

situación intolerable, pues no solo no ha sido acreditado ese riesgo, sino que ni tan siquiera se ha alegado qué peligro físico o psíquico amenaza al menor con su restitución a Venezuela, cuestión a la que se ciñe este procedimiento, y el resto de hechos relatados deben ser enjuiciados y decididos ante los Tribunales competentes para ello, como ya se indicó respecto al segundo motivo recurrente.

SOLICITUD DE PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL PARA UN MENOR. INEXISTENCIA DE MOTIVOS PARA ADOPTAR LA MEDIDA

2016/72.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 780/2015, de 18 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández. JUR 2015\246213.

Divorcio.– **Guarda y custodia de los hijos.**– **Solicitud de que se prohíba la salida al extranjero de los hijos con cualquiera de sus padres, si previamente no cuenta con el consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, con la pertinente autorización judicial: ausencia de motivos para adoptar tal medida.**

Normas aplicadas: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 156 Cc.

La ahora apelante no ofrece a la consideración del Tribunal razones de entidad suficiente para restringir, en los términos que interesa, la salida de los menores del territorio nacional en compañía de cualquiera de sus progenitores, pues ni se hace mención alguna, directa o indirecta, a un hipotético riesgo de sustracción de los mismos por parte del progenitor no custodio, ni, en el hipotético caso contrario, la situación quedaría huérfana, en orden al reintegro de los hijos, del necesario amparo legal, mediante la utilización de los mecanismos al efecto habilitados por el Convenio sobre Sustracción Internacional de Menores de 25 octubre 1980, ratificado tanto por España como por Chile, países de respectiva residencia de apelante y apelado.

MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO

2016/73.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 19 noviembre 2015. Asunto C-455/15 PPU. Ponente: A. Prechal.

Cooperación judicial en materia civil.– **Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.**– **Reglamento (CE) nº 2201/2003.**– **Art. 23, letra a).**– **Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental.**– **Orden público.**

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980.

[...]

45. De esto se deriva, como ha señalado el Abogado General en el punto 72 de su opinión, que una supuesta infracción del art. 15 de dicho Reglamento por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no permite al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro controlar, a pesar de que la prohibición

establecida en el art. 24 del mismo Reglamento no contiene ninguna referencia expresa a dicho art. 15, la competencia de ese primer órgano jurisdiccional.

46. Por lo demás, debe señalarse que el juez del Estado requerido no puede, sin poner en peligro la finalidad del Reglamento n° 2201/2003, denegar el reconocimiento de una resolución emanada de otro Estado miembro por el mero hecho de que considere que, en esa resolución, se ha aplicado mal el Derecho nacional o el Derecho de la Unión.

[...]

50. De este modo, incluso suponiendo que en el litigio principal se presente una dificultad en relación con la retención ilícita de un menor, tal dificultad debería resolverse, no mediante una denegación de reconocimiento, con arreglo al art. 23, letra a) Reglamento n° 2201/2003, de una resolución como la del Šilutės rajono apylinkės teismas (Tribunal de Primera Instancia de Silute), de 18 febrero 2015, sino, en su caso, recurriendo al procedimiento previsto en el art. 11 de dicho Reglamento.

51. Dicho procedimiento permite al órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícitos tomar una decisión posterior para garantizar el retorno del menor al Estado miembro en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

52. No obstante, debe recordarse que el órgano jurisdiccional competente, antes de adoptar tal resolución, debe tener en cuenta los motivos y elementos de prueba sobre cuya base se adoptó la resolución de no restitución (sentencia Povse, C-211/10 PPU, ap. 59).

53. De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la cuestión prejudicial planteada que el art. 23, letra a) Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor.

[P y Q]

Observaciones: 1. En el supuesto origen de la STJ 19 noviembre 2015 se concentran interesantes factores que ponen de relieve nuevas dimensiones de la tipología clásica del traslado ilícito de menores a través de las fronteras. En esencia los hechos son los siguientes: padre y madre, residentes en Lituania desde 1997, tuvieron un hijo en 2000, se divorciaron por sentencia de un Tribunal lituano en 2003 y se trasladaron a vivir a Suecia en 2005. En 2006, el mismo tribunal lituano que había pronunciado el divorcio decretó que la residencia del hijo (entonces de 6 años de edad) quedara fijada en el domicilio de la madre, aunque la custodia correspondía a ambos. En 2009 nació un segundo hijo en Suecia. Cuatro años más tarde, en 2013 (los niños tenían 4 y 13 años), las autoridades suecas dictaron una orden de alejamiento del padre respecto de la madre y los hijos. En 2014 la madre se trasladó a Lituania con sus hijos, los inscribió en el Registro civil y solicitó ante un tribunal lituano medidas provisionales (en el marco de un procedimiento sobre el fondo) sobre la residencia, la custodia del hijo menor y alimentos para ambos. Días después el padre solicitó ante un tribunal sueco la custodia de sus hijos en exclusiva; también pidió ante las autoridades suecas la restitución de los dos hijos de acuerdo con el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Los tribunales lituanos rechazaron el retorno sobre la base del art. 13 del referido Convenio. El 18 febrero 2015, un Tribunal lituano determinó que la residencia del hijo menor debía fijarse en el domicilio de la madre y condenó al padre a pagar alimentos a los dos hijos. Esta es la resolución cuyo reconocimiento en Suecia – pendiente aún el procedimiento sueco sobre el fondo de la custodia– da origen a la cuestión prejudicial. Previamente el padre había obtenido una resolución *provisional* en Suecia atribuyéndole la custodia de su hijo menor en exclusiva.

¿Cuáles son los términos de la controversia desde un punto de vista jurídico? Quizá sea esta la parte más sorprendente del caso, puesto que lo que se discute es si en virtud del art. 23.a) Reglamento 2001/2003 el reconocimiento de la resolución judicial lituana puede rechazarse en Suecia por ser contraria al orden público sueco, al haber sido dictada por tribunal incompetente, que habría incurrido en un error grave y subvertido el “principio fundamental” según el cual serían los tribunales de la residencia habitual anterior al traslado los que deben decidir definitivamente. Esta era la verdadera duda planteada, con independencia de que la cuestión prejudicial elevada fue más genérica. En concreto se preguntaba si “¿Deberá el tribunal remitente, con arreglo al art. 23, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, o conforme a cualquier otra disposición, y no obstante lo dispuesto en el art. 24 del citado Reglamento, denegar el reconocimiento de la resolución del *Šilutės rajono apylinkės teismas* (Tribunal de Primera Instancia de Silute) de 18 febrero 2015 [...], y deberá, por tanto, continuar con la tramitación del asunto de custodia pendiente ante él?”.

2. El lector iniciado (e incluso el profano) habrá visto en esta descripción un sucedáneo de control de la competencia del juez de origen, erradicado como criterio para rechazar el reconocimiento de las resoluciones dictadas por órganos judiciales de Estados Miembros por el art. 24 del Reglamento 2001/2003, en lo que a este caso afecta. Bajo la rúbrica *Prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen*, este precepto dispone que “No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del art. 22 y la letra a) del art. 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los arts. 3 a 14”.

Ante esta meridiana claridad, ¿cómo se explica entonces las dudas del órgano judicial sueco? La respuesta está en los intereses del padre y el los recovecos de un positivismo mal entendido. En efecto, el reconocimiento de la sentencia lituana en Suecia paraliza, según el relato del TJ, el proceso allí abierto por el padre. Y este quiere oponerse porque considera que el juez lituano no era competente para conocer de la demanda interpuesta por la madre sobre la determinación de la residencia del hijo menor. Probablemente es verdad: no era competente. Pero eso es irrelevante como factor condicionante del reconocimiento. La apelación al orden público es un clavo ardiendo al que se agarra el padre con base en el tenor literal del art. 24 del Reglamento que, recordemos, dice que el orden público “no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los arts. 3 a 14” (cursiva añadida): pero resulta que el tribunal lituano se había declarado competente ¡sobre la base del art. 15! Artículo que aparentemente no está cubierto por la interdicción del art. 24.

Un repaso por los hechos nos pone de manifiesto que la competencia de los órganos judiciales suecos y lituanos es, ciertamente, discutible. Quiero decir, que puede discutirse cuál de los dos resulta competente sobre la base del Reglamento 2001/2003. En primer lugar, porque parecen existir ciertas dudas sobre el carácter lícito o ilícito del traslado de los menores realizado por la madre. Digamos que, a mi juicio, en estricta aplicación del art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el art. 2.11º Reglamento 2001/2003, el traslado habría de reputarse lícito, al no estar siendo ejercido el derecho de custodia de forma efectiva por el padre, dado que sobre él pesaba una orden de alejamiento de la madre y los hijos. En todo caso, incluso bajo esta hipótesis de licitud del traslado, el lapso de tiempo transcurrido entre el mismo y el planteamiento de la demanda ante los tribunales lituanos (el traslado se produce el 29 marzo 2014, el 8 abril ese mismo año, la demanda) convierte en igualmente discutible la residencia habitual de los niños en Lituania (*vid.* sobre el carácter abierto de este tema la STJ 22 diciembre 2010, as. C-497/10 PPU: *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*).

3. Todo lo dicho, empero, no resulta relevante a los efectos de la pregunta elevada por el juez sueco. Ante la generalidad de la misma (recordemos, el tema del control de la competencia del juez Lituano aparece con un mero “no obstante lo dispuesto en el art. 24”) el TJ se despacha con la misma generalidad: no puede rechazarse el reconocimiento por razones de orden público “cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental

en ese ordenamiento jurídico”..., “dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor”. La respuesta era previsible. Que se hubiese elevado la pregunta, menos. Sin embargo, creo que hay varios factores que explican, aunque no justifican, la cuestión prejudicial.

Por un lado, la incertidumbre sobre la competencia judicial internacional en los casos de traslado de menores (lícito o ilícito) a que me he referido en el apartado anterior. Un sistema claro de competencia judicial internacional justifica un principio de confianza europea en mayor medida que uno tan evanescente, que puede generar un mayor margen de apreciación (y de vulneración) en el Estado de origen. Esta idea está detrás de las observaciones de la Comisión, según las cuales se debería abrir una cierta puerta al rechazo del reconocimiento de la sentencia lituana, permitiendo al órgano jurisdiccional nacional determinar si, en el caso, la infracción del Derecho de la UE (recordemos, en su caso, normas sobre competencia judicial internacional) es un error que podía razonablemente haber sido subsanado por los recursos disponibles en el Estado miembro de origen (en combinación con los recursos previstos en el Reglamento), o si se ha producido una violación manifiesta y abusiva de las normas de este Reglamento constitutiva de una violación de los principios de la confianza mutua y la cooperación leal consagrados en el derecho de la Unión (*vid.* el ap. 57 de las Conclusiones del Abogado General). En segundo término, está el interés del menor como elemento catalizador natural del contenido del orden público en la materia. Apoyándose en este principio, el razonamiento del padre no se vio ayuno de sustento: España dio cierto soporte argumental a esta concepción en las observaciones presentadas ante el TJ (Punto 49 de las Conclusiones del Abogado General). En tercer lugar, se manifiesta una falta de comprensión de lo que es realmente el control de la competencia judicial del juez de origen y un argumento extravagante propiciado por la letra del art. 24 del Reglamento, que es el que proscribiera dicho control.

4. No obstante, si leemos el fallo a la luz de los aps. 45 y 46 de la Sentencia, el tribunal sueco (y cualquier otro ante el que plantee una duda similar) no puede alegar que no recibió una respuesta clara: “...una supuesta infracción del art. 15 de dicho Reglamento por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no permite al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro controlar, a pesar de que la prohibición establecida en el art. 24 del mismo Reglamento no contiene ninguna referencia expresa a dicho art. 15, la competencia de ese primer órgano jurisdiccional”; “el juez del Estado requerido no puede, sin poner en peligro la finalidad del Reglamento nº 2201/2003, denegar el reconocimiento de una resolución emanada de otro Estado miembro por el mero hecho de que considere que, en esa resolución, se ha aplicado mal el Derecho nacional o el Derecho de la Unión”.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ *

**RETENCIÓN ILÍCITA DE MENOR POR SU MADRE.
DEVOLUCIÓN A LOS ABUELOS QUE OSTENTAN LA CUSTODIA EN VIRTUD
DE SENTENCIA PORTUGUESA**

2016/74.– Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Tercera, Sentencia nº 318/2015, de 26 noviembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gutiérrez Rodríguez–Moldes. JUR 2016\8795.

Retención ilícita de un menor.– Guarda y custodia ostentada por los abuelos por resolución de sentencia portuguesa.– Resolución en la que se concede a la madre un derecho de visitas.– Ausencia de razones que se opongan al retorno.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.