar del que fou domicili familiar i que té en el seu poder, s'ha d'assenyalar que no es pot titllar la sentència d'incongruent per no haver resolt l'esmentada petició que diu va efectuar la part actora en la seva demanda i això pels següents motius. En primer terme, la petició de l'ús dels objectes i estris que va retirar del pis no es contenia a la demanda, sinó que en el fet cinquè es demanava quelcom ben diferent, com era l'atribució en propietat del mobiliari, instal·lacions i parament que es trobés al domicili familiar, mentre que en l'escrit de conclusions demanava, de conformitat amb l'escrit que obra a les actuacions, que se li atribuís l'ús dels béns que va retirar del pis a ella i els que resten al marit, i a més afegia que, per aconseguir un arranjament amistós, la part defenent acceptés que els primers fossin de propietat de l'esposa i els segons del marit. Aleshores, aquesta Sala ha de manifestar que l'ús del que fou habitatge familiar i

dels béns d'ús ordinari del mateix s'ha d'atribuir al Sr. Jaume A.P., amb independència de la titularitat privativa o comuna sobre els mateixos i que no es pot en aquest procés determinar a qui correspon la titularitat dels béns, si és comuna o privativa, sinó que, com ja va assenyalar aquest Tribunal Superior en sentència de 20-5-1999, la liquidació i repartiment dels béns ha de ser objecte d'un altre procediment, essent en aquest procés on es pugui determinar a qui correspon l'ús de determinats béns, en atenció a la titularitat dels mateixos o als pactes que les parts puguin haver establerts. Per tant, procedeix desestimar també aquesta pretensió de la part recurrent.

VII.- L'èxit parcial d'un dels recursos d'apel·lació i l'especial natura d'aquest procés on es ventilen interessos de caire personal i familiar, justifica la no imposició de les costes d'aquesta segona instància.

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

DESESTIMEM el recurs d'apel·lació formulat per la Sra. L.G. i ESTIMEM EN PART el recurs d'apel·lació formulat pel Sr. Jaume A.P. contra la sentència, de data 28-10-2002, dictada per l'Honorable Batlle en el procediment civil abreujat núm. B-1325-1/01, dels quals demana aquest Rotlle i REVOQUEM la seva part dispositiva exclusivament en el sentit d'atribuir l'ús del que fou domicili conjugal, amb el seu parament, al Sr. Jaume A.P. i mantenir la resta de pronunciaments que en la mateixa s'efectuen. No s'escau efectuar imposició de les costes d'aquesta segona instància.

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.-