



Roj: **AAP CA 113/2020 - ECLI: ES:APCA:2020:113A**

Id Cendoj: **11012370052020200036**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **19/02/2020**

Nº de Recurso: **75/2019**

Nº de Resolución: **44/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAMON ROMERO NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

SECCION 5ª

Presidente: Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados: Don Angel Sanabria Parejo y Don Ramón Romero Navarro

Juzgado de Primera Instancia núm 1 de Ceuta

Asunto núm 381/2018

Rollo de apelación núm 75/2019

A U T O Nº 44/2020

En Cádiz a diecinueve de febrero de dos mil veinte.-

Visto por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada en autos de *jurisdicción voluntaria* seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia referenciado, cuyo recurso fue interpuesto por Basilio, defendido por la letrada Sra. D^a Carolina María Nova Cerrillo y representado por el procurador Sr. D. Nicolás Rodríguez Estevez, y en el que es parte recurrida tanto el MINISTERIO FISCAL como Leocadia, defendida por el letrado Sr. D. Jorge Sevilla Ortega y representada por la procuradora Sra. D^a Susana Román Bernet.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado *D. Ramón Romero Navarro*, que expresa el parecer de esta Sala y en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez de Primera Instancia núm 1 de Ceuta con fecha 3 de octubre de 2018 dictó auto en el presente procedimiento, cuya PARTE DISPOSITIVA es del siguiente tenor literal: " *Que procede acordar respecto del menor de edad Constancio y al amparo del art. 158cc, la siguientes medidas:*

- *Atribuir a la madre la guarda y custodia del menor, siendo la patria potestad compartida.*

- *Régimen de visitas de fines de semana alternos desde las 19,00 horas del viernes hasta las 19,00 horas del domingo, debiendo la madre acercar al menor a DIRECCION000 a las 19,00 horas, mientras que el padre hará el trayecto con el menor DIRECCION000 -Ceuta- DIRECCION000 reintegrándolo a la estación marítima de DIRECCION000 a las 19,00 horas del domingo.*

- *Fijar a cargo del padre una pensión de alimentos de 150 euros pagaderos en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la madre designe, sufriendo las variaciones que experimente anualmente conforme al IPC.*

Desestimar el resto de las medidas interesadas."



SEGUNDO.- Contra dicha auto, por la representación de la parte apelante se preparó, en tiempo y forma, recurso de apelación por entender lesiva para sus intereses la resolución de instancia. Admitido que lo fue en ambos efectos, y formalizado alegando los motivos de disenso con la resolución, se dio traslado del escrito de formalización a la parte contraria por plazo de diez días a fin de que pudieran oponerse al recurso o impugnar la resolución. Transcurrido dicho término se elevaron a esta Audiencia los autos originales con los escritos presentados.-

TERCERO.- Recibidos los autos, formado el rollo correspondiente para sustanciar la apelación, turnada que fue la ponencia y no habiéndose propuesto prueba en el escrito de interposición, quedaron los autos conclusos para dictar resolución dentro del término legal, luego de señalarse día para la deliberación y votación.-

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al abordar el estudio del presente recurso de apelación tenemos que tener en cuenta que por las partes expresamente se ha omitido, pues se interpuso una demanda para la fijación de medidas de la que al parecer la parte ahora apelante, en su momento se desistió, la regulación previa de las relaciones paterno filiales y las derivadas de la guarda, custodia y alimentos del hijo habido en común. No existe una regulación judicial de aquellas que fueran procedentes y desde luego, el marco de la Jurisdicción voluntaria no es ni puede ser el cauce para su determinación, toda vez que en ésta lo único que procede es adoptar decisiones puntuales o atribuir a uno de los progenitores la facultad de adoptar una decisión, caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de que las partes acudan a regular las visitas y relaciones en general en el procedimiento correspondiente. Es decir, no se puede por la vía de urgencia, regular lo que constituye materia de un procedimiento específico establecido en la ley de Enjuiciamiento Civil, llevando con el presente procedimiento a defraudar la norma procesal.

Aunque los padres vivan separados, el ejercicio de la patria potestad es conjunto en aquellas cuestiones que sean fundamentales para la vida del menor, como lo es el traslado del lugar de residencia. El artículo 19 de la Constitución Española reconoce el derecho de todos los españoles a elegir libremente su residencia, a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca; ámbito de circulación y estancia que debe ampliarse al territorio de todos los países que componen la Unión Europea. La atribución de la guarda y custodia a un progenitor no significa una pena de confinamiento similar a la del artículo 87 del Código Penal, en virtud de la cual no se pueda ejercer un derecho constitucional como es el de libertad de residencia. Sin embargo, la circunstancia de que el progenitor custodio quiera ejercer su derecho a fijar su residencia en el lugar que tenga por conveniente no incluye la potestad de decidir unilateralmente dónde tienen que residir los hijos, porque, formando parte esta decisión del haz de facultades integradas en el ejercicio de la patria potestad, ésta ha de ser tomada por ambos progenitores si tienen atribuido el ejercicio conjunto de la patria potestad, con posibilidad de acudir al juez en caso de desacuerdo para que resuelva en los términos establecidos en el artículo 156 del Código Civil. Es cierto que en el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 -de aplicación preferente al Código Civil y leyes autonómicas-, en el artículo 2.9 se indica que el derecho de custodia otorga la facultad de decidir sobre su lugar de residencia, sin embargo, también lo es que el artículo 2 del citado Reglamento se dedica a las definiciones sin que luego haya ningún artículo que ratifique esta afirmación, por lo que parte de la doctrina entiende que no estamos ante un derecho absoluto del progenitor custodio y que el traslado siempre estará condicionado a que sea beneficio para el menor. En la determinación del domicilio de los menores, pues, entran en juego muchos y variados problemas y conflictos como es la decisión de la atribución de la custodia, el régimen de comunicaciones con el progenitor no custodio que a causa del cambio puede pasar a vivir más alejado de sus hijos; pero, sobre todos estos problemas, *"por encima de estas dificultades ha de situarse como aspiración primera, con primacía indiscutible, el bienestar de los hijos, lo que mayor beneficio les reporte, lo que del mejor modo posible colme el interés de los menores, desiderátum que, a su vez, es cuestión no siempre fácil de solventar"*, pues, como apunta el Tribunal Supremo en la **Sentencia de 11 de diciembre de 2014**, *"se adopta la medida que más se adapta a la protección del interés de la menor, equilibrando, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal"*.

SEGUNDO.- El problema es *determinar cuál es el interés del menor*, teniendo en cuenta que habrá de fijarse atendiendo al caso concreto, o como dice la STS de 20 de octubre de 2014, *"de un menor perfectamente individualizado"*, sin que quepa hablar de un criterio objetivo, como el que se había sostenido por algunas Audiencias Provinciales, que identificaban el interés del menor con el mantenimiento de éste en su entorno, partiendo de una especie de presunción de que el traslado del menor al **extranjero** (o a otras partes alejadas del país) implicaba una afectación negativa, e incluso acudiendo como criterio para determinar el interés del



menor a su condición de nacional español, como factor de protección para impedir el traslado, y soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su madre o con su padre, como había sustentado la sentencia casada por la STS de 20 de octubre de 2014.

Hay que partir de que *el cambio de residencia no tiene que ser necesariamente perjudicial para los menores* (STS de 10 de septiembre de 2015). En este sentido, son muy descriptivas las palabras de la AP de Barcelona en su Sentencia de 14 de septiembre de 2011: "los hijos no nacen anclados a un lugar físico determinado, a una ciudad o a un territorio sino que, en todo caso, están fuertemente vinculados al domicilio de su familia y al lugar en el que desarrollan la vida habitual sus progenitores. Cuando se produce la separación de éstos y el cambio de domicilio de alguno de ellos, es deseable que se mantenga una cierta normalidad para que las modificaciones consiguientes a la ruptura afectiva entre sus padres no le repercutan negativamente, pero no es éste un bien absoluto en sí mismo, puesto que lo esencial sigue siendo la determinación del superior interés del menor".

La pregunta surge a la hora de determinar qué criterio deberemos seguir para considerar que ese traslado de domicilio ha alterado las circunstancias y justifica un cambio en la atribución de la custodia, que es lo que se pide. Este criterio no es otro que valorar si dicho traslado influye negativamente en el interés y en la adecuada formación y equilibrio de los menores, puesto que es principio general que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas siempre en beneficio de ellos. Por consiguiente, para que tuviera éxito la demanda solicitando el cambio de custodia que esté basada en el cambio de domicilio del progenitor custodio, deberá quedar acreditado que el cambio de residencia del menor va a repercutir negativamente en su interés y es palmario que de lo actuado no consta precisamente que sea negativo.

Como señala el Juez a quo justificando el mantenimiento de la custodia materna (...) En justificación de la decisión con anterioridad, el Juzgador de instancia, pone de relieve que (...) *el solicitante refiere que él puso una demanda pero que desistió de ella porque ella le mandó un burofax hace un año diciéndole que iba a establecerse en Cádiz a vivir por cuestiones laborales y entonces la quito para pedir la custodia en exclusiva o compartida hecho éste que no ha ocurrido; que nunca ha pagado nada aunque la ha ayudado con compras y este año con libros; que vive con sus padres, que el niño siempre ha vivido con los abuelos maternos; que hace poco se quiso ir a Madrid con el niño pero al final no pudo porque ella no se lo dio al parecer en interés del menor; que preguntado cómo iba a Madrid si no tiene trabajo refiere que ha recibido una indemnización de 12.000 euros; y preguntado si ha pagado al menos algo de manutención en septiembre refiere que no(...). Dicho pronunciamiento no tiene más resultado que entregarla a la madre, dado que siempre ha estado con ella y con su familia, por lo que el cambio en favor del padre, sería perjudicial en este momento, y supondría una perturbación a la estabilidad personal, familiar y social del menor. Igualmente procede el reconocimiento de un régimen de visitas en favor del padre, hasta que se resuelva en el procedimiento correspondiente(...)*

Por lo expuesto, no cabe atribuir la custodia al progenitor por cuanto que el **peligro** que se manifiesta, representado por el cambio del domicilio del menor de Ceuta a DIRECCION001, no lo es tal y sí que sería perjudicial para el menor y su estabilidad personal y familiar que se le atribuya la custodia al progenitor apelante, pues supondría un cambio radical en su **status quo**, que siempre ha estado bajo la custodia materna, quien cambia de domicilio no por gusto sino precisamente por encontrar trabajo y estabilidad económica y habitacional para su unidad familiar, en este caso, monoparental, lo que está completamente justificado. Las relaciones paterno filiales, puntualmente fijadas en la resolución recurrida, habrán de examinarse en toda su extensión, como tenían que haberlo sido desde un primer momento en el procedimiento correspondiente, sin que sea materia de este procedimiento, su fijación ni alterar lo fijado por el juez a quo en la resolución recurrida que va más allá de lo que es admisible en el mismo y que se mantiene en aras de no perjudicar el interés del apelante.

TERCERO.- Habida cuenta la naturaleza de las cuestiones objeto de decisión, no procede hacer especial imposición de las costas ocasionadas en esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

Vistos los arts citados y demás de general y pertinente aplicación, por cuanto antecede

LA SALA ACUERDA: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Basilio contra el auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm 1 de Ceuta en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de referencia, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución**, sin que proceda hacer especial imposición de las costas de esta alzada y con pérdida del depósito constituido.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.-



Así por este nuestro auto, que se notificará a las partes con la prevención de ser firme por no haber contra el recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

E./

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ