

CIVIL

**MEDIDAS ADOPTADAS DE OFICIO AL
AMPARO DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO
CIVIL: ¿SON ANÁLOGAS A LAS MEDIDAS
PROVISIONALES MATRIMONIALES?
(CASO PRÁCTICO)**

Núm.
3/2006

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

ENUNCIADO

Doña Juana ha presentado demanda de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas y alimentos de la común hija que la misma tiene con don Luis. En dicha demanda no se solicitaba la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el pleito anterior, de conformidad con lo que previene el artículo 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En el acto de la comparecencia el Juez de instancia, de oficio, acordó con carácter cautelar, en interés de la menor, unas medidas sobre régimen de visitas del padre con su hija y prestación alimenticia para la menor. El Juez daba cobertura a su decisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil (CC). El padre don Luis presentó recurso de apelación contra esa decisión, que no fue tenido por preparado.

La representación procesal de don Luis formula recurso de queja contra el auto que desestimaba el recurso de reposición contra la resolución que no tenía por preparado el recurso de apelación formulado contra unas medidas adoptadas con carácter cautelar en relación con la hija menor de los litigantes, en el procedimiento de modificación de medidas instado por doña Juana. Dictaminar sobre la posible admisibilidad o no de este recurso de queja.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Naturaleza cautelar o provisional de las medidas adoptadas al amparo del artículo 158 del CC.
2. Aplicación analógica de un sistema de recursos a instituciones procesales diferenciadas.

SOLUCIÓN

La resolución cuestionada fundamenta la inadmisión del recurso de apelación en que las medidas adoptadas y amparadas en el artículo 158 del CC tras la redacción dada a tal precepto en evita-

ción de sustracciones de menores, son análogas a las medidas provisionales reguladas en el artículo 773 de la LEC, contra las que no cabe recurso, y es por ello que la apelación le está siendo inadmitida a don Luis.

Sin embargo estimamos que esta interpretación no es acertada. Las medidas que el Juez de Primera Instancia decidió en relación con la menor hija de los litigantes no son equiparables, ni similares, ni análogas a las que regula el artículo 773 de la LEC, porque ni han sido pedidas por la demandante, ni tienen carácter cautelar o provisional. Por el contrario, las medidas que el Juez puede adoptar de oficio a tenor del artículo 158 del CC (reformado por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre) tienen carácter definitivo, pues el indicado precepto no alude en ningún momento a la provisionalidad de las mismas, sino que de su redacción resulta que el Juez dictará medidas «para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres», es decir, son medidas con clara vocación de permanencia, de regular definitivamente la protección del menor, cuando se está previendo en ellas incluso las necesidades futuras del menor en caso de incumplimiento de los padres. A continuación se refiere a otras disposiciones y medidas en ningún caso con carácter de provisionalidad o temporalidad, sino para regular definitivamente situaciones de peligro, riesgo o perturbación para el menor, o evitar su sustracción por algún progenitor o por terceras personas. Y finaliza el precepto diciendo que tales medidas «podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

De lo anterior se colige que las disposiciones que el Juez adopta de oficio al amparo del artículo 158 del CC, son de naturaleza totalmente distinta a las medidas provisionales que se pueden adoptar en los procesos de separación, nulidad o divorcio, porque mientras éstas han de ser pedidas por las partes, aquéllas pueden decretarse de oficio, mientras aquéllas están limitadas a las previstas en los artículos 102 y 103 del CC, éstas son mucho más amplias, el Juez puede adoptar todas las que considere «convenientes» o «apropiadas» o «necesarias» u «oportunas», sin limitación, para cumplir las finalidades que en el artículo 158 del CC se indican, finalidades que tienen como fundamento situaciones de desamparo del menor por incumplimiento del deber de alimentos por ambos padres, no sólo por uno de ellos, en cuyo caso el otro puede pedir medidas provisionales para obligarle a contribuir junto con el progenitor solicitante al mantenimiento del menor, el cual no está desasistido; o situaciones de perturbación por cambio de titular de la potestad de guarda; o situaciones de riesgo de sustracción de los hijos por alguno de los progenitores o por terceras personas; o situaciones de peligro para los menores.

Y, por último, que las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 158 del CC no son asimilables a las provisionales del artículo 773 de la LEC, lo pone de manifiesto el hecho de que pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria. Y que para su adopción se apliquen las normas de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo que dispone la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. No dice el CC que se puedan adoptar cautelarmente, por lo que no puede entenderse que tengan ese carácter, pues para ello debería decirlo expresamente. La ausencia de cualquier referencia al carácter provisional o transitorio de las medidas excluye su naturaleza cautelar. Y lo corrobora que el trámite para su adopción que prevé la Ley no sea el de una medida cautelar, sino el de jurisdicción voluntaria.

Por ello, siendo medidas definitivas, no provisionales acordadas a instancia de parte en un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial o de modificación de medidas, no puede aplicarse a las mismas lo dispuesto en el artículo 773 de la LEC en cuanto a la imposibilidad de recurrirlas. A lo que se une que pudiéndose adoptar dentro de todo tipo de procesos se daría la desigualdad de que en cualquier proceso civil o penal serían susceptibles de recurso de apelación, y tan sólo cuando el Juez las adoptase de oficio en el proceso matrimonial o de modificación de medidas definitivas no podría recurrirse la decisión judicial.

Y, en definitiva, el hecho de tener que aplicarse para su adopción las normas de la jurisdicción voluntaria, determina necesariamente la posibilidad de interponer contra las medidas previstas en el artículo 158 del CC recurso de apelación, a tenor de lo que establecen los artículos 1.819 y siguientes de la LEC de 1881 y el penúltimo párrafo de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 158.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 773.