

AUTE de 15 de maig de 2003

**Diferències entre les mesures provisionals i les
provisionalíssimes.- Mesures provisionalíssimes:
determinació del seu abast.- Mesures provisionals:
procediment**

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 Sra. Maria Alba R.S., en data 18-2-2002, va formular demanda de mesures provisionalíssimes i urgents, amb fonament als articles 51 i 64 de la Llei Qualificada del Matrimoni, contra el Sr. Joan T.F., i sol·licitava que es dictés resolució, en virtut de la qual establís la separació de fet dels consorts i atribuís el domicili familiar a l'esposa, decretés la guarda i custòdia a favor de la mare i concretés una pensió d'aliments a favor de la filla de 7.512,65 € i una quantitat en concepte d'auxili econòmic a favor de l'esposa de 3.606,07 €.

En data 19-2-2002, ambdues parts van comparèixer davant la Batllia i van acordar un seguit de mesures provisionalíssimes amb una durada de dos mesos des de la data esmentada i supeditades a la resolució que es pogués adoptar en l'expedient judicial segons el que preveu l'article 53 de la Llei Qualificada de la Justícia.

La part agent va presentar un nou escrit, el dia 3-4-2002, pel qual sol·licitava que el règim de visites pactat en la diligència de 19-2-2002 s'ampliés als caps de setmana alterns i es tinguin en compte els períodes vacacionals, els quals s'hauran de distribuir de forma equitativa entre els progenitors. Així mateix demanava que el sou del personal se li abonés a l'esposa i ella procedís a pagar aquest personal i que es requerís a l'espòs per què efectuï els pagaments de comunitat i calefacció que no ha fet, augmentades amb el cost de la vida i que s'ingressi de forma avançada l'import que englobi els anteriors costos, a la vegada que es faci càrrec del manteniment de la vivenda i de les despeses de telèfon. I, en darrer lloc, sol·licitava que es requerís a l'espòs per tal que retiri els objectes personals, en concret les armes, els isards i

el gos, de l'habitatge conjugal i així poder canviar els panys de l'immoble.

En data 17-4-2002, es va presentar un nou escrit, en virtut del qual la part agent aportava quatre documents i realitzava al·legacions complementàries en relació al seu escrit anterior i demanava que es tinguessin en compte en el moment de l'eventual conciliació i, en tot cas, en la resolució que es dictés. El dia 5 de juny de 2002, després de que no s'aconguís la conciliació entre les parts, la representació processal de la Sra. Maria Alba R.S. va presentar un escrit per a fixar el repartiment del règim de visites de les vacances de la menor i sol·licitava que es requerís a l'espòs i se l'advertís de que hauria de complir amb el règim establert.

II.- La representació processal de l'espòs, en data 14-6-2002, va presentar un escrit en virtut del qual s'oposava a les pretensions de la part agent, segons el seu escrit de 5 de juny, ja que no va complir el règim de visites per estar fora del país, i pel fet que viu en un pis que no està condicionat per restar amb la filla. Afegia que si bé estava d'acord en l'atribució del domicili familiar a l'esposa, això no implicava la important extensió que lllinda el xalet, a la vegada que no pot retirar els seus objectes personals i les motos perquè s'han canviat els panys i que encara resta a l'espera dels justificants de despeses per l'esposa, i que s'havien produït canvis en la situació laboral de l'esposa i en la de la filla que abans menjava al Col·legi.

En data 15-7-2002, l'esposa formulà un nou escrit, segons el qual sol·licitava que es procedís a requerir al Sr. Joan T.F. per què dipositi l'import de 5.000 € i concreti les dates durant les quals vol gaudir de la seva filla Jana i, en cas d'oposició, es dicti Aute que, de forma urgent, fixi que la mare gaudirà durant les vacances de la companyia de la menor i s'imposi al pare el dipòsit de la quantitat esmentada. I la representació processal de l'espòs va oposar-se a les peticions de l'esposa, per mitjà d'escrit de 19-7-2002 i que, per escrit de 29 de juliol, va efectuar les al·legacions respecte a la retirada d'objectes personals, la justificació de despeses, que la custòdia s'ha de realitzar al xalet i que no se'l pot privar de l'accés al xalet i als terrenys que l'envolten.

El Ministeri Fiscal va informar el dia 27-8-2002 i va considerar escaient accedir a la quantitat que interessava la Sra. Maria Alba R.S., acordar la reforma de les mesures fixades per Aute de 19-2-2002 i pel que fa al règim de visites executar-ho de conformitat amb les pretensions de l'espòs.

III.- L'Honorable Batlle va dictar el dia 9-9-2002 Aute pel qual s'establia el que segueix: "ACORDA: PRIMER.- Ratificar en tot el seu contingut les mesures adoptades per Diligència del 19 de febrer del 2002, les quals queden complementades per les disposicions següents.

SEGON.- Establir que seran a càrrec del Sr. Joan Tomàs les $\frac{3}{4}$ parts de l'import corresponent al lloguer de l'apartament que ocuparà la menor Jana, juntament amb la seva mare, durant les vacances d'estiu, essent a càrrec d'aquesta darrera l'abonament de la part restant.

Aquesta mesura és d'aplicació a les vacances d'estiu d'enguany.

TERCER.- Disposar que el règim de visites a favor del Sr. Joan Tomàs, que estableix el punt Cinquè de la resolució del 19 de febrer del 2002, es portarà a terme en el domicili matern".

IV.- La representació de la Sra. Maria Alba R.S. va interposar recurs d'apel·lació contra l'Aute dictat per l'Honorable Batlle el dia 9-9-2002 i va presentar escrit de conclusions de data 6-12-2002, en virtut del qual demanava que es procedís per aquesta Sala a la declaració de nul·litat de l'Aute esmentat i que es segueixi el procediment de mesures provisionals amb retroacció al moment de proposició de proves i, de forma subsidiària, es reformi en el sentit de donar lloc a les peticions de la recurrent.

Per el contrari, la representació del Sr. Joan T.F. va formular escrit, de 13 de gener de 2003, de contesta a les conclusions, segons el qual sol·licitava la confirmació de l'Aute dictat i la consegüent desestimació del recurs d'apel·lació.

El Ministeri fiscal va efectuar informe de data 7-3-2003, i on demanava que es confirmés l'Aute recorregut en tots els seus extrems perquè considerava que no esdevenia incongruent.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- La representació processal de la Sra. Maria Alba R.S. formular recurs d'apel·lació contra l'Aute de 9-9-2002, que fonamenta en els següents motius. En primer terme, considera que la resolució dictada era incongruent, no respectava les regles processals, esdevenia inoperant i arbitrària i resultava contradictòria i de compliment impossible. En segon terme, manifestava que no és acceptable un contacte tan reduït paterno-filial. I, en darrer terme, manifestava que s'havien vulnerat els drets a

la celebració d'un judici amb les garanties processals ordenades per la llei, a la vegada que aportava documents posteriors il·lustratius de la situació de la filla Jana.

II.- La resolució del present recurs d'apel·lació exigeix centrar amb precisió i claredat l'objecte de debat i el procediment seguit fins ara. En efecte, de l'anàlisi de les actuacions es pot concloure que la Sra. Maria Alba R.S. va instar el dia 18-2-2002 demanda de mesures provisionals i urgentíssimes, a l'empara dels articles 51 i 64 de la Llei Qualificada del Matrimoni i que per diligència de 19-2-2002 les parts van acordar adoptar les mesures provisionalíssimes que es reflecteixen a la mateixa. Consta ja relatat en els antecedents de la present resolució que l'actora va formular diversos escrits i dels quals es va donar trasllat a la representació processal de l'espòs. A la vegada de les actuacions s'extreu que, intentada la conciliació entre els esposos, ara a l'empara del que preveu l'article 63 LQM, no es va aconseguir aquesta i les parts, segons consta l'acta de 23-4-2002, van demanar un ajornament sine die per evaquar el tràmit de contesta. A continuació es van presentar escrits de 5-6-2002 i de 15-7-2002 dels quals es va donar trasllat a l'espòs, que es va oposar al que demanava l'esposa i essent les pretensions de la part agent ja explicitades en els antecedents fàctics d'aquesta resolució. Així mateix, el dia 29-7-2002 l'espòs va presentar escrit a la Batllia i per providència, de data 16-8-2002, a redós de l'article 64 LQM l'Honorable Batlle acordava donar trasllat dels esmentats escrits al Ministeri Fiscal per què informés en relació al dipòsit dels 5000 €, a la concreció de les dates de les vacances estivals de la menor i a tenir la filla en la seva companyia en el que fou el domicili familiar.

I des d'aquestes coordenades el present recurs d'apel·lació ha de ser acollit, tota vegada que aquesta Sala ha determinat la diferència entre les mesures provisionals que es tramiten a l'empara de l'article 51 i 63 de la Llei Qualificada del Matrimoni i en virtut de les quals el consort que es proposi formular una demanda de separació, divorci o nul·litat o que ja l'ha formulada pot demanar, si concorre una situació de necessitat o d'urgència que s'adoptin les mesures, totes o algunes d'elles, a les que fa referència l'article 51.1. I aquest procés, que es tramita pel procediment abreujat i clou amb un Aute que determina les mesures, es tramita d'acord amb els principis de contradicció, igualtat de parts i de defensa, de tal manera que després de la demanda i el trasllat a l'altra part, la compareixença i la conciliació, es produirà la contesta a la demanda, amb possible reconvenició, la contesta a la reconvenició, si s'ha formulat, el judici de proves i les conclusions de les

parts. En canvi, front a aquesta fixació de mesures provisionals, es preveu pel legislador, que amb fonament a l'article 51.1 i 64 LQM, es puguin adoptar determinades mesures, conegudes com a provisionalíssimes, i que 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, i 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 fixaran les mesures de la crisi matrimonial fins que es resolgui el procés per sentència i s'adoptin les mesures definitives.

III.- Si aquestes consideracions les traslladem al present supòsit, és pot constatar com s'acorden determinades mesures a l'empara de l'article 64 LQM, i, sense que s'hagi tramitat el procediment abreujat per l'adopció de les mesures provisionals que han de regular la crisi matrimonial fins a la sentència (no hi ha contesta ni pràctica de prova ni conclusions) i que s'han d'adoptar sempre que s'han determinat mesures segons l'article 64 LQM, i que després s'efectuen al·legacions dins del marc de la tramitació del procés de l'article 64 LQM (mesures provisionalíssimes) i es sol·liciten dipòsits de diners per atendre al pagament de lloguer d'un apartament per les vacances de la mare i la filla menor o que es fixi el règim de visites i que, per part del marit, aquestes visites s'efectuïn a la que fou llar familiar. I, des d'aquest punt de vista, s'ha de concloure, com ja ha fet la Sala en ocasions anteriors, que no és aquest el procediment escaient per a adoptar mesures, com les relatives a la modificació del règim de visites o a la seva concreció, o a la determinació de qui ha de fer front a les despeses de lloguer d'un apartament turístic, tota vegada que en aquest procés només es poden adoptar aquells auxilis econòmics indispensables i les mesures més imprescindibles, peremptòries i urgents, sense que qüestions com les que aquí es ventilen puguin ésser resoltes sense les garanties processals oportunes. Per consegüent, aquestes qüestions i

extrems que han estat objecte d'al·legacions per les parts i resolts per l'Aute de 9-9-2002, s'han de ventilar i resoldre a través d'un procediment, com el previst a l'article 63 LQM, que, amb les garanties que aporten el principis d'igualtat processal, defensa i contradicció, permeten que les parts efectuïn al·legacions, proposin i practiquin proves i elaborin conclusions, de manera que les mesures que es fixin puguin ésser fonamentades en el resultat que atorga el material probatori i amb l'anàlisi de les pretensions d'ambdues parts i, si s'escau, del Ministeri Fiscal. En canvi, la resolució en un procés de mesures de l'article 64 LQM, dels extrems abans esmentats que requereixen l'existència de contradicció i el recolzament en material probatori que no existeix, motiven que aquesta Sala hagi d'anul·lar l'Aute dictat per la Batllia, en data 9-9-2002, ja que s'han adoptat les mesures a l'empara d'un procés que no és l'adequat.

I aquesta anul·lació procediria no solament pel fet que la part recurrent ho sol·licita, sinó perquè al tractar-se de l'adopció de determinades mesures en un procés inadequat i s'afecta l'ordre públic es justificaria també que d'ofici el Tribunal pogués deixar sense efecte les mesures adoptades pel procediment inadequat.

IV.- La decisió que s'adopta en la present resolució i l'especial natura i interessos que es ventilen en aquest procediment justifiquen la no imposició de les costes d'aquesta 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

DECRETEM la nul·litat de l'Aute de data 9-9-2002, dictat per l'Honorable Batlle, i mantenint-se les mesures que les parts van acordar en diligència de 19-2-2002, procedeix retrotraure les actuacions i que les parts instin el procediment de l'article 63 LQM per l'adopció de les mesures provisionals a que fa referència l'article 51, essent aquest el procediment oportú per a ventilar i resoldre els extrems resolts per l'Aute anul·lat. No s'escau efectuar imposició de 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.-