

I. Jurisprudencia comentada

1. CIVIL

Ejercicio de la patria potestad y renuncia de los derechos de los hijos

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965 (Ponente: señor CALVILLO).

La sentencia dictada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, no obstante haber recaído en un procedimiento y en un recurso de casación de naturaleza penal, posee un interés extraordinario en el orden civil; lo que aconseja que le dediquemos en este momento y en este lugar alguna atención.

1. ANTECEDENTES.

Para conocer el supuesto, examinemos los hechos probados.

Hechos probados.—«Probado, y así se declara: que sobre las diez de la noche del día 24 de abril de 1962, el procesado Diego Morillas Fernández conducía, legalmente habilitado al efecto, por la carretera general Madrid-Cádiz, el automóvil marca “Jaguar”, SE-56.897, propiedad de Jaime Ostos Carmona, a las órdenes y por cuenta del que trabajaba, y al llegar a la altura de la barriada Polígono de San Pablo, de esta capital, en la autopista de dicho nombre, de 18 metros de anchura, por llevar una velocidad excesiva, superior a los 100 kilómetros por hora, y no observar las más

elementales normas de precaución y cuidado, habida cuenta de la señalización existente en dicho lugar de peligro indefinido, de la llovizna que caía y de la oscuridad de la noche, en tramo recto de la pista y resbaladizo, dirección Sevilla, alcanzó con la parte delantera del potente automóvil la trasera de la motocicleta «Lambretta», SE-29.936, que conducida por su propietario Rafael Aguilar López, llevando a José Santa Eugenia Romero como pasajero, marchaba delante, dándole un fuerte golpe y arrastrándola más de 60 metros sin rozar el pavimento antes de detenerse, lanzando al pasajero por los aires y cayendo sobre el capot del coche y finalmente a la carretera, causándole la muerte y lesiones graves a Aguilar López, de que curó sin defecto ni deformidad a los ciento cincuenta y seis días, con impedimento para el trabajo todos ellos y necesitando asistencia médica continua durante treinta y un días y alterna durante el resto, y resultando la motocicleta con daños valorados en 6.000 pesetas y las ropas del fallecido Santa Eugenia con desperfectos tasados en 1.505 pesetas. Rafael Aguilar López, Jaime Ostos Carmona y Rocio Padilla Martín, viuda de José Santa Eugenia, han renunciado a toda indemnización, *ésta en nombre incluso de sus tres hijos menores, al haberle sido abonadas 110.000 pesetas*».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 4 de octubre de 1963, en causa seguida a Diego Morilla por imprudencia.

Se estimó que los hechos probados eran constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del que resultó homicidio, lesiones y daños, del artículo 565 ps. 1, 3, 4 y 5, en relación con los artículos 407, 420-3.º y 563, del Código penal, del que era autor el procesado, sin circunstancias, al que se condenaba a la pena de un año de prisión menor y privación por un año del permiso de conducir, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio en el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, *debiendo indemnizar a los perjudicados herederos menores de edad del fallecido José Santa Eugenia en 75.000 pesetas, con independencia de la cantidad ya percibida, a cuyo pago asimismo se condenaba ante la insolvencia del procesado, al responsable civil subsidiario Jaime Ostos*; abonándose al procesado la prisión preventiva y aprobando el auto de insolvencia

de éste y el de solvencia del responsable civil subsidiario dados por el instructor.

El recurso.—Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por el responsable civil subsidiario Ostos Carmona, por infracción de los artículos 25 y 117 del Código penal, en relación con los artículos 106 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y jurisprudencia aplicable, al amparo del 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si los perjudicados como herederos han renunciado a toda indemnización a través de su madre viuda, no cabe volver a declarar otra nueva indemnización por el mismo hecho. El recurso fué instruido e impugnado por el Ministerio Fiscal.

2. LA SENTENCIA DEL SUPREMO.

Declarose en el fallo no haber lugar al recurso, con condena en costas y pérdida del depósito.

Considerandos de la misma.

1.º Que la renuncia a la indemnización de los daños y perjuicios de un hecho constitutivo de delito o falta, como declaración de voluntad abdicativa de un derecho de crédito, está sujeta a los requisitos de las normas especiales que disciplinan tal negocio jurídico (arts. 25 del Código penal en relación con 4 y 1.187 y siguientes del Código civil, y 106 a 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a los generales sobre validez de los negocios jurídicos del ordenamiento particular de obligaciones y contratos (en cuanto a la capacidad—art. 109-2.º de dicha Ley—, vicios de la voluntad, exteriorización de ésta—también aludida en el 25 del Código penal y 108 y 110-2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, discordancia entre la declaración y la voluntad, objeto, causa, forma, etc.), y, en su caso, a las reglas sobre determinado tipo de negocios, como, por ejemplo, los patrimoniales de derecho de familia.

2.º Que dentro de esta última esfera, que es en la que ha de situarse el problema resuelto ..., debe notarse que con la muer-

te instantánea del interfecto, surgió a favor de cada uno de sus tres hijos y herederos un derecho de crédito, dirigido a la reparación del daño experimentado, por las ropas del fallecido, y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados con la muerte a dichos familiares (arts. 101, núms. 2.º y 3.º, 103 y 104, p. 1.º del Código penal), que pasó automáticamente a formar parte de su respectivo peculio, sujeto a la administración de su madre viuda, por tratarse de hijos menores no emancipados (art. 159 del Código civil).

3.º Que, según resulta del artículo 163 del Código civil, párrafo 1.º, *los padres, relativamente a los bienes del hijo en que les corresponde la administración, son una especie de gestores, que tienen las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas la de conservar sin menoscabo el peculio de sus hijos, y, si bien la administración de aquellos bienes comporta la representación de los hijos en asuntos patrimoniales, dicha representación, como también se infiere del artículo 155 del propio Código civil, solamente abarca los actos que puedan redundar en provecho de los hijos.*

4.º Que la virtualidad de este principio capital se manifiesta singularmente en materia de actos de disposición que afecten a la sustancia del peculio, para algunos de los cuales proporciona normas especiales de control nuestro Código civil, como los referentes a la enajenación de bienes inmuebles, sujeta a la previa autorización judicial (art. 164), y los relativos a la transacción sobre objetos cuyo valor exceda de 2 000 pesetas, sujeta en su eficacia a la aprobación judicial (art. 1.810, párrafo 2.º); mas la existencia de estas reglas no significa ni puede suponer que, fuera de los casos previstos expresamente en ellos, queden totalmente excluidos del control judicial los demás actos dispositivos realizados por los padres en nombre de sus hijos menores, actos que, sin hacer cuestión ahora de la aplicabilidad al caso del número 3.º del artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada su discutida vigencia, no requerirán ciertamente para su validez o eficacia la previa autorización o la posterior aprobación, discernida judicialmente en acto de jurisdicción voluntaria, pero sí podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia

liberatoria cuando, a su vez, la impugnación del acto, fundada en haberse excedido el padre o madre en el ejercicio del poder dispositivo-representativo que le confiere la Ley, sea objeto principal o secundario de un proceso.

5.º Que constituyendo o pudiendo constituir el objeto secundario del proceso penal la acción civil derivada de un hecho tipificado como delito o falta (art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), *compete a la jurisdicción criminal conocer y decidir si concurre alguna causa extintiva de aquella acción o de la responsabilidad civil* (art. 142, párrafo último, y 742, párrafo 2.º, de la misma Ley), *en particular de la eficacia de la renuncia a la indemnización efectuada con o sin expresión de causa, pudiendo resolver, por consiguiente, que la renuncia es eficaz, total o parcialmente, por no haberse obtenido la aprobación judicial necesaria o por el meritado exceso de poder, habida cuenta, en esta hipótesis, de las circunstancias de hecho concurrentes en el momento de realizarse la renuncia, cualquiera que haya sido el posterior resultado efectivo en el orden económico, y en atención, muy especialmente, al fin de tal poder dispositivo-representativo, que no es otro que el de la conservación y aumento del peculio del hijo, así como el fundamento y naturaleza de la relación jurídica básica, la patria potestad, institución enderezada esencialmente a la protección y asistencia de los sujetos a aquélla.*

6.º Que en el proceso penal, sometido a distintas exigencias que el civil en materia de congruencia, el órgano jurisdiccional ostenta la potestad indicada, entre otros supuestos, siempre que habiendo mediado una renuncia a la acción civil o a la reparación e indemnización de daños y perjuicios, se ponga en tela de juicio la eficacia de la misma, merced a la pretensión deducida por la parte legitimada, de que, no obstante aquella renuncia, se condene a los presuntos responsables civiles a las reparaciones aludidas, que es lo sucedido en el caso enjuiciado, donde el Ministerio Fiscal, legitimado por el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el ejercicio de la acción civil, solicitó se condenase al procesado y al hoy recurrente, en concepto de responsables civiles directo y subsidiario, al pago de la indemnización de 200.000 pesetas a los herederos del fallecido, con independencia de las ya abonadas.

7.º Que la referida potestad judicial, por no ser puramente discrecional ni fundarse exclusivamente en motivaciones de índole ética, económica o social, como de caridad, equidad, desigualdad de riqueza, necesidad, sino por tratarse de una potestad reglada..., lleva consigo el deber formal... de consignar en Resultandos de hechos probados aquellos datos fácticos enlazados con la cuestión de la eficacia de la renuncia que han de resolver en el fallo (art. 142-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y de consignar en Considerandos los fundamentos doctrinales y legales de los hechos... (regla 4.ª, núm. 4.º, id.).

8.º Que sobre estas bases no puede ser estimada la infracción de los artículos 25 del Código penal y 106, 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque cuando estos preceptos mencionan la renuncia como causa extintiva de la responsabilidad o la acción civil, se refieren a la válida y eficaz, no a la nula o ineficaz en derecho; en segundo término, porque lo que se denuncia en el motivo no es la falta de fundamentación del pronunciamiento que condena al recurrente a indemnizar a los perjudicados en 75.000 pesetas, independientes de lo ya percibido, por faltar los supuestos para declarar la ineficacia de la renuncia, sino que se arguye la falta de fundamentación por carecer el juzgador de potestad de decidir tal cuestión, tesis errónea..., y en último lugar porque, en contra de lo alegado, no es cierto que aquella declaración de ineficacia contenida implícitamente en el fallo impugnado, debía acarrear la nulidad de la indemnización satisfecha, y nunca la condena a una indemnización complementaria, pues lo que el Tribunal de instancia viene a proclamar ineficaz es la renuncia a toda indemnización superior a las 110.000 pesetas recibidas, no la nulidad del pago parcial antes efectuado.

9.º Que en cuanto a la infracción del artículo 1.156 del Código civil, en concordancia con el 117 del Código penal..., basta para desestimar recordar que, a tenor de aquel artículo y del que le sigue del Código civil, el pago que extingue la obligación es el total, el cual no se entiende efectuado sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecha la prestación en que la obligación consistía.

3. ALGUNOS PUNTOS A COMENTAR DE LA SENTENCIA.

Pueden señalarse los siguientes, considerados sin afán de exhaustividad.

A) *Naturaleza de la patria potestad.*

Toda la cuestión aquí desenvuelta conecta con la tendencia del Derecho moderno a configurar según sus propias exigencias una institución tan antigua como la patria potestad. Esta aparecía en el Derecho Romano y antiguos Derechos como un poder o supremacía que el padre o jefe ejercía sobre las personas de los hijos y, sobre todo aquello que con ellos se relacionase, en su personal beneficio, propio y exclusivo. Actualmente, en cambio, aparece la patria potestad como un poder tuitivo; que se dirige a los hijos siempre buscando lo más beneficioso para ellos, estando la actuación del padre sometida a fuertes límites y a la intervención, en su caso, de los órganos públicos jurisdiccionales.

Así es unánimemente reconocido por la doctrina en general, incluida la española, aunque no aparezca expresa y textualmente proclamado en los artículos que el Código civil dedica a la patria potestad, aunque, como se señala, no deja de haber una manifestación de ello en nuestro Derecho positivo, a través de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores. Por otro lado, la jurisprudencia se ha preocupado en enunciarlo así: precisamente fué la propia Sala de lo Criminal, en sentencia de 1909 (24 de mayo) (1); después continuada por sentencias de lo Civil de 1929 (24 de junio), 1950 (3 de marzo), 1955 (26 de noviembre), y especialmente de 1960 (29 de septiembre) (2). (También de 14 de octubre de 1935).

(1) Jurisprudencia citada: Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1909. Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia de una Audiencia provincial, por delito de inhumación ilegal. Entierro en cementerio civil de un hijo pequeño bautizado; se pretendió en el recurso el derecho del padre a cambiar a su hijo de profesión religiosa. El Tribunal Supremo dice que los padres no ejercen un poder absoluto, sino de protección, instituido en beneficio de los hijos, con facultades limitadas por artículos 155 y siguientes del Código civil.

(2) Jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1929. M.^a C. Aldama contra A. Mellado. Desestima recurso de doña M.^a Carolina Alda-

A esta tendencia general se suma la presente sentencia, lo cual no puede extrañar en las actuales circunstancias. Llégase aquí a proclamar que son los padres «como una especie de gestores» y que su administración y representación «solamente abarca los actos que pueden redundar en provecho de los hijos». Va, pues, lejos en la rotundidad de su afirmación.

B) Poder dispositivo del padre sobre los bienes y derechos de los hijos.

Este tema aparece suscitado en el Considerando 4.º de la sentencia. Encontramos, como ésta nos recuerda, dos manifestaciones concretas en nuestro Código civil: el artículo 164, en cuanto a enajenación de inmuebles, que requiere la previa autorización judicial, y el 1.810, sobre transacciones superiores a 2.000 pesetas, bajo aprobación judicial. Plántese el problema de si estas dos manifestaciones son limitativas o caben otros casos. Aparece inmediatamente la cuestión del artículo 2.011 de la Ley de Enjui-

ma contra la Sala de la Audiencia de Madrid, en incidente sobre depósito promovido por don Artemio Mellado. El Tribunal Supremo dice: «La colisión de derechos de los cónyuges no ha de resolverse en favor de uno u otro simplemente, sino atendiendo ante todo a la conveniencia de los hijos; ésta es superior, hoy la patria potestad es un beneficio para aquéllos».

Sentencia de 14 de octubre de 1935. González contra Flores. Sobre privación de la patria potestad. Desestima recurso de Manuel González contra la Sala de la Audiencia de Sevilla sobre privación de la patria potestad promovida por Concepción Flores. El Tribunal Supremo: Es exigencia de las legislaciones modernas muy en armonía con la tradición ético-jurídica española, la atemperación de la patria potestad, en interés de los hijos y de la sociedad, en la prevención y represión de abusos. Se ha de combatir todo exceso de autoridad opuesto a los intereses morales de los hijos.

Sentencia de 3 de marzo de 1950. Mendiola contra Gondra. Desestima recurso de doña Ildefonsa Mendiola contra la Sala de la Audiencia de Burgos, en autos promovidos por don Primitivo Gondra, sobre reconocimiento de su derecho a tener en su compañía un hijo habido de legítimo matrimonio. El Tribunal Supremo: Hay que atender a las circunstancias que se presenten en favor de los menores. La patria potestad está estatuida modernamente en beneficio de los hijos.

Sentencia de 26 de noviembre de 1955: La patria potestad es simple medio para el cumplimiento de un deber. Es una institución tuitiva; un derecho-deber o un derecho-función.

Sentencia de 29 de septiembre de 1960: Desestima recurso de don Rafael P. García contra la Sala de la Audiencia de Madrid sobre recuperación de la patria potestad sobre su hija, de que le había privado el Tribunal Tutelar de Menores. El Tribunal Supremo habla del conjunto de derechos de la patria potestad como medio para el cumplimiento de deberes y cargas. Es una «función» (de interés público).

ciamiento Civil (y subsiguientes), al someter a licencia judicial, además, los efectos públicos y valores de toda especie, al portador y nominativos; los derechos de todas clases (núm. 3, invocado expresamente en la sentencia como de posible aplicación al caso), y las alhajas, muebles y objetos preciosos, no deteriorables. No toma la sentencia partido sobre la vigencia del precepto (aunque quizá implícitamente lo apunta como posible solución), que es considerado derogado por el Código civil por un buen número de autores, frente a la opinión de otro importante sector defensor de su aplicación. Los pareceres están muy divididos, si bien existe una cierta mayoría en favor de estimar la derogación.

Estima CASTÁN VÁZQUEZ (*La patria potestad*) (3) que en esta cuestión habrá que atender, más que al concreto carácter físico de los bienes u objetos, que precisarán la supervisión judicial (al modo del 2.011), a la importancia jurídica que tenga la operación para el menor, sea cual fuere su naturaleza. En definitiva, empero, parece ser opinión doctrinal corriente en la actualidad no encerrarse en una rígida interpretación restrictiva que reduzca la fiscalización a los dos aislados preceptos del Código civil: la autoridad judicial debe tener intervención más amplia.

Es conveniente examinar, por ser interesante punto de referencia, lo que el Código civil dispone en materia de tutela en los artículos 269 (especialmente) y siguientes (hasta el 275); en efecto, el tutor precisa autorización del Consejo de Familia para un buen número de hipótesis (13 apartados), en que aparecen involucrados bienes y derechos del menor. Sus facultades se ven, pues, estrechamente fiscalizadas. Incluso el propio Consejo de Familia se encuentra con limitaciones en sus intervenciones y garantías frente a las mismas (no obstante su papel imparcial en la idea del legislador).

Otra cuestión es la contenida en el artículo 992 del Código civil: herencia deferida a menores o incapacitados; posibilidad de que el padre o tutor acepten o renuncien; limitaciones en este último supuesto. Y también podría traerse a colación el 225: en caso de prodigalidad, precisa la madre autorización judicial para enajenar bienes de los hijos comunes, que administra por inca-

(3) CASTÁN V., JOSÉ MARÍA: Op. cit., Ed. «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1960.

pacitación del marido. Todo ello, que demuestra la intención de protección a los menores en la mente del legislador, parece llevar a una estimación amplia del problema, dando cabida a las fiscalizaciones en cada caso oportunas.

C) *La renuncia de los derechos de los hijos.*

Es el tema central que plantea la sentencia, desde la propia exposición fáctica. Como la renuncia de un derecho supone el ejercicio de un acto de disposición, ha de verse sometido a límites, especialmente si el derecho es de importancia, como en el caso que nos ocupa, no obstante su carácter de derecho de crédito. (Recordemos la opinión de CASTÁN VÁZQUEZ). No existe problema en admitirlo así.

Hay que apreciar el carácter que presenta dicha renuncia. No temos que aquí parece presentarse como muy discutible la nota de «gratuidad», por cuanto que la madre renunció a todo derecho de indemnización que pudiera corresponderles a ella o a sus hijos al haberle sido abonadas 110.000 pesetas. Parece con ello tener un cierto carácter transaccional. Evidentemente ello haría más ostensible la posibilidad de intervención judicial, si bien la sentencia parte de los supuestos más amplios ya comentados, considerando fiscalizable cualquier renuncia.

D) *La ineficacia del negocio. Su declaración de oficio.*

Parece ser la parte que podría suscitar más objeciones de esta resolución judicial. No dudamos que la finalidad a la misma es claramente de equidad. Pero resulta llamativo el que se predique una nulidad absoluta y automática del acto de renuncia, en lugar de someterlo a una nulidad relativa o anulabilidad (Considerando 4.º: «... podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia liberatoria...», etc.).

No es éste el tratamiento habitual que se aplica a los actos dispositivos de los padres en que falta la preceptiva licencia judicial (enajenaciones inmobiliarias, transacciones). Estos actos por el momento subsisten y producen efectos hasta que se vean anulados y en ellos cabe la subsanación posterior. Concretamente, se ha dicho jurisprudencialmente con referencia a la transacción

que la aprobación judicial es necesaria no para la validez inicial del acto, sino para su consumación, para el momento en que producirá efectos, siendo susceptible de prestarse con posterioridad (4). Esta afirmación aparece destacada por CASTÁN VÁZQUEZ.

(Ahora bien, se ha de advertir que ello aparece como posición dominante, pero no unánime, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros—por ejemplo, Resolución 28 de agosto de 1913—, donde se habla expresamente de «subsanción». Pero se han de registrar ciertas vacilaciones en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en que se configuran dichos actos como nulos desde un principio. Así la sentencia de 22 de junio de 1948, en que sin gran precisión técnica se habla de «hecho nulo» y «contrato nulo por disposición de la Ley», y especialmente la de 9 de diciembre de 1953, en que se afirma la nulidad de la venta de inmuebles no subsanable posteriormente por autorización judicial. Por tanto, en este sentido, no sería tan innovadora la sentencia analizada; aunque sí es novedad que se declare de oficio, sin haberse deducido previamente petición de parte).

Vemos, pues, que aparecen marcadas nuevas orientaciones.

Cuestión aparte es que la jurisdicción penal, por su específico carácter y potestad, esté facultada para entrar por sí en el examen del asunto, sin encontrarse constreñida por las fuertes limitaciones que el principio de congruencia impondría a la civil. Así lo da a entender la Sala. Limitémonos a apuntar la posibilidad de que una cuestión de este tipo pudiera ser deferida a la jurisdicción civil, al modo de una cuestión prejudicial de los artículos 3 a 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS,

Profesor Ayudante-Mentor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad. Valencia

Cátedra del Dr. Díez-Picazo.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1940: «... el padre o madre pueden transigir sin cumplimiento previo de formalidad alguna complementaria de capacidad, celebrando un contrato perfecto, siquiera para su consumación, esto es, para que surta efecto, sea precisa la aprobación judicial, cuya falta no determinaría la nulidad absoluta y radical, sino un impedimento para la consumación por defecto subsanable, quedando, entre tanto, en situación jurídica de anulable; todo ello conforme al 1.300 y 1.310 a 1.313 del Código civil». Es una sentencia representativa, como también la de 8 de junio de 1917.