



Roj: **SAP B 11168/2013 - ECLI: ES:APB:2013:11168**

Id Cendoj: **08019370182013100558**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **01/10/2013**

Nº de Recurso: **182/2013**

Nº de Resolución: **573/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N. 573/2014

Barcelona, 1 de Octubre de 2013.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ

D^a. M^a JOSÉ PEREZ TORMO

D^a. M^a DOLORS VIÑAS MAESTRE (Ponente)

ROLLO Nº 182/2013

SUSTRACCIÓN DE MENORES NÚM. 1455/2012

JUZGADO de PRIMERA INSTANCIA 7 GRANOLLERS

Apelante: Ministerio Fiscal

Apelado: María Teresa

Abogada: Lourdes Argudo Alsina

Procuradora: Consol Cuadra Baile

Abogado del Estado. Recurso desierto

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 7-11-2012 es del tenor literal siguiente: ""FALLO: Desestimo la pretensión de restitución de los menores Jorge y Celia a su padre, deducida por el Abogado del Estado en representación de la Autoridad Central Española; sin hacer especial mención de las costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación, mediante su escrito motivado el Abogado del estado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al recurso y al Ministerio Fiscal que impugna la sentencia solicitando se ordene la restitución de los menores; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se ha declarado desierto el recurso del Abogado del estado por incomparecencia dentro del plazo del emplazamiento. Se mantiene la impugnación del Fiscal. Se señala para votación y fallo el día 25 de septiembre de 2013.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En la demanda inicial en la que se solicita la restitución de los menores a Portugal se alega en síntesis que el domicilio familiar se encuentra en Madeira; que los menores se encuentran escolarizados en Madeira desde el curso 2007/2008 y que en abril de 2012 la madre marcha con los menores a España. En aplicación del Convenio de la Haya de 1980 se solicita la restitución de los menores al país de su residencia habitual al haber sido sustraídos sin el consentimiento del padre.

La madre se opone a la restitución alegando que existe consentimiento por parte del padre concedido mediante acta notarial de 28-3-2007; que la madre ejerce de modo efectivo el derecho de custodia de los menores; que el domicilio del padre es en Barcelona en la CALLE000 NUM000 y que el padre reside de forma mayoritaria en Barcelona; que los menores hacen el seguimiento médico en Barcelona.

La sentencia apelada señala que no hay privación de la potestad ni atribución de ejercicio exclusivo, pero que de facto las responsabilidades parentales por razón de las necesidades laborales del padre las ejerce la madre; que el padre no tiene su residencia habitual y permanente en Madeira (Portugal); que la madre e hijos residían habitualmente en Madeira; que ha sido la madre la cuidadora principal y que no se aprecia interés en el padre de mantener la relación con sus hijos y concluye que de accederse a la restitución de los menores, quedarían bajo la custodia de personas ajenas a la familia, no tendrían soporte en Madeira quebrándose de este modo las relaciones parentales al entender que el padre no tiene residencia en Madeira y que no se puede obligar a la madre a trasladarse a Madeira porque obligar a la madre a cambiar su lugar de residencia supondría coartar su libertad deambulatoria con infracción de lo dispuesto en el artículo 19 de la CE. También estima la sentencia que la restitución colocaría a los menores en una situación de grave riesgo porque se encuentran integrados en el nuevo domicilio en la población de l'Atmella del Vallés y se ignora a cargo de quien quedarían los menores. En definitiva se deniega la restitución en aplicación del artículo 13 b) del Convenio de la Haya y se estima que a ello no es óbice lo dispuesto en el artículo 11,4 del Reglamento nº 2201/2003 al no haberse acreditado que en Portugal se hayan adoptado o estén en disposición de adoptar medidas adecuadas para garantizar la protección psíquica de los menores tras su restitución.

El Ministerio Fiscal impugna la sentencia, entiende probado que el padre reside habitualmente en Madeira desde 2006; que es también Madeira la residencia habitual de la madre e hijos, que el traslado a Barcelona se ha producido sin autorización del padre y que en cumplimiento del Convenio debe procederse a la restitución.

SEGUNDO.- El artículo 1 del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, dispone que la finalidad de este 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.

Debe determinarse en primer lugar que se entiende por traslado o retención ilícita, lo que viene recogido en el artículo 3 del Convenio al indicar que tendrán esta consideración: 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 artículo 2, apartado 11) del Reglamento 2201/2003 entiende por traslado o retención ilícita cuando 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 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"

TERCERO.- La sentencia apelada ha declarado probado que la residencia habitual de los hijos menores era Madeira. Sobre este extremo no hay discusión y la Sala comparte plenamente dicha conclusión, pues los menores residían de forma continuada en Madeira donde estaban escolarizados desde 2007 y donde se encontraban totalmente integrados en el entorno social y familiar de dicho lugar.



La sentencia declara que el padre no tenía su residencia habitual en Madeira sino en Barcelona en la CALLE000 y deriva dicha conclusión de diferentes documentos aportados, escrituras, declaraciones fiscales, domiciliación de empresa y empadronamiento. El padre niega dicho extremo en el interrogatorio. La Sala no comparte la valoración efectuada por la Juez a quo y estima que la residencia habitual del Sr. Pedro Antonio era también Madeira. Y ello porque ha quedado probado que se trasladaron a residir a Prazzeres (Madeira), compraron una vivienda que constituye el domicilio familiar y no se encuentran separados. El empadronamiento y la constancia del domicilio de la CALLE000 en documentos públicos no hace prueba de la residencia habitual del Sr. Pedro Antonio. Los documentos públicos hacen prueba de la fecha y el lugar del documento pero no de la veracidad de los datos que se contienen en el mismo que son meras manifestaciones. Lo que sí ha quedado probado es que por razones de trabajo el padre efectuaba viajes a España donde mantenía un centro de actividad ubicado en la CALLE000, teniendo patrimonio en España razón por la cual efectuaba las correspondientes declaraciones fiscales en este país. Pero ello no puede conducir a considerar que el padre tuviera residencia habitual en España y la madre e hijos en Portugal.

Ambos progenitores tienen encomendados los derechos de custodia de los hijos en el sentido exigido por el Convenio y por el Reglamento pues ninguno de ellos puede decidir sin el consentimiento del otro o autorización judicial el lugar de residencia de los menores.. El traslado de los hijos a España sin autorización del padre es por tanto ilícito. No ha sido consentido y a estos efectos no sirve el acta notarial de 28-3-2007 en la que el padre autoriza a la madre a viajar con los menores, especialmente a Portugal, pues se trata de una autorización para viajar y no para decidir sobre el lugar de residencia de los hijos.

Dicho lo anterior debe examinarse si concurre alguna de las excepciones contempladas en el artículo 13 del Convenio para autorizar la no restitución que el Convenio contempla como una medida dotada de automatismo salvo concurrencia de excepciones.

El artículo 13 a) autoriza la no restitución cuando la persona no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido. Por ejercicio de la custodia el Reglamento 2201/2003 entiende la facultad, por ministerio de la ley o por resolución judicial, de decidir sobre el lugar de residencia del menor, por lo que no puede entenderse que el padre no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fueron trasladados los menores como exige la primera de las excepciones a la no restitución. Ya se ha dicho que no hay consentimiento por parte del padre al traslado.

La sentencia apelada, como hemos señalado, ha considerado concurrente la excepción contemplada en el apartado b) del artículo 13 "grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". La sentencia deriva la apreciación del riesgo de la supuesta inasistencia o desatención de los menores en Portugal, al no residir ninguno de los progenitores en la población donde se encontraba su residencia habitual. El riesgo se funda en que el cuidador primario es la madre y en que no se puede obligar a esta a regresar a Madeira sin infracción de un derecho constitucional y en que si se acuerda la restitución los menores se encontrarán en una situación de desatención familiar. Al respecto cabe señalar que no consta que el padre no resida en Madeira y que no se alegan causas justificadas que impidan a la madre acompañar a los hijos al lugar de la residencia habitual de los menores, para plantear ante el tribunal competente las acciones que considere oportunas en orden a regularizar la situación de los hijos menores consecuencia de la ruptura de sus padres (guarda, alimentos, traslado de residencia o domicilio). No otra es la finalidad del Convenio de la Haya. 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 el progenitor acredita causa justificada que le impida el traslado (Sentencias de Court of Quebec de 22-4-1999 y de Court of Appeal Reino Unido de 7-3-2002).

La aplicación del Convenio complementado por el Reglamento conduce a revocar la resolución apelada y a ordenar la restitución de los menores al lugar de su residencia habitual, es decir, a Madeira, pues no concurre ninguna de las excepciones contempladas en el Convenio para denegar la restitución.

CUARTO.- El automatismo del Convenio de la Haya de 1980 y lo restrictivo de su objeto puede colocar a los menores en situaciones que si bien no pueden calificarse de grave riesgo, si entran en la consideración de perniciosas o inconvenientes para los menores y requieren de la adopción de medidas que traten de paliar las consecuencias negativas que la orden de restitución pueda causarles.

El marco normativo integrado por el artículo 7 del Convenio de la Haya de 1980, 55 e) del Reglamento 2201/2003, 31 b) del Convenio de la Haya de 1996, complementado con las recomendaciones contenidas



en la Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, redactado por la Oficina Permanente, sobre mediación (disponible en la web de la Conferencia de la Haya) y la Guía Práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II elaborado por los servicios de la Comisión, permiten y hacen del todo necesario la iniciación de un proceso de mediación para la ejecución de la presente resolución que acuerda la restitución de los menores al país de su residencia habitual.

A estos efectos se acuerda requerir al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes lleve a cabo un proceso de mediación sobre las circunstancias del traslado o restitución de los menores entre ambos progenitores debiendo ponerse en contacto también con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, conforme a la ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, y/o acudir a alguna de las organizaciones expertas en mediación internacional.

QUINTO.- No se hace imposición de costas.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por el **Ministerio Fiscal**, contra la sentencia de 7 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Granollers en autos de Sustracción internacional de menores nº,1455/2012 de los que el presente rollo dimana, **SE REVOCA** la expresada resolución, acordando la restitución de los menores al lugar de su residencia habitual con anterioridad al traslado. Para la ejecución de la restitución se requiere al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes lleve a cabo un proceso de mediación sobre las circunstancias del traslado o restitución de los menores, entre ambos progenitores, debiendo ponerse en contacto también con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, conforme a la ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado, y/o acudir a alguna de las organizaciones expertas en mediación internacional. sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Esta sentencia ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha por el magistrado ponente, y se ha celebrado audiencia pública. DOY FE.