

AUTE de 23 de gener de 2003

Mesures provisionals en les situacions de crisi matrimonial: diferències entre les mesures provisionals i les provisionalíssimes.- Mesures provisionals: naturalesa jurídica del procediment.- Mesures provisionalíssimes: determinació del seu abast.- Indefensió.- Recurs d'apel·lació a ambdós efectes: competència per a decretar la seva admissió

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. Yves PICOD, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En els autes registrats sota el núm. B-1235-1/02 instats per la Sra. Cristina I.G. contra el Sr. Federico G.S., en resposta a la petició de la primera formulada a l'empara de l'art. 64 de la Llei Qualificada del Matrimoni en què sol·licitava l'adopció de mesures provisionals urgents, l'Hble. Batlle, abans de donar trasllat de la demanda a l'altra part, i pel que fa al fill dels esmentats Antoni Esteve G.I. nascut el dia 6 de juny de 1998, en data 10 d'octubre de 2002 va dictar l'Aute aquí apel·lat en el qual va adoptar les mesures provisionalíssimes següents:

"PRIMER.- Pàtria potestat compartida entre ambdós progenitors.

SEGON.- Guarda i custòdia del fill Antoni Esteve G.I. a la seva mare Sra. Cristina I.G.

TERCERS.- Règim de visites obert del pare envers el fill, establint amb caràcter de mínims, els fins de setmana alterns des del divendres a les 20 hores fins al diumenge a les 20 hores que haurà de remetre'l a la mare, i la meitat de les vacances de l'any escolar.

Quart.- Fixar una pensió d'aliments del pare envers el fill comú de 200.-euros mensuals, que haurà d'ingressar en el compte bancari que indiqui la mare, dins del 6 primers dies de cada mes.

CINQUÈ.- Fixar el domicili de la mare i del fill al que fou domicili de la parella, al carrer del Pui, número 18, 3er-1era a la vila d'Andorra la Vella, atribuint-li igualment l'ús del parament i objectes que es troben al seu interior. El Sr. Federico G.S. haurà de

marxar del domicili, retirant els seus objectes personals, en el termini màxim de 15 dies, i fixar un nou domicili del qual en donarà coneixement a la Sra. Cristina I.G."

II.- Disconforme el Sr. Federico G.S. amb l'Aute anterior, va interposar aquest recurs d'apel·lació el qual ha estat substanciat d'acord amb les disposicions legals. S'ha escoltat el Ministeri Fiscal el qual ha emès el corresponent informe.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- Quan la jurisdicció civil aprècia que hi ha necessitat i urgència, l'art. 51,1 de la llei Qualificada del Matrimoni l'habilita per adoptar les mesures provisionals que aquest precepte esmenta a petició de qui hagi presentat o tingui el propòsit de presentar una demanda de nul·litat, de separació o de divorci. L'art. 63,2 determina el procediment que s'ha d'emprar i què és el següent :

- Presentada la demanda, la jurisdicció civil en dóna immediatament trasllat a l'altra.
- Al mateix temps fixa la data perquè compareguin ambdues parts.
- En l'acta de compareixença s'intenta una conciliació o es contesta la demanda i s'adopten o proposen les proves pertinents.
- Un cop practicada la prova, les parts poden formular escrit de conclusions dins el termini de vuit dies.
- I acte seguit, la jurisdicció civil dicta aute adoptant les mesures adients que són aquelles de l'art. 51,1 que el Batlle consideri que ha d'adoptar "*apreciant la necessitat i urgència del cas i tenint en compte els interessos familiars més necessitats de protecció*" com diu l'esmentat art. 51,1.

El procediment anterior honora els principis fonamentals de contradicció, audiència i defensa garantits per l'art. 10 de la Constitució; i escau subratllar que perquè la jurisdicció civil pugui adoptar provisionalment qualsevol de les mesures a què es refereix l'esmentat art. 51,1, cal, segons tal precepte, que apreciï que hi ha necessitat i urgència per a la seva adopció tenint en compte les circumstàncies del cas i els interessos familiars més necessitats de protecció (Autes d'aquesta Sala de 10 d'abril de 1997 i 18 de juny de 1998, entre altres).

II.- I amb un caràcter "**excepcional**" (Aute d'aquest Tribunal d'11 de maig de 2000) i totalment restrictiu, en casos en què existeixi una necessitat o urgència extraordinària (superior a les exigides per l'art. 51,1), l'art. 64 permet adoptar les mesures de tipus personal de l'art. 51,1 "*inaudita parte*", es a dir, abans de donar trasllat de la demanda a l'altra part; però es tracta d'una facultat excepcional que la llei atorga a la jurisdicció civil únicament en els casos en què hi concorren les circumstàncies d'una extraordinària necessitat o urgència no infreqüents en situacions de crisi de parelles, que és quan escau aplicar les mesures provisionalíssimes de l'art. 64, a diferència de les provisionals que s'adopten pel procediment ordinari de l'art. 63 (Aute d'aquesta Sala de 18 de desembre de 1997).

L'aplicació "*inaudita parte*" de l'art. 64 s'ha de fer, doncs, d'una manera excepcional i únicament escau quan concorren circumstàncies d'una necessitat o urgència extraordinària que no permeten, sense gran risc, escoltar l'altra part.

L'aplicació de l'art. 64 s'ha de fer d'una manera totalment restrictiva perquè suposa limitar els drets fonamentals de contradicció, audiència i defensa de l'altra part; cosa que únicament la pot justificar una urgència o necessitat extraordinària.

Quan es demana l'aplicació de l'art. 64 la jurisdicció civil haurà d'examinar si concorren les circumstàncies excepcionals d'urgència que obliguin a restringir momentàniament per raó de l'urgència extraordinària, al dret de defensa de l'altra part; i si s'aprècia que concorren circumstàncies de necessitat d'urgència, però no de l'extraordinària necessària per a l'aplicació de l'art. 64, l'escaient serà seguir el procediment de l'art. 63 i inaplicar el del 64 en ser, aquest darrer, excepcional "*per se*".

III.- Examinant en aquest cas la demanda de la Sra. Cristina I.G. en què sol·licitava l'aplicació de l'art. 64 que l'Hble. Batlle va aplicar en l'Aute de 10 d'octubre ara apel·lat (en el qual va adoptar "*inaudita parte*" totes les mesures que hem ressenyat en el I ANTECEDENT DE FET d'aquesta resolució), escau comprovar :

- a) que la demanda manifestava que la situació de mala convivència que l'agent Sra. Cristina I.G. tenia amb el Sr. Federico G.S. es va agreujar de forma desmesurada i que després d'una forta discussió que varen tenir a mitjans d'agost passat "*em vaig veure forçada a sortir provisionalment del meu domicili per por a patir qualsevol acte de violència del demandat vers la meva persona, impedit-me el Sr. Federico G.S. portar-me el meu fill*".

b) La demanda continuava dient que "des d'aquell moment ha mantingut converses amb el Sr. Federico G.S. per intentar resoldre la situació i perquè marxés del pis de la meva propietat i s'establissin les mesures respecte al fill comú, però tots els meus intents han resultat infructuosos".

I,

c) La demanda va ser presentada el 2 d'octubre passat, o sigui, transcorregut amb escreix un mes i mig des de la sortida de l'actora del domicili, i no consta que hagués sol·licitat a la Batllia amb anterioritat cap mesura per raó de la situació exposada en la demanda presentada -com ja hem dit- el 2 d'octubre passat.

IV.- La situació exposada per la Sra. Cristina I.G. a la demanda podia justificar, certament, l'adopció de les mesures provisionals de l'art. 51,1 pel procediment ordinari de l'art. 63; però de cap manera l'aplicació del procediment excepcional del 64 en no existir les circumstàncies d'extraordinària urgència o necessitat que l'haurien de fer possible.

I com que l'Aute apel·lat ni diu ni justifica quines han estat les raons de "necessitat o urgència extraordinària" que han determinat aplicar un procediment tan excepcional com el de l'art. 64, ni de la demanda aquest Tribunal pot apreciar que existeixin les raons extraordinàries indispensables per poder aplicar aquell precepte, escaurà invalidar l'Aute apel·lat i estimar aquest recurs d'apel·lació constant, com consta, que el fill menor està degudament atès; sense que siguin pertinents les manifestacions de la part apel·lada referents que el M.I. Sr. President d'aquesta Sala l'hauria d'haver escoltat abans de dictar l'Aute de 28 d'octubre passat en què es va admetre en dos efectes aquest recurs d'apel·lació i que se li havia de donar vista dels documents acompanyats per la recurrent amb l'escrit de formalització del recurs d'apel·lació dels folis 13 al 16 del Rotlle :

Pel que fa a l'admissió del recurs d'apel·lació en doble efecte per l'Aute del M.I. Sr. President d'aquest Tribunal de 28 d'octubre passat, cal observar que aquesta és una facultat que únicament al M.I. Sr. President incumbeix (art 70 de la Llei Transitòria de procediments judicials en relació amb el 65 de la Llei Qualificada del Matrimoni) sense que hagués d'escoltar a tal efecte l'altra part.

I pel que concerneix als documents acompanyats pel recurrent amb l'escrit de formalització del recurs d'apel·lació, escau veure que no eren nous sinó simple còpia dels que ja s'havien presentat a la Batllia el 15 d'octubre anterior i incorporats a les actuacions de la

primera instància; a més que la part apel·lada ha pogut examinar abastament tals documents (tant en els autes de la Batllia com en aquest Rotlle) abans de formular les seves conclusions davant d'aquest Tribunal el 3 de desembre següent (folis 53 i següents d'aquest Rotlle); coses totes per les quals les seves al·legacions de suposada indefensió no són certes, ni serioses, ni tenen consistència; com tampoc la té la seva protesta que el Tribunal no unís a l'acte de la vista la fotocòpia que deia voler acompanyar en aquell moment sobre la incoació d'unes diligències penals el mateix dia de la vista, perquè deixant de banda la improcedència de presentar documents en l'acte de la vista -que això sí que podria posar en situació d'indefensió l'altra part- el document que es deia voler incorporar en res podia canviar la conclusió d'aquesta Sala que els fets que s'exposaven a la demanda no podien justificar el procediment emprat ni l'Aute dictat; el qual Aute, per tant, cal ara revocar sense pronunciament sobre les costes del recurs d'apel·lació.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al cas.-

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

DECIDEIX

ESTIMAR aquest recurs d'apel·lació; REVOCAR I DEIXAR SENSE EFECTE l'Aute apel·lat; i no fer declaració sobre les costes del recurs.

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.-