

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 19 de juliol 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.- Per escrit de data 5 de setembre de 2013, el Sr. G.F.P.A.C. va formular demanda *“d'adopció de mesures paternofilials urgents* exposant substancialment que, fruit d'una relació sentimental estable mantinguda amb la Sra. D. durant uns 11 anys, van néixer dos fills, de nom M.A. –nat el xx de x. de 20xx- i I.E. –nada el xx de x. de 20xx-, ambdós de paternitat reconeguda pel Sr. G.F.P.A.C. Que d'ençà el mes d'abril de 2013, la parella havia cessat la seva convivència, havent-se endut la Sra. D. al mes de maig de 2015 els menors a França de manera il·lícita, havent estat retornats a Andorra per ordre judicial dictada pels tribunals francesos en data 5 de juliol de 2013 i havent estat confiada provisionalment la guarda i custòdia dels menors al pare per Aute de data 7 d'agost de 2013, confirmat pel d'aquesta Sala de data 30 de juny del

2014. I prèvia al·legació dels fets i fonaments de dret que va considerar escaients sol·licitava que es dictés Sentència en el sentit que literalment s'exposa seguidament:

- “- La pàtria potestat dels menors M.A.C.D. i I.E.C.D., s'exercitarà de forma compartida entre ambdós progenitors;*
- Atorgar la guarda i custòdia dels menors M.A.C.D. i I.E.C.D., al seu progenitor G.F.P.A.C.*
- Establir un regim de visites a favor de la Sra. D. respecte dels seus fills al Principat d'Andorra consistent en els caps de setmana alterns sense pernocta des de les 10.00 hores a les 18.00 hores els dissabtes i els diumenge sempre en presència del progenitor, Sr. G.F.P.A.C. o la persona que ell mateix designi; que el pare els portarà i els anirà a buscar al lloc determinat per ell mateix i a les hores esmentades. No s'escau, pel moment, establir un règim de visites durant les vacances.*
- La fixació d'una pensió per aliments a favor dels menors, d'un import de 600.- euros mensuals a càrrecs de la Sra. D., i que haurà de satisfer dins els cinc primers dies de cada mes i que serà incrementada anyalment en funció de l'índex de preus al consum fixat pel MI Govern.*
- La Sra. D. haurà de satisfer la meitat de les despeses extraordinàries dels menors.*

Així mateix els progenitors assumiran el 50% de totes les despeses derivades dels estudis universitaris dels fills en comú, quan arribi el moment, sempre i quan justifiqui un expedient acadèmic suficientment acceptable pels estudis que es tracti, i que es mantingui un nivell de reeiximent dels estudis igualment raonable durant dits estudis, de forma que si no existeix aprofitament suficient dels infants en els estudis corresponents, el progenitor que no estigui d'acord amb continuar amb la manutenció podrà negar-se al seu pagament.

Doncs en aquest sentit queda ben entès que la quantitat que la mare hagi de satisfer en concepte de pensió alimentícia als seus fills menors, no inclou les despeses extraordinàries (metges, especialistes, ortopèdia, ortodòncia, vestimenta, activitats extraescolars i similars) que es pagaran a part a raó de la meitat per cada consort a tenir de l'explicitat.”

II.- En data 7 d'octubre de 2013, les parts, degudament assistides dels seus respectius advocats, van comparèixer no havent-se assolit cap acord entre les parts, segons allò recollit en la diligència de mateixa data.

III.- Per Aute de data 8 d'octubre de 2013 es va acordar el següent:

“Primer.- *Adoptar les següents mesures paternofilials, amb caràcter provisionalíssim, de conformitat amb el que disposa l'article 63, apartat 6, de la Llei qualificada del matrimoni de data 30 de juny de 1.995, modificat per la Llei 3/2012 del 19 d'abril, qualificada de modificació de la Llei Qualificada del Matrimoni:*

- *Atorgar la pàtria potestat dels menors M.A.C.D. i I.E.C.D. compartida entre ambdós progenitors;*
- *Atribuir al pare la guarda i custòdia dels fills menors d'edat;*
- *Fixar un règim de visites en favor de la mare i respecte dels fills, consistent en els caps de setmana alterns, des del divendres a la sortida del centre escolar del menor M.A.C.D. i fins el diumenge a les 20'00 hores, en que hauran de ser retornats al domicili patern. En atenció a la distància actual entre el domicili de cadascun dels progenitors, s'estableix que el trasllat dels menors entre el domicili matern i el patern en els caps de setmana correspondrà efectuar-lo de forma alterna a cadascuna de les parts, assumint cada una d'elles les despeses pròpies de cada viatge.*
- *Establir el repartiment per meitats de les properes vacances escolars de Tots Sants, Nadal, Carnaval i Pasqua, corresponent de forma provisional a la mare les properes vacances de Tots Sants i Carnaval, des de la sortida de l'escola del menor M.A.C.D. i fins al diumenge a les 20'00 hores en que haurà de reintegrar els infants al domicili del pare, i al pare les vacances de Pasqua, i pel que respecta a les vacances de Nadal, correspondrà la primera meitat d'aquestes a la mare, i la segona al pare. Quant a les vacances d'estiu igualment correspondrà el seu repartiment per parts iguals, tot i que per períodes màxims de quinze dies que s'alternaran entre ells.*

- *Establir que els progenitors podran mantenir contacte telefònic o altre amb els seus fills, com a mínim un cop al dia, quan no es trobin en la seva companyia.*
- *Fixar una pensió per aliments a càrrec de la mare d'un import mensual de 500,00.-euros, pagadora durant els cinc primers dies de cada mes al compte bancari que el demandant assenyali, i revisable anyalment segons l'índex de preus al consum fixat pel M.I. Govern d'Andorra, i l'establiment de l'obligació d'aquesta darrera de contribuir a raó del cinquanta per cent de les despeses extraordinàries dels fills comuns.*

Segon.- *Reservar la decisió sobre les costes processals causades a la resolució que posi fi al present procediment."*

Contra dita resolució ambdues parts van interposar sengles recursos d'apel·lació davant la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, que foren desestimats per Aute de data 30 de juny de 2014 (Rotlle TSJC-333/13).

IV.- La Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 25 de gener del 2016 va decidir :

Primer.- Adoptar les següents mesures de regulació de les relacions paternofilials:

- A) *Mantenir la pàtria potestat dels menors M.A.C.D. i I.E.C.D. compartida entre ambdós progenitors;*
- B) *Mantenir l'atribució al pare Sr. G.F.P.A.C. la guarda i custòdia dels fills menors d'edat;*
- C) *Fixar un règim de contactes maternofilials en favor de la Sra. D. i respecte dels fills, que tindran lloc des del divendres a la sortida del centre escolar del menor M.A.C.D. –i eventualment de la menor I.E.C.D. quan hi assisteixi- i fins el diumenge següent a les 20'00 hores, en que hauran de ser retornats al domicili patern i consistents en:*
 - **contacte telefònic o altre** amb els seus fills, **un cop per setmana**, amb el progenitor amb qui no es trobin en la companyia seva, havent de procurar l'altre progenitor de vetllar pel bon compliment del referit contacte.

- **un cap de setmana al mes;**
- **totes les vacances escolars de Tots Sants, Carnaval i Pentecosta;**
- **la meitat de les vacances de Nadal i Pasqua**, de forma rotativa, la primera setmana la mare els anys senars i el pare els anys parells i inversament;
- **la meitat de les vacances d'estiu**, per períodes màxims de dues setmanes que s'alternaran entre ells.

Per mentre la Sra. D. segueixi sense fer front a la seva obligació d'abonar una pensió alimentària, els trasllats dels menors hauran de ser exclusivament sufragats per ella mateixa. I en el moment en què la Sra. D. pagui regularment la pensió corresponent i efectui pagaments acompte de totes aquelles endarrerides, els trasllats seran sufragats com segueix:

- pels contactes mensuals en cap de setmana: un mes serà la Sra. D. que haurà de desplaçar-se a Andorra per cercar-los i retornar-los el diumenge al domicili del Sr. G.F.P.A.C. (podent, al seu criteri, desplaçar-los a França o bé, restar a Andorra); un altre serà el Sr. G.F.P.A.C. que els haurà de portar i anar a cercar al domicili de la progenitora a França.
- pels contactes en període de vacances escolars, el Sr. G.F.P.A.C. els haurà de portar al domicili de la progenitora, havent de retornar-los la Sra. D. a la fi del període al domicili del progenitor a Andorra.

D) Fixar una pensió per aliments a càrrec de la mare per ambdós menors d'un import mensual de 400 €, pagadora durant els cinc primers dies de cada mes al compte bancari que el progenitor assenyali, i revisable anyalment segons l'índex de preus al consum fixat pel M.I. Govern d'Andorra, i l'establiment de l'obligació d'aquesta darrera de contribuir a raó del 25% de les despeses extraordinàries dels fills comuns.

Segon.- Declarar que les presents mesures es dicten amb caràcter definitiu, atenent el fet que no es tracta de persones unides per vincle matrimonial ni de les definides com a unió estable de parella, sense perjudici de

que qualsevol de les parts pugui instar judicialment la seva modificació de forma ulterior, si les circumstàncies essencials en les què s'han acordat varien substancialment.

Tercer.- No fer especial imposició de les costes judicials ocasionades tant respecte del procediment principal com de l'incidental resolt per Aute de 8 d'octubre de 2013.

V.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal de la Sra. D. i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, sol·licita la seva revocació i que s'atorgui la custòdia dels seus fills a la seva mandant, fixant un règim de visites ampli a favor del Sr. G.F.P.A.C. i imposant-li una pensió de 600 euros mensuals per aliments dels fills. Subsidiàriament, demana que es fixi un regim de visites sense cap condicionament relatiu al pagament de la pensió a favor dels fills consistent en:

- Un cap de setmana al mes efectuant els desplaçaments alternativament la mare o el pare
- Totes les vacances de Tots Sants, Carnaval i Pasqua, duent-los el pare a la casa de la seva mandant i retornant-los a casa del pare
- Les vacances de Pentecosta alternativament amb el pare dels infants duent-los el pare a casa de la seva mandant i retornant-los aquesta a casa del pare
- La meitat de les vacances d'estiu, duent-los el pare a casa de la seva mandant i retornant-los aquesta a casa del pare
- Contacte telefònic de la mare amb els fills un mínim de tres cops per setmana a l'hora que el Tribunal fixi, tenint en compte que el millor moment és al vespre cap a les 19 hores
- Imposant a la seva mandant una pensió de màxim 300 euros mensuals per aliments dels fills, del pagament de la qual seria momentàniament exonerada fins que la seva mandant progressés una mica més en la feina i tingués ingressos lleugerament més elevats, fixant les mesures que el Tribunal cregui convenient pel degut control dels seus ingressos i condemnant al Sr. G.F.P.A.C. a satisfer a la seva mandant totes les costes del procediment inclosos

honoraris d'advocat i procuradora, tant de la primera, com de la segona instància.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- La representació processal de la Sra. D. s'oposa a la decisió de la Sentència d'instància sol·licitant que s'atorgui a la seva mandant la guarda i custòdia dels seus fills menors M. i I., argumentant que el Sr. G.F.P.A.C. va aprofitar que ella no hi era per abandonar el domicili conjugal, cancel·lant el compte que tenien en comú al Banc i oferint-li abonar exclusivament dos mesos de pensió per aliments i gasolina, retornant llavors ella ràpidament al Principat i trobant-se que l'adversa havia retirat tots els seus efectes personals del domicili conjugal, havia rescindit el contracte de lloguer del mateix i la pressionava per tal de que trobés una feina, acceptant, de fet, que ella tingués la guarda i custòdia dels nens i forçant-la a retornar a França amb els seus pares, cosa que va fer per consell del metge que l'atenia, de tal manera que la responsabilitat de que ella marxés a França era exclusivament del Sr. G.F.P.A.C., però aquests arguments no poden fonamentar un canvi del règim de guarda i custòdia establert per la Sentència d'instància.

En efecte, l'Hble. Batlle ha pres la decisió d'atorgar la guarda i custòdia dels menors M. i I. al seu pare tenint en compte, entre altres, que la Sra. D. se'n va emportar els seus fills a França sense consultar amb el Sr. G.F.P.A.C., raó per la qual la Ordonnance de Refere del Tribunal de Grande Instance de Nîmes de data 5 de juliol del 2013 va ordenar, a instàncies del seu progenitor i en mèrits de les disposicions establertes al Conveni de La Haia de 25 d'octubre del 1980 relatiu al segrest internacional de menors, el retorn dels nens al Principat d'Andorra, entenent que el desplaçament a França d'en M. i la I. efectuat per la seva mare era il·lícit (foli 170), decisió que va ser confirmada per l'Arret de 4 de desembre del 2013 de la Cour d'Appel de Nîmes (foli 358).

En aquestes circumstàncies, la Sentència d'instància considera que la Sra. D. va incomplir greument les seves obligacions, ja que no va respectar que la pàtria potestat dels nens corresponia tant a ella com al Sr. G.F.P.A.C. i, per tant, no podia emportar-se els menors al país veí sense el consentiment del seu progenitor i que si la seva situació personal i econòmica era en aquell moment desfavorable allò procedent hauria estat recórrer a l'auxili judicial, instar un procediment per tal que se li atorgués la guarda i custòdia dels menors, l'atribució del domicili que fou familiar i la fixació d'uns auxilis econòmics que li haurien permès restar al Principat i aquesta Sala coincideix plenament amb aquestes manifestacions. Per aquesta raó, no es pot acceptar cap dels arguments de la recurrent pel que fa referència a l'actuació del Sr. G.F.P.A.C. en aquell moment, ja que, fossin quines fossin les raons per les quals la Sra. D. se'n va emportar els seus fills a França, això no excusa que no ho pogués fer sense el consentiment del pare dels menors o la oportuna autorització judicial, de tal manera que la seva actitud s'ha de considerar il·lícita i contrària a les normes que regulen l'exercici de la pàtria potestat, mostrant la seva manca de presa de consciència de les seves obligacions.

II.- La recurrent argumenta igualment en defensa de la seva petició de que li sigui atorgada a ella la guarda i custòdia dels seus fills que ella sempre havia tingut cura dels nens des de que van néixer, els seus horaris laborals són compatibles amb l'atenció que els hi és deguda, cosa que no succeeix en el cas del Sr. G.F.P.A.C. i ella té mitjans per atendre les necessitats dels seus fills, mentre que no es coneix la situació econòmica del seu progenitor.

No obstant, en el mateix sentit que s'exposa a la Sentència d'instància, cal tenir en compte que, malgrat la seva mare va tenir cura dels menors durant els primers anys de la seva infància, la vida d'en M. i la I. ha transcorregut sempre al Principat, des del seu naixement fins que la seva mare se'ls va emportar a França en data 25 d'abril del 2013 i a partir del 6 de juliol d'aquell any en què van retornar a Andorra fins a l'actualitat i que a partir d'aquesta data i durant els darrers tres anys han estat sotmesos a la guarda i custòdia del seu pare i, per tant, estan arrelats aquí i vinculats estretament al seu progenitor, raó per la qual abans de decidir un doble canvi de guarda i custòdia i de país de residència cal ser molt prudents, raó per la qual fins i tot la Sra. D. reconeix en

l'informe social elaborat a França (foli 405) que seria difícil fer patir de nou als nens el trauma de la separació que van viure l'any 2013. D'altra banda, com destaca la resolució d'instància, el manteniment de la situació actual es fonamenta en els criteris recollits al Principi 8 de l'Exposició de Motius de la Recomanació CM/Rec (2015)⁴ respecte de la prevenció i la resolució dels conflictes respecte del canvi de domicili de l'infant adoptada pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa de data 11 de febrer del 2015 i, com posa de relleu la mateixa resolució, cal tenir en compte igualment la nefasta relació que existeix entre els progenitors, que porta a pensar que la Sra. D. difícilment facilitaria les relacions dels menors amb el seu pare.

Finalment, cal destacar igualment que, com posa de relleu la Sentència d'instància, l'actuació de la Sra. D. durant la tramitació d'aquest litigi no és la més idònia per considerar-la capacitada per tenir cura dels menors, així consta al foli 461 de les actuacions que el Sr. G.F.P.A.C. i la seva parella van cursar denúncies a França manifestant que la Sra. D. els havia agredit i van ser atesos a l'Hospital Nostra Senyora de Meritxell com a conseqüència de les lesions que van patir, elaborant la policia andorrana el corresponent informe. En el mateix sentit, cal posar de relleu que la Sra. D. no ha fet efectives les pensions d'aliments en favor dels seus fills que estava obligada a pagar d'acord amb la decisió dels Autes de dates 7 d'agost i 8 d'octubre del 2013, malgrat cobra un sou de 1.174,51 euros mensuals (foli 304) i té unes despeses també mensuals de 110 euros, havent rebut sempre que li ha fet falta l'ajut econòmic dels seus pares, com reconeix en l'entrevista que va donar lloc a l'informe social elaborat a França en data 2 de febrer del 2015 (foli 405) i que, encara que a l'inici de la separació es comunicava sovint amb els seus fills, en el moment en què es va elaborar el dit informe reconeix que ha espaiat les trucades perquè té por de destorbar en M. D'altra banda, malgrat consta al foli 382 de les actuacions un contracte de lloguer d'un habitatge de 59 m² a la localitat de P. amb efectes a partir del dia 1 de juny del 2013, en el citat informe social la recurrent manifesta que no ha pogut fer-se càrrec del pagament del lloguer i que viu amb els seus pares, sense que consti quines condicions té l'habitatge dels Srs. D. per acollir a la seva filla i als nens.

Pel contrari, el Sr. G.F.P.A.C. disposa d'un apartament de 166,57 metres quadrats de la seva propietat a la localitat d'Escaldes-Engordany (foli 133) i en l'informe social efectuat per la treballadora social de l'Equip d'Atenció Social i Primària del Ministeri de Salut i Benestar Andorrà (foli 337) consten les seves manifestacions en el sentit que no té cap dificultat econòmica, o d'altre tipus, per tenir cura del seus fills com ha vingut fent des de l'any 2013, gaudeix d'un treball estable, disposa de les rendes de diversos béns immobles a França, és propietari d'aquell en el qual resideix a Andorra i disposa de gran flexibilitat horària, raons totes elles que porten a desestimar aquest motiu del recurs.

III.- Amb caràcter subsidiari la Sra. D. sol·licita que s'ampliï el règim de visites que estableix la Sentència d'instància, en el sentit de que ella gaudeixi de la companyia dels seus fills durant les festes de Pasqua, mentre que les de Pentecosta, que són més breus, les passessin en anys alterns amb el seu pare i amb la seva mare i aquesta petició s'ha d'atendre.

En efecte, atès que és el pare qui té la guarda i custòdia dels nens i tenint en comptes que és natural que la mare desitgi tenir-los més temps en la seva companyia, ja que sols gaudeix d'ella un cap de setmana al mes, i que els desplaçaments per períodes curts de temps són fatigosos pels menors i pels progenitors atesa la distància existent entre els respectius domicilis, entenem que s'ha de propiciar que aquests convisquin amb la seva mare durant les vacances de Pasqua, que són més llargues, mentre les de Pentecosta, que són més breus, es reparteixin entre els dos progenitors per anys alterns.

IV.- Pel que fa als contactes telefònics entre la Sra. D. i els seus fills, entenem que cal estimar igualment la petició de la recurrent, de tal manera que, malgrat ella hagi decidit espaiar aquests contactes, pugui fer-ho, si ho desitja, tres dies a la setmana i el mateix pugui fer el Sr. G.F.P.A.C. quan els nens restin amb la seva mare, ja que no veiem que això suposi cap perjudici pels menors, ans al contrari.

V.- S'oposa igualment la recurrent a la decisió de la Sentència recorreguda de que sigui la Sra. D. la que es faci càrrec del cost del trasllat dels menors mentre no pagui la pensió establerta judicialment en concepte

d'aliments en favor dels seus fills, sol·licitant que l'obligació del Sr. G.F.P.A.C. de portar i anar a cercar els menors al domicili de la progenitora a França quan li correspongui no es condicioni al pagament per part d'ella de la pensió d'aliments dels nens i aquest motiu s'ha d'estimar, ja que existeixen al nostre ordenament procediments per tal de reclamar el pagament d'una pensió establerta judicialment si aquest no es porta a terme voluntàriament i és a aquests als que pot recórrer el Sr. G.F.P.A.C. si ho considera procedent, sense que sigui adient imposar penes addicionals a les que puguin resultar de la decisió judicial corresponent.

VI.- Per últim, la recurrent argumenta que se l'hauria d'exonerar de pagar la pensió alimentosa que estableix la Sentència d'instància fins que pugui progressar una mica més a la feina i poder pagar la quantitat que es fixi, que, en tot cas, hauria de ser com a màxim de 300 euros, però aquest motiu no es pot estimar.

Per tal de desestimar aquest motiu del recurs cal tenir en compte que la Sra. D. cobra mensualment 1.285 euros, segons manifesta i no acredita tenir unes despeses de 400 euros pel lloguer d'un pis, ja que, com hem posat de relleu viu, o com a mínim vivia amb els seus pares quan es va elaborar l'informe social a França, sense que hagi provat un canvi en aquesta situació, de tal manera que sols cal restar al seu salari l'import de 70 euros mensuals d'impost sobre la renda i 700 anuals de taxes, restant-li un import suficient per pagar 400 euros per satisfer els aliments dels seus fills, els quals sols estan en la seva companyia durant un cap de setmana al mes, les vacances de Tots Sants i Carnaval i Pasqua i la meitat de les de Nadal i estiu, i encara li resta el suficient per viure dignament amb el restant.

III.- En estimar-se parcialment el recurs i atesa la naturalesa del procediment no procedeix fer especial pronunciament pel que fa a les costes d'aquesta alçada de conformitat 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

ESTIMAR PARCIALMENT el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de la Sra. D. contra la Sentència dictada per l'Hble. Batlle en data 25 de gener del 2016 que REVOQUEM PARCIALMENT en quan establim:

1) Que els contactes telefònic, o altres, entre els menors i el progenitor que no es trobi en la seva companyia es podran portar a terme tres cops a la setmana en un moment en el què no destorbi el descans, ni les activitats dels nens i havent de procurar l'altre progenitor de vetllar pel bon compliment del referit contacte.

2) Que els menors restaran amb a la seva mare totes les vacances de Tots Sants, Carnaval i Pasqua, conviuran alternativament amb els dos progenitors les de Pentecosta i es repartiran entre els dos les d'estiu i Nadal.

3) Que els trasllats dels menors s'efectuaran tal com estableix la resolució d'instància, sense que el seu pagament estigui condicionat a la satisfacció de la pensió d'aliments en favor dels seus fills per part de la Sra. D.

CONFIRMAR la citada resolució en tots els demés punts 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.-