

AUTE de 16 d'abril de 2003

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

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 resposta a una sol·licitud de mesures de l'art. 64 de la Llei Qualificada del matrimoni formulada per la Sra. Joana R.G. el 17 de maig de 2002, el 9 d'octubre següent l'Hble. Batlle va dictar un Aute en el qual va decidir:

"Primer.- Declarar la separació provisional del matrimoni format pels Srs. Joana R.G. i Joan Lluís M.S., i fixar, sense perjudici de la resolució que posi fi al present procediment de separació matrimonial, les mesures provisionals següents:

A.- Dispensar els Srs. Joana R.G. i Joan Lluís M.S. del deure de convivència conjugal.

B.- L'exercici de la pàtria potestat sobre el fill menor del matrimoni David M.R., s'efectuarà de manera conjunta per part dels Srs. Joana R.G. i Joan Lluís M.S.

C.- Atribuir a la Sra. Joana R.G. la guarda i custòdia del fill menor David M.R.

D.- Fixar a favor del Sr. Joan Lluís M.S., en concepte de mínim, el règim de contactes paterno-filials següent, amb pernoctació inclosa:

*visites diàries: que seran exercides al domicili de la mare, o de la manera que convinguin els progenitors sempre que no interrompin l'activitat escolar del nen i es produeixin en horaris que no l'apartin del seu ritme habitual atenent la seva edat.

*Caps de setmana alterns: des del divendres a la sortida de l'escola fins el diumenge a les 19 hores. El

pare podrà recollir el menor el divendres a la sortida de l'escola i l'acompanyarà el diumenge fins al domicili de la mare.

*Vacances escolars, estiuenges i altres: Pel que fa a les vacances d'estiu, la meitat d'aquest període vacacional, a comptar de l'endemà del dia de finalització del curs escolar i fins el dia anterior al d'inici del següent curs escolar, establint ambdós progenitors de mutu acord els períodes que millor els convinguin, i a manca d'acord, alternant-se cada any. Pel que fa a les vacances de Setmana Santa, Tots Sants, i Carnaval, el fill menor restarà en companyia del pare o de la mare alternativament, cadascun d'aquests períodes, de manera que si resta en companyia del pare per Carnaval resti amb la mare per Setmana Santa i així successivament, alternant-se també cada any.

*Festa de Nadal: la primera meitat de les vacances -comprentent el dia de Nadal i Sant Esteve- i la segona meitat -comprentent el dia de Cap d'Any i Reis- el fill estarà en companyia successivament d'un i altre progenitor, alternant-se cada any.

*onomàstica i aniversari del David: el nen passarà la seva onomàstica amb un progenitor i l'aniversari amb l'altre, alternant-se cada any. I pel que respecta a les onomàstiques i aniversaris del pare i la mare, el David podrà estar en companyia, respectivament de cadascun d'ells, sempre respectant els horaris escolars així com els hàbits quotidians del menor de manera a destorbar-lo el menys possible.

E.- Fixar una pensió per aliments a favor del fill menor, i a càrrec del Sr. Joan Lluís M.S., d'un import de 400.- euros mensuals, que serà satisfeta per endavant durant els cinc (5) primers dies de cada mes, i que serà revisada i actualitzada anyalment segons la variació que experimenti el IPC oficial publicat pel M.I. Govern d'Andorra.

Les despeses extraordinàries tals com ortodòncia, ortopèdia i hospitalització, seran satisfetes per ambdós progenitors i per meitat.

Segon.- Promoure la inscripció de la present resolució prop del Registre Civil del principat d'Andorra."

II.- Disconforme la Sra. Joana R.G. amb la resolució anterior, va interposar contra ella aquest recurs d'apel·lació el qual ha estat tramitat d'acord amb la Llei.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- És erroni creure que unes mesures que per la seva naturalesa han de qualificar-se de "provisionalíssimes" adoptades "inaudita parte" pel procediment de l'art. 64 de la Llei Qualificada del Matrimoni, cobreixin tota la durada del procés de separació, de nul·litat o de divorci.

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 article 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, apreciant 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 contradicció, 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 provisió sobre els fills menors, o sobre el domicili familiar o sobre auxilis econòmics indispensables, 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 dels 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 (com han entès equivocadament aquí les parts i l'Aute apel·lat) 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 i acordat, si és el cas, els "auxilis econòmics imprescindibles" (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 pater-no filials amb l'exhaustivitat que ho ha

fet l'Aute ara aquí apel·lat (el qual reglamenta exhaustivament, com hem transcrit en el fet I d'aquesta resolució, les "visites diàries", els "caps de setmana alterns", "les vacances escolars estiuenques i altres", les "Festes de Nadal", la "onomàstica i aniversari del David"); perquè per poder decidir fonamentadament, tal com escau, tots aquests extrems de la manera precisa i justificada necessària, el procediment "inaudita parte" de l'art. 64 no subministra elements ja que són necessàries les al·legacions, les proves i les conclusions d'ambdues parts (art.63) per resoldre amb el degut fonament i adequament tots aquests extrems, la qual cosa no és possible de fer amb l'Aute que es dicta "inaudita parte" en el moment de l'art.64.

II.- Escau projectar la doctrina que resta exposada anteriorment al cas d'aquestes actuacions en el qual veiem:

- a) que mitjançant un escrit de 17 de maig de 2002 la Sra. Joana R.G. va presentar a la Batllia **demanda de mesures provisionals de l'art. 64 de la Llei qualificada del matrimoni de 30 de juny de 1995**, concomitant a la demanda de separació. En aquella sol·licitava la guarda i custòdia del fill menor David, un dret de visita a favor del pare Sr. Joan Lluís M.S., l'adjudicació de l'ús del domicili conjugal i que es fixés una pensió alimentària provisional. Al·legava temor a la reacció d'hostilitat del marit quan s'assabentés de la formulació de la demanda, i en mèrits del que preveu l'art. 64 de la referida Llei sol·licitava que el Batlle adoptés les mesures esmentades **sense donar trasllat de la demanda** al Sr. Joan Lluís M.S.
El mateix dia 17 de maig la Sra. Joana R.G. va interessar que es cités al seu espòs "per escoltar la demanda en judici civil".
- b) el batlle no va adoptar cap mesura, i el 27 del mateix mes de maig, o sigui, 10 dies després de la primera petició, la Sra. Joana R.G. la va reiterar interessant que s'adoptessin tals mesures i es convoqués a l'espòs per escoltar la demanda de separació.
- c) el Batlle tampoc va adoptar cap mesura, però 8 dies després, el 4 de juny de 2002, comparegueren davant d'ell ambdós consorts i el Sr. Joan Lluís M.S. va mostrar-se d'acord a arribar a un compromís, i a la vista de la manifestació d'aquell, la Sra. Joana R.G. va

demanar que es deixés en suspens la seva demanda d'adopció de mesures provisionals.

- d) el Batlle va emplaçar ambdues parts pel dia 18 de juny als efectes de celebrar el tràmit de demanda del litigi.
- e) el dia 5 de juny (següent a la compareixença dels consorts davant el Batlle de què hem fet esment a l'apartat c) anterior) la Sra. Joana R.G. va presentar un escrit en què deia que l'acord no havia estat possible i que *"atès que el canvi d'actitud del marit ha creat un ambient conflictiu entre els esposos..."* sol·licitava *"que es dicti l'Aute de mesures provisionals en base a les peticions efectuades per escrit de data 27 de maig de 2002"*.
- f) el Batlle no va adoptar tampoc cap mesura ni va resoldre en cap sentit la petició de la Sra. Joana R.G..
- g) per escrit de 18 de juny de 2002 la Sra. Joana R.G. va formular la demanda de separació sol·licitant la regulació i determinació detallada i definitiva de les seves conseqüències de tot ordre.
- h) el mateix 18 de juny de 2002 la representació de la Sra. Joana R.G. va presentar un altre escrit a la Batllia en que li deia que *"els esposos segueixen compartint sostre i aquesta situació és, a hores d'ara, humanament insostenible atès que la degradació de la relació està portant a la pèrdua del degut respecte envers la Sra. Joana R.G. ... amb evident repercussió sobre llur fill comú de tan sols 3 anys d'edat i el seu equilibri psicològic i emocional"*; i reiterava la petició de *"l'adopció provisional però immediata de mesures provisionals..."* i sol·licitava *"que es dicti **urgentment** Aute de mesures provisionals en base a les peticions efectuades per escrit de data 27 de maig de 2002"* a l'empara de l'art. 64 de la Llei qualificada del matrimoni.
- i) el Batlle no va proveir tampoc aquesta petició; i el dia 25 del mateix mes de juny la representació de la Sra. Joana R.G. va repetir la seva **urgent** petició.

- j) el 2 de juliol de 2002 el Sr. Joan Lluís M.S. va contestar la demanda de separació i també la de mesures provisionals.
- k) el 9 del mateix mes de juliol les dues parts van comparèixer a la Batllia i demanaren "una moratòria de 15 dies en l'adopció per part d'aquesta Batllia de les mesures de l'art. 64 de la Llei qualificada del matrimoni demanades per la part agent i això amb la voluntat manifesta de poder arribar a un acord respecte a les diferències que els oposen".
I el Sr. Joan Lluís M.S. va voler fer constar "que reitera que està d'acord en totes les pretensions relatives a la pensió compensatòria, a la pensió alimentosa del menor i al règim de visites a favor del mateix, posant sobre la taula com a proposta seriosa d'acord un règim de visites que indagui la pernoctació del menor al domicili del pare així com una pensió per aliments ajustada a les necessitats del fill que tenen en comú de l'ordre de 50.000.-Ptes mensuals, tot de conformitat amb el seu escrit de contesta a la demanda".
- l) el 16 de juliol següent (2000) les dues parts varen presentar sengles escrits de proposició de proves en el procediment de separació.
- m) escolats els 15 dies de la "moratòria" (de què s'ha fet esment en el paràgraf k anterior) la representació de la Sra. Joana R.G. va presentar un nou escrit el 2 de setembre de 2002 en el qual deia "que les parts no han arribat a cap acord"; i un altre cop sol·licitava "que es dicti **urgentment** Aute de mesures provisionals en base a les peticions anteriorment ja formulades per escrit de 27 de maig de 2002".
- n) el 18 del mateix setembre de 2000 la representació del Sr. Joan Lluís M.S. va presentar per la seva banda un escrit tot demanant que la Batllia "vulgui dictar Aute de Mesures Provisionals, en el sentit interessat en el nostre escrit de contesta a la demanda de 2 de juliol de 2002.
I, finalment,

- o) en Aute de 9 d'octubre de 2002 l'Hble. Batlle, previ informe del Ministeri Fiscal, va dictar l'Aute ara apel·lat en el qual:
- a. decideix amb el detall que hem ressenyat en el Fet I d'aquesta resolució les mesures que adopta.
 - b. I, fa constar (al final del seu I considerant) que el procediment de separació matrimonial es troba *"actualment en període de proves"*.

III.- Si hom compara la doctrina que sobre els art. 51, 63 i 64 de la Llei qualificada del matrimoni hem exposat al I Fonament d'aquesta resolució, amb el procediment que s'ha emprat per adoptar les mesures de l'art. 64 i es veu el contingut de l'Aute apel·lat, arriba fàcilment a la conclusió que ni el procediment emprat ha estat l'adequat, ni l'Aute dictat es podia dictar amb el contingut amb què es va dictar.

Hem vist, en efecte, que l'Aute de l'art. 64 es dicta "inaudita parte" per prevenir situacions de necessitat o urgència evidents, com podien ésser-ho, en aquest cas, la referent a la separació de cossos (perquè no era ni és normalment escaient la convivència sota el mateix sostre de persones que s'estan separant o divorciant, ço que provoca situacions d'hostilitat, baralles i enfrontaments que, lògicament, s'han d'evitar). D'aquí l'art. 64. És escaient també l'art. 64 per decidir momentàniament, sobre el domicili conjugal, sobre la guarda i custòdia dels menors i altres de l'art. 51 que siguin extremadament urgents i/o necessàries en el cas; i també per a atorgar els *"auxilis econòmics imprescindibles"* com diu l'art. 64, però no per reglamentar minuciosament i detallada el règim de pensions per aliments o altres. I quan s'adopten mesures per la via de l'art. 64, s'ha de demanar tot seguit després la tramitació de l'art. 63 perquè s'adoptin les provisionals mentre es tramita el procés de separació, de nul·litat o de divorci; ja que les de l'art. 64 tenen limitada la durada fins que s'adopten les adients un cop tramitat l'art. 63. I, el seu torn, les adoptades pel procediment del 63 duren fins la fermesa de la Sentència de separació, de nul·litat o de divorci.

IV.- En fer aplicació concreta al cas que ara hem de resoldre dels principis anteriors (sense apartar-nos per tant del marc de l'art. 64 però sí tenint en compte aquí l'actuació processal d'ambdues parts), veiem que les dues estan d'acord (cap ho impugna) que el Batlle hagi apreciat necessitat i urgència per adoptar les mesures dels apartats A, B i C de la seva decisió acordada en el marc de l'art. 64.

Amb els efectes de la limitada vigència de tals mesures A, B i C (exposats anteriorment), res escau

objectar a allò que el Batlle ha acordat i les parts acceptat.

Contràriament, la part actora dissenteix de les mesures E ("*pensió per aliments a favor del fill menor*") i D ("*contactes paterno-filials*"); i sobre aquests punts de dissensió cal dir:

Pel que fa a la "*pensió per aliments a favor del fill menor*" (mesura E) ja hem manifestat que la quantificació que suposa tal concepte per raó dels diversos elements que l'han d'integrar (posició econòmica del pare, medis econòmics de la mare, ponderació d'ambdues per a la seva determinació, i els altres a què es refereix el mateix 4t apartat del CONSIDERANT II de l'Aute apel·lat) no fan possible incloure aquesta mesura en el procediment de l'art. 64 en què ens trobem, sinó que s'haurà d'establir, primer, en el procediment de mesures provisionals de l'art. 63, i després, de manera definitiva, en la Sentència de separació.

Aquí únicament és possible "*acordar els auxilis econòmics imprescindibles*" per a l'infant; i com que l'Aute impugnat ha decretat aquella mesura de "*pensió*" en un procediment inadequat (el de l'art. 64), caldrà d'ofici anul·lar-la -en ser d'ordre públic tot allò que afecta al procediment- per a ordenar al Batlle que en substitució de la mateixa i amb llibertat de criteri "*acordi els auxilis econòmics imprescindibles*" que estimi adequats a favor de l'infant per mentre es tramiti el procediment de mesures provisionals de l'art. 63.

I pel que concerneix als "*contactes paterno-filials*" tan minuciosament reglamentats pel Batlle que també s'impugnen per l'actora i que són objecte de la controvèrsia de les parts, escaurà establir la reglamentació exhaustiva que el Batlle cregui procedent en l'Aute de l'art. 63,3, i no és adequat l'Aute de l'art. 64 per fer, **sense proves**, aquella reglamentació; raó per la qual procedirà, el mateix que en el cas anterior, anul·lar-la i ordenar al Batlle que la substitueixi per la determinació dels contactes paterno-filials que estimi escaients per a la finalitat i la durada a què hauran de servir d'acord amb l'art. 64 de la Llei Qualificada del matrimoni.

I anul·larem d'ofici les determinacions anteriors de l'Aute apel·lat perquè -com s'ha exposat- han estat adoptades en el procediment inadequat de l'art. 64, ço que afecta l'ordre públic del procés i obliga al Tribunal actuar d'ofici i prescindir del principis "*tantum appellatum quantum devolutum*" i de la "*reformatio in peius*" que eventualment pogué comportar aquesta anul·lació.

I dit l'anterior, ja esdevé ocios aclarir que és improcedent la pretensió de la "*pensió compensatòria*" que demana l'apel·lant dins del marc de l'art. 64.

V.- També s'haurà d'invalidar d'ofici la determinació de l'apartat **Segon** de l'Aute objecte de recurs

("promoure la inscripció de la present resolució prop del Registre Civil del Principat d'Andorra") perquè no són aplicables al moment del procediment en què ens trobem les disposicions a què es refereix el III CONSIDERANT d'aquell Aute ja que no es donen les condicions per a l'aplicació de tals disposicions.

VI.- El sentit d'aquesta resolució i alhora, la naturalesa del procediment, no fan possible una condemna en costes.

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

CONFIRMAR les mesures A, B, i C del punt **Primer** de la part decisòria de l'Aute apel·lat; ANUL·LAR el punt **Segon** de l'esmentada part decisòria; ANUL·LAR els apartats D i E del punt **Primer** d'aquella part decisòria i, en el seu lloc, DISPOSAR que l'Hble. Batlle :

a) acordi amb llibertat de criteri "els auxilis econòmics imprescindibles" que estimi adequats per a l'infant David.

I,

b) que determini els contactes pater-no filials que cregui escaients en atenció al moment del procediment i per a la finalitat i durada a què hauran de servir d'acord amb l'art. 64 de la Llei Qualificada del Matrimoni.

ES CONFIRMA l'Aute apel·lat pel que fa a la denegació de la pensió compensatòria interessada per la recurrent, i NO ES FA declaració sobre costes.

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.-