



Roj: **AAP LO 525/2023 - ECLI:ES:APLO:2023:525A**

Id Cendoj: **26089370012023200525**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2023**

Nº de Recurso: **317/2023**

Nº de Resolución: **97/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO SOLSONA ABAD**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

AUTO: 00097/2023

Modelo: N10300

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45 -47, 3ª PLANTA

-

Teléfono: 941 296 568 **Fax:** 941 296 488

Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: ARO

N.I.G. 26089 42 1 2023 0006592

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000317 /2023

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: X00 JURISDICCION VOLUNTARIA (GENERICO) 0000999 /2023

Recurrente: María Inés , Sergio

Procurador: MARIA LUISA MARCO CIRIA,

Abogado: MARIA VICTORIA SANTO TOMAS CASTROVIEJO,

Recurrido: Teodosio

Procurador: MONICA EMMA PALACIO ANGULO

Abogado: ALBERTO SAENZ GIL DE GOMEZ

AUTO Nº 97 DE 2023

ILMOS.SRES.

MAGISTRADOS:

DON FERNANDO FERRERO HIDALGO

DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

DON FERNANDO SOLSONA ABAD

En Logroño, a treinta de noviembre de dos mil veintitrés.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento indicado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño (Juzgado de Familia) se dictó Auto en fecha 26 de septiembre de 2023 cuya parte dispositiva acordaba lo siguiente : *"DECIDO: Declarar ilícita, en los términos del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, la retención en Alemania del menor, Sergio llevada a cabo por la madre del niño, doña María Inés al haberse llevado a cabo con infracción de los derechos de custodia del padre del menor, don Alfonso ."*

Dicho Auto fue objeto de aclaración en el solo sentido de corregir el nombre del instante del procedimiento, que no era Alfonso , sino Teodosio .

SEGUNDO.- Contra dicho Auto la representación procesal de doña María Inés interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado; y emplazadas en tiempo y forma las partes, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de don Teodosio , que se opusieron al recurso. Tras ello se remitió el oportuno testimonio a esta Ilma. Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos por esta Sala el 23 de noviembre de 2023, se designó ponente, al cual se dio cuenta y se le entregó el asunto para su resolución el día 30 de noviembre de 2023 , procediéndose inmediatamente a la deliberación votación y fallo. Es Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **Don Fernando Solsona Abad.**

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes del caso que resultan del elenco probatorio.-

Los antecedentes fácticos necesarios para resolver son los siguientes:

1.- Con fecha *13 de julio de 2015* se dictó *Sentencia de primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño* aprobatoria del acuerdo al que habían llegado los litigantes doña María Inés y don Teodosio en relación a guarda y custodia y vistas del hijo común, al que no se opuso el Ministerio Fiscal, y que en el aspecto que interesa a los efectos del presente procedimiento, fijó la guarda y custodia del único hijo menor Sergio en favor de la madre doña María Inés y con régimen de visitas en favor del padre don Teodosio .

El domicilio del menor se entendía fijado en la localidad de Logroño y en la sentencia se fija la obligación expresa de que para cualquier salida al extranjero, superior a 15 días de duración, se requerirá el consentimiento de ambos padres o en su defecto la autorización judicial.

En concreto, el acuerdo aprobado era el siguiente:

Más adelante indicaba:

Por auto de complemento de sentencia de 2 de febrero de 2016 se complementó el contenido del fallo transcrito del modo siguiente:

2.- Tal como resulta del acontecimiento nº 26 del presente procedimiento, con fecha *19 de junio de 2023*, doña María Inés , madre del menor, *interpuso demanda de modificación de medidas con solicitud de " medidas cautelares previas"* (hay que indicar que pese a que se las calificaba como *medidas cautelares previas*, lo cierto es que se solicitaban coetáneamente con la misma demanda y no previamente a esta; además, parece ser que con semejante denominación se estaba refiriendo a una petición de medidas provisionales).

Tanto en la demanda de modificación de medidas, como en la solicitud de medidas cautelares previas, se solicitaba:

"1º El cambio de domicilio del menor a Alemania junto con su madre, hermana y padrastro.

2º.- Se modifique el régimen de visitas conforme al calendario escolar alemán..."

La parte demandante justificaba esta demanda de modificación de medidas en los siguientes hechos:

La madre, María Inés rehízo su vida con Constancio con quien se casó en 2015 y tiene una hija de tres años. Constancio lleva dos años trabajando en Alemania para empresas españolas y con contratos de trabajo cualificados acordes con su profesión. Durante estos dos años la familia ha estado separada, María Inés aquí en Logroño con sus dos hijos e Constancio en Alemania viajando a España cuando puede. Este año Constancio ha conseguido un contrato de trabajo indefinido para una empresa alemana " DIRECCION000 " en DIRECCION001 ... (...)

"La familia no puede permitirse tener abiertas dos casas con la consiguiente duplicidad de gastos de gas, luz, alquiler.... y han tomado la firme decisión de ir a vivir a Alemania con los hijos. Alemania es un país con muchas



expectativas para todos los miembros de la familia, tanto para los hijos que aprenderán otro idioma y cultura y que recibirán prestaciones a la infancia y juventud hasta los 18 años, facilitando así su acceso a estudios superiores y manutención, como para Constancio que goza de un **contrato** de trabajo acorde a sus expectativas profesionales ..." (...)

"...Para el curso 2023-2024 ya han mirado y tienen adjudicado colegio para los dos hijos. Aportamos enlace del colegio, ya que hasta que no acabe el curso actual en España y Sergio no esté empadronado en Alemania no se pueden iniciar los trámites legales en el país germano.

DIRECCION002 /

En Alemania, María Inés comienza el curso de integración (DIRECCION003 /) de septiembre de 2023 a febrero de 2024 durante el primer curso escolar se dedicará a estudiar alemán y al cuidado de sus hijos..."

3.- Tal como consta el muy revelador documento 7 del escrito de oposición prestado por doña María Inés (que obra como acontecimiento nº 33 del presente procedimiento), con fecha 18 de mayo de 2023, es decir antes de la interposición de la demanda de modificación de medidas, se concertó un **contrato** de " au pair" con una persona llamada Paulina para que prestase servicios de cuidadora de niños (au pair) en DIRECCION001 (Alemania). En el **contrato** se identificaba que la familia estaba integrada por dos adultos y dos niños entre 3 y 10 años, lo que implica que se estaba pensando en la atención en Alemania no solo de la hija de tres años de edad de doña María Inés , sino también en el hijo común que esta tiene con don Teodosio

Además, se señalaba como fecha en que entraba en vigor el **contrato** el 18 de julio de 2023 (" Der Vertrag tritt am 18.07.2023").

4.- Tal como consta en el documento obrante como acontecimiento 29 (documento 3 del escrito de oposición de doña María Inés), el menor Sergio , ya fue empadronado en la ciudad de DIRECCION001 (Alemania) con fecha 7 de julio de 2023, esto es, menos de tres semanas después de la interposición de la demanda judicial de modificación de medidas, y sin esperar ni su admisión ni desde luego el resultado de dicho procedimiento. No consta que se informase previamente ni que se recabase el consentimiento del padre don Teodosio .

No en vano, consta un archivo de audio aportado por doña María Inés junto con su escrito de oposición (documentos 10 y 11, acontecimiento nº 36 del procedimiento), el cual está fechado por la propia representación procesal de doña María Inés en fecha 15 de julio de 2020.

En dicho audio se escucha a un varón (presuntamente el padre don Teodosio) que dice lo siguiente: "como ya te estoy viendo venir, que no lo vas a apuntar en ningún colegio, para llevártelo, lo voy a apunar yo, voy a enterarme a ver si lo puedo apuntar yo a un colegio, y el niño se queda aquí, tú te vas donde quieras..."

Este audio evidencia de forma muy elocuente que el padre, cuando dijo esas palabras- 15 de julio de 2023- , aunque sospechaba del propósito de la madre de trasladarse a Alemania y llevarse con ella al menor, no solo no ha dado su consentimiento, sino que ignora por completo ningún dato cierto acerca de los pasos que ya se han demandado en pos de su consumación. Así, por ejemplo, que se había contratado a una *au pair* en Alemania, y que desde el día 7 de julio el menor estaba ya empadronado en dicho país como residente.

5.- Tal como consta en el documento obrante como acontecimiento 30 del presente procedimiento (documento 4 del escrito de oposición de doña María Inés), en fecha 4 de septiembre de 2023 el menor Sergio se hallaba escolarizado en un colegio de Alemania , sin que conste tampoco que se informase previamente a su padre de esa escolarización, ni que se recabase su opinión para la elección del colegio concreto, ni desde luego, que se obtuviera su previo consentimiento para realizar este cambio escolar.

6.- En fecha no determinada, pero en todo caso en fecha muy cercana pero anterior al del dos de septiembre de 2023, el menor Sergio fue trasladado por su madre a residir definitivamente Alemania. Así resulta probado en virtud del documento obrante como documento 12 de la oposición de doña María Inés (acontecimiento 37), consistente en un correo electrónico dirigido en fecha 2 de septiembre de 2023 por doña María Inés a don Teodosio , en el que dice lo siguiente.

7.- A esa fecha 2 de septiembre de 2023 en que el menor ya había sido trasladado a Alemania para residir y vivir en ese país, no existía ningún pronunciamiento judicial que autorizase el cambio de colegio y la residencia del menor en otra ciudad, en concreto en Alemania.

A esa fecha, la demanda de modificación de medidas que había interpuesto doña María Inés no había sido siquiera admitida todavía a trámite .

8.- Con fecha 13 de septiembre de 2023, tiene entrada en este Juzgado solicitud de declaración de ilicitud de la sustracción/retención **internacional** de menor de edad, presentada por don Teodosio contra doña María Inés , ambos progenitores del menor Sergio .



9.- Tal como resulta del *acontecimiento nº 39 del procedimiento* (documento 18 del escrito de oposición), la demanda de modificación de medidas que había interpuesto doña María Inés fue *admitida a trámite* por decreto del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño de fecha 14 de septiembre de 2023, dando lugar al procedimiento de modificación de medidas nº 693/2023.

Según indica el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño en el Auto hoy recurrido, las medidas provisionales interesadas en la modificación de medidas 693/2023 por la parte demandante, fueron inadmitidas a trámite por parte del juzgado.

10.- El Ministerio Fiscal se opuso a la petición de don Teodosio y también lo hizo la representación procesal de doña María Inés

11.- **Por Auto de 26 de septiembre de 2023 el Juzgado de Primera Instancia declaró ilícito el traslado del menor.**

Consideró inaplicable el artículo 6.2 LJV, invocado tanto pro doña María Inés como pro el Ministerio Fiscal, por estimar que el objeto de ambos procedimientos era distinto, pues " ... *la modificación de medidas instada, y que se sigue con número 693.2023, tiene por objeto la modificación del domicilio del menor a Alemania y el cambio en el régimen de visitas y relaciones entre padre e hijo. Este objeto procesal, es distinto al que nos ocupa en este proceso de jurisdicción voluntaria, toda vez que el mismo solo ha de determinar, si la actuación de la madre a principios del mes de septiembre de 2023, consistente en trasladar y retener en Alemania al hijo común y menor de edad, sin comunicación previa al padre ni autorización de este, ni tampoco autorización judicial pese a lo establecido en la sentencia de fecha 24 de marzo de 2023, puede considerarse una sustracción/retención ilícita del menor de edad, al haberse quebrantado los deberes derivados de la patria potestad, y los derechos que ostenta el progenitor demandante derivados de la misma.*"

En cuanto al fondo, estima la petición con base sustancial en lo siguiente: " *La modificación de medidas instada por la madre, se presentó en este juzgado el 19 de junio de 2023. Es más que evidente que la parte demandada, podía ser conocedora de que la resolución del proceso, no se produciría antes del 4 de septiembre, fecha en la que dice que necesitaba escolarizar al hijo común en Alemania. Por otra parte, el hecho de presentar una demanda de modificación de medidas o cualesquiera otra solicitudes no la eximia de contar con el consentimiento paterno o esperara a una autorización judicial para trasladar el domicilio del hijo común a Alemania, empadronar allí al menor y escolarizarlo, puesto que estas actuaciones superar sus facultades como progenitora custodia, siendo decisiones que derivan de la titularidad y ejercicio de la patria potestad y requieren el consentimiento previo de ambos progenitores, que en este caso no se ha producido. Las decisiones adoptadas por la madre (traslado a Alemania, retención en dicho país, empadronamiento y escolarización), infringen el contenido de la sentencia de guarda, custodia y alientos de 2015 de manera directa, puesto que no respetan el ejercicio conjunto de la patria potestad, quebrantan el derecho de visitas y comunicaciones que la resolución judicial fija para el padre y el hijo y quebrantan también la prohibición expresa de permanecer en el extranjero por periodo superior a 15 días con el menor sin autorización del padre o en su defecto autorización judicial...*"

12.- Contra dicha decisión interpone **recurso de apelación** doña María Inés, al que se opuso el Ministerio Fiscal y la representación procesal de don Alfonso.

Los motivos del recurso son:

A) Aplicación indebida de lo establecido en el artículo 6.2 DE LA LJV, regulado en el Título de Disposiciones Generales, que dice: "No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que está siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Se arguye que doña María Inés presentó demanda de modificación de medidas con solicitud de medidas cautelares previas a mediados de junio de este año, la cual, a pesar de que la fecha de presentación de 19 de junio, se admitió a trámite el catorce de septiembre de 2023. En la demanda y en las cautelares se solicitaba tanto que se acordase el cambio de domicilio del menor a Alemania junto con su madre, hermana y padrastro, como que se modificase el régimen de visitas conforme al calendario escolar alemán.

B) Que procede acordar la suspensión por prejudicialidad civil ex art 43 Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con artículo 6.3 LJV. Se alega que «*cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial*». El artículo 6.3 de la LJV " *Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la LEC* ".



SEGUNDO.- Marco procesal y objeto del procedimiento ante el que nos encontramos.- Consideraciones jurídicas sobre el procedimiento regulado en el art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 15 del Convenio de La Haya de 1980 .-

1.- Una vez reseñados los antecedentes fácticos concurrentes con base en los cuales tenemos que resolver, parece conveniente hacer un inciso fin de dejar claro cuál es el objeto del procedimiento al que nos encontramos.

2.- Tanto el Convenio de La Haya de 1980 como, en su ámbito, la Ley de Enjuiciamiento Civil, contemplan a propósito de la sustracción **internacional** de menores **dos acciones y dos procedimientos distintos**, que vamos a estudiar por separado en los párrafos siguientes:

a) el dirigido a la restitución del menor que ha sido objeto de traslado ilícito;

b) el procedimiento declarativo cuyo objeto se limita a la declaración de la ilicitud del traslado del menor.

Es importante subrayar ya que ambos procedimientos **están dirigidos tanto a tutelar no solo el derecho de custodia, sino también, en su caso, el de visitas**, si es este el que ha sido vulnerado: así resulta del art. 1 b) del Convenio de La Haya de 1980 que establece que su objeto es velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes; y más en concreto, resulta de los artículos 21 y 29 que específicamente proyectan lo anterior sobre el derecho de visitas.

Nos vamos a centrar ahora, exclusivamente, en el que es objeto de este procedimiento: el procedimiento declarativo cuyo objeto se limita a la declaración de la ilicitud del traslado del menor.

3.- En concreto, la acción declarativa dirigida a la declaración de que el traslado haya sido ilícito, arts 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 15 del Convenio de La Haya de 1980 (i) .- Objeto y naturaleza del procedimiento.-

EL procedimiento objeto de la presente "litis". Su objeto se limita a declarar si el traslado ha sido ilícito.

Este procedimiento nunca puede dar lugar a la restitución del menor.

Su origen se halla en el art. 15 del Convenio de La Haya de 1980, que dice así:

"Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase".

De la lectura literal de este precepto puede inferirse una concepción instrumental del procedimiento; parece que el Convenio de La Haya de 1980 otorga a este procedimiento un fin preparatorio, previo, dirigido precisamente a obtener un título certificación que en su caso pueda ser luego presentado ante las autoridades del estado donde se ha traslado ilícitamente el menor y solicitar con base en ello la reintegración del mismo.

También llama la atención que parece que el art. 15 otorga la iniciativa no al particular titular del derecho de custodias o visitas cuyos derechos se hayan visto presuntamente vulnerados por el traslado ilícito, sino a las "autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante", y ello además de forma potestativa: pueden, o no, exigir al solicitante que acuda antes al estado de residencia del menor para obtener resta resolución o certificación.

Pues bien, este precepto ha sido transpuesto a nuestra Legislación civil por la Ley 15/2015 de 2 de julio en el art. art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuya aplicación resulta ineludible, y que dice así:

*"Cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención **internacional**, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma **internacional** aplicable , cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución **internacional**, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158.*

*La autoridad competente en España para emitir una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción **internacional** de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, cuando ello sea posible, lo será la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso*



sobre responsabilidad parental afectante al menor. En defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. La Autoridad Central española hará todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase."

El tenor del este precepto evidencia que, legítimamente, el Legislador español, respetando (como no podía ser de otra forma) el ámbito que para este procedimiento diseñaba el art. 15 del Convenio de La Haya de 1980, sin embargo va todavía más allá, y ello en una doble vertiente:

a) Por un lado, confiere la iniciativa (y la legitimación activa) para promover el procedimiento, no solo a las autoridades judiciales o administrativas del Estado al que se haya trasladado el menor, como hacía el art. 15 del Convenio de La Haya de 1980, sino " a cualquier persona interesada".

b) Además, el carácter instrumental y previo que parecía otorgar a este procedimiento el art. 15 del Convenio de La Haya de 1980, como dirigido a facilitar el procedimiento de reintegración del menor seguido ante las autoridades donde el menor se hallaba, no se halla en la regulación del art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde luego, nada impide que se siga un procedimiento de este tipo con esa finalidad instrumental y previa. Sin embargo, conforme al art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil , también puede seguirse un procedimiento de este tipo, dirigido a que se declare que el traslado del menor ha sido ilícito, aunque no tenga por objeto solicitar a continuación la restitución del menor con base en dicha declaración. Mientras que en la concepción del Convenio de La Haya de 1980 el procedimiento del art. 15 parece ligado necesariamente a una ulterior petición de reintegro en la que se presentará la certificación o resolución de traslado ilícito obtenida conforme a los trámite del art. 15 , el legislador español ha optado, dentro de sus competencias, por dar un ámbito mayor al procedimiento del art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el cual se erige así como un procedimiento con un objeto propio y autónomo, no necesariamente ligado a un ulterior procedimiento de restitución del menor . El hecho de que este procedimiento no se concibe como previo al de restitución del menor lo encontramos en la propia dicción del precepto, cuando dice que este procedimiento del art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil se puede promover "... al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución **internacional**".

4.- Acción declarativa dirigida a la declaración de que el traslado haya sido ilícito, art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 15 del Convenio de La Haya de 1980 (ii).- Traslado ilícito.- Requisitos previstos tanto en el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 como en el art. 2 del Reglamento (UE) nº 2201/2003 .

Como el objeto de este procedimiento del art. 15 del Convenio de La Haya de 1980 y del art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que se declare si el traslado del menor fue ilícito, debemos estudiar ahora los requisitos para considerar ilícito un traslado, lo cual nos remite necesariamente al art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 referido al derecho de custodia , que a su vez debe ser puesto en relación con los artículos 1.2, 21 y 29 del Convenio de La Haya de 1980 , en cuanto estos preceptos extienden la protección al derecho de visita.

El **art. 3 del Convenio de La Haya de 1980** establece **dos requisitos cumulativos** (deben darse los dos):

"El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) *cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

b) *cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado."

Insistimos en que en el ámbito del derecho de visitas, hay que tener en cuenta los artículos 21 y 29 que extienden la protección también a este derecho.

En semejantes términos, el **art. 2 del Reglamento (UE) nº 2201/2003** , entiende producido el " traslado o retención ilícitos de un menor", cuando:

"a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención,

y

b) *este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención . Se considera que la*



custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor"

En definitiva, de lo expuesto se sigue que para que exista traslado ilícito es preciso el cumplimiento de dos requisitos:

A.- infracción de un derecho de custodia (o de visita).

Este derecho de custodia infringido puede haber sido atribuido, bien por establecerlo así la legislación del Estado, bien por una decisión judicial, o administrativa, o por acuerdo entre los progenitores que sea vigente según el derecho del estado.

En este punto, debemos dejar ya dicho, por lo que se refiere a España, que como recuerda la Circular de la FGE Nº 6/2015, la Jurisprudencia considera que la guardia y custodia es una parte de las facultades comprendidas en la patria potestad. Se integraría por las disposiciones necesarias para el cuidado diario y cotidiano del menor. Las decisiones trascendentes excederían de la guarda y custodia y requerirían el concurso de los titulares de la patria potestad. Por decisiones trascendentes que requieren el concurso de los titulares de la patria potestad pueden mencionarse *la decisión sobre el tipo de enseñanza, sobre la variación del domicilio del hijo o hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual, sobre la disposición de su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias, la selección del centro educativo y la decisión sobre educación religiosa o laica. No podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual.*

En este sentido se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 642/2012, de 26 de octubre de 2012** (ROJ: STS 6811/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6811), razona: *"Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.*

La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cual de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De



afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.

Lo que se ha producido en este caso no es, por tanto, conforme con lo que se expone, ni se compadece con la doctrina sentada por algunas Audiencias Provinciales citadas en el motivo. La sentencia dice lo siguiente: "La guarda y custodia de la menor Elsa se atribuye a su madre, D^a Encarna, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija".

*Sin duda, hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo, la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al **extranjero** vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido ni en cuando al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrente (" en el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York").*

Al resolver de esa forma, la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte."

..."

Igualmente es sabido que cuando, por ejemplo, una sentencia de separación, nulidad o divorcio (o en el caso de hijos no matrimoniales, una sentencia sobre medidas paternofiliales relativas a guarda, custodia visitas y alimentos del menor) atribuye la guarda y custodia a un progenitor correspondiendo el ejercicio de la patria potestad a ambos, ambos tendrán que decidir sobre los asuntos de mayor trascendencia relativos a la vida y gobierno del menor.

Por ello, en estos casos debe haber acuerdo de los dos progenitores ante cualquier modificación de la residencia del menor que suponga un cambio de su entorno físico y social. Por tanto, cuando se dicta una resolución estándar en la que, atribuyéndose la patria potestad conjunta y la guarda y custodia a uno de los progenitores, no se hace ningún pronunciamiento en cuanto a la facultad de decidir la residencia, la misma ha de entenderse corresponde a ambos progenitores de común acuerdo y, en su defecto, a la decisión judicial.

Asimismo, la Circular 6/2015 de la FGE concluye así: "un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado."

Es en este contexto en el que han de entenderse los art. 156.5 y 159 del Código Civil.

El art. 156.5 precepto no excluye que la titularidad de la custodia del menor es de padre y madre; y aunque por tener los domicilios separados, el ejercicio de la patria potestad (custodia) corresponda a aquel con el que el menor convive, solo atribuye su ejercicio al progenitor con el que el menor convive, ello no le faculta sin más para, sin contar con el otro progenitor, modificar unilateralmente el lugar de residencia del menor, pues la atribución del ejercicio de la custodia a uno solo de los progenitores, sea por decisión judicial o disposición legal, solo se extiende a los asuntos relacionados con la vida ordinaria del menor, pero no a aquellos asuntos de mayor trascendencia, entre los que obviamente se encuentra, por ejemplo, el abandonar el país de residencia de origen del menor para pasar a residir en un país distinto, máxime cuando eso se hace hallándose pendiente ya en el país de residencia un procedimiento dirigido a fijar medidas paternofiliales (guarda y custodia, visitas, alimentos).

En suma, a la hora de interpretar el contenido y alcance del art. 156.5 del Código Civil debe evitarse incurrir en una cierta simplificación iusliteralista que nos lleve a obviar su interpretación teleológica y también la sistemática en relación con el resto de los apartados de dicho precepto; en virtud de la interpretación que preconizamos, debe concluirse que su alcance se ciñe a los actos de ejercicio ordinario o diario de la patria potestad, no en relación con actos de ejercicio extraordinario de la misma (en cuanto que concernientes a asuntos exorbitantes de lo que es ordinario, como puede ser un asunto tan trascendental para la vida del menor



como puede ser un cambio de domicilio al **extranjero** susceptible de afectar de forma relevante a la vida del menor y a sus intereses).

B.- *Que dicho derecho de custodia (o visita) se haya ejercido de modo efectivo por el solicitante, o bien que de no haberse producido ese traslado ilícito, se habría ejercido de modo efectivo.*

La literalidad del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 evidencia que aunque no existiera efectivo ejercicio de la custodia o de visitas por parte del otro progenitor, también el traslado es ilícito cuando ha sido precisamente ese traslado el que se ha hecho cercenando la posibilidad de que el progenitor afectado ejerciera efectivamente esa custodia.

Además , debemos tener en cuenta que el art. 2 del Reglamento (UE) nº 2201/2003, aplicable en el presente caso, tras establecer en línea con el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, este requisito alternativo de ejercicio efectivo de la custodia en el momento del traslado o que se hubiera ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención , añade además que "Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor". Y ya hemos dicho que, en España, la jurisprudencia tiene dicho que la fijación de residencia compete en todo caso a ambos titulares de la patria potestad.

TERCERO.- Decisión de la sala en el caso.-

1.- El traslado de todo lo anterior al caso que hemos dejado examinado en el fundamento de derecho primero de esta resolución no puede conducir sino a la desestimación del recurso.

2.- *En cuanto al primer motivo: desestimación: no hay vulneración del artículo 6.2 LJV .-*

No hay vulneración del artículo 6.2 LJV por la poderosa razón de que el objeto del presente procedimiento, según hemos razonado extensamente a en el fundamento de derecho anterior, es muy distinto del objeto del procedimiento de modificación de medidas.

El procedimiento de modificación de medidas es en realidad una excepción legal al efecto de inmutabilidad y de cosa juzgada que con carácter general presentan las sentencias judiciales firmes, que tiene por objeto determinar si por producirse una alteración sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento cuando se adoptaron las medidas acordadas por una sentencia de separación, nulidad o divorcio, o bien por una sentencia que de medidas paternofiliales de guarda y custodia y alimentos del menor, es preciso modificar dichas medidas y sustituirlas por otras distintas, más adecuadas a los intereses actuales de los menores afectados y a esas circunstancias concurrentes que se han visto alteradas sobrevenidamente.

El procedimiento que hoy nos ocupa tiene la cobertura legal del art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 15 del Convenio de La Haya de 1980 y es un procedimiento meramente declarativo, cuyo objeto es que se declare la ilicitud del traslado, con infracción de un derecho de custodia o de visitas que se ejercía antes del traslado de modo efectivo que fue adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

En nuestro caso, tal como es de ver en los hechos que hemos declarado probados en el fundamento de derecho de esta resolución, es cierto que doña María Inés interpuso demanda de modificación de medidas solicitando la modificación de medidas a fin de que se autorizase el traslado del menor en Alemania (donde la madre, con su actual pareja y la hija que tiene en común con esta, pensaba ubicar su residencia) .

Sin embargo, es asimismo cierto que sin esperar el resultado de la demanda de modificación de medidas que había interpuesto, y haciendo caso omiso a la sentencia judicial firme de 13 de julio de 2015 que estableció un concreto régimen de vistas a favor del padre de la menor, procedió por la vía de hecho a llevarse consigo a su hijo a Alemania, empadronándolo en ese lugar, y matriculándolo en un colegio en dicho país, haciendo inviable el cumplimiento del régimen de vistas fijado por la sentencia judicial firme. No recabó ni consentimiento del padre para semejante cambio de domicilio, ni tampoco para la matriculación del niño en ese concreto centro escolar, decisiones ambas para las que se precisaba el consentimiento del progenitor don Alfonso , pues no debe olvidarse que en España la titularidad de la patria potestad es conjunta de ambos progenitores, aun cuando la guarda y custodia la ejerza un solo de ellos, bien por decisión judicial, bien por concurrir lo prevenido en el art 156.5 del Código Civil, pues el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia se refiere a las disposiciones necesarias para el cuidado diario y cotidiano del menor, pero sin que alcance a las decisiones trascendentes, entre ellas el cambio de residencia a otro país, las cuales exceden de la guarda y custodia y su adopción requiere el concurso de los titulares de la patria potestad y a falta de acuerdo, decisión judicial.

3.- *Desestimación del segundo motivo: no hay prejudicialidad civil en los términos del artículo 6.3 LJV .-*



El artículo 6.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dispone: "*Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*".

Por su parte, el artículo 43 de la Ley procesal establece que "*cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial*".

Así pues, la remisión al artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente se introduce por la Ley 15/2015 a los efectos de la tramitación formal del incidente, de modo que la suspensión del expediente de jurisdicción voluntaria no exige que "*para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente*", sino que basta, según el tenor del artículo 6.3 de la Ley 15/2015, con que la resolución del proceso jurisdiccional contencioso "*pudiese afectar a dicho expediente*".

En nuestro caso, estamos ante un procedimiento declarativo, cuyo único objeto es determinar si procede declarar (o no) que el traslado del menor a Alemania ha sido ilícito por vulnerar el derecho de visitas que el padre ostentaba y que venía ejerciendo por haberle sido en su día reconocido por una sentencia firme cuyas determinaciones eran imperativas.

Fuere cual fuere el resultado final del procedimiento de modificación de medidas, ello no subsanaría que el traslado del menor, que fue realizado sin esperar el resultado de dicho procedimiento, - en definitiva, por la vía de hecho-, hubiera sido ilícito.

La ilicitud o no del traslado no depende en absoluto de cuál vaya a ser el resultado final del procedimiento de modificación de medidas, sino de si dicho traslado se produjo con vulneración del derecho de visitas judicialmente reconocido al padre que este venía ejerciendo, por establecerlo así un sentencia firme que, en el momento en que se produjo el traslado, estaba vigente y era aplicable.

En suma, el resultado del procedimiento de modificación de medidas no afecta ni puede afectar al procedimiento que nos ocupa, por lo que no había razón alguna para suspender el expediente como indica el artículo 6.3 LJV. Es perfectamente compatible que el traslado del menor Sergio a Alemania, llevado a cabo por su madre doña María Inés en este año 2023, sea ilícito porque se hizo con vulneración de los derechos de visitas del padre reconocidos por la sentencia firme, (como de hecho, lo es) , y que luego, tras la tramitación del procedimiento de modificación de medidas, la sentencia sea estimatoria de la demanda que interpuso doña María Inés .

En suma, no hay prejudicialidad civil.

4.- Traslado ilícito.-

Añadimos finalmente que los hechos que hemos dejado reflejados en el fundamento de derecho primero, al cual nos remitimos, evidencian que el traslado fue ilícito.

Como bien dice la juez "a quo", si la demanda fue interpuesta el 19 de junio de 2023, es meridiano que ya se podría calcular cabalmente que para el 4 de septiembre, fecha en que pensaban que el niño empezase el colegio en Alemania, no existiría sentencia todavía dictada en el procedimiento. Sin embargo, por sola decisión de la madre, en fecha 4 de septiembre el niño ya empezó el curso escolar en un colegio en ese país, por lo que la solicitud de matrícula escolar tuvo que haberse realizado mucho tiempo antes de la demanda: no en vano, en la demanda de modificación de medidas ya se advertía que "*para el curso 2023-2024 ya han mirado y tienen adjudicado colegio para los dos hijos*".

Pero además, el empadronamiento del niño en Alemania se produjo en julio de 2023, menos de tres semanas después de la interposición de la demanda y en todo caso antes de la admisión a trámite de esta; y en mayo de 2023, esto es, mucho antes de la interposición de la demanda, ya se habían contratado los servicios de una cuidadora ("au pair") en Alemania con el fin de atender a los dos niños.

Todos estos datos evidencian que el traslado estaba proyectado para ser ejecutado siempre y en todo caso antes del inicio del curso escolar (4 de septiembre de 2023), y ello con independencia del eventual devenir de la demanda de modificación de medidas que se interpuso.



De hecho, eso fue precisamente lo que acabó sucediendo: en fecha no determinada, pero en todo caso anterior al 2 de septiembre de 2023, el traslado se consumó, y ello (i) pese a que no había recaído resolución en cuanto a la demanda de modificación de medidas, (ii) pese a que todavía estaba plenamente vigente la sentencia firme recaída en 2015 que establecía un muy concreto régimen de visitas en favor del padre, don Alfonso, y, en fin, (iii) pese a que la Ley reconocía y reconoce al padre, en cuanto cotitular con la madre de la patria potestad, el derecho a intervenir en decisiones esenciales afectantes al menor, tales como la elección del centro escolar o el lugar de su residencia, derechos todos ellos frontalmente vulnerados merced al traslado ilícito efectuado.

CUARTO.- Costas.-

1.- En cuanto a las costas procesales, rige el principio de vencimiento: se imponen a la apelante cuyo recurso ha sido desestimado (artículos 398 y 394 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña María Inés contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño (Juzgado de Familia) de fecha 26 de septiembre de 2023 en procedimiento 999/23 de ese Juzgado, del que deriva el presente Rollo de Apelación 317/2023, el cual confirmamos.

Con imposición a la parte recurrente de las costas procesales de esta alzada.

Esta resolución es firme. Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia, con testimonio de la presente resolución.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo acordamos, mandamos y firmamos.