

AUTE de 27 de març 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 els autes registrats amb el núm. B-1234-5/02, instats pel Sr. Andoni O.G. contra la Sra. Sandra A.N., en resposta a la petició del primer formulada a l'empara de l'art. 64 de la llei Qualificada del Matrimoni, el 10 d'octubre de 2002, l'Hble. Batlle, actuant com a Tribunal Unipersonal, va acordar:

"PRIMER.- Declarar que ambdós progenitors conserven pàtria potestat de l'infant Aritz O.A., nascut de la seva relació de parella.

TERCER.- Atribuir la guarda i custòdia del fill a la mare, amb la que conviurà en el domicili que té aquesta actualment al carrer Callaueta núm. 23 6è 1a d'Andorra la Vella.

QUART.- Establir que el Sr. Andoni O.G. contribuirà a les despeses d'aliments i manutenció del fill en l'import de 180,30 Euros mensuals, que remetrà directament a la mare o ingressarà en el compte que aquesta indiqui.

CINQUÈ.- Acordar que el pare podrà tenir el seu fill en la seva companyia els dilluns i dimecres de cada setmana, en visites que seran diürnes de les 9'30 hores a les 20'00 hores.

Igualment, el pare podrà gaudir de la companyia del seu fill igualment en visites diürnes, els dissabtes i diumenges alterns, de les 15 hores a les 20 hores.

Tanmateix, l'infant passarà la propera diada de Nadal amb la mare i el dia de Reis amb el pare."

II.- Disconforme la defenent Sra. Sandra A.N. amb els punts QUART i CINQUÈ de la resolució anterior, va

interposar aquest recurs d'apel·lació el qual ha estat tramitat en aquesta Sala d'acord amb la llei.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- Les mesures acordades per l'Hble. Batlle en l'Aute que aquí s'apel·la han estat adoptades a redós de l'art. 64 de la Llei Qualificada del Matrimoni, i per tant, *"inaudita parte"*, *"abans de donar trasllat de la demanda a l'altra part"*.

Són les mesures *"provisionalíssimes"* que el Batlle adopta sense prèvia audiència, contradicció ni proves de l'altra part.

Conseqüentment, són unes mesures excepcionals i únicament adoptables quan el Batlle aprecia que existeix una verdadera situació de *"necessitat o urgència"*; i és erroni entendre que tals mesures, qualificades de *"provisionalíssimes"* per doctrina i jurisprudència i adoptades a l'empara de l'art. 64, cobreixen la durada del procés de separació, de nul·litat i de divorci. Cal aclarir abans de tot aquesta transcendent qüestió :

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 art.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, apreciànt 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 previsió sobre auxilis econòmics indispensables, o sobre el domicili familiar, 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 del 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, 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. 51,1 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 indispensables*"), ni per reglamentar els contactes paterno-filials o materno-filials amb exhaustivitat (vistes diàries o no, caps de setmana alterns o seguits o d'altra manera, vacances escolars d'estiu, de Nadal, de Pasqua, aniversaris, onomàstiques etc.) ni per decidir fonamentadament el més convenient per al menor (amb quin dels dos progenitors haurà de romandre) ni sobre l'atribució de l'ús de la vivenda familiar etc. ; perquè per decidir de manera justificada aquests extrems cabdals, el procediment "*inaudita parte*" de l'art. 64 no subministra elements ja que són imprescindibles les al·legacions de les dues parts, les proves facilitades per ambdues i les seves conclusions (art. 63), tot per resoldre amb el degut fonament i adequadament tots aquests extrems, la qual cosa no és pas possible de fer en l'Aute que es dicta "*inaudita parte*" en el moment de l'art. 64.

Per consegüent, les mesures de tipus personal de l'art. 51,1 que el Batlle pot adoptar a l'empara de l'art. 64 "*inaudita parte*" són excepcionals i, com a tals extraordinàries : les més imprescindibles, peremptòries, urgents i necessàries, com diu el mateix art. 64, i així s'han d'interpretar les "*necessitat o urgència*" a què és refereix aquest precepte.

Són les mesures que doctrina i jurisprudència qualifiquen de "*provisionalíssimes*", les quals es diferencien de les "*provisionals*" que el Batlle adopta segons l'art. 51,1 "*apreciant la necessitat i la urgència del cas*" (sic, art. 51,1); però aquestes "*necessitat i urgència*" de l'art. 51,1 no són les de l'art. 64; per això el nostre Aute de 23 de gener passat qualificava d'excepcionals i d'extraordinàries aquestes darreres ja que certament que constitucionalment ho són "*per ser*" perquè restringeixen els drets fonamentals d'una part (art. 10 del Text Constitucional) cosa que només la poden justificar la seva necessitat, la seva urgència, la seva excepcionalitat i la seva provisionalitat.

II.- El Batlle ha apreciat que es donaven en aquest cas les condicions d'excepcionalitat de l'art. 64 i ha adoptat les mesures que hem transcrit en el I fet d'aquesta resolució.

Les parts no han impugnat aquesta apreciació del Batlle; i amb l'advertiment que són unes mesures "*provisionalíssimes*" que tenen la limitada vigència suara

dita, res té aquesta Sala que objectar d'allò que el Batlle ha apreciat i les parts acceptat.

La recurrent solament impugna els extrems QUART (contribució econòmica del pare per a les despeses del fill) i CINQUÈ (contactes paterno-filials).

Pel que fa a la contribució econòmica, l'Hble. Batlle ha fixat com a "*auxilis econòmics imprescindibles*" (art. 64) pel manteniment del fill, la quantitat de 180,30 Euros mensuals, i la recurrent en demana 300,51 en funció del salari del pare.

Però aquí no es tracta de veure quin és el salari del pare per fixar els aliments del fill sinó d'acordar "*els auxilis econòmics imprescindibles*", que és l'únic que l'art. 64 autoritza a fixar "*inaudita parte*" sense contradicció ni proves. I fixats en aquella xifra aquells auxilis, no és procedent en aquest moment acordar altra cosa, la qual podria ser disposada si de cas a la finalització del procediment de l'art. 63 a la vista del que d'ell resulti de les al·legacions i de les proves un cop garantits a ambdues parts els drets fonamentals de l'art. 10 de la Constitució.

III.- Pel que fa als contactes del pare amb el fill menor, la recurrent demana que s'acordi la "*suspensió provisional*" de les mesures adoptades pel Batlle o, subsidiàriament, que canviem el règim per ell disposat; pretensions inescabients per a adoptar-les en el recurs contra l'Aute de l'art. 64 i que hauran d'examinar-se amb l'amplitud i aprofundiment requerits quan, tramitat el procediment de l'art. 63, l'òrgan jurisdiccional disposi de les proves necessàries; i no és tampoc escaient modificar el punt CINQUÈ en els termes que sol·licita l'apel·lat.

IV.- Atesa la naturalesa del procediment, la Sala no creu pertinent fer cap pronunciament sobre 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

Desestimar aquest recurs d'apel·lació; confirmar l'Aute apel·lat; i no fer declaració de 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.-