

AUTE de 22 d'abril de 2004

Nul·litat d'actuacions : improcedència.- Aliments a favor dels fills en les situacions de crisi matrimonial : determinació del seu import.- Indefensió.- Càrrega de la prova

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. Carme A.F. va presentar escrit, de data 29-7-2003, pel qual sol·licitava l'adopció de mesures cautelars urgents envers el Sr. Alfons B.N., relatives a la conservació del patrimoni objecte de liquidació del règim econòmic matrimonials dels litigants, així com garantir l'obtenció d'ingressos per la instant i les seves filles.

La representació processal del Sr. Alfons B.N. va oposar-se a la demanda de mesures cautelars, segons escrit de data 18-9-2003, i va demanar la seva desestimació i la imposició de les costes processals a la part instant.

II.- L'Honorable Batlle va dictar Aute, de data 7-10-2003, essent la part dispositiva del mateix la que segueix: "DECIDEIX: que ha de desestimar i desestima la demanda de mesures cautelars urgents plantejada per la Sra. Carme A.F. en el marc dels presents autes enregistrats amb el número seqüencial 173-3/2003 i que l'oposen al Sr. Alfons B.N., i això sense fer pronunciament sobre les costes produïdes".

III.- La part agent va interposar recurs d'apel·lació contra l'Aute dictat per l'Honorable Batlle i, en data 17-12-2003, va presentar llur escrit de conclusions, segons el qual fonamentava i demanava la revocació de la resolució judicial dictada a la instància. Per el contrari, la part apel·lada, segons escrit de contesta a les conclusions de data 2-2-2004, va sol·licitar la confirmació de la resolució judicial d'instància i la imposició de les costes processals a la part apel·lant.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- El recurs d'apel·lació de la part agent conté diferents motius o greuges que justifiquen, al seu parer, la revocació de l'Aute dictat i s'escau, en ares a donar compliment al deure de congruència, de motivació i de claredat expositiva que ha d'imperar en les sentències (cfr. Arts. 10 i 86 CA), examinar de forma individualitzada cadascun d'aquests motius al·legats.

Així, en primer terme, manifesta la recurrent que esdevé desencertada l'afirmació del II Considerant que les mesures cautelars preveuen assegurar l'efectivitat d'un procés i de la sentència que s'ha de dictar, mentre que aquí es tracta d'un procés matrimonial i el que cal és que el cònjuge i els fills metre duri el procés tinguin medis de subsistència adequats. Afegeix que les mesures personals d'una separació es tramiten pel procediment abreuja i que les mesures patrimonials ho fan pel declaratiu ordinari. Entén que en les primeres s'inclouen la separació dels consorts i la guarda i cura dels menors d'edat, però que les altres mesures són patrimonials, per la qual cosa no es podien elevar a definitives les mesures patrimonials i, per tant, esdevé convenient prendre les esmentades mesures, amb sustent en l'article 51 Llei Qualifica del Matrimoni, de 30 de juny de 1995, en el moment en que es debat sobre el contingut patrimonial.

Aquesta Sala no pot convenir amb les asseveracions del recurrent i no ho pot fer per un doble ordre d'arguments. En primer terme, perquè no es pot portar a terme aquesta delimitació que fa entre les mesures de caire personal, que es resoldrien en un procés abreuja, i les de caire patrimonial que es ventilarien a través d'un procediment ordinari. En efecte, quan es van sol·licitar les mesures que havien de regir l'aspecte personal i patrimonial entre els consorts i que foren considerades definitives per la sentència de separació de 12-7-2002, que fou revocada en part per la d'aquest Tribunal Superior de Justícia en data 27-3-2003, les mesures provisionals van restar sense efecte, tota vegada que des de la sentència de separació cessava la interinitat i es decretava la separació dels consorts amb suspensió de la vida en comú (art. 40 LQM), la dissolució del règim econòmic matrimonial (art. 55 LQM) i es regulaven els extrems que, com a mesures comunes a les sentències de separació, divorci i nul·litat,

es contenen en els articles 52 a 58 LQM. I des d'aquest punt de vista no es pot compartir l'argument de la recurrent que les mesures personals, com són la separació i la guarda i cura dels fills, són les úniques que es poden adoptar a través d'un procediment abreuïat, i que les altres de contingut econòmic, s'haurien d'adoptar en un procés ordinari. I no es pot acollir aquesta solució perquè, precisament, la Llei qualificada del matrimoni adopta una altra solució, atès que preveu que tant mesures de caire personal com patrimonial es puguin adoptar abans de la sentència (art. 63 LQM) i que s'hagin de fixar (excepte la pensió compensatòria que pot o no ésser demanada per un dels consorts) en la sentència tant mesures de caire personal (Suspensió de la vida en comú, separació, guarda i cura dels fills) com mesures patrimonials (pensions d'aliments, pensió compensatòria, atribució de l'ús de l'habitatge familiar i dissolució del règim econòmic familiar). El que sí que cal diferenciar és entre les mesures, d'índole personal i patrimonial, que s'han de fixar quan es resol una crisi matrimonial (cfr. Arts. 52 a 57 LQM), i que es ventilaran pel procés abreuïat, de la liquidació del règim econòmic matrimonial, conseqüència de la declaració de dissolució del mateix per la sentència de separació, divorci o nul·litat, que s'ha de tramitar pel procediment ordinari, conforme ensenya la jurisprudència del Tribunal Constitucional i d'aquesta Sala (cfr. SSTC 13-2-1999 i 5-11-1999 i SSTSJA de 20-5 i 10-6-1999).

I el segon argument rau en el fet que, resolta per sentència ferma la crisi matrimonial, i establertes les mesures definitives que han de regular la separació dels consorts, tant en l'àmbit estrictament personal com en el patrimonial, no es pot tampoc assumir el criteri de la recurrent que les mesures cautelars que ara es sol·liciten s'orienten a garantir els auxilis o necessitats dels consorts i dels fills, atès que aquestes mesures ja foren fixades, en un primer moment amb caire provisional, i en la sentència de separació amb caire definitiu, valorant i fixant el Tribunal les pensions, l'atribució del domicili familiar i les contribucions econòmiques que, en atenció a les necessitats dels consorts i dels fills comuns, va entendre adequades. Aleshores, iniciat un procediment per liquidar el règim econòmic matrimonial, dissolt per la sentència de separació, i sol·licitades mesures cautelars en el marc d'aquest procediment, sí que correspon analitzar si les esmentades mesures s'orienten a assegurar la efectivitat de la futura sentència que es pugui dictar en aquest procés, de forma que esdevingui adequada l'asseveració del segon considerant de l'Aute impugnada.

II.- En segon terme, i amb fonament en les al·legacions anteriors, ja desestimades per aquesta Sala com s'acaba d'exposar, considera la part apel·lant que no era correcte, des d'un punt de vista processal, atribuir el tractament propi de l'embargament o la prohibició d'alienar, per les mesures sol·licitades. Afegeix, no gensmenys que sí concorre el requisit del fumus boni iuris i que, si manquen títols a les actuacions que ho acreditin és, precisament, per la denegació de la pràctica de les proves per l'òrgan judicial d'instància. A més, entén també que, en relació al requisit del periculum in mora, no s'ha practicat la prova sol·licitada i, sense aquesta, el Batlle considera que no existeix perill que els béns desapareguin en perjudici de la part agent.

Quant a la via processal escaient per la tramitació de la petició de mesures cautelars sol·licitades per la part agent s'ha de posar en relleu el que segueix. Ja s'ha raonat en el primer fonament de dret que la via processal de l'article 63 LQM no era l'adequada per l'adopció de les mesures que es sol·liciten i més si es pren en consideració que va ser emprada i les mesures adoptades van decaure quan es van fixar per l'òrgan judicial les mesures definitives de la separació. Ara no es pot reobrir de nou el tràmit de les mesures provisionals que, com la jurisprudència d'aquesta Sala, ha posat de manifest, en relació a l'article 63 LQM i 51 del mateix text legal, constitueixen mesures, de contingut personal i patrimonial, que s'adopten mentre dura la tramitació del procés matrimonial per tal de regular els extrems personal i patrimonials del matrimoni immers en la crisi matrimonial i que es projecten fins que la sentència que posa fi a la crisi assoleix fermesa.

Atès que la sol·licitud de mesures cautelars innominades s'orienten a la consecució de la tutela judicial efectiva d'una possible resolució estimatòria no es pot pretendre que les mateixes es tramitin a través del procediment ordinari, tota vegada que l'excessiva duració en el temps del mateix ocasionaria, en moltes ocasions, que l'adopció de les mesures esdevingués il·lusòria. I en aquest context, s'ha d'entendre correcta la tramitació de la petició de mesures cautelars efectuada per la Batllia, atès que, si bé es podien adoptar o denegar inaudita parte, degut a la complexitat de la situació i de les mesures sol·licitades, ha considerat oportú donar trasllat a la part envers la qual es demanen les mesures per tal que al·legui allò que consideri convenient i, per tant, s'ha procedit a respectar els principis d'audiència, defensa i contradicció, tot compaginant-los amb una ràpida resolució respecte de les mesures, com el caire cautelar de les

mateixes exigeix, per la qual cosa s'han respectat els drets processals i constitucionals que l'article 10 de la Carta Magna conté al respecte.

De conformitat amb les anteriors precisions, s'ha de centrar l'objecte del debat en el fet que l'agent demana dos tipus de mesures cautelars: unes, orientades a obtenir una sèrie d'ajusts econòmics, que no tenen a veure amb l'objecte de la demanda principal: liquidació del règim econòmic matrimonial i que ja han estat objecte d'examen i resolució en el procés de separació matrimonial; i unes altres, que s'articularien per preservar el patrimoni que s'ha de liquidar. Com s'ha raonat, només han de ser examinades per aquesta Sala les segones, atès que són les úniques que guarden relació amb l'objecte de la demanda principal i que només aquestes tenen a veure amb la futura resolució judicial que es dicti. I, en aquest context d'idees, s'ha d'assenyalar que l'adopció de les mesures cautelars requereixen dos pressupòsits que han de ser acreditats per la part que les demana, com són el denominat *fumus boni iuris* i el *periculum in mora*.

Així, en relació al pressupòsit del *fumus boni iuris* cal que existeixi una aparença de l'existència d'un dret, sense que es pugui, sense perjudicar el fons, examinar si realment ostenta o no el dret subjectiu objecte de la demanda principal. I des d'aquesta òptica, s'ha de relacionar l'objecte del litigi amb les pretensions cautelars fetes per la part agent. I a través d'aquesta operació s'extreu que de la documental que es troba a les actuacions la part agent sí té, a diferència del que es sustenta en la resolució recorreguda, una aparença de dret que la legitima a la sol·licitud de mesures cautelars en ares a la preservació del conjunt de béns i drets que han de ser objecte de liquidació, com a conseqüència de la dissolució del règim econòmic matrimonial i de la demanda instada per l'agent en demanda d'aquesta concreta tutela judicial, tota vegada que de la prova practicada ja es desprèn l'existència d'una aparença de dret sobre determinats béns i drets sobre els quals exercita la petició de liquidació del règim econòmic matrimonial. Per tant, sí que concorre el primer dels pressupòsits de les mesures cautelars.

III.- Però el triomf d'una demanda orientada a l'adopció d'uniques mesures cautelars requereix també que concorri el pressupòsit del *periculum in mora*. I, en relació a aquest, no es poden compartir els arguments de la part recurrent, fonamentalment, perquè la càrrega de la prova d'aquest pressupòsit correspon a la part agent. I si s'analitza la prova s'ha de concloure que, entès el

periculum in mora, com el risc que l'obtenció de la tutela judicial que impetra la part agent esdevingui il·lusòria o manca d'efectivitat, la part actora no ha provat la concurrència d'aquest requisit. I aquesta conclusió s'obté, per una banda, perquè li corresponia acreditar el risc que es projectava sobre els béns i drets objecte de liquidació del règim econòmic matrimonial, sense que aquest es pugui derivar de la prova que com a documental proposava que es practiqués, consistent en la documentació comptable i demés documentació relativa als negocis de joieria i altres negocis, tota vegada que el que calia acreditar era el risc real que el patrimoni objecte de liquidació estigués desapareixent en perjudici de la part agent. I, per l'altra perquè no solament no aporta amb el seu escrit de petició de mesures cap principi de prova que aboní el periculum in mora, sinó per quant cap altre prova brinda al Tribunal sobre la manca de solvència del defenent o de la probabilitat que la sentència que es dicti en el futur esdevingui inexecutable.

IV.- I, en darrer terme, la part recurrent qüestiona la no admissió de la prova sol·licitada i assenjala que, en relació al fumus boni iuris, es denega la seva concurrència quant, precisament, la prova proposada ho hagués provat. Al respecte s'ha de dir que aquesta Sala ha entès, a diferència de l'òrgan judicial d'instància, que sí concorre aquest requisit i ho ha derivat de la connexió entre l'objecte del litigi i la pretensió esgrimida per l'agent, amb fonament en la documental aportada. Per tant, esdevé innecessari examinar els greuges de la recurrent respecte a la prova orientada a acreditar l'existència d'aquest requisit. Quant al periculum in mora, sustenta que la prova de la documentació comptable dels negocis de joieria i altres acreditaria el periculum in mora i que la Batllia ha resolt amb fonament en els arguments de la defenent, a la vegada que afirma que, en absència d'activitat probatòria, les afirmacions de les parts han de tenir el mateix valor.

Al respecte convé establir, en primer terme, que la prova sol·licitada per l'agent no acreditaria més que l'estat comptable de les societats i les adquisicions de nous negocis, però no tindria la virtualitat de provar de forma real l'existència d'un risc de pèrdua o desaparició en perjudici només d'una de les parts del patrimoni que s'ha de liquidar. En segon terme, la part recurrent critica la no pràctica de la prova, però cap petició efectiva, al menys de forma explícita, per què es practiqui aquesta en segona instància a l'empara del que es preveu a l'article 73 de la Llei transitòria de procediments judicials. I, en tercer terme, si bé esdevé una imprecisió terminològica,

fins a la resolució del fons de l'afer, referir-se a la disposició "dels seus béns", aquesta no té transcendència revocatòria, a la vegada que, davant l'absència probatòria en un litigi sobre l'adopció de mesures cautelars, la manca d'acreditació d'algun dels pressupòsits de les mesures s'ha de resoldre sempre en contra de la part que les sol·licita, atès que la càrrega de provar els fets constitutius de la seva pretensió (fumus boni iuris i periculum in mora) a ella correspon.

IV.- El refús del recurs d'apel·lació no s'ha de traduir en la imposició de les costes processals, atès que si bé s'adopta una resolució denegatòria de les mesures sol·licitades, els arguments emprats per aquesta resolució acullen en part els raonaments de la recurrent, encara que finalment aboquin a una desestimació del recurs, el qual cerca com a objectiu la revocació de l'Aute de la Batllia.

Atesa 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 per la representació processal de la Sra. Carme A.F. contra l'Aute de data 7-10-2003 i confirmar la seva part dispositiva del mateix. No s'escau imposar les costes processals 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.-