



Roj: **SAP NA 875/2018 - ECLI: ES:APNA:2018:875**

Id Cendoj: **31201370032018100475**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **777/2018**

Nº de Resolución: **449/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencias restantes**

Ponente: **ANA INMACULADA FERRER CRISTOBAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000449/2018

Ilma. Sra. Presidenta

D^a. ANA INMACULADA FERRER CRISTOBAL

Ilmos. Sres. Magistrados

D. JESÚS SANTIAGO DELGADO CRUCES

D. ILDEFONSO PRIETO GARCÍA NIETO

En Pamplona/Iruña, a 03 de octubre del 2018.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 777/2018**, derivado del *Sustracción internacional de menores nº 100/2018* del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña; siendo parte *apelante*, la demandada **Dña. Ana María**, representada por el Procurador D. Bartolomé Canto Cabeza de Vaca y asistida por el Letrado D. Orlando Merino Moreno; partes *apeladas*, los demandantes, **D. Florian** representado por la Procuradora D^a Elena Burguete Mira y asistido por la Letrada D.^a Esther Allo Gutiérrez, y EL ABOGADO DEL ESTADO.

Con intervención del **MINISTERIO FISCAL**.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA INMACULADA FERRER CRISTOBAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 07 de junio del 2018, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en *Sustracción internacional de menores nº 100/2018* cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*"1º.- Se acuerda la **inmediata restitución** del menor Jacinto al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción,*

en este caso, a Bulgaria.

La restitución podrá verificarse mediante el regreso del menor a Bulgaria con la madre, la entrega del menor al padre en el domicilio en el que padre reside en el plazo improrrogable de TRES DÍAS a contar desde la firmeza de la presente resolución o trasladándose el padre a España a estos efectos. En todo caso para la gestión práctica de ello se contará con la mediación de las autoridades centrales. En caso de oposición, incumplimiento u obstaculización a la efectiva entrega del menor se acordarán por este Juzgado las medidas coercitivas que sean necesarias para la entrega, incluido el auxilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para el traslado efectivo y seguro del menor.



2º.- Se **condena a la madre Dª Ana María** al abono de las costas del procedimiento, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción."

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandada, Dña. Ana María .

CUARTO.- EL MINISTERIO FISCAL y las partes apeladas, ABOGADO DEL ESTADO y Florian , evacuaron el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial correspondieron a esta Sección Tercera, en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 777/2018, en el que por Auto de fecha 20 de septiembre de 2018 se inadmitió la práctica de la prueba documental y pericial propuesta por la parte apelante, y una vez firme dicha resolución se señaló día para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado, en representación del mismo y recibida solicitud de la Autoridad Central encargada de la aplicación del Convenio de La Haya nº XXVIII sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 ratificado por España el 16 de junio de 1987, presentó escrito solicitando la restitución del menor Jacinto , en virtud de petición formulada por el padre Florian contra la madre del menor Ana María .

En dicho escrito se ponía de manifiesto que en el Código de Familia Búlgaro los derechos de custodia son compartidos por ambos progenitores durante el matrimonio o durante la convivencia de hecho cuando no exista matrimonio oficial. Dicho régimen se modifica a una custodia unipersonal después de la terminación del matrimonio, concedida a uno de los progenitores por orden judicial o por acuerdo entre ambos. El régimen de derechos de custodia unipersonal no resulta en abolición de los derechos parentales o privación del otro progenitor de sus derechos parentales por lo que el padre sigue teniendo derecho a participar en la toma de decisiones que afectan al menor, pero solamente en asuntos que no están relacionados con la vigilancia diaria del mismo. En particular solamente los dos progenitores son los que pueden determinar el lugar de residencia habitual del menor y el derecho de viajar fuera de Bulgaria y que le sean expedidos los documentos necesarios en este concepto, tanto en caso de convivencia de hecho como después de la separación de los progenitores. Si los padres están en controversia y no pueden llegar a un acuerdo sobre estos asuntos tienen que recurrir al Tribunal .

En el presente caso Florian y Ana María contrajeron matrimonio en el año 2010 quedando el mismo disuelto por decisión judicial dictada por el Tribunal regional de Dupnitsa el 11 de septiembre de 2014 que acordó conceder la custodia del hijo común a la madre, determinando además como domicilio del menor la dirección de la madre en Bulgaria.

Se reconocía al Sr. Florian el derecho de visitas y de contactos con su hijo añadiéndose que dicho régimen de visitas se determina en base a residir los dos progenitores del menor en Bulgaria y no supone contactos que requieran viajes fuera del país .

Tras una disputa en 2014 en el que la madre deseaba que el menor le acompañase en sus viajes a España, donde vive su hermana, al oponerse el padre y al tratarse de un asunto que no puede ser decidido unilateralmente por el progenitor con el que el menor convive, se entabló un litigio que dio lugar a la decisión actualmente en vigor de fecha de 13 de enero de 2015 en virtud del cual el Tribunal Provincial de Kyustendil dio permiso para que el menor viajara a España desde el 1 de julio hasta el 31 de agosto de cada año a lo largo de un periodo de tres años.

A la vez la señora Ana María volvió de nuevo al Tribunal debido a la falta de acuerdo con el Sr. Florian acerca del cambio de residencia del menor de Bulgaria a España. El Tribunal desestimó dicha pretensión dictándose el 16 de marzo de 2017 resolución confirmando la decisión de 13 de enero de 2015 que concedía permiso al menor para viajar a España por un periodo de dos meses cada año.

D. Ana María viajó a España con el menor el 1 de julio de 2017 pero no regresó ni restituyó al menor después del 31 de agosto como tenía autorizado.

A juicio del Abogado del Estado tales hechos tienen las características de una sustracción parental conforme a los criterios de la Convención de La Haya de 1980 ya que el Tribunal búlgaro fijó la residencia habitual del



menor en Bulgaria y en base a ello definió el derecho de visitas del padre y la autorización del menor para viajar fuera en períodos de tiempo cortos.

La actuación de la madre al no regresar después de agosto de 2017 resulta a su juicio una falta de respeto tanto a la situación de hecho, como a las decisiones judiciales.

Se remite por ello al contenido del artículo 3 de dicho Convenio en relación con el artículo 5 y 12 todo ello de dicho Convenio de La Haya de 1980.

Tras la tramitación del procedimiento en primera instancia se dictó por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona Sentencia de fecha 7 de junio de 2018 ordenando la inmediata restitución del menor con condena a la madre al abono de las costas del procedimiento.

Se recurre ahora dicha resolución por la representación de la D. Ana María alegándose los siguientes motivos:

1.- Existencia de prejudicialidad civil y vulneración de los artículos 43 LEC y 24 CE al haberse planteado con carácter de urgencia el expediente de jurisdicción voluntaria solicitando autorización para el cambio de residencia. Tras el auto dictado se interpuso recurso de apelación, pendiente de resolución.

2.- Vulneración de los artículos 24 CE, 2, 3 y 9 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; del artículo 3.2 del Reglamento CE número **2201/2003** del Consejo de 27 de noviembre de 2003; del artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980; de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo; de los artículos 94 y 160 en relación con los artículos 3.2, 6, 91, 92, 103, 154, 156, 158 y 159 del CC que consagran el principio de interés del menor.

Considera en primer lugar que la actuación del juzgado vulnera su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus intereses y entiende además que el interés superior del menor pasa por residir con su madre en España ya que el Sr. Florian ha rehecho su vida con otra persona con la que tiene otro hijo y por motivos de trabajo le toca viajar. Añade además que recientemente ha sido condenado por impago de la pensión de alimentos. En relación con la situación del menor manifiesta que está totalmente integrado DIRECCION002 donde existen una importante colonia búlgara y que está escolarizado; además ella tiene trabajo estable y garantizada la educación y la cobertura sanitaria del menor.

Por último insistía en que el padre en todo momento estuvo debidamente informado sobre el domicilio centro escolar de su hijo y añadía que el Sr. Florian ha sido condenado como autor del delito de violencia doméstica contra la madre .

Tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado y la representación del Sr. Florian solicitó la desestimación del recurso de apelación interpuesto .

SEGUNDO.- El actual artículo 778 quáter LEC 2000 bajo el título:

" *Ámbito de aplicación. Normas generales*", establece que:

1.En los supuestos en que, siendo aplicables un Convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo".

Conforme a ello debemos remitirnos al contenido del Convenio de La Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, así como el Reglamento 2201/ 2003 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 derogó el Reglamento (CE)Nº 1347/.2000.

El Convenio de la Haya comienza estableciendo :

"Los Estados signatarios del presente Convenio, profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita".

De su contenido destacamos los siguientes artículos:

Artículo primero:

La finalidad del presente convenio es: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; y b) velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.



Es el Art 3 del Convenio el que define que se entiende por traslado o retención ilícita,

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 el 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".

Se añade que el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

El Art. 5 delimita el concepto de derecho de custodia al establecer:

"[a] los efectos del presente convenio: a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia".

Por último destacamos el contenido del Art 12 que regula los requisitos exigibles para entender ilícito el traslado o la retención y el artículo 13 que recoge las excepciones a la obligación de restitución:

Artículo 12: Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor".

Artículo 13: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

Por su parte en el Reglamento 2201/ 2003 contiene una regulación acorde con el Convenio aunque realiza mayores concreciones en relación con el derecho de custodia, las distintas formas de adquirirla, la importancia y las consecuencias derivadas de lugar de la residencia habitual del menor, y finalmente la concreción de los supuestos en que puede ser solo un titular quien resuelve sobre el lugar de residencia o han de ser los dos quienes lo decidan.

Concretamente el artículo 2, recoge del Reglamento **2201/2003** las siguientes definiciones:

9) derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia;

10) derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado;

11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención 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".

El artículo 8 dispone:

" 1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. 2. El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12."

TERCERO.- En primer lugar y antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en el presente caso, consideramos necesario poner de manifiesto que tal y como se ha recogido por otras Audiencias Provinciales (por ejemplo Alicante Sentencia 26 de julio de 2016, Cádiz 22 de febrero de 2011), en el presente procedimiento por sustracción de menores no se trata de determinar a qué progenitor corresponde la custodia del menor, ni de establecer reglas respecto a esta cuestión ya que esa competencia la conservan los Tribunales que serán quienes en su caso decidan sobre la misma de conformidad al derecho interno del estado requirente, cuando así se les solicite. Ahora se trata exclusivamente de decidir si se da o no en nuestro Estado eficacia directa y automática a una resolución judicial de otro de los Estados firmantes una vez reconocidos los requisitos esenciales de la misma, o si por el contrario, esa eficacia automática queda diferida por concurrir a juicio de los tribunales del Estado requerido alguna de las mencionada causas de oposición.

Tal y como se recoge en la SAP de Las Palmas de 29 de junio de 2017:

" Para resolver adecuadamente este recurso debe partirse de considerar la filosofía del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de 25 de octubre de 1980, que básicamente se inspira en entender que, si ha habido un traslado o retención ilegal en el sentido del Art. 3, en principio, el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales. Ello, a su vez, porque la finalidad específica del Convenio, según su Art. 1, es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante así como la de velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

Las condiciones concretas y excepciones a la obligación de acordar la restitución se establecen también específicamente en el Convenio (arts. 12 y 13) y las autoridades del Estado requerido, en este caso España, sólo pueden denegar la restitución si se demuestra la concurrencia de alguna de las causas tasadas, lo que aquí no se ha producido. Lo que se pretende a través del Convenio es restablecer la situación en los términos en los que se encontraba antes de producirse una acción ilícita que vulneraba un derecho de custodia, sin que ello implique decidir sobre el fondo de tal derecho (Art.19) ni sobre la mayor o menor conveniencia de que lo ostente uno u otro progenitor. Restablecida la situación inicial no hay ningún inconveniente en que se planteen las acciones que sean del caso para atribuir esa custodia a quien proceda o para modificar la atribución existente antes del traslado, si hubiere lugar, pero sobre ello deben decidir las autoridades del lugar de la residencia habitual del menor, que normalmente contarán con más y mejores elementos de juicio. No es objeto pues del procedimiento decidir acerca de la custodia del menor y/o sus reglas de ejercicio, como tampoco la de analizar las relaciones personales entre los progenitores, sino únicamente determinar si se da o no en el derecho del Estado requerido eficacia directa y automática a la resolución judicial de otro de los Estados firmantes, tras verificar si efectivamente se ha producido el traslado ilícito en el sentido del Convenio".

CUARTO.- En el caso que nos ocupa la documentación aportada acredita que tras la disolución del matrimonio, el Tribunal regional de Dupnitsa concedió la custodia del menor a la madre determinando que éste debía vivir en la dirección de ésta en Bulgaria en la aldea de Stob, en el municipio de DIRECCION000, C/ DIRECCION001 nº NUM000.

Además se reconocía al Sr. Florian el derecho de visitas y a mantener contacto con su hijo.

Posteriormente se autorizó al menor a viajar con su madre al Reino de España durante el tiempo del 1 de julio al 31 de agosto por un periodo de tres años.

A la vista de la regulación contenida tanto en el Convenio de La Haya como en el Reglamento **2201/2003**, para poder determinar la ilicitud del traslado o de la retención debe determinarse cual es el lugar de residencia habitual del menor y si la atribución de la custodia a la madre conlleva el derecho de ésta a decidir dicha residencia, todo ello para poder determinar primero, si se ha producido sustracción o traslado y segundo si se debe calificar la misma como lícita o ilícita.



En este sentido no existe duda de que fueron los Tribunales búlgaros quienes fijaron el domicilio del menor en el de la madre en la aldea de Stob, en el municipio de DIRECCION000 , C/ DIRECCION001 nº NUM000 .

La AP de Barcelona en Sentencia de 13 de julio de 2017 en un caso semejante al que nos ocupa en el que el traslado o retención supuestamente ilícito fue llevado a cabo por el progenitor que tenía concedida la custodia del menor señalaba:

"la cuestión de cómo debe decidirse cuando el progenitor que realiza el traslado ilícito es la persona que ejerce el cuidado primordial se ha resuelto de forma distinta por los tribunales de los distintos Estados en atención a las peculiaridades de cada caso, pero la tendencia general es la de adoptar un enfoque estricto autorizando la restitución por entender que el progenitor puede acompañar a los menores al Estado de su residencia habitual (sentencia de Court of Quebec de 23-8-2002), y aceptando la no restitución solo en aquellos supuestos excepcionales en los cuales se acredita causa justificada que impida el traslado (Sentencias de Court of Quebec de 22-4-1999 y de la Court of Appeal Reino Unido de 7- 3-2002)."

Conforme a todo ello entendemos acreditado que la residencia del menor fue fijada por los Tribunales de Bulgaria con la finalidad de que el padre pudiera ejercer su derecho de visitas, y que ha sido la madre quien, aun cuando ostenta su custodia, ha modificado unilateralmente dicha residencia al trasladarse con el menor a España ya que si bien tenía derecho a efectuar dicho viaje, lo era siempre bajo las condiciones fijadas por los Tribunales, es decir en el periodo que va del 1 de julio al 31 de agosto.

Pese a todo ello el menor es trasladado por la madre a España y transcurrido el 31 de Agosto no es devuelto a Bulgaria, violentando tanto el derecho de visitas del otro progenitor e infringiendo el lugar de residencia habitual fijado por los Tribunales.

No hay duda por tanto de la ilicitud de dicho traslado

QUINTO.- Examinamos ahora los motivos alegados en el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Ana María :

1.- Nada hemos de decir sobre la prejudicialidad civil alegada al haberse dictado resolución firme en el procedimiento de jurisdicción voluntaria número 1118/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº8 .

2.- Se alega en segundo lugar vulneración de diversas disposiciones contenidas en la normativa por inadmisión por parte de la juez de instancia de los medios de prueba pertinentes para la defensa de los intereses.

Al respecto hemos de decir en primer lugar que la inadmisión de las pruebas solicitadas en primera instancia en ningún caso han causado indefensión a las parte, al haber argumentado la juez de instancia los motivos para ello, motivos que ratificamos en esta segunda instancia. Añadimos además que la ahora recurrente ha tenido oportunidad y así lo ha hecho, de volver a solicitar dichas pruebas, que nuevamente se le han inadmitido.

3.- Refiere también la recurrente, como motivo de recurso la existencia de circunstancias a tener en cuenta como son que el padre tiene otra familia con otro hijo y que por su trabajo le toca viajar. Añade además que por resolución de los Tribunales regionales de Bulgaria de 8 de febrero de 2018 fue condenado por impago de la pensión de alimentos dejando a deber una cantidad equivalente a 5500 €.

Se insiste también en que el menor se encuentra ya empadronado en DIRECCION002 desde el 27 de julio de 2016 y escolarizado en el Colegio DIRECCION003 de DIRECCION004 donde está perfectamente integrado y que la madre tiene trabajo estable con lo que garantiza la educación y cobertura sanitaria del menor siendo que en Bulgaria no tiene trabajo.

Considera por todo ello la recurrente que siendo el interés del menor el que debe ser tenido en cuenta para resolver el presente litigio se debe aplicar el contenido del art. 3 párrafo 2 del Reglamento 2201/ 2003 que admite como motivo de oposición a la restitución *"que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en el nuevo medio"* así como el artículo 13 del Convenio de La Haya que permite también dicha oposición cuando existe un grave riesgo de que la restitución del menor los ponga en peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera poco al menor en una situación intolerable.

Por último añade que el Sr. Florian ha sido condenado como autor del delito de violencia doméstica remitiéndose a la resolución dictada por el tribunal regional de la ciudad de Dupnitsa otorgando medidas de protección a favor de la recurrente.

Tal y como hemos transcrito anteriormente el Convenio de la Haya de 1980 recoge como excepción a la regla general en el artículo 13 la posibilidad de denegar la restitución cuando:

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.



El Reglamento **2201/2003**, como también hemos señalado anteriormente, contiene una regulación acorde con el Convenio aunque realiza mayores concreciones, en relación con el derecho de custodia, y la residencia habitual del menor.

Alegándose por la recurrente la existencia de un grave riesgo de peligro físico o psíquico alegado es ella quien asume la carga de probar tales circunstancias, no existiendo a juicio de la Sala prueba acreditativa de dicha situación.

Conforme al contenido del artículo 13 b) para que proceda el retorno del menor se va a exigir en primer lugar que exista un grave riesgo, no bastando un riesgo de carácter general y ambiguo, no determinado, y en segundo lugar que dicho riesgo conlleve la exposición del menor a un peligro físico o psíquico.

Ninguno de los dos requisitos se ha acreditado ya que la recurrente alega como fundamento de su pretensión que el menor se encuentra totalmente integrado en España y que ella tiene trabajo, circunstancias estas que aun cuando sean ciertas no suponen que la vuelta a su país conlleve un riesgo como el exigido.

Es cierto que se alega también la existencia de una condena como autor del delito de violencia doméstica, que el padre ha sido debidamente informado por la madre sobre el domicilio y centro escolar, e incluso que ha sido condenado por impago de alimentos.

Pero entendemos que tampoco tales circunstancias acreditan la excepción al retorno que exige el Art 13 b), ya que no existe prueba alguna de que llegará a informar al padre sobre el domicilio del menor ya que fue expresamente negada por este en la vista. En todo caso aun cuando se le hubiera informado no sería sino consecuencia del cumplimiento de una obligación.

En segundo lugar la condena por impago de alimentos alegada por la demandada tampoco puede considerarse como "riesgo grave" ya que la recurrente puede acudir a la vía judicial en reclamación del cumplimiento de dicha obligación.

Por último y en relación con la condena por violencia de género, la documentación aportada en la solicitud de procedimiento de jurisdicción voluntaria acredita la existencia de una denominada Orden de Protección Contra Violencia Doméstica dictada el 16 de junio de 2015 en la que se OBLIGA a Florian como autor de violencia doméstica:

Que se abstenga de la violencia domestica contra Ana María y se le ADVIERTE, conforme al art 21 línea 3 de la Ley ZZDN (Ley de Protección contra la Violencia Domestica) en caso de incumplimiento de la Orden constatado por los órganos de la Policía, el mismo será detenido y se notificara inmediatamente a la Fiscalía.

A modo de resumen, entendemos que no existen elementos probatorios que permitan inferir la existencia de la situación objetiva de riesgo en los términos recogidos en el art 13 del Convenio de la Haya, debiendo en consecuencia desestimarse el recurso interpuesto.

SEXTO.- Acordándose por tanto la restitución inmediata del menor Jacinto al lugar de su residencia habitual, la resolución de instancia acuerda que la misma deba efectuarse mediante el regreso del menor a Bulgaria con la madre y la entrega del menor el padre del domicilio en el que reside en el plazo de tres días a contar desde la firmeza de la resolución o bien trasladándose el padre a España estos efectos. En todo caso para la gestión práctica de que se contará con la mediación de las autoridades centrales. En caso de obstaculización incumplimiento a la efectiva entrega se acordarán por el juzgado las medidas coercitivas que sean necesarias.

Al tener atribuida la madre la custodia del menor es necesaria regular la restitución con las mayores garantías posibles de protección.

En este sentido el artículo 12 del Convenio dispone que se ordene "la restitución del menor" y el Preámbulo del Convenio especifica que se lo restituye normalmente al Estado donde el niño residía habitualmente antes de su traslado o retención ilícita.

No existe referencia explícita que ordene la entrega del niño a una persona o el cambio de la persona que ejerce su cuidado primordial.

La SAP de Barcelona de 3 de octubre de 2017 señala al respecto que tal ausencia de regulación "ofrece un abanico de posibilidades para la orden de restitución de conformidad con el Convenio de la que los tribunales deberán tener conocimiento al momento de emitir una orden de restitución. En la mayoría de los sistemas legales, los tribunales pueden 1) ordenar al progenitor sustractor que restituya al niño al Estado de residencia habitual, 2) ordenar que el niño sea entregado al progenitor solicitante o a la persona designada por éste a los efectos de restituir al niño a ese Estado, o - en algunos sistema legales - 3) ordenar que el niño searecogido por un agente de ejecución quien (generalmente en cooperación con las autoridades de protección del niño) hará los arreglos prácticos para que se realice la restitución del niño. Lo tribunales tendrán que tener en cuenta las opciones



disponibles en su sistema legal al elegir la solución más apropiada en cada caso individual, dependiendo particularmente de la voluntad de cooperación del progenitor sustractor". El epígrafe 86 de la Guía señala que " si el grado de cooperación del progenitor sustractor para restituir al niño fuera impredecible al momento en que el tribunal emite la orden de restitución, una posibilidad sería incluir "una cascada de opciones" en la orden, comenzando con una opción que interfiera menos drásticamente en la situación del niño".

Conforme a ello y siguiendo los criterios recogidos en dicha resolución teniendo en consideración la corta edad del menor, y la falta de relación con el padre en los últimos meses consecuencia de su traslado a España la Sala considera que el interés del menor exige para la ejecución de la orden de restitución las siguientes medidas acordadas en primera instancia:

- 1.- Se acuerda la restitución del menor a Bulgaria, ordenando a la madre que lleve a cabo dicha restitución en el plazo de tres días.
- 2.- Si transcurridos el plazo la madre no ha restituido al menor se trasladará el padre a España.
- 3.- En todo caso para la gestión práctica de todo ello se contara con la mediación de las autoridades centrales.

SÉPTIMO.- Se impone a la recurrente las costas procesales causadas conforme al contenido del artículo 778 quinquies.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Esta Sala acuerda la **desestimación del recurso de apelación** interpuesto por la representación de D. Ana María contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona en fecha 7 de junio de 2018 ratificando íntegramente su contenido.

Las costas causadas por el presente recurso se imponen a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.