|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 5/2017 |
| Fecha | de 17 de enero de 2017 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 5648-2016 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 5648-2016 |
| Fallo | Declarar la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por desaparición sobrevenida de su objeto. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 28 de octubre de 2016 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal oficio del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gandía por el que se remite, junto con el testimonio del proceso correspondiente (autos de modificación de medidas de divorcio núm. 1919-2015), el Auto de 5 de octubre de 2016 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Se considera por el Juzgado que los referidos apartados del precepto cuestionado, que establecen reglas para la atribución del uso de la vivienda familiar cuando cesa la convivencia de los progenitores y en defecto de pacto entre estos, pueden ser inconstitucionales por contravenir la competencia exclusiva estatal en materia de Derecho civil ex art. 149.1.8 CE.

2. Los antecedentes de hecho relevantes para el examen de la cuestión son los siguientes:

a) Don V.M.Q., demandante en el proceso a quo, instó el 29 de diciembre de 2015 la modificación de las medidas que regulan su divorcio, contenidas en un convenio regulador de 2006 aprobado por la sentencia de divorcio de 23 de febrero de 2006 del antiguo Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gandía. En lo que afecta a la presente cuestión, en el convenio se acordó la atribución de la vivienda familiar a la exesposa (doña M. P. P. M.), quien viviría allí con las dos hijas del matrimonio, nacidas el 24 de agosto de 2001 y el 29 de octubre de 2004), que quedaban bajo su guarda y custodia, con un régimen de visitas a favor del padre, obligado a pagar las pensiones de alimentos pactadas. El demandante solicitó la reducción del importe de las pensiones de alimentos de las hijas (pretensión ajena a la presente cuestión) y que el uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuyese a la exesposa y las hijas hasta que la menor de ellas alcanzase la mayoría de edad y que se fijara a cargo de la exesposa y a favor del demandante una compensación por la pérdida del uso de la vivienda familiar por importe de 250 € mensuales (pretensiones ambas sobre la vivienda que el demandante fundamenta en la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011). La demandada se opuso, solicitando la desestimación de la demanda y la confirmación de las medidas inicialmente acordadas; en el acto de la vista reiteró su oposición y solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011.

b) Conclusos los autos para sentencia, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gandía, por providencia de 12 de julio de 2016 y de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por el término común de diez días sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, por entender que los referidos apartados pueden ser inconstitucionales por contravenir la competencia exclusiva estatal en materia de Derecho civil ex art. 149.1.8 CE. Se hace referencia en la providencia a que sobre la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, en su integridad, pende el recurso de inconstitucionalidad núm. 3859-2011. Asimismo se refiere el Juzgado a la STC 82/2016, de 28 de abril, que declaró inconstitucional la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano, por invadir la competencia estatal del art. 149.1.8 CE, y a la STC 110/2006, de 9 de junio, que declaró inconstitucional la Ley 5/2002, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, por la misma razón.

c) Evacuado el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC con el resultado que consta en las actuaciones (la demandada se mostró favorable al planteamiento de la cuestión, mientras que el demandante se opuso; el Ministerio Fiscal manifestó que se cumplen los requisitos para plantear la cuestión, sin entrar en el fondo del asunto), por Auto de 5 de octubre de 2016 el Juzgado acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, por su eventual contradicción con el art. 149.1.8 CE.

3. Del contenido del Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, interesa destacar lo siguiente:

a) El Juzgado, tras exponer los hechos que han dado lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, transcribe literalmente los arts. 163 CE y 35 LOTC, así como los apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, sobre los que se plantea la cuestión. Se refiere seguidamente al cumplimiento de los requisitos de aplicabilidad y relevancia.

En cuanto al primero, señala que los preceptos cuestionados son aplicables al caso, pues en primer lugar, según el art. 2 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, esta es de aplicación respecto de los hijos, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana; siendo así que en este caso las dos hijas del matrimonio son menores de edad, sujetas a la autoridad de sus padres, nacidas y residentes desde su nacimiento en una localidad valenciana, por lo que ostentan la vecindad civil valenciana (art. 14 del Código civil). A ello cabe añadir que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 (“Revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior”): “a través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma”. El exesposo ha solicitado, con fundamento en esta Ley autonómica, la modificación —entre otras que no afectan a la presente cuestión— de las medidas referidas al régimen de uso y disfrute de la vivienda familiar, ejercitando dos pretensiones: que el uso y disfrute de la vivienda se atribuya a la exesposa y las hijas hasta que la menor de ellas cumpla 18 años y que se establezca a cargo de la exesposa una compensación a favor del demandante por la pérdida del uso de la vivienda por importe de 250 € mensuales; para su resolución son aplicables los cuestionados apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011.

Por lo que se refiere al juicio de relevancia, sostiene el Juzgado que el fallo a dictar en el proceso a quo depende de la validez de los cuestionados apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011; si tales apartados fueran declarados inconstitucionales, las dos pretensiones del demandante referidas al régimen de uso y disfrute de la vivienda familiar habrían de ser desestimadas. Ello es así por cuanto el art. 96 del Código civil, que sería la norma aplicable si aquellos apartados de la Ley autonómica fueran expulsados del ordenamiento, no permitiría fijar compensación económica alguna para el padre por no poder utilizar la vivienda familiar, ni tampoco establecer automáticamente la terminación del uso de la vivienda cuando la menor de las hijas alcance la mayoría de edad (en 2022), conforme resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. Por el contrario, si los cuestionados apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 fueran declarados conformes con la Constitución, las pretensiones del demandante podrían ser estimadas en el marco de lo dispuesto en dichos preceptos. La pendencia del recurso de inconstitucionalidad núm. 3859-2011 contra la totalidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 no es óbice para el planteamiento de la cuestión.

b) En cuanto al fondo del asunto, entiende el Juzgado que los apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 pueden ser inconstitucionales por contravenir la competencia exclusiva estatal en materia de Derecho civil (art. 149.1.8 CE). Aunque la Ley autonómica se afirme dictada al amparo de la competencia exclusiva que el art. 49.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana otorga a la Generalitat en materia de “conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”, de la doctrina constitucional (SSTC 121/1992, 82/2016 y 110/2016) resulta que la Comunidad Valenciana dispone de competencia en materia de legislación civil dentro de los límites del art. 149.1.8 CE; esto significa que la validez de una ley valenciana en una materia civil depende de que la Comunidad Autónoma pueda acreditar la existencia de reglas consuetudinarias que en esa materia concreta existieran en vigor a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, como sucedió en el caso de los arrendamientos rústicos (STC 121/1992), o bien otra institución civil diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil propio.

Considera el Juzgado que los cuestionados apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pueden ser inconstitucionales, de acuerdo con esa doctrina, por invadir la competencia exclusiva estatal en materia de Derecho civil (art. 149.1.8 CE). Recuerda que esa Ley se encuentra recurrida en su totalidad (recurso de inconstitucionalidad núm. 3859-2011) por el Presidente del Gobierno, por este mismo motivo competencial. La Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 regula las consecuencias de la ruptura y cese de convivencia de una pareja (casada o no) con hijos menores de edad; situación que, por la radicalmente diferente realidad social de nuestros días y la de la época en que estuvieron vigentes los fueros valencianos, definitivamente derogados por el Decreto de nueva planta del Reino de Valencia de 29 de junio de 1707, no podía ser objeto de regulación en aquella normativa foral histórica. Tampoco existía un derecho consuetudinario valenciano en esa concreta materia, en vigor a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, sino que la regulación era la contenida en los arts. 67 a 74 del Código civil.

4. Mediante providencia de 29 de noviembre de 2016, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente sobre la pérdida sobrevenida de objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, habida cuenta que la STC 192/2016, de 16 de noviembre, estima el recurso de inconstitucionalidad núm. 3859-2011, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley valenciana 5/2011 en su totalidad.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el día 2 de enero de 2017, interesando que se acuerde la extinción de esta cuestión de inconstitucionalidad por pérdida sobrevenida de objeto, a la vista de lo resuelto en la STC 192/2016, de 16 de noviembre, que declara inconstitucional y nula en su totalidad la Ley valenciana 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gandía plantea, por Auto de 5 de octubre de 2016, una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 1 y 3 del art. 6 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, por posible vulneración del art. 149.1.8 CE.

El recurso de inconstitucionalidad núm. 3859-2011 (al que se refiere el propio Auto de planteamiento de la cuestión), interpuesto por el Presidente del Gobierno por este mismo motivo competencial contra la referida Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 en su integridad, ha sido resuelto por este Tribunal en la STC 192/2016, de 16 de noviembre (publicada en el “Boletín Oficial del Estado” núm. 311, de 26 de diciembre de 2016), que declara la inconstitucionalidad y nulidad de esta Ley. Ello determina, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 387/1993, de 23 de diciembre, FJ único; 72/1997, de 10 de abril, FJ único; 91/1997, de 8 de mayo, FJ único, y AATC 428/2006, de 21 de noviembre, FJ único; 175/2010, de 23 de noviembre, FJ único; 6/2016, de 19 de enero, FJ 5, y 10/2016, de 19 de enero, FJ 5, por todos), la desaparición sobrevenida del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada respecto de los apartados 1 y 3 del art. 6 de esa misma Ley.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Declarar la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por desaparición sobrevenida de su objeto.

Madrid, a diecisiete de enero de dos mil diecisiete.

### Votos

1. Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al Auto de inadmisión dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5648-2016

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Tribunal reitero mi discrepancia con la declaración de inconstitucionalidad de la normativa cuestionada en este procedimiento pronunciada en la STC 192/2016, de 16 de noviembre, que es la que ahora sirve de fundamento para declarar la pérdida de objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Me remito al Voto particular que formulé a la citada STC 192/2016 para evitar reiteraciones innecesarias.

Madrid, a diecinueve de enero de dos mil diecisiete.