

# Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos

Comentario al AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005 (MP: Ruperto Molina Vázquez)

Miguel Ángel Roig Davison

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

333

### *Abstract*

*En el presente trabajo se comenta el AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005 (MP: Ruperto Molina Vázquez) en el que se determina la indemnización a la que tiene derecho una madre por la imposible ejecución de una sentencia que ordena la devolución de la guarda y custodia de sus hijos. Este auto es singular porque se basa en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en materia de indemnización por la privación indebida de la libertad.*

### *Sumario*

- 1. Hechos e íter procesal**
- 2. Cálculo de la indemnización**
  - 2.1. Pérdida de los hijos**
    - 2.1.1. Pérdida temporal**
      - a) Jurisprudencia del TS, Sala 3ª, en materia de privación indebida de la libertad
      - b) Aplicación de la fórmula en el AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005
      - c) Factor de corrección
      - d) Actualización de la indemnización
      - e) Número de hijos afectados
    - 2.1.2. Pérdida definitiva del hijo menor**
  - 2.2. Enfermedad de la madre**
- 3. Indemnización total**
- 4. Conclusión**
- 5. Tabla de sentencias**

## *1. Hechos e íter procesal*

En 1996, la policía halló a la Sra. Carmen F. en situación de pérdida de autocontrol debido a una ingesta alcohólica. Por ello, el 12.11.1996 la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía declaró la existencia de situación legal de desamparo de sus hijos, Sara e Iván, de 5 y 4 años de edad respectivamente, y retiró la guarda y custodia de la madre. Los menores quedaron bajo la tutela de la Junta de Andalucía.

El 2.6.1997 los menores fueron entregados por la mencionada Administración en acogimiento preadoptivo al matrimonio constituido por Juan y Josefa. En este proceso recayó sentencia del JPI nº 7 de Sevilla, 8.9.1998, en la que se desestimó la oposición planteada por la madre de los menores. Sin embargo, la sentencia fue revocada por la SAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 12.6.2000, al considerar que no existía situación legal de desamparo.

No obstante, el AJPI nº 7 de Sevilla, 11.7.2001, de ejecución de la SAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 12.6.2000 declaró que, en interés de los menores, éstos debían permanecer con sus padres de acogida.

Mientras tanto, Juan y Josefa recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberseles negado su participación en el proceso como parte. La STC, Sala 2ª, 20.5.2002, estimó el recurso y procedió a la anulación de todo lo actuado desde la SAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 12.6.2000, que declaraba la inexistencia de situación legal de desamparo.

Por ello, la AP de Sevilla dictó nueva sentencia (SAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 26.12.2002) en la que declaró la inexistencia de situación legal de desamparo, denegó el acogimiento preadoptivo y ordenó el retorno de los niños con su madre biológica. No obstante, en dicha sentencia se admitió la imposible ejecución del fallo, debido al largo periodo de tiempo que los menores habían convivido con su nueva familia. De esta manera, el JPI nº 7 de Sevilla incoó incidente para la determinación de la indemnización sustitutoria que debía hacer frente la Junta de Andalucía con base en el Art. 18.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, de 2.6.1985).

En el mencionado incidente de ejecución, la SJPI nº 7 de Sevilla, 28.3.2005, estableció una indemnización en 72.670 €. El AAP<sup>1</sup> Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005, resolvió el recurso de apelación, y aumentó la cuantía indemnizatoria a 1.400.000 €. La Junta de Andalucía ha recurrido esta resolución ante el TC mediante un recurso de amparo que aún no ha sido resuelto.

En el año 2003, Sara, con 13 años de edad, volvió por su propia voluntad a convivir con su madre biológica.

---

<sup>1</sup> Debemos aclarar que el AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005, adopta la forma de Auto en cumplimiento de los artículos 545.4 y 206.2.2ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000). Asimismo, en dicho Auto la AP considera que la forma que debería haber adoptado la resolución del JPI era la de auto, y no sentencia.

Durante todo este proceso, el sufrimiento padecido por Carmen se tradujo en dos enfermedades: una depresión reactiva, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y otro de naturaleza física u orgánica a resultas de la cual tuvo que someterse a tratamiento oncológico, presentando plena afectación de un pulmón.

## **2. Cálculo de la indemnización**

El problema que suscita el presente caso consiste en la determinación de la indemnización a la que tiene derecho la madre biológica por ser de imposible cumplimiento la ejecución de la sentencia que le otorga de nuevo la custodia de sus hijos. El AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005, distingue entre la privación de la compañía de los hijos y la enfermedad de la madre. A su vez, por lo que respecta a la privación de la compañía de los menores, la AP de Sevilla distingue la parte de la indemnización correspondiente a la privación temporal de la compañía de ambos hijos, de la que corresponde a la pérdida indefinida de la custodia del hijo menor, plenamente integrado en la familia de acogida.

### **2.1. Pérdida de los hijos**

#### **2.1.1 Pérdida temporal**

La AP de Sevilla, para determinar la indemnización a la que tiene derecho la Sra. Carmen, establece un paralelismo entre la privación de la compañía de sus hijos por una parte, y la privación indebida de libertad propia por la otra. La AP sigue las pautas de la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre privación indebida de libertad, según la cual, la indemnización debe estar en función del tiempo transcurrido siguiendo una indemnización progresiva, no proporcional. En este sentido, cada periodo de tiempo de privación de libertad merece una indemnización mayor a la del periodo anterior.

##### a) Jurisprudencia del TS, Sala 3ª, en materia de privación indebida de la libertad

En los casos de privación indebida de la libertad, el artículo 294 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que:

“1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se les hayan irrogado perjuicios.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”.

En aplicación de este artículo, la Sala 3ª del TS ha venido aplicando desde febrero de 1999 una fórmula progresiva de indemnización, en función del tiempo de privación de libertad.

“[E]s lógico que la prolongación en el tiempo de la privación de libertad agrave progresivamente dicho perjuicio, de manera que la fijación de idéntica cantidad por cada día de prisión no parece acertada (...) [E]n consecuencia, se debe incrementar la indemnización progresivamente en lugar de proporcionalmente, si bien la determinación de cada período y el tipo de incremento ha de quedar al prudente arbitrio del juzgador...” (STS, 3ª, 20.1.2003, FD 4c).

En términos económicos: la desutilidad marginal por la privación de libertad es creciente. Así, por ejemplo, la desutilidad derivada de estar un día más en prisión es mayor cuando uno ya lleva un año de privación de libertad que cuando uno sólo lleva una semana.

La fórmula que establece el TS para llegar a la fijación de una indemnización progresiva consiste en la aplicación un tipo constante sobre una base indemnizatoria diaria.

#### 1.- Base indemnizatoria

La aplicación de la fórmula requiere, en primer término, la fijación de la cantidad diaria indemnizable. En esta materia, la jurisprudencia del TS es criticable por varios motivos.

En primer lugar, cuando el TS considera que no existen especiales circunstancias personales, familiares o sociales, que hayan hecho más o menos enojosa y gravosa la indebida privación de libertad, procede tan solo a indemnizar el daño moral sufrido por la persona. Debemos destacar, pues, que el TS ignora el coste de oportunidad en que incurre un sujeto cuando está en prisión. En efecto, una persona en prisión deja de obtener los ingresos que percibía antes del internamiento. Incluso en el caso en el que la persona no percibiera rentas por estar, por ejemplo, desempleado, se le priva de la posibilidad de obtenerlas, y ello debe ser indemnizado.

En segundo lugar, el TS, para establecer la base diaria de indemnización por el daño moral sufrido, recurre a los “eventuales ingresos por trabajo personal que dejó de percibir [el sujeto privado de libertad], y a la circunstancia de ruptura y alejamiento de su entorno habitual” (STS, 3ª, 20.2.1999, FD 5 y STS, 3ª, de 30.6.1999, FD 4c) y “considera razonable calcular la indemnización (...) sobre la base de un salario mensual medio (...) de 60.000 ptas [360,60 €]” (STS, 3ª, 20.1.2003, FD 4c). El recurso a los ingresos dejados de percibir nos parece totalmente inadecuado para la fijación de la base indemnizatoria del daño moral. Además, ello supone la consideración de un daño moral diferente según los ingresos que perciba la persona privada de libertad.

#### 2.- Tipo aplicado

En la determinación del tipo aplicable para el cálculo de la indemnización correspondiente a cada periodo de tiempo de privación de libertad, la jurisprudencia del TS es muy oscilante. En efecto,

podemos observar en las decisiones del Tribunal Supremo una tendencia errante que varía desde la aplicación de un 50% cada quince días<sup>2</sup> (STS, 3ª, 20.2.1999), un 25% cada mes (STS 3ª, 30.6.1999) y un 10% al mes (STS 3ª, 20.1.2003).

En el cuadro 1 se recoge el valor de las variables que ha establecido el TS, Sala 3ª, a fin y efecto de determinar la cuantía de la indemnización en casos de privación de libertad indebida<sup>3</sup>, comparada con los valores que se infieren del AAP de Sevilla.

Resolución	Tipo mensual	Base diaria en euros	Tiempo de privación en meses	Indemnización en euros	Ratio Indemnización total/tiempo de privación en meses
STS 13.11.2000	125%	60,10	0,93	2.073	2.230 €/mes
STS 20.2.1999	125%	24,04	2,84	6.580	2.317 €/mes
STS 30.6.1999	25%	24,04	7,8	14.309	1.834 €/mes
STS 26.1.2005	25%	36,06	8	20.923	2.615 €/mes
STS 3.5.1999	25%	24,04	11	30.697	2.790 €/mes
STS 20.1.2003	10%	12,02	31,5	66.938	2.125 €/mes
AAP de Sevilla 30.12.2005	3,25%	12,02	102	287.704	2.820 €/mes

Cuadro 1

En el gráfico 1, podemos observar el factor multiplicador que equivale al aumento progresivo de la base mensual del cálculo. Aquí se puede apreciar las grandísimas diferencias que existen entre la aplicación de un tipo u otro.

<sup>2</sup> Ello equivale a un aumento del 125% cada mes, es decir, la base mensual se multiplica por 2,25 cada mes.

<sup>3</sup> Este cuadro resume las sentencias de la Sala 3ª del TS que desde la STS, 3ª, 20.2.1999 (Ar. 3016; MP: Jesús Ernesto Peces Morate) ha aplicado la fórmula indemnizatoria descrita. En concreto, la única que no hemos incluido es la STS, 3ª, 29.5.1999 (Ar. 7259; MP: Jesús Ernesto Peces Morate) por la siguiente razón: los antecedentes coinciden con la STS, 3ª, 3.5.1999 (Ar. 4790; MP: Francisco González Navarro) "en la que partiendo de 6.000 ptas [36,06 €] diarias como base del cálculo (...) resulta una cantidad de 7.662.120 ptas [46.050€] (...) Tal cantidad debemos acordarla también como indemnización a favor del ahora recurrente" (STS, 29.5.1999, FD 9) mientras que realmente la STS, 3ª, 3.5.1999, fijó una base de 4.000 ptas diarias [24,04 €] que condujo a una indemnización total de 5.107.574 ptas [30.697 €], y no 7.662.120 ptas como se dice en la STS, 3ª, 29.5.1999.

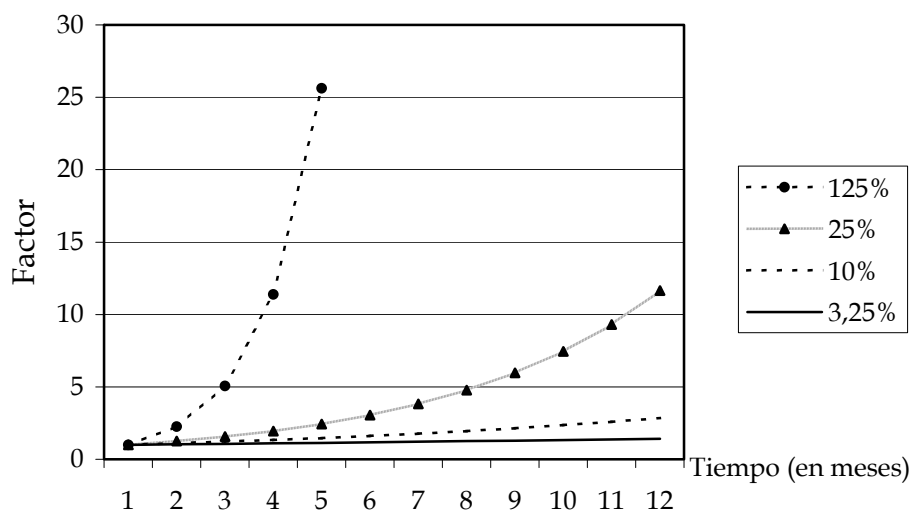


Gráfico 1

Si bien es cierto que, por ejemplo, aumentar un 50% la base cada 15 días (es decir, un 125% mensual) da lugar a una indemnización razonable en casos de privación de libertad de muy corta duración – como el caso de la STS, 3ª, 20.2.1999, de 85 días – resulta económicamente inviable para periodos de duración media-larga, pues supondría una indemnización astronómica<sup>4</sup>. En cambio, la aplicación de un tipo muy bajo – adecuado para periodos largos – a un periodo corto, da lugar a una indemnización aparentemente baja<sup>5</sup>.

Por todo ello, tras un análisis de los resultados expuestos en la tabla, se puede concluir que la determinación del tipo no es arbitraria, sino más bien todo lo contrario: el tipo es menor cuanto mayor es la duración de la privación de libertad. Esta conclusión es contradictoria con la justificación que el TS da a la indemnización de tipo progresiva y no proporcional. Efectivamente, pese a que las Sentencias del TS individualmente consideradas utilizan una indemnización progresiva, la jurisprudencia del TS considerada en términos globales parte de un principio de proporcionalidad, pues la ratio indemnización dividida entre el tiempo de privación de libertad indebida en meses, se mantiene en torno a 2.300 € por mes de privación de libertad.

Sin embargo, una determinación progresiva de la indemnización supondría que la indemnización media fuera más alta cuanto mayor sea el tiempo de privación de libertad.

<sup>4</sup> Un dato curioso: si se mantuviera el criterio de aumentar la base un 50% cada 15 días, la indemnización resultante por una privación de libertad de 102 meses con base 12,02 € consistiría en  $5,4 \times 10^{38}$  €, mientras que el PIB español en el año 2004 a precios corrientes fue de  $8,37 \times 10^{11}$  €, según el Instituto Nacional de Estadística <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4214/tabcom.xls>. (Última consulta realizada el 18.4.2006). Otro ejemplo para apreciar la magnitud de las cantidades: la suma que representan billetes de 500 € uno al lado del otro, de la Tierra al Sol, asciende “tan solo” a  $4,675 \times 10^{14}$  €.

<sup>5</sup> Por ejemplo, si aplicamos un aumento del 10% sobre una base diaria de 24,04 € durante 2,84 meses, la indemnización resultante es de 2.246 €. Sin embargo, nos parece más razonable la indemnización de 6.580 € que otorga la STS, Sala 3ª, 20.2.1999, en la que se aplica un tipo del 125% mensual.

## b) Aplicación de la fórmula en el AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005

La AP de Sevilla fija la indemnización por la privación temporal de la compañía de los hijos en 950.000 €. Para ello, parte de la jurisprudencia la Sala 3ª del TS en materia de privación indebida de la libertad. Además, considera que la cantidad resultante al seguir dicha jurisprudencia debería ser incrementada por un factor de corrección, actualizada y multiplicada por el número de hijos. Lamentablemente, el AAP no explicita ningún cálculo, y sólo fija el valor del factor de corrección (30%). No obstante, he supuesto que la actualización adecuada al caso debería ser igual al aumento del IPC desde 1998, es decir, del 27% (véase apartado d). Por ello, he podido calcular, mediante un ejercicio de ingeniería inversa, que la indemnización conforme a la jurisprudencia del TS es de 287.704 €<sup>6</sup>.

Esta es la cantidad que se debería obtener tras la aplicación de la fórmula empleada por el TS en su jurisprudencia. Esta fórmula requiere la determinación del tiempo de privación de libertad, una base diaria de indemnización y un tipo. No obstante, la AP de Sevilla no establece de manera explícita la base del cálculo, ni tampoco el tipo que utiliza en la aplicación de la fórmula.

Por lo que respecta al tiempo, la duración de la privación de la compañía de los menores es de 8,5 años (102 meses) de promedio, pues Sara estuvo 7.5 años sin su madre, e Iván 9.5 años.

Así pues, las únicas variables que desconocemos son la base diaria y el tipo que utiliza la AP de Sevilla. No obstante, a partir de la siguiente fórmula - análoga a la aplicada por la Sala 3ª del TS - podemos obtener infinitas combinaciones de bases diarias con tipos que resuelvan la ecuación:

$$\sum_{t=1}^{102} \text{Base diaria} \times 30 \times (1 + \text{tipo})^{t-1} = 287.704$$

Así pues, si partimos de una base de 12,02 €, que es la base mínima que aparece a lo largo de la jurisprudencia del TS, el tipo mensual correspondiente es del 3,25%<sup>7</sup>. A medida que aumentamos la base diaria, el tipo decrece para mantener la igualdad. Por ello, este 3,25% es el tipo máximo que podría haber considerado la AP de Sevilla en el presente caso.

De esta manera, podemos observar cómo el AAP de Sevilla se suma a la tendencia del TS en la fijación del tipo. Debido a que la privación de la compañía de los menores es muy prolongada en el tiempo (102 meses), la AP de Sevilla, de manera implícita, aplica un tipo multiplicador muy

<sup>6</sup> 287.704 € \* 1,3 (factor corrector) \* 1.27 (actualización según IPC) \* 2 (hijos) = 950.000 €

<sup>7</sup> Por el primer mes se indemniza con 360,60 €; el segundo, con 360,60 € \* (1 + 0,0325) = 372,31 €; el tercero, con 360,60 € \* (1 + 0,0325)<sup>2</sup> = 384,42 €; y así hasta completar los 102 meses que componen 8.5 años, hacen un total de 287.704 €.



bajo (3,25% mensual). Efectivamente, la AP otorga de media una indemnización mensual (2.820 €/mes) ligeramente mayor a la que otorga el TS en materia de privación indebida de la libertad<sup>8</sup>.

c) Factor de corrección

La AP de Sevilla considera que la indemnización por la privación temporal de la compañía de los menores, calculada conforme a la jurisprudencia del TS en materia de privación de libertad indebida, debe ser corregida con un factor que tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

- a. El sufrimiento padecido en el caso de privación de la compañía de los hijos es mayor a la privación de libertad propia
- b. La corta edad de los hijos en el momento de la separación de la madre
- c. El cambio en las expectativas de la madre al pasar de tener una sentencia favorable a no poder ejecutarse la misma<sup>9</sup>

El AAP de Sevilla establece de manera explícita que este factor equivale a un 30%. De esta manera, la indemnización determinada por la pérdida temporal de la compañía de los menores establecida según la jurisprudencia del TS ha de ser multiplicada por un 1,3.

d) Actualización de la indemnización

El Tribunal considera que la indemnización ha de actualizarse, pues los hechos ocurrieron en 1996. Así pues, hay que tener en cuenta un coeficiente del 27%, que es el incremento del IPC desde 1998. Esta es la fecha de la SJPI de Sevilla nº 7 (8.9.1998) que se produce la denegación de devolución de la custodia de los niños y punto que se toma de referencia como momento del daño.

e) Número de hijos afectados

Finalmente, la AP de Sevilla considera que la indemnización por la privación de la compañía de los hijos debe ser multiplicada por dos, puesto que dos son los hijos afectados. De esta manera, la indemnización por la pérdida temporal de la compañía de los dos menores asciende a un total de 950.000 €<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase *supra* la tabla comparativa de las SSTS y del AAP de Sevilla.

<sup>9</sup> Los trabajos clásicos de Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY (1979), "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk" (47 *Econometrica* 263) parten de la idea de que la utilidad de las ganancias y de las pérdidas de riqueza siguen funciones diferentes. Por ejemplo, si una persona en un día gana 100 €, y luego los pierde, finaliza el día con una utilidad menor a la inicial. En este mismo sentido, partiendo del momento en que se privó a Carmen de la compañía de sus hijos, el hecho de que posteriormente se le otorgue la custodia por vía judicial y, finalmente, considerar esta decisión inejecutable, sitúa a la afectada en una utilidad menor a la inicial.

<sup>10</sup> 287.704 € \* 1,3 (factor corrector) \* 1.27 (actualización según IPC) \* 2 (hijos) = 950.000 €

### 2.1.2 Pérdida definitiva del hijo menor

Debido a la imposibilidad de que el hijo menor vuelva algún día a la custodia de la madre biológica, pues los lazos afectivos con la familia de acogida están fuertemente arraigados, la AP de Sevilla equipara esta situación con la muerte del menor a efectos indemnizatorios. Además, aplica en este caso las previsiones del baremo establecido en la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE nº 268, de 9.11.1995), fijando la cuantía indemnizatoria de 250.000€.

Llegados a este punto, se da una circunstancia paradójica: la indemnización que se otorga a la madre por la pérdida de un hijo (250.000 €) es menor a la que se otorga por la pérdida temporal del menor durante 8 años y medio (475.000 €)<sup>11</sup>. De esta manera, la AP de Sevilla considera que el daño que supone a una madre la privación temporal de un hijo es mayor al daño que ocasiona su muerte.

Desde un punto de vista psicológico, el daño que sufre una persona al morir su hijo, pese a ser muy elevado en un primer momento, tiende a decrecer con el paso del tiempo. En cambio, en el caso de la privación temporal de la compañía de los hijos, el daño psicológico generado tiende a ser constante durante todo el periodo de tiempo.

No obstante, no se debería considerar que el daño que supone a una madre la privación temporal de la compañía de un hijo es mayor al daño que le ocasiona su muerte. De lo contrario, una madre preferiría ver muerto a su hijo antes que en manos de otra familia.

### 2.2. Enfermedad de la madre

El Tribunal llega a la conclusión de que el sufrimiento que ha padecido la madre biológica durante el tiempo transcurrido desde que le fue indebidamente denegada la devolución de la custodia de sus hijos en 1998 ha sido la causa de su delicada salud.

Por ello, el AAP de Sevilla también fija una indemnización por este concepto, y aplica de nuevo el baremo establecido en la Ley 30/95. En concreto, la indemnización por este concepto asciende a 200.000 €.

### 3. Indemnización total

El AAP de Sevilla fija una indemnización total de 1,4 millones de euros. Esta cantidad es la suma de la indemnización por la pérdida provisional de la compañía de los menores (950.000 €), la indemnización por pérdida definitiva del hijo menor (250.000 €) y por el agravamiento de la salud de la madre (200.000 €).

---

<sup>11</sup> 950.000 / 2 (hijos) = 475.000 €

$$950.000 + 250.000 + 200.000 = 1.400.000 \text{ €}$$

Este caso abre una nueva vía para la determinación de la indemnización sustitutoria de la ejecución de una sentencia que tiene como objeto la restitución de la custodia de los hijos.

No obstante, la fijación de la indemnización que lleva a cabo el AAP de Sevilla es criticable, básicamente, por dos motivos.

En primer lugar, debemos tener presente que la finalidad del auto en cuestión es fijar la indemnización sustitutoria de la ejecución de la sentencia que ordenaba la restitución de los menores con la madre. Bajo este punto de vista, la indemnización debería mirar hacia el futuro, e indemnizar el daño moral por el imposible reintegro de la guarda y custodia de los menores. Sin embargo, la indemnización que otorga el AAP de Sevilla mira hacia el pasado, y fija una cuantía indemnizatoria para resarcir a la madre de los daños morales que le ha causado el largo proceso judicial desde el momento en el que se le denegó indebidamente la oposición al expediente de declaración legal de desamparo y de acogimiento preadoptivo (SJPI de Sevilla nº 7, 8.9.1998). En definitiva, pues, consideramos que la cuantía indemnizatoria debería quedar limitada a la indemnización por la privación definitiva del hijo menor, pues el resto de consecuencias que tuvo el proceso para la madre se hubieran producido igualmente en el caso de que la ejecución de la sentencia hubiere sido posible.

Por otro lado, la determinación exacta de la indemnización fijada por la AP de Sevilla siguiendo el criterio jurisprudencial del TS en materia de privación de libertad indebida, pretende ser bastante objetiva. No obstante, el uso de una fórmula indemnizatoria para este tipo de casos plantea dificultades en la determinación de las variables exógenas, es decir, la base diaria y el tipo. En concreto, la falta de motivación en la determinación de la base y el tipo al aplicar la fórmula permite desvirtuar incluso la propia esencia de la misma, es decir, el carácter progresivo de la indemnización.

#### ***4. Conclusión***

El AAP de Sevilla comentado en este trabajo determina la indemnización a la que tiene derecho la madre biológica por ser de imposible ejecución la sentencia que le había restituido la custodia de sus hijos. No obstante, la determinación de la cuantía indemnizatoria efectuada por el tribunal plantea varios problemas:

I. La AP de Sevilla incluye partidas indemnizatorias tendentes a compensar el daño moral sufrido por la madre en el pasado en lugar de resarcirla únicamente por “la frustración del derecho reconocido a la a recuperar la guarda y custodia de sus hijos” (FD 2º).

II. La aplicación analógica de la jurisprudencia del TS en materia de privación indebida de libertad al caso de privación temporal de la compañía de los hijos está insuficientemente justificada.

III. La jurisprudencia del TS aplica de manera poco rigurosa la fórmula indemnizatoria en los casos de privación indebida de la libertad.

IV. La AP de Sevilla fija una indemnización por la privación indefinida de la compañía de un hijo conforme a las previsiones que el baremo de la Ley 30/95 establece para el caso de la muerte de un hijo.

V. La indemnización por la privación temporal de la compañía de un hijo es mayor a la indemnización por la muerte del mismo.

### 5. Tabla de sentencias

#### *Tribunal Constitucional*

<i>Asunto y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
ATC, 25.2.2002	21/2002	Vicente Conde Martín de Hijas
STC, 20.5.2002	124/2002	Vicente Conde Martín de Hijas

#### *Tribunal Supremo*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 3ª, 20.2.1999	3016	Jesús Ernesto Peces Morate	Ramón L.I. c. Administración del Estado
STS, 3ª, 3.5.1999	4790	Francisco González Navarro	Scott N.M. c. Administración del Estado
STS, 3ª, 29.5.1999	7259	Jesús Ernesto Peces Morate	Stephen Mc. A. c. Administración del Estado
STS, 3ª, 30.6.1999	6336	Francisco González Navarro	Francisco A.C. c. Administración del Estado
STS, 3ª, 13.11.2000	142	Jesús Ernesto Peces Morate	Fidel M.S. c. Administración del Estado
STS, 3ª, 20.1.2003	2353	Francisco González Navarro	Allatim K. c. Administración del Estado
STS, 3ª, 26.1.2005	1164	Agustín Puente Prieto	Arturo A. c. Administración del Estado