

AUTE de 3 de juliol de 2003

**Diferències entre les mesures provisionals i les provisionalíssimes.- Efectes de l'acord entre els interessats respecte a les mesures provisionals i les provisionalíssimes.- Aliments a favor dels fills: determinació en la fase de mesures provisionalíssimes**

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 els autes de núm. B-1443-3/02, instats per la Sra. Esmeralda V.P. contra el Sr. German Alejandro R.G. en demanda de mesures provisionals i mesures provisionals urgents per analogia respectivament amb els art. 63 i 64 de la llei qualificada del matrimoni, en data 10 de desembre de 2000 l'Hble. Batlle, actuant com a tribunal unipersonal, va dictar un aute en què va decidir:

*"Primer.- Homologar com a mesures provisionalíssimes aquells pactes acordats per les parts i assenyalats del primer al cinquè en el segon resultant de la present resolució.*

*Segon.- Fixar de forma provisionalíssima en l'import de 300.-euros mensuals la pensió per aliments a favor del fill comú de nom German R.V., a satisfer pel pare Sr. German Alejandro R.G. a la mare Sra. Esmeralda V.P. durant els 10 primers dies de cada mes a comptar del present mes de desembre.*

*Tercers.- No donar lloc a aquella petició continguda en l'apartat setè, punt novè de l'escrit presentat per la Sra. Esmeralda V.P. en data 18 de novembre d'enguany.*

*Quart.- Donar trasllat a la Sra. Esmeralda V.P. de l'escrit presentat en data 26 de novembre proppassat pel Sr. German Alejandro R.G., a fi que en tingui l'oportú coneixement i als efectes escaients."*

II.- Disconforme el Sr. German Alejandro 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.- Els fets essencials de què cal partir per a la decisió d'aquest recurs són els següents:

- a) El 18 de novembre de 2002 la Sra. Esmeralda V.P. va presentar a la Batllia "en base al que preveuen els art. 51, 64 i concordants de la vigent Llei qualificada del matrimoni, aplicables per analogia, una **DEMANDA DE MESURES PROVISIONALS I MESURES PROVISIONALS URGENTS** contra el Sr. German Alejandro R.G.
- b) El dia següent, 19 de novembre, el President de la Batllia va designar l'Hble. Batlle civil núm. 3 per a la tramitació.
- c) El dia 26 d'aquell mateix mes de novembre, quan l'Hble. Batlle designat encara no havia adoptat cap provisió, varen comparèixer davant d'ell la Sra. Esmeralda V.P. amb el seu lletrat i el Sr. German Alejandro R.G. també amb el seu, i en el marc d'aquells autes van manifestar que "ambdues parts acorden el següent de forma provisionalíssima, i sense perjudici del que es pugui adoptar a posteriori en seguiment al procediment establert en l'art. 63 de la Llei qualificada del matrimoni de 30 de juny de 1995 que és d'aplicació per analogia al present supòsit:

Primer.- S'atribueixi la guarda i custòdia de llur fill comú de nom German R.V. a favor de la seva mare Sra. Esmeralda V.P., restant la pàtria potestat compartida entre ambdós progenitors.

Segon.- S'atribueixi l'ús del domicili que fou comú a la Sra. Esmeralda V.P., així com de tot el mobiliari que es troba al seu interior.

Tercer.- El Sr. German Alejandro R.G. es compromet en el termini d'una setmana a desallotjar el traster i una volta ho hagi efectuat lliurarà a la Sra. Esmeralda V.P. la clau del mateix de la qual disposa en l'actualitat; també es compromet a alliberar la plaça de garatge que ocupa en l'immoble on resideixen mare i fill i això en el termini de dos mesos a comptar del dia d'avui, fent-se càrrec durant el període d'ocupació de les despeses de lloguer de

dita plaça d'aparcament. Es fa menció que el Sr. German Alejandro R.G. ingressarà al compte bancari de la Sra. Esmeralda V.P. que es troba obert a l'entitat bancària Crèdit Andorra, sucursal de Prada Ramon d'Andorra la Vella, núm. V92956, la suma de 18,03.- euros mensuals corresponents al lloguer de la plaça d'aparcament i això a comptar del proper mes de desembre en el decurs dels cinc primers dies.

Quart.- El Sr. German Alejandro R.G. es compromet a realitzar d'immediat totes aquelles gestions que siguin necessàries per al canvi de nom a favor de la Sra. Esmeralda V.P. del contracte d'arrendament de l'apartament radicat al carrer El Poblado núm. 33, 2n B de Santa Coloma, Parròquia d'Andorra la Vella, així com del contracte de subministrament d'electricitat que afecta dita vivenda.

Cinquè.- Es fixi amb caràcter de mínims el règim de visites següent: entre setmana totes les tardes el progenitor anirà a recollir al seu fill a la guarderia, prenent-ne cura fins a les 21 hores en que la mare del mencionat l'anirà a recollir al domicili del Sr. German Alejandro R.G.; i els caps de setmana en que ella treballa, el pare gaudirà de la companyia del seu fill de les 9 hores del dissabte fins a les 14 hores del diumenge. Fent-se menció pel que afecta als caps de setmana es procedirà segons el que s'ha determinat sempre i quan el parc de l'infant no tingui guàrdia, i en aquest cas ambdós progenitors es comprometen a fixar de comú acord el que convingui en interès de llur fill comú."

En el mateix acte, la mare va sol·licitar que el Batlle fixés un mínim de 550 € mensuals actualitzables per a aliments del fill menor de dos anys; el pare va demanar que se n'hi fixessin 240 € i que "el Batlle es pronunciï sobre aquest extrem després del preceptiu informe del Ministeri Fiscal"; i seguidament el Batlle va convocar ambdues parts "a fi que compareguin a l'audiència del proper dia 11 de desembre a les 10 hores, als efectes d'intentar la conciliació o, en el seu cas, contestar dita demanda aportant o proposant les proves pertinents, podent formular reconvenció".

El Ministeri Fiscal va emetre informe el dia 2 de desembre següent (2002), i l'Hble. Batlle, 8 dies després, el 10 de desembre, va dictar l'Aute que el Sr. German

Alejandro R.G. ara apel·la en el qual el Batlle, després d'escoltar el ministeri Fiscal, va acordar en l'Aute apel·lat, dictat dins del marc de l'art. 64 de la Llei qualificada del matrimoni i als efectes provisionals que corresponen a una resolució que s'adopta a redós d'aquest precepte (tal com els interessos havien sol·licitat) homologar com a mesures provisionalíssimes aquells pactes acordats per les parts, excepte aquells que, malgrat que havien estat acordats per les parts, el Batlle va considerar que no es donava la necessitat o urgència exigides per la llei. Així ho diu l'Aute apel·lat.

II.- Reiterant la doctrina que es conté en les resolucions d'aquesta Sala de 13 de març, 16 d'abril i 15 de maig darrers, entre altres, les mesures de tipus personal previstes a l'art. 51 i els auxilis econòmics imprescindibles que s'acorden "*inaudita parte*" en casos de necessitat i urgència a l'empara de l'art. 64 de la Llei qualificada del matrimoni 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 de la mateixa Llei, tenen circumscrita la seva vigència a la durada de la tramitació del procediment de l'art. 63 en la resolució del qual s'adoptaran les mesures provisionals que hauran de regir fins l'adopció de les mesures definitives que establirà la Sentència definitiva de separació, de nul·litat o de divorci.

Però res impedeix que en vistes a una demanda de separació, de nul·litat o de divorci ja interposada o que un cònjuge es proposi formular (o un membre d'una parella de fet per a l'establiment de mesures paterno-filials a redós de l'art. 63 aplicable per analogia) tant si existeix necessitat o urgència com si no n'hi ha, puguin comparèixer ambdós cònjuges o ambdós convivents davant el Batlle i establir de mutu acord totes aquelles mesures que vulguin acordar per mentre es tramita el procediment de separació, de nul·litat o de divorci quan existeix matrimoni, o mentre s'adopten les mesures paterno-filials escaients en els casos de les parelles de fet.

En aquests supòsits de mutu acord dels interessats en les mesures, el Batlle no pot ni ha de fer altra cosa que homologar els acords dels interessants, i això tant si s'està en el marc del procediment de l'art. 63 (com diu el seu paràgraf 2 si arriben a una conciliació) com si encara s'està en el marc de l'art. 64; tot l'anterior, es clar, llevat que els interessants hagin convingut sobre punts o extrems en què no en tenen la lliure disposició com és el cas que els acords afectin menors en el qual és preceptiva la intervenció del Ministeri Fiscal prèvia a l'adopció pel Batlle de l'Aute d'homologació de les mesures acordades pels interessats.

III.- Atesos aquells acords a què havien arribat els interessats en aquest cas, el Batlle va actuar conforme a dret en homologar com a mesures provisionalíssimes (és el

que les parts li havien demanant) els cinc primers pactes que ells havien acordat i que va aprovar el Batlle en el punt "Primer" de la decisió de l'Aute apel·lat.

Pel contrari, no va està encertada la decisió de l'extrem "tercer" d'aquell Aute en "no donar lloc a aquella petició continguda en l'apartat setè, punt novè de l'escrit presentat per la Sra. Esmeralda V.P. en data 18 de novembre d'enguany"; ja que les parts havien acordat ço que en ell es diu (l'atorgació a la Sra. Esmeralda V.P. de l'ús del vehicle Peugeot 405 abans que es procedís a la liquidació i repartició de béns) i el Batlle havia de respectar i d'aprovar aquest pacte.

En l'extrem "Segon" de la decisió l'Aute va "fixar de forma provisionalíssima en l'import de 300 € mensuals la pensió per aliments a favor del fill comú...". Com que no hi havia acord sobre aquest punt (la mare demanava 550 € mensuals, el pare n'oferia 240 i en el seu informe el Ministeri Fiscal 300) el Batlle, que no tenia les necessàries proves de les parts (no s'havia arribat al procés contradictori de l'art. 63,2) havia de disposar el que va fer a l'empara de l'art. 64: "acordar els auxilis econòmics imprescindibles" a favor del fill menor. Va donar als "auxilis econòmics imprescindibles " amb el nom de "pensió" (tècnicament propi d'allò que s'acorda en la resolució del procés contradictori de l'art. 63 un cop presentades i examinades les proves); però el nom, propi o no, no altera la correcció de la decisió del Batlle d'haver fixat, malgrat l'absència de proves, a l'empara de l'art. 64, "els auxilis econòmics imprescindibles" per al menor.

I en el seu extrem "Quart" la decisió de l'Aute no s'havia d'haver limitat a "donar trasllat a la Sra. Esmeralda V.P. de l'escrit presentat en data 26 de novembre proppassat pel Sr. German Alejandro R.G...."; sinó que s'haurien d'haver rebutjat de manera expressa les seves pretensions les quals únicament poden qualificar-se de temeràries com veurem després.

IV.- Com que en aquest cas no existia acord sobre totes les mesures i, a més a més, les acordades havien estat pactades "de forma provisionalíssima, i sense perjudici del que es pugui adoptar a posteriori en seguiment al procediment establert en l'art.63 de la Llei qualificada del matrimoni...", el Batlle havia de dictar, per una part, l'Aute de 10 de desembre de 2002 com va fer, i, per l'altra, havia de fixar la data per a la compareixença d'ambdues parts d'acord amb l'art. 63,2, cosa que també va efectuar i complir; per la qual cosa hem de concloure que -i amb les úniques salvetats que hem esmentat en el fonament anterior- l'Aute apel·lat va ser ben dictat i ara haurà de ser confirmat en la seva totalitat ja que ni tan sols se li poden esmenar aquelles salvetats perquè no són objecte d'apel·lació.

En efecte, l'únic que demana el Sr. German Alejandro R.G. en el seu recurs d'apel·lació, reiterant el que d'una manera temerària havia demanat al Batlle en

l'improcedent escrit de 26 de novembre de 2002, és que revoquem l'Aute recorregut perquè ha estat adoptat a redós de l'art. 64 de la Llei qualificada del matrimoni sense que existeixi necessitat o urgència; pretensió palesament contrària als seus propis actes plasmats en els acords a què ell arribà amb la Sra. Esmeralda V.P. davant el Batlle el dia 26 de novembre darrer en la compareixença que ambdós efectuaren assistits de sengles lletrats.

De manera que presentar un escrit el mateix dia 26 de novembre pretenent desdir-se d'aquells formals acords ja adoptats en una acta judicial davant el Batlle al·legant "manca de necessitat o urgència", fou una temeritat que s'havia d'haver sancionat amb les costes de la primera instància en l'Aute apel·lat; manca de sanció de costes que no podem ara esmenar en no haver estat objecte d'apel·lació per la Sra. Esmeralda V.P.

Però en canvi sí que imposarem a l'apel·lant, per temeritat evident, totes les costes d'aquest recurs d'apel·lació.

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

Desestimar aquest recurs d'apel·lació; confirmar l'Aute apel·lat i imposar al recurrent totes les costes del seu recurs d'apel·lació amb inclusió dels honoraris de l'advocat i de la procuradora de l'altra part.

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.-