

AUTE de 13 de març de 2003

**Diferències entre les mesures provisionals i les provisionalíssimes.- Nul·litat d'actuacions: 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 Aute de 23 de gener darrer aquesta Sala, en resoldre un recurs d'apel·lació interposat pel Sr. Federico G.S., va revocar un Aute de la Batllia de 10 d'octubre passat en el qual s'havien adoptat, a petició de la Sra. Cristina I.G. a l'empara de l'art. 64 de la Llei qualificada del matrimoni, determinades mesures provisionalíssimes en relació al fill comú d'ambdós i a l'atribució del domicili per a mare i fill.

II.- Disconforme la Sra. Cristina I.G. amb l'Aute esmentat d'aquesta Sala, ha presentat un incident de nul·litat a redós de l'art. 18 bis apartat 3 de la Llei de modificació de la Llei transitòria de procediments judicials del qual se n'ha donat audiència a l'altra part que ha formulat les al·legacions que ha estimat escaients.

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

**FONAMENTS DE DRET**

I.- Les al·legacions de l'escrit en què es planteja l'incident per sol·licitar l'anul·lació de l'Aute d'aquesta Sala de 23 de gener passat posen de manifest que la incidentant no ha còpsat l'abast dels articles 51-1, 63 i 64 de la Llei Qualificada del Matrimoni. Vist això, cal explicar :

Si el cònjuge que ha formulat o que té la intenció de formular una demanda de separació , de nul·litat o de divorci creu que té necessitat i urgència que se li adoptin totes o alguna de les mesures "provisionals" de l'art. 51,1, ha d'instar necessàriament sempre el procediment de l'art. 63. I un cop tramitat el procediment d'aquest art.63 amb els seus tres apartats

(demanda, trasllat a l'altra part, compareixença, conciliació o contesta amb proves, reconvenció si és el cas, contesta a la reconvenció, pràctica de proves i conclusions) el Batlle, apreciament la necessitat i la urgència que se li hagin al·legat, dictarà Aute adoptant les mesures adients.

Això és el que disposen els art. 51,1 i 63 de la Llei Qualificada del matrimoni.

Però com que aquesta tramitació (respectuosa amb els drets fonamentals de contractació, audiència i defensa de les dues parts garantits per l'art. 10 de la Constitució) és llarga i hi ha supòsits freqüents en què l'adopció d'alguna o de varies de les mesures de l'art. 51,1 pot ser peremptòria i urgent (per exemple la separació de cossos, o la previsió sobre auxilis econòmics indispensables, o sobre la llar familiar, etc.), l'art. 64 faculta al Batlle perquè pugui adoptar excepcionalment *"inaudita parte"*, *"abans de donar trasllat de la demanda a l'altra part o en qualsevol moment posterior a aquest i anterior a la compareixença"* de l'art. 63,2, les mesures de l'esmentat art. 51,1 que el Batlle consideri que són veritablement peremptòries o necessàries; ben entès, però, que la vigència de les mesures així adoptades *"inaudita parte"* (amb restricció greu per tant del drets fonamentals de l'altra part) tenen limitada la seva vigència (per això són qualificades de *"provisionalíssimes"*) no a la durada del procés principal de separació, de nul·litat o de divorci, sinó a la durada de la tramitació del procediment de l'art. 63 que sempre i necessàriament s'ha de substanciar un cop s'hagin adoptat *"inaudita parte"* a l'empara de l'art. 64, les mesures de tipus personal previstes a l'art. 51,1 i acordat, si és el cas, els *"auxilis econòmics indispensables"* (art. 64), perquè el procediment de l'art. 64 no és l'idoni per determinar pensions econòmiques (sí només *"els auxilis econòmics imprescindibles"*), ni per reglamentar els contactes paterno-filials o materno-filials amb exhaustivitat (vistes diàries o no, caps de setmana alterns o seguits o d'altra manera, vacances escolars d'estiu, de Nadal, de Pasqua, aniversaris, onomàstiques etc.) ni per decidir fonamentadament el més convenient per el menor (amb quin dels dos progenitors haurà de romandre) ni sobre l'atribució de l'ús de la vivenda familiar etc. ; perquè per decidir de manera justificada aquests extrems cabdals, el procediment *"inaudita parte"* de l'art. 64 no subministra elements ja que són imprescindibles les al·legacions de les dues parts, les proves facilitades per ambdues i les seves conclusions (art. 63), tot per resoldre amb el degut fonament i adequadament tots aquests extrems, la qual cosa no és pas possible de fer en l'Aute que es dicta *"inaudita parte"* en el moment de l'art. 64.

Per consegüent, les mesures de tipus personal de l'art. 51,1 que el Batlle pot adoptar a l'empara de l'art. 64 *"inaudita parte"* són excepcionals i, com a tals

extraordinàries : les més imprescindibles, peremptòries, urgents i necessàries, com diu el mateix art. 64, i així s'han d'interpretar les "necessitat o urgència" a què és refereix aquest precepte.

Són les mesures que doctrina i jurisprudència qualifiquen de "provisionalíssimes", les quals es diferencien de les "provisionals" que el Batlle adopta segons l'art. 51,1 "apreciant la necessitat i la urgència del cas" (sic, art. 51,1); però aquestes "necessitat i urgència" de l'art. 51,1 no són les de l'art. 64; per això el nostre Aute de 23 de gener passat qualificava d'excepcionals i d'extraordinàries aquestes darreres ja que certament que constitucionalment ho són "per se" perquè restringeixen els drets fonamentals d'una part (art. 10 del Text Constitucional) cosa que només la poden justificar la seva necessitat, la seva urgència, la seva excepcionalitat i la seva provisionalitat.

II.- Els fonaments III i IV del nostre Aute de 23 de gener passat de què se'n demana l'anul·lació, exposen amb deteniment les raons per les quals aquesta Sala, d'acord amb la doctrina anterior, no va considerar aplicable al cas l'excepcionalitat de l'art. 64; i a aquelles raons ens remetem aquí per denegar l'incident plantejat.

III.- Les costes han d'imposar-se a la sol·licitant de la nul·litat atesa la improcedència de la seva petició.

Vista la legislació aplicable al present cas.-

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

## DECIDEIX

Desestimar la petició de nul·litat de l'Aute d'aquesta Sala de 23 de gener passat formulada per la Sra. Cristina I.G., i imposar-li les costes de l'incident amb inclusió dels honoraris dels professionals de altra part.

Ho acorda la Sala i signen els seus magistrats.  
En dono fe.-