|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 274/1998 |
| Fecha | de 14 de diciembre de 1998 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás Salvador Vives Antón. |
| Núm. de registro | 3966-1997 |
| Asunto | Recurso de amparo 3.966/1997 |
| Fallo | En virtud de todo lo expuesto, la Sala acuerda denegar la suspensión solicitada. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de octubre de 1997, la Procuradora de los Tribunales doña Begoña López Cerezo, en nombre y representación de doña Mercedes Gil Martínez, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de septiembre de 1997, que resuelve el recurso de apelación (rollo núm. 75/96) incoado contra la Sentencia de 14 de noviembre de 1995, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Moncada en autos de separación núm. 222/95.

2. La demanda de amparo trae causa, en síntesis, de los siguientes hechos:

A) Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Moncada se tramitó el proceso de separación entre la recurrente y su marido, don Pedro Manuel Montagud Rodrigo, que culminó por Sentencia de 14 de noviembre de 1995 acordando la separación de los cónyuges y las siguientes medidas: 1) «El hijo menor de edad quedará en compañía y bajo la custodia de la madre, si bien la patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto»; 2) «Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con el hijo menor el derecho de visitarle (...) los sábados, desde las once horas de la mañana a las ocho horas de la tarde y los domingos en el mismo horario, así como los miércoles de las cinco a las ocho horas de la tarde, sin acordar de momento y debido a la corta edad del hijo períodos vacacionales. Cuando el hijo cumpla tres años de edad el régimen de visitas será el siguiente: los fines de semana alternos desde las diez de la mañana del sábado a las veinte horas de la tarde del domingo y mitad de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa»; 3) «En concepto de pensión alimenticia la cantidad de treinta mil pesetas mensuales para el hijo menor; 4) «La vivienda familiar quedará en. uso y disfrute del hijo menor de edad en compañía de la madre ... »

Por Auto de 30 de noviembre de 1995, el Juzgador respondió a la solicitud de aclaración de Sentencia efectuada en el sentido de que la referencia a sábados y domingos del régimen de visitas debía entenderse hecha a fines de semana alternos.

B) La anterior resolución fue recurrida en apelación por el Sr. Montagud, quien solicitó: 1.º) Una reducción de la pensión alimenticia a quince mil pesetas; 2.º) Revocación de la Sentencia en cuanto a la aclaración de la misma, que juzga indebida por modificar el fallo; 3.º) Ampliación del régimen de visitas en fines de semana desde el viernes a las veinte horas al domingo a las veinte horas, y los miércoles de diecisiete a veinte horas, así como la mitad de los períodos de vacaciones. La parte apelada y el Ministerio Fiscal solicitaron la confirmación de la Sentencia de instancia.

Por Sentencia de 1 de septiembre de 1997, la Audiencia, estimando parcialmente el recurso, declara compartida por los progenitores la guarda y custodia del menor... que habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos; fija asimismo un régimen de visitas para el progenitor con quien no esté habitando (de viernes a la salida del colegio a domingo a las veinte horas, y los miércoles de diecisiete a veinte horas); y acuerda, por mitades, las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Fallas. Entiende la Audiencia que dicho fallo no conculca el principio de congruencia, pues «se justifica en el interés público y, fundamentalmente, en el del menor».

3. La demandante de amparo estima que la Sentencia recurrida vulnera, en primer lugar, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), por incongruente e inmotivada. En segundo término, considera lesionado su derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2), habida cuenta de que la Magistrada designada Ponente no formó Sala el día de la vista, de que en la Sentencia aparece como Ponente otro Magistrado, y de que tuvo conocimiento de todo ello con posterioridad al dictado de la Sentencia. Por último, alega la recurrente una quiebra del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 C.E.), porque la Sala juzgadora, en casos precedentes sustancialmente iguales, nunca ha acordado de oficio y sin petición de parte la guarda y custodia compartida del menor. En consecuencia, suplica que este Tribunal le otorgue el amparo impetrado y, en su virtud, declare la nulidad de la Sentencia atacada, ordenando a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia que dicte nueva Sentencia en armonía con los principios y derechos fundamentales de la Constitución. Por otrosí suplica también que, según lo preceptuado en el art. 56 LOTC, el Tribunal suspenda la ejecución de la resolución impugnada.

4. Una vez acreditada la fecha de notificación a la recurrente en amparo de la Sentencia de 1 de septiembre de 1997, y previa audiencia de la propia actora y del Ministerio Fiscal en el trámite previsto por el art. 50.3 LOTC, la Sección Cuarta de este Tribunal admite a trámite la demanda, recaba las actuaciones correspondientes y ordena el emplazamiento de las partes personadas en el proceso a quo mediante providencia de 10 de julio de 1998. En la misma fecha, la Sección acuerda abrir la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión, concediendo a la demandante y al Ministerio Público plazo común de tres días para alegar cuanto estimen pertinente.

5. La recurrente precisa su inicial súplica de suspensión en escrito registrado el 22 de julio de 1998, limitándola, dice, a la declaración de custodia compartida del menor y, en consecuencia, a su régimen de convivencia en meses alternos con cada uno de los cónyuges, si bien reconoce que acceder a esa pretensión obligaría a la reviviscencia del régimen de visitas establecido en favor del padre por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Moncada. En apoyo de su súplica aduce que la custodia compartida ocasionaría al menor graves perjuicios de toda índole, especialmente psicológicos, dado que siempre ha convivido con su madre y es de muy corta edad (en el momento presente, cuatro años). Estima la actora que, en tales circunstancias, denegar la suspensión ocasionaría tales quebrantos que el amparo perdería su finalidad.

6. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones el 22 de julio de 1998 oponiéndose a la suspensión solicitada. Tras recordar el interés general en mantener la eficacia de las resoluciones judiciales y que la suspensión, como medida cautelar, sólo procede si su no adopción convierte en ineficaz el amparo u origina daños de imposible o difícil reparación, concluye, a la vista de los derechos fundamentales invocados en la demanda, que la denegación de la suspensión no causa perjuicios que hagan ilusorio un eventual fallo estimatorio del recurso de amparo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según el art. 56.1 LOTC, la Sala que conozca de un recurso de amparo acordará la suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo cuando dicha ejecución, caso de llevarse a cabo, «hubiere de causar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad»; no obstante, el segundo inciso de dicho precepto consagra un límite a esa posibilidad, pues autoriza a denegar la suspensión si de ella puede seguirse «perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero».

Por lo que respecta a dichos límites, es jurisprudencia constante de este Tribunal que toda suspensión de la ejecución de una Sentencia firme supone de por sí una cierta perturbación del interés general consistente en mantener su eficacia (AATC 81/1981, 36/1983, 125/1989, 306/1991, 214/1995, 419/1997, 420/1997, 18/1998, 47/1998, 48/1998, 79/1998, 182/1998 y 186/1998, entre muchos). Razón por la que también hemos sostenido que, en los supuestos ahora examinados, la regla general debe ser la de no acordar la suspensión, a menos que el demandante acredite suficientemente el daño irreparable que se sigue de la ejecución para sus derechos fundamentales, privando al amparo de su finalidad, y ello siempre que la solicitada suspensión no pueda producir las perturbaciones graves ya aludidas. Acorde, pues, con la naturaleza extraordinaria de la jurisdicción de amparo y con los imperativos que derivan de la efectividad de la tutela judicial, la suspensión prevista en la LOTC se configura como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (AATC 249/1989, 143/1992, 284/1995, 50/1996, 219/1996, 326/1996, 419/1997). Sin que ello signifique, como también ha declarado este Tribunal, que la existencia de un evidente interés en la ejecución de los fallos judiciales firmes (art. 118 C.E.) pueda ser entendido de un modo tan rígido que siempre resulte inviable la suspensión de su ejecución. En este sentido, la expresada afectación del interés general sólo será relevante si, en atención a las circunstancias del caso, a la naturaleza de la resolución judicial y al contenido del fallo, reviste la suficiente gravedad como para excluir de raíz la concesión de la suspensión (AATC 169/1995, 419/1997 y 182/1998).

2. La aplicación al caso de la doctrina reseñada lleva a concluir que falta el presupuesto habilitante del otorgamiento de la suspensión, esto es, que los perjuicios derivados de la ejecución frustren la finalidad del amparo. No se aprecia en qué podría resultar ilusoria o ineficaz una eventual Sentencia estimatoria de este Tribunal por el hecho de que se lleve a efecto el régimen de medidas acordado por la Sala a quo. Basta pensar, al respecto, que tales medidas son, por su propia naturaleza, esencialmente modificables, hasta el punto de que los Tribunales ordinarios han de alterarlas si tiene lugar una variación sustancial de las circunstancias (art. 91 C.C.). De ahí que resulte harto difícil conectar la protección de la finalidad de este recurso de amparo, apoyado en los motivos en que se apoya, con mantener o no un determinado régimen de custodia, que podría ser modificado, si varían las circunstancias, incluso durante la tramitación de este proceso.

En definitiva, como hemos dicho en situaciones análogas (AATC 282/1984 y, mutatis mutandis, 212/1997), la finalidad del amparo no corre el riesgo de resultar malograda, pues, en el caso más favorable para la recurrente, sólo se producirá una prolongación provisional de los deberes judicialmente impuestos para atender a las necesidades del menor, por el contrario, acceder a la suspensión significaría, en un caso como el presente, resolver en favor de la demandante, aunque sea de forma provisional, un litigio sometido a instancias judiciales que, acertada o equivocadamente, han ponderado el interés del menor, sobre el que habrían de pronunciarse de nuevo en el supuesto de que se otorgase el amparo (ATC 192/1992).

ACUERDA

En virtud de todo lo expuesto, la Sala acuerda denegar la suspensión solicitada.

Madrid, a catorce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.