

SENTÈNCIA de 17 de juliol de 2003

Modificació de mesures provisionals: manca d'incidència del principi dispositiu.- Caducitat de les mesures provisionals: improcedència en relació amb les unions estables de parella.- Aliments a favor dels fills: improcedència de la seva modificació.- Dret de visita dels pares: procedència de la seva modificació per no incidir sobre aquest dret el principi dispositiu ni el de congruència.

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 el procediment núm. B-477-5/1999 que es va seguir per la Sra. Maria del Mar H.M. contra el Sr. Juan T.F. per a la regulació de les mesures paterno-filials referents als seus fills menors d'edat, en data 12 de novembre de 1999 l'Hble. Batlle va dictar un Aute en què va decidir:

"Primer.- Decretar que els Srs. Joan T.F. i Maria del Mar H.M. compartiran la pàtria potestat de llurs fills menors, Meritxell i Xavier.

Segon.- Que s'atribueix la guarda i custòdia dels fills a la mare, Sra. Maria del Mar H.M., amb la que conviuran en el seu nou domicili.

Tercer.- Que s'estableix que el Sr. Joan T.F. contribuirà a les despeses d'aliments i manutenció dels fills en l'import de TRENTA MIL PESSETES (30.000.-Ptes) mensuals, el qual s'actualitzarà el mes de gener de cada any en funció de la variació de l'índex del preu al consum.

Quart.- Que s'estableix un règim de visites a favor del pare en les condicions següents:

1. Diàriament (de dilluns a divendres) la mare portarà els fills al domicili del Sr. Joan T.F., quedant aquests sota la seva responsabilitat fins a llur retorn al domicili matern, que no podrà ésser més tard de les 20 hores. El pare es farà càrrec de

la manutenció i de la cura dels fills mentre estiguin en la seva companyia.

2. En període escolar el Sr. Joan T.F. es farà càrrec de recollir els fills a l'escola, de tenir-los en la seva companyia i de tenir-ne cura, en les mateixes condicions ja previstes en el punt anterior.
3. Els fills passaran amb el pare la meitat de les vacances escolars i en especial la meitat de les festes nadalenques i de setmana santa. Queda exclòs el fill petit, de nom Xavier, fins que hagi complert l'edat de tres anys.
4. Pel que fa a les onomàstiques i aniversaris de cada progenitor, els fills hauran de poder compartir-los amb el progenitor de què es tracti, independentment del règim de visites establert.
5. En relació a les onomàstiques i aniversaris dels infants, els fills haurà de poder compartir-los un any amb cada progenitor, de tal manera que aquest any 1999 els comparteixi amb la mare, l'any vinent amb el pare i així successivament.
6. En relació als viatges, s'estipula que els progenitors hauran de comunicar-se recíprocament tot desplaçament dels infants fora del Principat, de manera que en tot moment el progenitor que no els tingui en la seva companyia conegui l'adreça i el telèfon del lloc on es troben.

El present règim de visites podrà ésser modificat, per acord de les parts, en interès dels fills i en funció de les circumstàncies canviants de cada moment.

I sense establir especial condemna en costes processals."

Aquest Aute va guanyar ferma.

II.- En escrit de 23 d'octubre de 2001, el Sr. Joan T.F. va sol·licitar a la Batllia la citació a judici verbal civil de la Sra. Maria del Mar H.M. a fi de formular una demanda per a la modificació de les mesures disposades en l'Aute ferm suara esmentat; i el 24 de novembre següent

va presentar la demanda en que sol·licità una nova resolució amb els pronunciaments següents:

"1.- Ampliar el règim de visites a favor del pare en les condicions següents:

- a) En període escolar, de dilluns a divendres, el Sr. Joan T.F. portarà i recollirà els seus fills de l'escola, es farà càrrec de la seva manutenció durant tot el dia i els tindrà en la seva companyia fins a llur retorn al domicili matern a les 20 hores.
- b) Els fills passaran amb el pare els caps de setmana alterns, des de les 10 hores del dissabte fins a les 20 hores del diumenge.

2.- **Deixar sense efecte la pensió d'aliments** de 30.000 pessetes mensuals fixada a càrrec del Sr. Joan T.F., establint que el mateix **contribuirà a les despeses d'aliments i manutenció dels fills amb la prestació in natura consistent en tenir cura d'ells durant la major part del temps."**

III.- El 22 de novembre de 2002 l'Hble. Tribunal Unipersonal de Batlles va dictar una Sentència en què va decidir:

"que he d'estimar i estimo parcialment la demanda de modificació de les mesures provisionals acordades per aute de la Secció Civil del Tribunal unipersonal del Batlle, de data 12 de novembre de 1999, promoguda pel Sr. Joan T.F. contra la Sra. Maria del Mar H.M.,

que he de declarar i declaro que el règim de visites a favor del pare i la pensió d'aliments a favor dels fills menors, es regiran pels següents pronunciaments:

- 1.-a) el Sr. Joan T.F. podrà recollir els seus fills menors d'edat cada dia que hi hagi escola, a la seva sortida i quedar-se amb ells fins a les vint hores, en que haurà de dur-los al domicili de la seva mare, Sra. Maria del Mar H.M.,
- b) el Sr. Joan T.F. podrà, els caps de setmana alterns, recollir els seus fills menors a les deu hores del dissabte i retornar-los a les vint hores del diumenge al domicili de la seva mare;

2.- el Sr. Joan T.F. haurà de satisfer una pensió per a aliments a favor del seus fills menors, Meritxell i Xavier, de CENT CINQUANTA (150) EUROS MENSUALS, amb les corresponents actualitzacions anyals, a satisfer durant els cinc primers dies de cada mes;

No hi ha lloc a fer un especial pronunciament de les costes processals."

IV.- Disconforme el Sr. Joan T.F. amb la resolució exposada en l'ordinal anterior, va interposar contra ella aquest recurs d'apel·lació. El recurs ha estat substanciat d'acord amb la llei.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- Malgrat que no ha estat objecte d'apel·lació la manca de pronunciament pel Batlle d'allò que li havia sol·licitat la contesta a la demanda en el seu apartat a) (la declaració que *"per haver caducat les mesures provisionals dictades als 12 de novembre de 1999 aquestes no poden ser modificades"*) cal donar la resposta escaient a aquesta petició prioritària perquè pertany a l'ordre públic del procés i ha de ser considerada d'ofici.

II.- Amb el fonament de l'art. 51,2 de la llei qualificada del matrimoni (en què es prescriu la caducitat de les mesures provisionals adoptades abans de l'admissió de la demanda de nul·litat, de separació o de divorci si en el termini de 30 dies naturals no s'interposa aquella demanda), la part demandada va formular la petició de caducitat de l'Aute de 12 de novembre de 1999 en no haver-se presentat després d'ell la demanda de nul·litat, de separació o de divorci.

Però malament podia presentar-se aquí una demanda de nul·litat, de separació o de divorci en tractar-se d'una parella de fet sense vincle de matrimoni.

Aquesta situació d'evident impossibilitat de formular tal demanda, ja va ser considerada per aquesta Sala en la Sentència de 27 de gener de 2000 i a allò que es va exposar allà ens remetem ara per denegar la petició inicial de la part demandada -ara apel·lada- referent a la pretesa caducitat de les mesures adoptades en l'Aute de 12 de novembre de 1999.

Ara bé, aquell Aute es ferm, i encara que evidentment pot ésser canviat mitjançant un nou procediment per a la modificació de les mesures en ell adoptades, és indispensable que l'instant demostrï en el nou procediment que han canviat les circumstàncies que es varen tenir en compte quan aquell Aute es va dictar.

III.- L'Hble. Batlle no addueix haver partit de les premisses anteriors, i ha tractat aquest cas tal com si s'haguessin d'adoptar ara unes mesures de bell nou. Per tant no es justifiquen les noves circumstàncies que hagin fet canviar el que havia establert aquell Aute ferm de 12 de novembre de 1999.

IV.- Examinades les actuacions B-477-5/99 en què va recaure aquell Aute, aquesta Sala constata que la situació econòmica de l'instant de la modificació no ha experimentat cap variació. Conseqüentment, la reducció de la pensió per als infants que ha acordat la Sentència ara apel·lada en relació a allò que havia establert aquell Aute, està mancada d'una justificació adient.

Nogensmenys, ni el Ministeri Fiscal ni la mare han fet objecció a aquesta qüestió ja que no l'han portat a l'apel·lació i així no és possible alterar ara aquest extrem de la Sentència apel·lada.

V.- I pel que fa al règim de visites dels infants a favor del pare acordat per aquell Aute de 1999, cal significar que el mateix ja va establir que el que en ell es fixava "*podrà ésser modificat per acord de les parts, en interès dels fills i en funció de les circumstàncies canviants en cada moment*"; per la qual cosa i per aquestes raons, en aquesta matèria no regeix el principi dispositiu de les parts ni el de congruència de la resolució amb les seves pretensions, ja que pel damunt d'aquells principis, l'organisme jurisdiccional ha de vetllar i de decidir el que consideri més convenient per al bé dels menors atenent el superior principi del "*favor filii*".

VI.- No existeix el desitjable acord dels progenitors per a la modificació del règim de visites a favor del pare; el Ministeri Fiscal no raona perquè considera més adequat el nou règim en lloc del de l'Aute de 1999, i la Sentència apel·lada ha atès el fet que actualment "*els dos menors es queden a dinar al menjador de l'escola*", cosa que no succeïa l'any 1999. Conseqüent amb aquesta nova situació, la Sentència apel·lada ha substituït els punts 1 i 2 de l'Aute de 1999 per la determinació de l'apartat a) del punt 1 de la nova Sentència; substitució que aquest Tribunal considera adient i per tant confirmable.

VII.- Aquesta Sala no compren la petició del recurrent de sol·licitar la revocació de la Sentència apel·lada per demanar (en l'apartat 1-b de la petita de l'escrit d'apel·lació) que s'atorgui al pare el dret de gaudir dels fills Meritxell (el 20 d'agost complirà 13 anys) i Xavier (en complirà 5 el dia 7 del mateix mes

d'agost) als caps de setmana alterns; i diem no comprendre aquesta petició de revocació de la Sentència "a quo" ni la petició a aquesta Sala que disposi allò que la Sentència apel·lada ja ha disposat (en l'apartat 1-b) de la seva decisió).

Demandar la revocació de la Sentència per tal que aquesta Sala acordi allò que l'apel·lada ha acordat, és una incongruència palesa.

Escaurà doncs confirmar també aquest extrem de la Sentència del Batlle.

VIII.- Sense donar-ne justificació, el Batlle ha suprimit els contactes paterno-filials que l'Aute de 1999 havia establert en els apartats 3, 4, 5 i 6 de la seva part dispositiva i respecte el quals no hi ha hagut discussió en autes.

Caldrà per tant mantenir aquells apartats, i en aquest sentit escaurà estimar parcialment aquest recurs d'apel·lació.

IX.- No s'ha de fer pronunciament de costes atesa la naturalesa del procediment.

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

Estimar en part aquest recurs d'apel·lació; confirmar la Sentència del Batlle però tot afegint-li que romanen vigents els apartats 3, 4, 5 i 6 de l'Aute de 12 de novembre de 1999.

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.-