

CIVIL

**MEDIDAS CAUTELARES DE LOS ARTS. 158.3 CC
Y 775.3 LEC: ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS DE SU
NATURALEZA. EL PROBLEMA DEL RECURSO
(CASO PRÁCTICO)**

Núm.
149/2006

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

ENUNCIADO

Doña Juana promueve demanda de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas y alimentos de la común hija de los litigantes. 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 de instancia justificó su decisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 158.3 del Código Civil.

El padre de la niña presentó recurso de apelación contra esa decisión, que no fue tenido por preparado, al entender el Juzgado que las medidas cautelares que se han adoptado en la comparecencia son análogas y asimilables a las medidas provisionales que se regulan en el artículo 773 de la LEC y contra ellas no cabe impugnación alguna. El padre desea recurrir esta decisión en queja y debemos ayudarle a hallar los argumentos precisos.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- 1. Análisis comparativo de las medidas de oficio a adoptar con arreglo al artículo 158 del Código Civil y las provisionales adoptadas conforme al artículo 773 de la LEC.**
- 2. Régimen de recursos de unas y otras.**

SOLUCIÓN

Las medidas que el juez *a quo* 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 madre, ni tienen carácter cautelar o provisional. Por el contrario, las medidas que el juez puede adoptar de oficio a tenor del artículo 158 del Código Civil (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 desprende que las disposiciones que el juez adopta de oficio al amparo del artículo 158 del Código Civil 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 Código Civil, 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 Código Civil 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.

Las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 158 del Código Civil no son asimilables a las provisionales del artículo 773 de la LEC, y ello se pone de manifiesto en el hecho de que pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria. No dice el Código Civil que se pueda 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 aplicar-

se 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 Código Civil 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 1.^a de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero.

Entendemos que todos estos argumentos son suficientes como para que pueda acudirse a la queja en vía de recurso, permitiéndose el acceso a la apelación al progenitor.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 158.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 773 y 775.3.
- Auto de la AP de Almería de 28 de febrero de 2006.