

## **AUTE**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 12 de desembre del 2017

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

### **ANTECEDENTS DE FET**

I.- La representació processal de la Sra. M.G.M. va presentar escrit, de data 25-01-2017, en virtut del qual sol·licitava, en període d'execució de sentència, l'adopció de mesures cautelars urgents, les quals modificaran provisionalment les existents, mentre duri el procediment de modificació de mesures paterno-filials. En aquest sentit, interessava, entre altres, la modificació de la guarda i custòdia compartida per l'atribució de la guarda a favor de la mare, l'establiment d'un règim de comunicació per part del pare i la fixació d'una pensió d'aliments de 500 euros i l'abonament de les despeses extraordinàries al 50%.

En data 15-02-2017 el Sr. J.M.R. va oposar-se a l'incident d'execució i va demanar la desestimació per inadequació del procediment i,

subsidiàriament, la desestimació de les mesures. I en ambdós casos, amb imposició de les costes processals.

El Ministeri Fiscal va emetre informe, de data 14-02-2017, en el que demanava la desestimació “ad limine”, atès que es tractava d’una modificació de mesures que havia de tramitar-se en el marc del procediment principal i no en seu d’execució de sentència.

II.- En data 21-06-2017 es va dictar Aute, amb la següent part decisòria:

“Desestimar la demanda formulada per la Sra. M.G.M. per escrit presentat en data 25 de gener d’enguany, i això sense fer especial imposició en quant costes processals”.

III.- Ambdues parts litigants han interposat recurs contra la resolució d’instància.

Així, el Sr. J.M.R. va formalitzar llur escrit de conclusions, en data 6-10-2017, en mèrits del qual demana la revocació de l’Aute, en el sentit que li siguin imposades les costes processals a la part contrària.

La representació processal de la Sra. M.G.M. ha presentat el seu escrit de conclusions, en data 9-10-2017, segons el qual i en consonància amb els arguments exposats, demana la revocació de l’Aute d’instància.

El Ministeri Fiscal va emetre informe, de 27-10-2017, en el que deixava la resolució del recurs del Sr. J.M.R. al criteri d’aquesta Sala i, en relació al recurs de la Sra. M.G.M., s’oposa a aquest per entendre que les pretensions instades són de modificació de mesures i l’agent ha errat en el procediment emprat, sense que es pugui parlar de vulneració del dret a la defensa o de l’accés a la jurisdicció.

Per escrits de dates respectives 26-10 i 30-10-2017 la part executant i executada es van oposar als recursos interposats de contrari i van sol·licitar la

seva desestimació amb imposició de les costes processals el Sr. J.M.R. i sense imposició de costes la Sra. M.G.M.

IV.- Per Aute d'aquesta Sala, de data 13-11-2017, es va denegar la petició de prova en aquesta alçada efectuada per la representació processal de la Sra. M.G.M.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

## FONAMENTS DE DRET

I.- El recurs del Sr. J.M.R. es limita a la impugnació de la no imposició de les costes processals. Entén que la Sra. M.G.M. sabia que l'incident d'execució no era el tràmit adequat i mostra d'aquest extrem és que en data 2-03-2017 va instar la modificació de mesures. Si bé quant els interessos són familiars no s'imposen les costes, aquí es va instar un procediment inadequat que va generar despeses a la recurrent i a l'administració de justícia, de manera que correspon assumir les costes processals de l'incident i d'aquesta alçada.

El recurs de la Sra. M.G.M. es fonamenta en els següents greuges.

Entén, en primer terme, que va instar unes mesures provisionals i cautelars urgents mentre es tramita el procediment de modificació de mesures iniciat per la mare. Considera que el mitjà adient per a instar la suspensió provisional de l'execució és l'incident d'execució, ja que no existeix cap procediment que permeti de forma urgent rebre les parts i oferir una solució transitòria, essent el procediment de modificació de mesures lent.

En segon terme, exposa que la decisió recorreguda vulnera el dret a la jurisdicció i a la defensa (art. 10 CA i art. 6 CEDH). Assevera que no s'han practicat proves ni s'ha estudiat el tema de fons, de forma que la recurrent s'ha quedat sense resposta en una veritable denegació de justícia.

En tercer terme, considera que també s'han vulnerat els drets de la menor. Tant la Constitució com els instruments internacionals, que esmenta la recurrent, protegeixen de forma prioritària l'interès del menor i al no resoldre per motius d'urgència el canvi de mesures paterno-filials es vulnera aquest interès. Sosté que l'interès del menor obliga al canvi de les mesures quan aquestes no són les adequades per a assegurar aquest interès i aquest canvi ha de ser una opció a poder prendre en un temps mínim.

Afegeix que de l'informe psicològic la menor està patint per la situació actual i la psicòloga, Sra. C., entén que s'ha de modificar el règim de custòdia compartida perquè no procura un entorn de seguretat emocional per la menor. La variació de les condicions essencials i substancials que van donar lloc a l'adopció de les mesures paterno-filials requereix un canvi urgent i immediat de les mesures pel bé de la menor.

II.- El recurs interposat per la Sra. M.G.M. ha de ser desestimat per les següents raons.

En primer terme, entén la recurrent que és a la fase d'execució on s'ha de sol·licitar la suspensió provisional de l'execució d'una sentència, ja que no existeix cap procediment que permeti rebre les parts de forma urgent i oferir una solució transitòria mentre es tramita el procediment de modificació de mesures.

Correspon abans d'analitzar aquesta pretensió de la recurrent i les que interessa en el seu escrit de conclusions, posar de manifest la diferència que existeix entre el procediment de modificació de mesures i l'incident d'execució. En seu de família, l'àmbit objectiu d'aquest procediment abasta l'incompliment de les obligacions de caire pecuniari (pagament de pensions, abonament de despeses extraordinàries, pensions compensatòries, etc..) o de caire personalíssim (règim de guarda, comunicació o visites, comunicació amb altres parents, informació de les activitats del menor o de la sortida del país, etc...). I

és en aquesta seu del procés d'execució, on es poden examinar aquests eventuals incompliments de la resolució que ha determinat les mesures derivades de la crisi (art. 58.1 LQM).

En canvi, el procediment de modificació de mesures, que es tramita pel procediment abreujat, cerca l'acreditació d'un canvi substancial i sobrevingut de les circumstàncies que es van prendre en consideració per a fixar les mesures definitives per a canviar aquestes mesures, ja siguin d'índole patrimonial o no.

En el present cas, de la lectura de la demanda, s'observa que s'afirma (foli 4) que la variació de les condicions essencials i substancials que van guiar l'adopció de les mesures paterno-filials requereix un canvi urgent i immediat de les mesures pel bé de la menor. I, en aquest sentit, es sol·licita l'adopció d'unes mesures provisionals i cautelars urgents mentre es tramita el procediment de canvi de mesures.

Com es pot apreciar, la pròpia agent evidencia que es cerca un canvi de les mesures definitives, fonamentalment de la guarda i custòdia compartida (de la que es demana la seva suspensió) i la substitució per l'atribució de la guarda a la mare, la determinació d'un règim de comunicació amb el pare i la fixació d'una pensió d'aliments a càrrec d'aquest darrer.

I des d'aquesta òptica, el recurs de l'agent no pot prosperar. Així, la modificació de les mesures definitives ja s'ha instat per l'agent i és en aquell procediment abreujat en el que s'haurà de decidir si s'ha provat un canvi substancial i sobrevingut de les circumstàncies que es van tenir en compte per a poder alterar aquestes mesures. En aquest sentit, cal recordar l'especial concepció de la cosa jutjada en seu de resolucions de família que, precisament, possibilita l'alteració de les mesures definitives establertes en els supòsits indicats.

Per altra part, en seu d'execució de sentència no es pot sol·licitar l'adopció de mesures cautelars o provisionals, consistents en la suspensió d'un

règim de guarda i custòdia compartida, no solament perquè, com s'ha exposat, no és aquest l'àmbit objectiu del procediment d'execució, sinó també per quant la suspensió d'un règim de guarda compartida establert per resolució judicial s'ha d'analitzar a la fase declarativa i amb les garanties pròpies d'aquests procediments, tota vegada que d'aquesta forma es garanteix l'interès del menor, el dret a la defensa i a la jurisdicció (art. 10 CA).

I s'ha d'afegir que l'interès del menor com a criteri o paràmetre que ha de guiar l'actuació dels tribunals, per a assolir la seva consecució en qualsevol tipus de procés en el que intervingui un menor (art. 3 Conveni del drets de l'infant de 1989, l'article 8 del Conveni europeu de drets humans de 1950 i exposició de motius de la Llei qualificada de l'adopció i de les altres formes de protecció del menor desemparat), no possibilita que es pugui sol·licitar l'adopció de mesures cautelars o provisionals per mentre es resol el procediment de modificació de mesures en qualsevol procediment.

No es tracta d'una denegació del dret a la jurisdicció, sinó que s'ha de canalitzar aquesta pretensió de tutela provisional pel procediment adequat. En aquest sentit, si bé es pot convenir amb la resolució d'instància que s'ha de desestimar la pretensió exercitada al no ser el procediment escollit l'adequat, també s'ha de convenir amb l'agent que no es pot remetre a la part a l'espera de la finalització del procediment de modificació de mesures, el qual es tramita pel procediment abreujat.

Des d'aquesta òptica, si la part recurrent entén que existeixen o concorren indicis o signes que el menor es pot trobar en situació de risc, cal acudir a la jurisdicció de menors (cfr. Art. 54. 2 LQM) per tal que es prenguin les mesures adients.

I si el que es sol·licita és l'adopció de mesures provisionals mentre es resol el procediment definitiu de modificació de mesures, s'ha d'exposar el que segueix. A les Valls d'Andorra, el procediment de modificació de mesures, malgrat ésser reconegut a la praxis forense, no es trobava regulat a la Llei

qualificada del matrimoni ni, per tant, per analogia per a les parelles estables. La reforma de la Llei qualificada del matrimoni per la Llei 3/2012, de 19 d'abril, va contemplar la possibilitat de modificar les mesures provisionals adoptades si tenia lloc un canvi significatiu de les circumstàncies, mitjançant la nova redacció de l'article

63.7:

*“7. Les mesures provisionals adoptades queden sense efecte en el supòsit previst per l'article 51.2, quan siguin substituïdes per les que estableixi la sentència, o quan acabi el procediment principal d'una altra forma. Mentre subsisteixin, poden ser modificades pel batlle, en els supòsits en què s'hagi produït un canvi significatiu de les circumstàncies que es van tenir en compte per adoptar-les. El procediment serà el mateix que es preveu en aquest article”.*

Aquesta nova regulació reflecteix el que a la praxis forense ja s'admetia que era la tramitació d'un procediment de modificació de mesures. No obstant, ara existeix el procediment per a la modificació de mesures definitives, que es tramita per la llera processal del procediment abreujat i el procediment per a la modificació de les mesures provisionals, que es ventila pel canal del procediment específic de l'article 63. I a aquesta regulació, s'ha d'afegir que les mesures, que s'adopten quan es tracta d'una crisi de persones que conviuen i no acrediten l'existència d'una parella estable i pels seus fills, es resolen no per aute sinó per sentència.

Arribats a aquest punt, la qüestió que cal plantejar-se, i que suscita el present recurs, malgrat ja s'hagi indicat que el procés d'execució no és el canal processal adequat per a fer-ho, és si mentre existeixen mesures definitives i s'insta la modificació d'aquestes mesures definitives, esdevé possible sol·licitar mesures provisionals per mentre es troba pendent la resolució relativa a la eventual mutació d'aquestes mesures definitives.

Aquesta qüestió ha rebut la resposta afirmativa d'alguns ordenaments del nostre entorn. És el cas de l'article 775.3 Llei d'enjudiciament civil (Llei 1/2000, de 7 de gener) que possibilita la modificació provisional de les mesures definitives mentre es tramita el procediment de modificació.

En el cas del dret de família i processal andorrà, ens trobem que el procediment de modificació de mesures definitives no es trobava contemplat a les Valls però la praxis forense l'admetia i era objecte d'un procediment abreujat. La reforma de la Llei qualificada del matrimoni, per llei 3/2012, de 19 d'abril, va introduir una nova regulació del procediment de l'article 63 LQM per a dotar a la disciplina de les mesures provisionals d'un règim àgil i amb contradicció per a permetre que les mesures provisionals assolissin la fi que volien aconseguir; és a dir, establir les mesures que regirien la separació, el divorci o la nul·litat en tant es determinaven les mesures definitives. I en aquesta norma es va preveure (art. 63.7) la possibilitat de modificar per un canvi significatiu de circumstàncies les mesures provisionals.

Per tant, s'ha de concloure que, al marge del procediment de modificació de les mesures definitives, que es tramita pel procediment abreujat, s'ha de reconèixer a les parts que insten la modificació d'unes mesures definitives, que puguin sol·licitar, del mateix tribunal que coneix del plet principal de modificació, l'adopció de mesures provisionals que regulin i estableixin les mesures fins que es resolgui la modificació de les mesures definitives. I a manca de previsió legislativa, atès que aquestes mesures provisionals compleixen idèntica funció que les que es sol·liciten en la separació, divorci o nul·litat, s'hauran de tramitar pel procediment previst a l'article 63 LQM.

En consonància amb les consideracions realitzades, el recurs interposat haurà de ser rebutjat, degut a que la llera processal escollida és la inadequada, però tot i reconèixer que la part recurrent disposa de la possibilitat de demanar les mesures provisionals en el procediment principal de modificació de mesures.

III.- Pel que fa al recurs interposat pel Sr. J.M.R., relatiu a la no imposició de les costes processals de la instància, considera que s'ha interposat una demanda per una llera processal inadequada i que s'han generat despeses temporals i materials innecessàries.



Aquest recurs tampoc pot ésser acollit. En efecte, ja hem posat en relleu la manca de completenessa en la regulació processal de les crisis familiars del dret andorrà, la qual cosa explica que es presentin demandes per a obtenir la tutela judicial de determinades pretensions per canals processals inidonis davant la manca de previsió legislativa de determinats procediments. Tota vegada que amb aquesta resolució judicial s'intenta clarificar el panorama processal existent amb l'exposició dels diferents procediments possibles i de la normativa aplicable, s'ha de considerar que concorren dubtes de dret que motiven la no imposició de les costes processals, a més de prendre en consideració que ens trobem en un procediment on es resolen interessos de natura familiar i no merament patrimonials.

Aquestes consideracions justifiquen el refús del recurs i expliquen que la Sala no efectuï imposició de les costes processals de cap de les dues instàncies.

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 els recursos interposats pel Sr. J.M.R. i per la representació processal de la Sra. M.G.M. contra l'Aute, de data 21-06-2017, dictat per l'Hble. Batlle, i confirmar la part decisòria de la seva resolució, tot tenint en consideració les previsions efectuades en el fonament de dret II de la present resolució. No procedeix efectuar imposició de les costes processals de les dues instàncies

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.-