



INFORME QUE EMITE LA ASESORÍA JURÍDICA DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, A PETICIÓN DEL SERVICIO DE CENTROS, EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, QUE INADMITE EL CAMBIO DE CENTRO ESCOLAR DE SU HIJO.

Visto el recurso de alzada, esta Asesoría Jurídica emite el presente informe sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. XXXX presenta en la Consejería de Educación, Cultura y Deporte solicitud de cambio de centro escolar de su hijo.

SEGUNDO.- Dña. XXXX, madre del menor, manifiesta en escrito, su oposición al cambio de centro solicitado por el padre, adjuntando la siguiente documentación:

- Auto del Juzgado de Primera Instancia que le atribuye la facultad de decisión del centro educativo al que ha de acudir el menor.

- Sentencia, que modifica la medidas de divorcio estableciendo a efectos de la escolarización del menor: *"durante el próximo curso 2015-2016 (la escolarización) deberá realizarse en centro educativo próximo al domicilio de los progenitores."*

- Recurso de apelación formulado por Dña. contra la citada sentencia.

TERCERO.- La Secretaria General de Educación, Cultura y Deporte resuelve, no acceder a la petición de solicitud de cambio de centro escolar del menor, hasta que no se aporte resolución judicial que resuelva la discrepancia existente al respecto entre sus progenitores. No consta en el expediente administrativo fecha de notificación de la resolución.

CUARTO.- D. XXXX presenta recurso de alzada en el que manifiesta que el menor debe acudir a un colegio próximo a la residencia de sus progenitores, discrepando de los fundamentos jurídicos de la resolución mencionada en el considerando anterior.

QUINTO.- El xxx el Servicio de Centros solicita informe a esta Asesoría Jurídica sobre el recurso de alzada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resultan de aplicación al presente caso las siguientes disposiciones legales:

- Constitución Española de 1978.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria.
- Decreto 16/2009, de 12 de marzo, por el que se regula el procedimiento de admisión de alumnos en los centros públicos y centros privados concertados que imparten Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y Formación Profesional.
- Orden ECD/8/2013, de 4 de febrero, por la que se desarrollan determinados aspectos del procedimiento de admisión de alumnos en los centros públicos y centros privados concertados que imparten Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato.
- Instrucciones para el procedimiento extraordinario de admisión de alumnos para cursar educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y bachillerato en centros sostenidos con fondos públicos para el curso escolar 2015/2016 después del procedimiento ordinario (B.O.C. de 5 de mayo de 2015).
- Código Civil.

SEGUNDO.- Procede calificar el recurso interpuesto como de alzada, correspondiendo su resolución al Consejero de Educación, Cultura y Deporte, de conformidad con lo establecido en el artículo 128.3 de la Ley 6/2002, de 10 de diciembre.

TERCERO.- La legitimación activa de la parte reclamante le viene otorgada por aplicación del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En este supuesto, el recurrente es el padre del alumno, correspondiéndole, en virtud de ello y de conformidad con el artículo 162 del Código Civil, ejercitar su representación legal.

CUARTO.- No consta en el expediente acuse de recibo que acredite la fecha de la notificación de la resolución, debiendo



aceptarse como tal la alegada por el recurrente , habiéndose interpuesto el recurso, el 25 de septiembre, dentro del plazo de un mes previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

QUINTO.- Vista la documentación que obra en el expediente, y acreditada la situación de separación de los progenitores y que ambos ostentan la patria potestad y, a raíz de la sentencia la guarda y custodia del menor, la primera cuestión que se suscita es si las medidas, entre ellas la de escolarización, fijadas en la citada sentencia se pueden ejecutar si la misma todavía no es firme por haber sido objeto de recurso de apelación, como se acredita en el presente supuesto. En este sentido la jurisprudencia es clara al respecto y así entre otros el auto 9/2012, de 16 de enero de la Audiencia Provincial de Barcelona o el auto 14/2012, de 10 de febrero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra que después de analizar el art. 525-1-1ª de la LEC, fundamentan a este respecto:

"CUARTO

Del contenido del escrito de interposición del recurso de apelación cabe desprender que la ejecución solicitada viene referida a la guarda y custodia del menor y al ejercicio del régimen de visitas.

En relación a la ejecución de la medida sobre el régimen de visitas y comunicación del progenitor no custodio, es de señalar que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia menor consideran que las medidas adoptadas en un proceso matrimonial o de menores, que guarden relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico y las garantías a establecer entre los cónyuges tienen eficacia o ejecutividad inmediata desde el momento del dictado de la sentencia, y ello con independencia de que la sentencia fuere recurrida, al amparo de lo establecido en el apartado 5 del art. 774 de la LEC en relación con el apartado anterior del mismo precepto.

En tal sentido, cabe citar como exponentes de tal posicionamiento, los Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, de fecha 12-3-2002 (JUR 2002, 196497) ; Burgos, de fecha 26-4-2002 (JUR 2002, 168002) ; Málaga, de fecha 9-10-2002 ; Barcelona, de fecha 30-9-2002 (JUR 2003, 21782) ; Cádiz, de fechas 22- 11-2002 (JUR 2003, 81689) y 9-5-2007 ; Zamora, de fecha 22-1-2003 ; Girona, de fecha 5-1-2004 (JUR 2004, 97862) ; Huelva, de fecha 2-4-2004 ; Tarragona, de fecha 5- 10- 2004; Murcia, de fecha 10-1-2006 (JUR 2006, 106166) .



Indicándose en una de las resoluciones citadas que con ello lo que quiere el legislador es facilitar al Tribunal la posibilidad de ir dando respuestas adecuadas a las distintas situaciones que se pueden ir creando a lo largo de una relación personal, fundamentalmente de tipo paterno-filial, en el curso de un procedimiento de índole matrimonial o familiar, sin que la adopción de esas medidas quede mediatizada por el hecho de que haya de esperarse a la firmeza de la resolución que las acuerda.

*Al punto de poder colegir que las medidas definitivas indisponibles a que hace referencia el art. 774-4 de la LEC (entre las que se encuentran las relativas a la guardia y custodia y régimen de visitas de un menor) no son ejecutables provisionalmente, sino que de conformidad con el art. 774-5 **tienen eficacia directa tras su adopción en la sentencia, de tal modo que son directamente ejecutables con independencia de que sea o no recurrida en apelación la sentencia dictada.***

Por lo tanto, vista la jurisprudencia, se informa por esta Asesoría Jurídica que la interposición del recurso de apelación no impide la eficacia directa de la medida de escolarización fijada en la Sentencia que reza: "La escolarización del menor durante el próximo curso 2015-2016 deberá realizarse en centro educativo próximo al domicilio de los progenitores" y que implica una modificación respecto de la decisión de la madre para elegir centro educativo determinada en el auto de 2013.

SEXTO.- No obstante, y sin perjuicio de lo fundamento *ut supra*, al tener ambos progenitores la patria potestad del menor para hacer efectiva la medida de "escolarización del menor en un centro educativo próximo al domicilio de los progenitores," como determina la sentencia, es imperativo el consentimiento de ambos progenitores. En este sentido se pronuncia la sentencia del TS de 26 de octubre de 2012 que en su fundamento de derecho segundo determina:

"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 (LEG 1889, 27), 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, es evidente que el cambio de centro educativo es una decisión que emana de la patria potestad y que por ende necesita del mutuo acuerdo de los progenitores. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 16 de febrero de 2012, entre otras, ante un supuesto similar al aquí presente fundamentó:

"SEGUNDO

El tema que se plantea es qué criterio jurídico es aplicable al cambio de residencia sobrevenido, decidido unilateralmente por el progenitor custodio que se marcha a otro domicilio en compañía del hijo menor de edad a su cargo, cuando la resolución judicial no recoge previsión alguna sobre ese particular (.....)

TERCERO

El cambio de domicilio de los menores no sólo afecta a su lugar de residencia, sino también a su centro de educación, al entorno de amigos, relaciones sociales, idioma, familia y a sus estancias con el otro padre no custodio, por lo que, tratándose de cuestiones relativas a la patria potestad (art. 154) se ha de adoptar de mutuo acuerdo entre los padres o, si no hay acuerdo, con autorización judicial (art. 156).



La mera atribución de la custodia exclusiva no comprende todo el ámbito de la patria potestad, sino sólo las cuestiones ordinarias, del día a día, no las de mayor trascendencia, como es el lugar de residencia, al menos cuando su cambio puede tener efectos tan amplios como se ha dicho.

Por lo tanto, si el cambio de domicilio no es en el mismo barrio de la propia población en la que se ha fijado en la sentencia, y no afecta a aspectos más trascendentes, como el cambio de colegio o a la dificultad para las relaciones sociales y familiares (sobre todo con el progenitor no custodio), necesariamente, se ha de obtener la autorización judicial prevista en la sentencia de primera instancia, no sólo para el cambio de residencia al extranjero, sino también en el resto del territorio nacional e, incluso de la Región de Murcia o dentro del propio término municipal, pues ha de tenerse en cuenta que la extensión de éste podría implicar una afectación al resto de situaciones que se vienen enumerando.

La citada solución es la más aceptada por los Tribunales del país, como las sentencias de las Audiencias Provinciales de Gerona, de 3-11-2005, Castellón, Sec. 2ª, de 14-10-2008, Granada, Sec. 5ª, de 20-3-2009 y Madrid, Sec. 22ª, de 15-1-2010. Esta última establece:

"Cierto es, como se afirma en el escrito de formalización del recurso, que dicha unilateral decisión, y en lo que concierne exclusiva y personalmente a Dª Fátima, se encuentra perfectamente amparada por el artículo 19 de la Constitución ; pero no acaece lo mismo en lo que afecta a la común descendiente, ya que la asignación a dicha progenitora de su guarda no implicaba, en modo alguno, la privación al otro progenitor de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, o de alguna de las facultades de la misma, pues, según se hizo constar en el referido convenio, ambos padres ostentarían de modo compartido la referida función.

Ello implica que cualquier decisión de trascendencia para el hijo, y entre ellas lógicamente los cambios de residencia y de centro escolar, no pueden ser adoptadas de modo unilateral por uno solo de los titulares de dicha potestad, sino conjuntamente por ambos, debiendo, en otro caso, someter sus discrepancias a la intervención dirimente del Juez, según previene el artículo 156 del Código Civil (LEG 1889, 27).

En conclusión, vista la documentación obrante en el expediente, y la jurisprudencia expuesta, esta Asesoría Jurídica



informa que, al no existir mutuo acuerdo de los progenitores respecto a la solicitud de cambio de centro escolar del menor no procede efectuar el mismo hasta que no se aporte por los padres resolución judicial al efecto que resuelva la presente discrepancia o en su defecto se acredite acuerdo en conjunto.

Por todo lo expuesto, esta Asesoría Jurídica considera que procede **DESESTIMAR** el recurso de alzada interpuesto por D. XXX contra la resolución de la Secretaria General de Educación, Cultura y Deporte, que inadmite el cambio de centro escolar solicitado para su hijo, .

Es cuanto se tiene el honor de informar, salvo superior criterio mejor fundado en Derecho.