

El sempiterno problema de la determinación de la residencia habitual del menor a los efectos de una sustracción internacional de menores: Una visión desde la SAP de Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre

The everlasting problem of determining the habitual residence of the child for the purposes of an international child abduction: A view from Salamanca SAP nº 844/2022, of November 2

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de derecho internacional privado (Universidad San Jorge)
Magistrado suplente*

Recibido: 12.06.2023 / Aceptado: 12.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8110

Resumen: En la Unión Europea el elemento internacional está cada vez más presente en las relaciones familiares, planteando frecuentes problemas en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores entre Estados miembros de la Unión Europea, en los cuales la solución se articula a través del RBII ter y del CH 1980. Ambos instrumentos operan en torno al concepto de residencia habitual del menor, cuya definición no se contempla ni el RBII ter ni el CH 1980. Las vicisitudes señaladas no son ajenas a los asuntos que deben resolver tribunales españoles, como es el caso de la Audiencia Provincial de Salamanca, cuya Sentencia nº 844/2022, de 2 de noviembre, se analizará a lo largo del presente trabajo.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, residencia habitual del menor, Convenio de la Haya de 1980, Reglamento Bruselas II ter.

Abstract: In the European Union the international element is increasingly present in family relations, posing frequent problems in cases of wrongful removal or retention of children between Member States of the European Union, in which the solution is articulated through the Brussels IIb Regulation and the Convention of 1980. Both instruments operate around the concept of the habitual residence of the child, the definition of which is not provided for in either the Brussels IIb Regulation or the Convention of 1980. The aforementioned vicissitudes are not alien to the cases to be resolved by Spanish courts, as is the case of the Provincial Court of Salamanca, whose Judgment no. 844/2022, of 2 November, will be analysed throughout this paper.

Keywords: International child abduction, habitual residence of the child, Convention of Hague Conference 1980, Brussels IIb Regulation.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. Consideraciones acerca de la determinación de la residencia habitual del menor. 1. El concepto de residencia habitual del menor en la jurisprudencia del TJUE: Líneas generales. 2. Residencia habitual del menor, sustracción internacional de menores y bebé in útero. III. Comentario de la SAP Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre. 1. Antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos. 2. Análisis del fallo. IV. Breve recapitulación final.

I. Planteamiento inicial

1. En la Unión Europea y en consecuencia, también en España, el elemento internacional o transfronterizo está cada vez más presente en las relaciones familiares, debido a la diferente nacionalidad o residencia habitual de sus miembros. Este fenómeno plantea frecuentes problemas, particularmente, cuando surgen crisis de pareja, en especial, cuando alguno de sus miembros posee una nacionalidad diferente de la del Estado miembro en el cual venían residiendo habitualmente. Los inconvenientes son todavía mayores si la pareja en cuestión tiene hijos, pues, en ocasiones, se deja de lado una cuestión tan relevante como que, ante una separación, resulta necesario establecer medidas respecto de la guarda y custodia de los hijos menores. Y lo que es más importante, habrá que determinar el Estado miembro en el cual se fijará la residencia habitual del menor, en el caso de que uno de los progenitores desee trasladarse con el niño a otro Estado miembro y establecer allí su nueva residencia. Así, si se olvidan tales presupuestos, puede darse el caso de que el desplazamiento o la permanencia del menor en otro país se lleve a cabo sin el consentimiento del otro progenitor, dando lugar a un traslado o retención ilícitos¹.

2. Las dificultades no terminan ahí, habida cuenta que, ante un supuesto de un traslado o retención ilícitos intra Unión Europea, la solución se articula a través de dos instrumentos: El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante, RBII ter)², en vigor desde el 1 de Agosto de 2022³ y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (en adelante, CH 1980)⁴, que operan ambos en torno al concepto de residencia habitual del menor⁵. Ténganse en cuenta que, ante un supuesto de sustracción internacional de menores, el éxito de la solicitud de restitución dependerá de que se acredite que el niño tenía efectivamente la residencia habitual en Estado anterior al de su desplazamiento o retención ilícitos; de ahí que, en primer término, resulte preciso establecer el país en el cual se encuentra dicho lugar. Esto, en bastantes ocasiones, no constituye una tarea sencilla, toda vez que ni el RBII ter ni el CH 1980 ofrecen una definición de qué debe entenderse por residencia habitual del menor. Luego, se trata de un concepto jurídico indeterminado⁶, cuya

¹ Acerca de los factores que han influido en el incremento de los supuestos de sustracción internacional de menores, Vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y secuestro internacional de menores: Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146. En esta obra, la citada autora pone de relieve como “El «secuestro internacional de menores» se ha convertido en un fenómeno social globalizado”.

² Sobre la regulación de la sustracción de menores en el RBII ter, consúltese: M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La regulación de la sustracción internacional de menores en el reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 286-312.

³ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, “DOUE” núm. 178, de 2 de julio de 2019.

⁴ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, “BOE” núm. 202, de 24/08/1987.

⁵ Sobre la relevancia de este criterio, no puede desconocerse que es la residencia habitual del menor la que determina el órgano jurisdiccional sobre el que recae la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, así como el carácter lícito o ilícito del traslado o la retención del menor, en orden a ordenar o no el retorno inmediato del niño. En referencia a este tema, Vid. A-L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Vol. XV, núm. 1, 2020, pp. 22-23 y D. CARRIZO AGUADO, “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 267-282.

⁶ En cuanto a las dificultades que plantea la concreción de la residencia habitual del menor en tanto que concepto jurídico indeterminado, Vid.: B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con

concreción precisará de una interpretación autónoma⁷, atendiendo a la finalidad de las normas y a las circunstancias del caso concreto. En este sentido, cabe señalar que, como más adelante se desarrollará, este vacío legal está siendo integrado a través de la jurisprudencia del TJUE, que ha ido dejando sentados los criterios que pueden servir como fundamento para fijar la residencia habitual del menor a la hora de aplicar el RBII bis⁸, que igualmente resultarán de aplicación en lo relativo al vigente RBII ter. De la misma manera y por lo que respecta al CH 1980, como guía a esta labor de interpretación, puede resultar ilustrativo el Informe explicativo del Convenio⁹

3. Las vicisitudes señaladas no son ajenas a los asuntos que deben resolver los juzgados y tribunales españoles¹⁰, como es el caso de la Audiencia Provincial de Salamanca, cuya Sentencia nº 844/2022, de 2 de noviembre¹¹, en la que, justamente, se suscita la cuestión de la determinación de la residencia habitual del menor en el marco de un procedimiento de sustracción internacional de menores, cuyo análisis se abordará a lo largo del presente trabajo.

4. Seguidamente, se extraerán las notas principales del concepto de residencia habitual del menor, tal como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, las cuales se pondrán en relación con el fallo de la SAP Salamanca, con objeto de dilucidar si el planteamiento del Tribunal resulta acorde con el espíritu de los instrumentos legalmente aplicables.

el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, p.110 ; S. GOYENCHE ECHEVERRÍA, “Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Septiembre 2022), Vol. 14, Nº 2, pp. 1100-1107; y N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 819-828.

⁷ Sobre la necesidad de crear un concepto autónomo sobre la residencia habitual del niño, véase: L.A. PÉREZ MARÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 469-494; L. A. PÉREZ MARTÍN, “El interés superior de los niños y las niñas. De nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127; y M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del Derecho privado europeo: La concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Rev. Boliv. de Derecho* Nº 30, julio 2020, pp. 470-495.

⁸ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, “DOUE” núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁹ E. PÉREZ-VERA, *Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1982.

¹⁰ La preocupación por el notable incremento de los asuntos de sustracción internacional de menores propició que por parte de la Fiscalía General del Estado se dictase la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2015-00006>), cuyo apartado 4.4.3 se dedica a precisar el concepto de residencia habitual. El citado apartado dispone que: “En cuanto a la determinación de la residencia habitual, se trata de una cuestión que habrá de decidir en cada caso el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la solicitud de retorno”. En concreto, la Fiscalía General del Estado se remite a la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de los conceptos de domicilio y de residencia de 18 de enero de 1972, que “establece que la residencia se determina en base a criterios de hecho y no en función de una autorización de residencia y que para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar”. De la misma manera, alude a los criterios para la determinación de la residencia habitual en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, el epígrafe 5.3 de la citada Circular recoge las directrices sentadas por el TJUE en relación con el Reglamento 2201/2003, observando que “el Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual, en el sentido de que es “el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos”. Indica igualmente la Fiscalía que el TJUE considera la residencia habitual del niño como el “lugar donde el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar”. A este respecto, se cita la STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, B. Mercredi y. R. Chaffé, en la cual se establece que “importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable”. En el caso de menores de corta edad viene “determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él”.

¹¹ SAP Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre (ECLI:ES:APSA:2022:844).

II. Consideraciones acerca de la determinación de la residencia habitual del menor

1. El concepto de residencia habitual del menor en la jurisprudencia del TJUE: Líneas generales¹²

5. Como se ha puesto de manifiesto al principio de este trabajo, el papel desempeñado por el TJUE ha resultado esencial a la hora de colmar la laguna legal que presentaba el RBII bis, al no definir la noción de residencia habitual del menor, un vacío que no se ha corregido en el vigente RBII ter, que tampoco ha incorporado ninguna definición al respecto¹³. No se olvide aquí que la interpretación del Derecho de la Unión Europea, vía cuestión prejudicial, garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros, evitando las diferencias interpretativas entre los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros¹⁴. Así, son numerosos los pronunciamientos del TJUE en relación con el funcionamiento del RBII bis, en los cuales ofrece las pautas para determinar la noción de residencia habitual del menor en supuestos de responsabilidad parental transfronterizos, cuestión que no resulta pacífica y respecto de la cual surgen frecuentes controversias¹⁵.

6. En este sentido, en el Asunto C-523/07 A [2009]¹⁶ el Tribunal, a los efectos de la aplicación del RBII bis y siguiendo la idea proveniente de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, identifica la residencia habitual del menor como el lugar donde se sitúa el centro de los intereses del menor, exigiendo que exista una cierta integración del niño en su entorno social y familiar. Ello, habida cuenta que del término “habitual” se desprende “cierta regularidad o estabilidad en la residencia”. Ahora bien, aunque se tiene en cuenta la presencia física del menor en un Estado miembro, se exige que no se trate de una presencia ocasional o temporal. A tal fin, habrá que tomar en consideración

¹² Este tema fue abordado ya por esta misma autora en M. J. SÁNCHEZ CANO, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre menores”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado* / coord. por A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2021, pp. 249-263.

¹³ No se olvide aquí que para conocer de los litigios relativos a la responsabilidad parental que presenten un elemento internacional, el art.7 RBII ter y el art.8 RBII bis, como regla general, atribuyen competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor en el momento de presentación del asunto ante dichas autoridades. Ello, con las salvedades de los arts 8-9 RBII ter y de los arts. 9 y 10 RBII bis, en los cuales los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual anterior conservan su competencia. Por lo que respecta a los supuestos de sustracción de menores entre Estados miembros de la Unión Europea, hay que recalcar que los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del niño anterior al traslado ilícito conservan su competencia con las condiciones del art.9 RBII ter/10 RBII bis (STJUE 10 abril 2018, C-85/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:220).

La realidad es que este vacío legal está siendo integrado por la jurisprudencia de distintos órganos jurisdiccionales, particularmente, cuando han de resolver supuestos de sustracción internacional de menores. Así lo indica, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, p.829. A este respecto, considera CARRASCOSA GONZÁLEZ que, además de una laguna, es posible concluir que el legislador europeo podría haber incurrido en un error, en tanto que no ha sabido precisar el concepto legal de residencia habitual. El citado autor valora asimismo la posibilidad de que el legislador conscientemente no haya definido este concepto, dejando este extremo a un posterior desarrollo jurisprudencial. O lo que es lo mismo, con la intención de que sean los tribunales los que lo desarrollen, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.315.

¹⁴ Pese a las numerosas resoluciones que ha emitido el TJUE, estableciendo los factores que se han de tomar en consideración para precisar la residencia habitual del menor, algunos autores indican que “dichos factores se prestan a ser aplicados de forma diferentes por los Estados miembros”. Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras... cit”, p.110.

¹⁵ Para mayor información sobre el tema, consúltese J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, pp.306-323, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 462-471 y L.A. PÉREZ MARÍN, “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127.

¹⁶ STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009 (C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225).

“las condiciones y razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, así como su nacionalidad”, además de otras circunstancias, tales como la duración y regularidad de la residencia en un Estado miembro, las relaciones familiares y sociales del menor, el lugar de asistencia a la escuela, etc.

7. El TJUE se pronunció en idéntico sentido en el Asunto C-497/10 PPU¹⁷. En este caso, además de los criterios mencionados en la primera de las resoluciones examinada, añade el Tribunal que habrá que atender igualmente a la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Concluye el TJUE aquí que es al órgano jurisdiccional nacional al que corresponde determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso y que de concluir que no puede identificarse la residencia habitual del menor, la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la “presencia del menor” en virtud del artículo 13 del Reglamento.

8. No obstante, en el Asunto C-499/15¹⁸, el TJUE dispone que “la determinación de la residencia habitual de un menor en un Estado miembro requiere, como mínimo, que el menor haya estado físicamente presente en ese Estado miembro”, sin que a tal fin resulte suficiente que una de las nacionalidades del menor sea la de dicho Estado. Como tampoco son relevantes las circunstancias culturales del menor (Asunto 512/2017)¹⁹. La presencia física del menor en un Estado miembro también es tomada en consideración a la hora de interpretar el art.8 RBII bis por el Tribunal de Justicia Europeo, en el Asunto C-393/18 PPU²⁰.

9. Por otra parte, el TJUE ha dejado bien sentado que la intención de los padres no resulta ser criterio determinante para fijar la residencia habitual del menor en el momento de precisar donde se sitúa la residencia habitual del niño al tiempo de presentación de la demanda. Más aún, cuando la titularidad de la guarda y custodia del menor la ostentan ambos progenitores, supuesto en el cual debe valorarse la intención de éstos por separado. Así se desprende de los Asuntos C-111/17 PPU²¹ y C-512-17²².

10. En definitiva, conforme a la interpretación que lleva a cabo del art.8 RBII bis el TJUE, la determinación del lugar en que se sitúa la residencia habitual del menor, en el sentido del citado Reglamento, básicamente encuentra su fundamento en circunstancias objetivas, tales como las que se han examinado en la presente exposición. De este modo, para atender a otros elementos subjetivos que pudieran concurrir en el caso concreto, como la intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro, los mismos deberán estar siempre corroborados por datos externos, tales, como la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino (Asunto C-523/07)²³.

2. Residencia habitual del menor, sustracción internacional de menores y bebé *in útero*

11. Después de haber expuesto las líneas generales de la jurisprudencia del TJUE en relación con el concepto de residencia habitual en materia de responsabilidad parental, parece oportuno detenerse en el Asunto C-512-17²⁴, en tanto que resulta relevante a los efectos del presente trabajo, por presentar algunas similitudes con la SAP Salamanca, que será objeto de análisis con posterioridad.

¹⁷ STJUE (Sala Primera) 22 diciembre 2010 (C- 497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829).

¹⁸ STJUE (Sala Primera) 15 de febrero 2017 (C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118).

¹⁹ STJUE (Sala Quinta) 28 de junio 2018 (C 512/17, ECLI:EU:C:2018:513).

²⁰ STJUE (Sala Primera) 17 octubre 2018 (C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835).

²¹ La citada resolución dispone que la “residencia habitual” es un concepto “ficticio” o “de hecho. Vid. STJUE (Sala Quinta) 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436).

²² STJUE (Sala Quinta) 28 de junio 2018 (C 512/17, ECLI:EU:C:2018:513).

²³ STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009 (C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225).

²⁴ STJUE (Sala Quinta) 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436). Esta sentencia ha sido comentada por J. CARRASCOSA, GONZÁLEZ, “Residencia habitual del menor y madre que viaja embarazada para dar a luz en otro país ¿Grecia o Italia? El TJUE «With both feet on the ground»”, <http://accursio.com/blog/?p=749>

12. Se trataba de un supuesto en el cual la menor había nacido por voluntad de sus padres (un varón italiano y una mujer griega) en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual (la niña nació en Grecia y sus padres tenían su residencia habitual en Italia). La intención de los progenitores era que la madre y la niña regresasen a Italia con posterioridad. La niña permaneció de forma continuada en Grecia, el Estado donde había nacido, durante los primeros meses de vida, tomando la madre la decisión de no regresar a Italia, Estado miembro en el que, como ya se ha indicado, se encontraba la residencia habitual de la pareja.

13. En este contexto el TJUE ha de dilucidar cómo debe interpretarse el concepto de “residencia habitual”, en el sentido del artículo 11, apartado 1, del RBI bis, con el fin de determinar si se halla ante un supuesto de retención ilícita. Ello para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, que pregunta “si, en tal situación, la intención inicial de los padres en cuanto al regreso de la madre con el menor a ese último Estado miembro es un factor preponderante para considerar que dicho menor tiene en él su «residencia habitual», en el sentido del citado Reglamento, independientemente de que no haya estado nunca físicamente presente en dicho Estado miembro”.

14. A este respecto, el TJUE se remite al concepto de traslado o retención ilícitos de un menor que se desprende del art.11.2 RBII bis, de manera similar al art.3 CH 1980²⁵. Este precepto resulta aplicable en aquellos supuestos en los cuales el titular de la custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al CH 1980, con objeto de conseguir la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en “un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”. A este respecto, el Tribunal europeo deja claro que el concepto de residencia habitual es el eje principal que permitirá estimar la demanda de restitución, en tanto que se acredite que, inmediatamente antes del traslado o de la retención alegados, el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se pide su restitución.

15. Dicho esto, además de reiterar su doctrina en relación con la noción de residencia habitual del menor a los efectos del RBII bis, en los términos explicados en el epígrafe anterior, el TJUE valora que en el caso de menores lactantes que se encuentran efectivamente bajo la guardia de su madre en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside habitualmente el padre, habrá que atender a circunstancias tales como la especial duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia de la madre en el territorio del primer Estado miembro, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en ese mismo Estado miembro.

16. Por otra parte, en cuanto a la intención de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la niña al Estado miembro de la residencia habitual de aquéllos anterior al nacimiento de la menor, el TJUE deja bien sentado que considerar, como “regla general y abstracta”, que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, sobrepasaría los límites del concepto de residencia habitual del RBII bis y resultaría contrario a “la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución”.

17. A juicio del TJUE, conforme al CH 1980 y al art.11.1 RBII bis, tampoco es decisivo para determinar la residencia habitual de la menor el hecho de que los padres ejerzan conjuntamente el derecho de custodia y que, en consecuencia, la madre no pudiera decidir sola el lugar de residencia de la niña. Como tampoco resulta determinante el consentimiento del padre o la ausencia del mismo, para que la menor resida en ese lugar. Ello porque, siguiendo al Tribunal de Justicia, de acuerdo con el art.3 CH 1980 y el art.11.2 RBII bis, “la licitud o ilicitud de un traslado o una retención se aprecia en función del derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía

²⁵ El citado precepto se refiere “al traslado o a la retención de un menor que 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”.

su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”. Por consiguiente, entiende el Tribunal que, a los efectos de una solicitud de restitución, “la determinación del lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado”.

18. Asimismo, el TJUE recuerda que uno de los objetivos del CH 1980 y del art.11 RBII bis es restablecer la situación que existía antes del traslado o retención ilícitos del menor, de manera que el niño sea devuelto al “entorno que le es más familiar”, restaurando “la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo”. Teniendo cuenta dicho objetivo, el Tribunal de Justicia concluye que, en el caso examinado, “el supuesto comportamiento ilícito de uno de los padres no puede justificar por sí solo que se acceda a la demanda de restitución del menor y que éste sea trasladado del Estado miembro en el que ha nacido y en el que ha permanecido regularmente de forma continua a un Estado miembro que no le es familiar”.

19. En atención a todo lo expuesto, el TJUE concluye que, en el presente caso, el artículo 11.1 RBII bis “no puede interpretarse en el sentido de que, inmediatamente antes de la retención alegada por el padre, el menor tenía su residencia habitual, en el sentido de dicha disposición, en el Estado miembro de la residencia habitual de sus progenitores antes de su nacimiento. Por consiguiente, la negativa de la madre a regresar a ese Estado con el menor no constituye “traslado o retención ilícitos” del menor, en el sentido de esa disposición”.

II. Comentario de la SAP Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre

1. Antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos

20. La SAP Salamanca resuelve el recurso de apelación formulado por la madre de un menor de edad frente a la resolución dictada, el día 12 de agosto de 2022, por el Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Salamanca, que en un procedimiento de sustracción intra Unión Europea, iniciado a solicitud del otro progenitor, declaró que el traslado del menor a nuestro país era un traslado ilícito, y en consecuencia, acordó el retorno del niño a su lugar de residencia habitual en Italia, otorgando a la madre un plazo de 10 días para hacer efectivo dicho pronunciamiento, a contar desde la firmeza de la sentencia.

21. Como se ha indicado, la madre interpuso recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia, interesando que se dictase nueva sentencia, revocando la anterior, y por la que se acordase que no se había producido el traslado ilícito del menor a España y que se decretase el no retorno del niño a Italia. La recurrente fundamenta su recurso en la existencia de error en la valoración de la prueba por el juez de instancia, sobre la base de que, a su entender y contrariamente a lo que entiende el Juez “a quo”, no ha quedado acreditado que la residencia habitual del menor se encontrase en Italia, ni que se hubiera producido una sustracción o traslado ilícito del menor. A este respecto, la apelante aduce que el niño se encuentra en España y que reside en nuestro país con el consentimiento tácito del progenitor, que viven en la casa de la abuela materna y que el menor desde su nacimiento ha residido con pleno consentimiento del otro progenitor en España.

22. Por tanto, la progenitora recurrente insiste en que no ha habido traslado ilícito, habida cuenta de que el niño ha vivido siempre en Salamanca, siendo en esta ciudad donde reside habitualmente, con independencia de los desplazamientos que se hayan podido realizar a Lanzarote o a Italia, con objeto de visitar a la tía del menor, en el primer caso, y al padre y abuelos del niño, en el segundo supuesto. Y sin que la permanencia del menor en España tenga ninguna relación con la COVID. Indica, asimismo, la recurrente que los padres y abuelos del menor también viajaron a España para visitar al niño.

23. En referencia a la guarda y custodia sobre el menor, la progenitora indica que es ella quien ha permanecido interrumpidamente con el niño, haciéndose cargo de su cuidado y protección, así como ejerciendo la guarda y custodia efectiva del mismo. Mientras que el padre ha sido “un menor visitador”.

24. Tanto el Ministerio Fiscal como la representación procesal del padre del menor, se opusieron al recurso de apelación planteado de contrario, solicitando la confirmación de la resolución de instancia.

25. El mencionado recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial de Salamanca, confirmando la sentencia dictada en primera instancia, estableciendo que el régimen jurídico aplicable al asunto enjuiciado se sitúa en los arts.3 y 5 CH 1980. De otro lado, para determinar si el traslado del niño podía calificarse como ilícito, el Tribunal “ad quem” valora las siguientes circunstancias:

- 1ª) Los progenitores mantuvieron una relación sentimental de pareja de hecho, fruto de la cual nació el hijo objeto del proceso. El nacimiento del menor tuvo lugar en 2020, en Salamanca, donde la madre se había trasladado poco antes de dar a luz.
- 2ª) En los autos obra suficiente prueba documental (carta de identidad italiana tarjetas sanitarias de dicho país, renovación del permiso de residencia en Italia, vida laboral emitida por las autoridades italianas, documento emitido por la oficina de empleo italiana, copia del contrato de trabajo suscrito por la apelante con una empresa italiana, certificado de embarazo emitido por médico de Italia y solicitudes ulteriores, documentos emitidos desde el año 2013 hasta enero de 2020), que, a juicio de la Audiencia, acredita la larga permanencia en Italia de la apelante, donde se dice que incluso llegó a contraer matrimonio en 2013 con otro ciudadano italiano. Dicha prueba documental desvirtúa, a juicio de la Sala, las alegaciones de la recurrente, relativas a que su residencia habitual siempre se ha encontrado en España, con temporadas en Lanzarote e Italia.
- 3ª) Según entiende el Tribunal “ad quem”, ha quedado probado, a través de la vida laboral, que la residencia habitual del padre se ha venido situando en Italia, país en el que continúa residiendo y en el cual posee una vivienda en la que residía con la apelante y el menor hasta el traslado ilícito de éste a España.

26. Por lo que respecta a la titularidad de la responsabilidad parental del menor, la Audiencia Provincial de Salamanca alcanza la conclusión de que no ha quedado acreditado que la misma correspondiese de forma exclusiva a la madre, sino más bien que el ejercicio de la responsabilidad parental en relación con el hijo corresponde de forma conjunta a ambos progenitores. La Sala razona su respuesta sobre la base de la ley italiana correspondiente a la nacionalidad del padre, y de la ley española, advirtiendo, en este caso, que la nacionalidad de la madre es colombiana, pero, que el nacimiento del hijo se inscribió en el Registro Civil de Salamanca.

27. Por último, la Audiencia se pronuncia acerca de si el traslado a España fue consentido de forma tácita por el padre. Sobre este particular, el Tribunal “ad quem” establece las premisas que a continuación se exponen:

- 1ª) El padre no manifestó inconveniente alguno a que la madre se trasladará a España para el nacimiento de su hijo, ni tampoco para que viajase a nuestro país de manera temporal. Ahora bien, de este dato, a juicio de la Sala, no cabe deducir que el padre emitiera su consentimiento previo para que el hijo se trasladase a España definitivamente.
- 2ª) De la prueba practicada (conversaciones de whatsapp, mantenidas durante marzo y abril de 2022, en las que la pareja parecía darse otra oportunidad), se demuestra que la tardanza del padre en interponer la demanda instando la restitución del menor no se debió a su tolerancia al traslado del niño. En este punto, advierte la Sala que el progenitor formuló la demanda de restitución inmediatamente después de que la apelante promoviese demanda sobre guarda y custodia y pensión de alimentos respecto del hijo, ante los Juzgados de primera instancia de Salamanca, momento en que fue evidente su intención de quedarse en España con el niño. En dicho procedimiento, el ahora apelado planteó declinatoria, siendo esta estimada por el Juez de primera instancia, por auto de 29 de julio de 2022, que declaró que la residencia del menor se encontraba en Italia y que, por tanto, la competencia para conocer de la demanda

interpuesta por la progenitora recaía en los tribunales italianos. Sin que conste que dicha resolución fuese recurrida.

28. En atención a lo expuesto, la Audiencia Provincial de Salamanca resuelve que el caso examinado constituye un supuesto de traslado ilícito del art. 3 del CH 1980 y en consecuencia, desestima el recurso de apelación de la madre, confirmando la sentencia de instancia.

2. Análisis del fallo

29. Primeramente, hay que advertir que para realizar el presente comentario jurisprudencial se parten de los datos que figuran en la SAP Salamanca, que, en determinados aspectos resultan insuficientes. Tampoco ha sido posible conocer los razonamientos de la sentencia de instancia ni de la resolución por la cual se estimó la declinatoria planteada por el padre. Asimismo, se carece del material probatorio del que dispusieron tanto el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Salamanca como la Audiencia Provincial, que son los que se encuentran en mejor situación para emitir una resolución. Por este motivo, los elementos de juicio con que se cuentan para llevar a cabo el análisis del fallo de dicha resolución resultan insuficientes para determinar con exactitud donde se situaba la residencia habitual del menor en el momento de interponer la demanda de restitución, a fin de establecer si el traslado o retención del niño podía considerarse ilícito. No obstante, sí que es posible valorar la adecuación de la fundamentación jurídica de la Sentencia conforme a lo dispuesto en el RBII bis (al parecer, aplicable en el momento de interposición de la demanda, habida cuenta las fechas en que se dictan las resoluciones de instancia) y del CH 1980, a la luz de la jurisprudencia del TJUE estudiada en apartados anteriores.²⁶

30. Dicho esto, lo primero que sorprende al leer la fundamentación jurídica de la sentencia es que el régimen jurídico que declara aplicable la Audiencia Provincial al supuesto enjuiciado se centra únicamente en los arts.3 y 5 CH 1980, analizando la finalidad del Convenio a la luz de la Exposición de Motivos y del Informe Explicativo, lo cual se pone en relación con la doctrina sobre el procedimiento de restitución y la integración del menor, de acuerdo con el art.12 CH 1980, sentada por nuestro Tribunal Constitucional. En este punto, hay que observar que, a lo largo de la sentencia, la Sala obvia por completo los preceptos de la normativa de la Unión Europea donde se regulan la sustracción de menores y la restitución (en particular, el art.11 RBII bis o en su caso, los arts.22 y ss. RBII ter), y que resultarían de aplicación, dado que el caso de autos constituye un hipotético traslado o retención ilícitos que tiene lugar entre Estados miembros de la Unión Europea.

31. En segundo término, la Audiencia Provincial se pronuncia acerca de la licitud del traslado del menor, para lo cual el Tribunal “ad quem” realiza una valoración de la prueba obrante en el procedimiento con el objetivo de determinar el lugar de residencia habitual del niño. Sobre este particular, al igual que en el Asunto C-512-17, antes estudiado, no existe discusión alguna acerca de que la madre se trasladó a España con la finalidad de dar a luz en nuestro país, donde finalmente nació el niño y ello, con la aquiescencia del padre. No obstante, a diferencia del mencionado Asunto C-512-17, de los datos que se recogen en la sentencia, se desprende que el menor no permaneció de forma continuada en España; si bien las versiones del padre y de la madre resultan contradictorias, por lo que existe controversia acerca de si la residencia habitual del niño se sitúa en España con el consentimiento del padre, con desplazamientos a Italia para visitar al progenitor y a la familia paterna, o si, por el contrario, el menor reside habitualmente en Italia y se desplaza ocasionalmente a nuestro país, no habiendo otorgado el padre el consentimiento para su traslado permanente a España y negándose la madre en un momento dado a regresar con el niño a Italia.

²⁶ Aquí, hay que advertir la SAP Salamanca no indica la fecha en que tuvo lugar la interposición de la demanda de restitución del menor, si bien, de los datos que figuran en la sentencia se deduce que bien pudo ser anterior al 1 de agosto de 2022, en que entró en vigor el RBII ter.

32. A este respecto, hay que señalar que, como ya se ha explicado más arriba, la SAP valora prueba documental consistente en documentos emitidos por las autoridades italianas en fechas anteriores al desplazamiento de la recurrente a nuestro país y al nacimiento del niño en España, de las cuales considera que se acredita que la madre siempre ha tenido su residencia habitual en Italia, afirmando que no se han aportado pruebas de la residencia en España de la apelante ni antes ni después del nacimiento del menor. En cuanto al padre, la Audiencia entiende que la prueba documental hace prueba de su residencia habitual en Italia, donde se demuestra que tiene un piso de su propiedad en el cual residían también la madre y el niño, razonando que en su mayor parte se trata de documentos oficiales. Con todo, no puede desconocerse que, como ya se ha indicado, la residencia habitual es un concepto de hecho y por consiguiente, no puede supeditarse a la existencia de datos jurídicos, como pudieran ser la inscripción del menor en Registros o padrones municipales u otros mecanismos de control administrativo, así como tampoco al domicilio legal o fiscal, o a la nacionalidad o a la autorización de residencia o trabajo en un país²⁷.

33. Vistos los argumentos de la Audiencia Provincial, da la sensación de que el Tribunal “ad quem” ha pretendido acreditar que la residencia habitual del niño se encuentra en Italia a través de la prueba de que la residencia de sus padres siempre ha estado en dicho país, sin entrar a examinar las circunstancias propias del menor. No se olvide aquí que se trata de un niño de muy corta edad (escasamente dos años), nacido en España y respecto del cual la madre sostiene que reside en nuestro país, motivo por el cual, suponer que su residencia habitual es obligatoriamente la que tenían sus progenitores, de darse los presupuestos establecidos por la jurisprudencia del TJUE, podría exceder de los términos de la noción de residencia habitual del menor del RBII bis y del RBII ter y resultaría contrario a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución del CH 1980²⁸.

34. Lo cierto es que la Sentencia no incluye referencia alguna a la abundante doctrina del TJUE en relación con la determinación del concepto de residencia habitual del menor a los efectos del RBII bis, que, en cualquier caso, operaría también respecto del RBII ter. En consecuencia, con carácter general, tampoco tiene en cuenta los criterios interpretativos que ha dejado sentados el Tribunal de Justicia a tal fin. En este sentido, aunque la demandante alega que vive con su madre, la Audiencia toma en consideración para acreditar la no residencia del menor en España que la apelante no aporta contrato de alquiler de una vivienda en nuestro país, mientras que para fijar la residencia en Italia atiende a que el progenitor tiene una vivienda en propiedad en Italia, términos que se contemplan en el Asunto C-523/07 como factores periféricos que pueden ser de utilidad para corroborar la intención de los padres de que la madre regresase a Italia con el menor tras su nacimiento en España.

35. No obstante, se echa en falta el análisis de otros elementos fácticos sobre los cuales, según el TJUE, se debe reflexionar para establecer donde se encuentra la residencia habitual del menor. Así, la Sala no valora variables tales como el lugar donde se sitúa el centro de los intereses del menor, la especial duración e integración del niño en su entorno social y familiar, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen la madre y el menor en España, la regularidad, la posible estabilidad en el lugar de residencia o si asiste al colegio o a la guardería en España. Tampoco es posible conocer si dichos extremos fueron apreciados en primera instancia o por el Juzgado que conoció la declinatoria planteada por el padre, cuyo auto ha servido como argumento a la Audiencia Provincial para ratificarse en que es Italia el país de la residencia habitual del menor anterior al traslado a nuestro país.

²⁷ En tal sentido, Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Posible reconciliación de los padres y determinación de la residencia habitual del menor a efectos del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. De nuevo habla la casación italiana”, <http://accursio.com/blog/?p=1625>. Observa este autor que “la mera situación de «alta» en un padrón municipal de habitantes en España puede haber sido decidida unilateralmente por otra persona, de modo que dicha situación, en sí misma, no supone que el menor tenga en dicho Estado su residencia habitual. Lo contrario sería alterar el concepto de residencia habitual que maneja el Convenio de La Haya”.

²⁸ En supuestos como el examinado, en el cual la madre en un principio se trasladó embarazada a España, país donde nació el niño, se dice que “el país donde reside una mujer embarazada es irrelevante para precisar la residencia habitual del menor al que va a dar a luz”. Vid. J. CARRASCOSA, GONZÁLEZ, “Residencia habitual del menor y madre que viaja embarazada para dar a luz en otro país ¿Grecia o Italia? El TJUE «With both feet on the ground»”, <http://accursio.com/blog/?p=749>

36. A mayor abundamiento, el Tribunal “ad quem” ni tan siquiera se pronuncia acerca del tiempo transcurrido desde que supuestamente el menor fue desplazado a España de manera ilícita y hasta el momento en que se presentó por el padre la solicitud de restitución. Ello, junto a la posible integración del menor en nuestro país, podría haber resultado relevante en orden a la posible aplicación del art.12 CH, que permite a la autoridad judicial denegar la restitución del menor si el procedimiento se hubiera iniciado después de la expiración del plazo de un año desde el traslado o retención ilícitos, de demostrarse que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

37. Por otra parte, debe observarse el planteamiento equivocado del que parte la Audiencia Provincial de Salamanca para concluir que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde de forma conjunta a ambos progenitores, en tanto que el art.3 CH 1980 no dispone que la ilicitud del traslado o la retención de un menor dependa de la ley de la nacionalidad del padre (italiana, en el supuesto examinado) ni de la ley del país en cuyo Registro Civil se haya inscrito el nacimiento del niño (la española, en este caso), como pretende la Audiencia. Por el contrario, el citado precepto, tal como recuerda el TJUE, establece que el traslado o retención del menor se considerarán ilícitos 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 el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. De ahí, que haya que determinar la residencia habitual del niño con carácter previo a dilucidar si se ha producido la vulneración del derecho de custodia en orden a apreciar la posible ilicitud del traslado o retención del menor en un Estado miembro. Y, por tanto, dado que la Sala había alcanzado la conclusión de que el niño antes del traslado ilícito residía con su madre y el otro progenitor en Italia, debió explicar que la licitud o no del desplazamiento dependería de lo que estableciese la ley italiana, en virtud del art.3 CH 1980, con independencia de que el padre sea nacional de dicho país.

38. Otro punto que pasa por alto la Audiencia Provincial es si el progenitor apelado ejercía de modo efectivo o material la custodia, como exige el art. 3 CH 1980, ni tampoco se pronuncia acerca de si el padre se encargaba del cuidado del menor (art.5 CH 1980)²⁹, incluso en esos periodos en los que no existía convivencia. En su lugar, la Sala se limita a reproducir que ha quedado probado que antes del traslado a España el menor y su madre residían en Italia con su progenitor. Ténganse en cuenta aquí que el Informe explicativo del Convenio, al que se refiere el propio Tribunal “ad quem”, dispone que la convivencia previa al traslado o retención del menor no es un dato significativo en orden a determinar si existe o no custodia efectiva, poniendo en mayor medida el acento en otra circunstancia, cual es que el titular de la custodia se encargue del cuidado del menor³⁰. No obstante, no hay que desconocer, que se trata de criterios interpretativos y en último término, el Informe deja a la discrecionalidad del Juez la decisión de si en un supuesto determinado la custodia se ejerce o no de manera efectiva³¹.

39. Tampoco resuelve la Audiencia si, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado, el derecho de custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño (art.5.a) CH 1980).

²⁹ El Convenio no define la noción de “ejercicio efectivo” de los derechos de custodia, aunque el art.5 alude al cuidado de la persona del menor. Comparando el art.13 a) con el art.5, ambos del CH 1980, es posible concluir, siguiendo en este punto el Informe explicativo del Convenio, que “existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc.). Vid. E. PÉREZ VERA, Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, p 33.

³⁰ El Informe explicativo aclara que “el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación.” Vid. E. PÉREZ VERA, Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, p.21.

³¹ El estudio del art.3b) CH 1980 conforme al Informe explicativo del Convenio se aborda asimismo en M.J. SÁNCHEZ CANO, “La incidencia de la doctrina de los actos propios en la aplicación del CH 1980 a supuestos de sustracción internacional de menores. Comentario a la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 1039-1051.

40. En todo caso, lo determinante para calificar el desplazamiento del menor como ilícito, no es tanto que el derecho de custodia se haya atribuido de manera conjunta o en exclusiva a su titular, sino que dicho traslado se haya llevado a cabo por uno de los titulares de la custodia conjunta sin el consentimiento del otro titular y por tanto, con infracción de los derechos de custodia de su titular, en tanto que habría hecho caso omiso a los derechos reconocidos legalmente al otro progenitor (art.3 en relación con el art.13, ambos del CH 1993)..

41. Esto enlaza con el último de los pronunciamientos de la Audiencia, cual es si el progenitor manifestó su consentimiento, aún de modo tácito, al traslado del menor a nuestro país y su residencia en España de manera permanente. La cuestión no es baladí, pues de acreditarse el consentimiento del padre reclamante, tampoco se habría producido infracción de los derechos de custodia de dicho progenitor, y por consiguiente, resultaría irrelevante que, con posterioridad, hubiera manifestado su desacuerdo al traslado de su hijo a España, iniciando el procedimiento de retorno previsto en el CH 1980.

42. Respecto al posible consentimiento del padre al desplazamiento y permanencia del menor en España, la Audiencia Provincial, concluye que no puede deducirse que haya existido dicha conformidad, ni tan siquiera tácita. Y ello, sobre la base de las declaraciones del progenitor apelado, que reitera que el padre accedió a que el nacimiento del menor tuviera lugar en España, si bien insiste en que no dio su consentimiento a un traslado permanente a nuestro país.

43. En este punto, cabe realizar dos puntualizaciones que no han sido tomadas en consideración por la Sala y que traen casusa de la jurisprudencia del TJUE:

- 1ª) Que la intención de los padres no es criterio determinante para fijar la residencia habitual del menor al tiempo de presentación de la demanda.
- 2ª) Que, ciertamente, hay casos en que ese consentimiento ha sido otorgado por el titular de la custodia por un tiempo determinado, lo que supondría que, si la situación persistiese fuera del límite temporal para el cual se consintió, el traslado o retención devendrían ilícitos³². No obstante, no hay que olvidar que el TJUE ha matizado esta afirmación, al disponer que cuando la titularidad de la guarda y custodia del menor la ostentan ambos progenitores debe valorarse la intención de éstos por separado, lo que no ha acontecido en el supuesto de autos, en el cual la Audiencia no realiza apreciación alguna acerca de los motivos por los cuales no considera acreditado el testimonio de la madre, fuera del dato de que no consta que recurriese el auto que estimaba la declinatoria formulada por el otro progenitor, sobre la base de que la residencia habitual del menor se situaba en Italia.

44. Por lo demás, respecto a la tardanza en ejercitar la acción de restitución por parte del padre, el Tribunal la justifica en elementos tales como las conversaciones de WhatsApp, que los progenitores mantuvieron durante el año 2022, en orden a una posible reconciliación. Como ya se ha indicado, la Audiencia bien pudo valorar el tiempo transcurrido entre el desplazamiento del menor y el ejercicio de la acción de restitución, a fin de verificar si concurrían los presupuestos del art.12 CH 1980, de los cuales dependería la procedencia o no de la orden de restitución. También hubiera resultado oportuno que la Audiencia se pronunciase acerca de si el hecho de que el padre entablase la demanda de restitución justo después de que la madre interpusiese demanda en reclamación de la guarda y custodia y alimentos respecto del hijo común, más que una señal de la ausencia de consentimiento a la permanencia del niño en nuestro país, pudiera constituir una respuesta contraria a la buena fe.

45. En definitiva, sin perjuicio de que, como ya se ha puesto de manifiesto, para realizar el presente comentario no se ha dispuesto de toda la información obrante en las actuaciones, en atención a lo

³² Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial Barcelona

expuesto y habida cuenta los extremos que no han sido examinados por el Tribunal “ad quem”, parece razonable concluir que los argumentos de la SAP Salamanca no resultan suficientes para estimar la solicitud de restitución efectuada por el padre. Más aún, si se tiene en cuenta que el TJUE ha decretado que para ordenar la restitución de un menor no basta con que el comportamiento de uno de los progenitores resulte ilícito. Ello, puesto que, atendiendo a los objetivos del CH 1980 y también de los Reglamentos de la Unión Europea que regulan la sustracción de menores, lo primordial no es devolver al menor a un Estado miembro que no le resulta familiar, sino en restablecer la situación que existía antes del traslado o retención ilícitos del menor, al ordenar la restitución del niño únicamente al país en cuyo entorno social y familiar se encuentra integrado, garantizando de este modo “la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo”.

IV. Breve recapitulación final

46. Tal como se ha venido observando a lo largo del presente trabajo, la falta de concreción por el legislador europeo del concepto de residencia habitual del menor en el RBII bis y en el RBII ter, junto con la ausencia de definición de dicha noción en el CH 1980, provoca que sean los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros quienes deban identificar en cada caso concreto el lugar donde se encuentra la residencia habitual de un menor. Ello supone, en palabras del Profesor Javier Carrascosa, que los jueces y tribunales hayan de llevar a cabo un “day-to-day test” para verificar el país donde reside habitualmente un niño³³, lo que es particularmente relevante en los supuestos de sustracción internacional de menores, puesto que si la residencia del menor se sitúa en el Estado miembro requerido, la decisión de no restituir al menor por parte de la madre no puede considerarse ilícita y en consecuencia, la acción de restitución no podrá prosperar.

47. No obstante, no cabe duda de que la tarea de concretar el lugar de la residencia habitual del menor se simplifica en buena medida aplicando en cada caso concreto los criterios delimitadores sentados por el TJUE, que se han explicado en epígrafes anteriores. A este respecto, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deberán atender a datos fácticos que les permitan localizar el lugar donde el menor tiene su centro social de vida, así como acreditar la integración del menor en dicho país.

48. La fundamentación de la SAP Salamanca analizada se centra en datos jurídicos, prescindiendo de la mayor parte de los elementos de hecho presentes en la situación, en tanto que no entra a valorar la totalidad de las circunstancias fácticas que concurren en el caso concreto, de acuerdo con las pautas establecidas por el TJUE para determinar la residencia habitual del menor. De ahí que sus razonamientos no se ajusten del todo al espíritu del CH 1980, dado que ante una sustracción de menores lo determinante es establecer donde se encuentra la residencia habitual del niño, habida cuenta que el mecanismo para lograr el retorno inmediato del menor únicamente opera en los supuestos en que el niño ha sido trasladado de modo ilícito a un país que no se corresponde con el de su residencia habitual.

³³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Posible reconciliación de los padres y determinación de la residencia habitual del menor a efectos del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. De nuevo habla la casación italiana”, <http://accursio.com/blog/?p=1625>.