



Roj: **SAP B 8805/2020 - ECLI:ES:APB:2020:8805**

Id Cendoj: **08019370182020100534**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **06/10/2020**

Nº de Recurso: **588/2020**

Nº de Resolución: **637/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120208060465

### **Recurso de apelación 588/2020 -J**

Materia: Otros supuestos no contemplados

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 173/2020**

Parte recurrente/Solicitante: Adelina , Marcelino

Procurador/a: Angel Joaniquet Tamburini, Maria Gallardo De La Torre

Abogado/a: Mercè Claramunt Bielsa, Sonia Milagros Álvarez Gómez

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA N. 63/2020**

Barcelona, 6 de octubre de 2020

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados

D. Francisco Javier Pereda Gàmez

D<sup>a</sup>. M. José Pérez Tormo

D<sup>a</sup>. Dolores Viñas Maestre (Ponente)

**Rollo 588/2020**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 10-7-2020 es del tenor literal siguiente: ""FALLO: Que estimando parcialmente la demanda deducida por Don Marcelino representado por el Procurador Don Angel Joaniquet Tamburini, frente a Doña Adelina debo declarar y declaro que el traslado de los menores Joaquina Y Juan Ignacio a España es un traslado ilícito, acordando en consecuencia el retorno de los menores a Edimburgo en el plazo máximo de 15 días desde la firmeza de la presente resolución, con el apercibimiento expreso de que si no se realiza voluntariamente el traslado de los menores a Edimburgo en el citado plazo, se procederá a librar oficio a las fuerzas y cuerpos de seguridad para la localización de los menores y su posterior entrega al padre para que pueda restituir a los menores a su lugar de residencia. No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso y formuló impugnación y al Ministerio Fiscal que presentó escrito de oposición; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 6-10-2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento.

La sentencia apelada ha acordado la restitución de los menores a Edimburgo. Como hechos que deben ser objeto de valoración y que han determinado el *iter* procesal y fáctico se relacionan los siguientes:

- La residencia habitual de los menores (nacidos respectivamente el NUM000 -2014 y NUM001 -2016) es Edimburgo.
- La madre en junio de 2019 viajó a España con sus hijos estableciéndose en la ciudad de DIRECCION000 donde vive la abuela materna.
- El padre en julio de 2019 hizo petición a la Autoridad Central de España a través de la Autoridad Central de Escocia para que formulara demanda de restitución.
- La madre, requerida por la Autoridad Central Española, entre el 23 de septiembre y el 9 de octubre de 2019, se opuso a la solicitud alegando la excepción del art. 13 b) del Convenio de la Haya de 1980.
- La Autoridad Central Española denegó la asistencia legal pública y estatal a través del Abogado del Estado, en base a las alegaciones efectuadas por la madre "mostrar síntomas de haber sido víctima de violencia de género" de lo que tuvo conocimiento el demandante en noviembre de 2019.
- La demanda de restitución fue presentada en marzo de 2020.
- La madre ha opuesto para justificar su negativa a restituir a los menores la causa contemplada en el art. 13 b) del Convenio de la Haya de 1980. Aporta un Informe de seguimiento emitido por el Centre d'Informació i Recursos per a Dones (CIRD) del Ayuntamiento de DIRECCION000 ; una carta de la Asociación DIRECCION001 de Edimburgo y documental.
- La sentencia apelada considera que no concurre dicha causa y acuerda la restitución.
- En el recurso se alega en síntesis error en la valoración de la prueba por no haberse tenido en consideración los informes aportados de la Asociación DIRECCION001 y del CIRD del Ayuntamiento de DIRECCION000 . Alega asimismo que los menores residieron en Edimburgo 8 meses y que tienen arraigo en DIRECCION000 . Reitera en el recurso su petición de que se deniegue la restitución al amparo de la causa invocada.
- En la impugnación formulada de contrario se solicitan medidas de ejecución distintas a las acordadas para dar cumplimiento a la orden de restitución.

SEGUNDO.- Marco Jurídico y objeto del presente procedimiento. Ilícitud del traslado.

Como ya indicamos en sentencia de 3-10-2017 (ROJ: SAP B 10784/2017 - ECLI:ES:APB:2017:10784); de 1-10-2013 ( ROJ: SAP B 11168/2013 - ECLI:ES:APB:2013:11168) y de 8-3-2016 (ROJ: SAPB2563/2016 - ECLI:ES:APB:2016:2563) 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.

Qué se entiende por traslado o retención ilícita, lo establece 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 Reglamento (CE) 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, aplicable a los traslados intracomunitarios, que complementa al Convenio de la Haya, en su art. 11 bajo la rúbrica de "Restitución del menor" declara aplicables los art. 2 a 8 cuando se solicita una restitución conforme al Convenio de la Haya y el art. 10 dispone que: "En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia".

El artículo 2, apartado 11) del Reglamento 2201/2003 define de manera similar al Convenio el traslado ilícito.

El proceso tiene por tanto como objeto la restitución o retorno del menor que ha sido trasladado ilícitamente de su residencia habitual para que los tribunales de dicho Estado, de cuya competencia ha sido sustraído, decidan sobre las medidas relativas a la responsabilidad parental. Se trata de evitar que el traslado pueda crear lo que el Informe Pérez Vera (sobre el CH 1980) califica de vínculos artificiales de competencia judicial internacional para resolver sobre las medidas de custodia. El Convenio de la Haya sobre sustracción de menores no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución. Ya lo señalamos en sentencia de 13-7-2017 (ROJ: SAP B 7565/2017 - ECLI:ES:APB:2017:7565) que se remite a su vez al Auto de 13-3-2012 (ROJ: AAP B 2580/2012 - ECLI:ES:APB:2012:2580A). El Reglamento lo complementa pero no cambia la finalidad y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia.

La STJUE de 8-6-2017 (C-111/17 PPU), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Atenas, Grecia, señala que "un procedimiento de restitución es, por naturaleza, un procedimiento expeditivo, ya que trata de garantizar, como consta en el preámbulo del Convenio de La Haya de 1980 y en el considerando 17 del Reglamento n.º 2201/2003, la pronta restitución del menor. De hecho, el legislador de la Unión ha concretado este imperativo en el artículo 11, apartado 3, del Reglamento n.º 2201/2003, al imponer a los órganos jurisdiccionales que conocen de las demandas de restitución que, salvo circunstancias excepcionales, dicten su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda (.....) una demanda de restitución debe fundarse en elementos que puedan comprobarse rápida y fácilmente (.....) obligaría a los órganos jurisdiccionales nacionales a reunir gran cantidad de pruebas y testimonios para determinar con certeza dicha intención, lo que sería difícilmente compatible con el carácter expeditivo del procedimiento de restitución, o bien a pronunciarse sin disponer de todos los elementos pertinentes, lo que sería fuente de inseguridad jurídica".

En el presente supuesto no hay discusión sobre cual es la residencia habitual de los menores en el momento de producirse el traslado -Edimburgo - y sobre la titularidad de ambos progenitores de la responsabilidad parental; tampoco sobre la ausencia de consentimiento del progenitor a dicho traslado. El desplazamiento de los menores de Edimburgo a DIRECCION000 es ilícito según el Convenio y el Reglamento. La calificación de traslado ilícito trae como consecuencia la orden de restitución salvo que concurra alguna de las excepciones legales recogidas en el Convenio que complementa el Reglamento.

El art. 13 del Convenio de la Haya de 1980 regula las excepciones que autorizan al Tribunal a denegar la restitución en un traslado ilícito, no autorizándola, a) cuando la persona no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido y b) cuando existe un 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. También autoriza a no ordenar la restitución si se comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

La excepción alegada en este procedimiento por la progenitora para oponerse a la restitución de los dos niños es la recogida en el apartado b) del art. 13 del Convenio.

TERCERO.- Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la excepción de grave riesgo.

El TEDH en varias sentencias ha reiterado la necesidad de llevar a cabo una aplicación combinada y armoniosa de normas internacionales, el Convenio y el Convenio de la Haya, considerando su objeto y el impacto que



tienen en la protección de los derechos de los niños y de los padres y la necesidad de mantener el justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego -los del niño, los de los padres y los del orden público- teniendo en cuenta, en todo caso, que el primer elemento a considerar es el interés superior del menor y que los objetivos de prevención y de retorno inmediato obedecen a una determinada concepción del "interés superior del niño"; que esta es la idea que subyace en el Convenio de La Haya que liga este interés al restablecimiento del *statu quo* al acordar el retorno inmediato al país de residencia habitual en caso de sustracción ilícita, pero teniendo en cuenta que el que no se restituya a un menor puede estar justificado basándose en razones objetivas que obedezcan al interés del niño, lo que explica la existencia de excepciones, especialmente en el caso de que el retorno le exponga a un peligro físico o psíquico, o de que de alguna manera se le coloque en una situación intolerable (artículo 13, apartado primero, letra b)). El Tribunal constata que la Unión Europea abraza la misma filosofía en el marco de un sistema que atañe únicamente a Estados miembros y que se basa en el principio de confianza mutua y señala que el Reglamento Bruselas II bis, cuyas normas en cuanto a la sustracción de menores completan las establecidas por el Convenio de La Haya, remite en su preámbulo al interés superior del menor (párrafo 42, *supra*), mientras que el artículo 24 § 2 de la Carta de Derechos Fundamentales insiste en el valor especial que hay que dar a todos los actos que afecten a menores (párrafo 41, *supra*); señala que el interés superior del niño no se puede entender de una manera idéntica cuando el juez deba resolver sobre una demanda de retorno en aplicación del Convenio de La Haya que cuando lo haga sobre la cuestión de fondo, la custodia o la patria potestad, siendo este último caso objeto de un procedimiento ajeno al objeto del Convenio de La Haya y que se deberá apreciar el interés superior del menor teniendo presentes las excepciones previstas en dicho convenio, excepciones que afectan al paso del tiempo (artículo 12), a las condiciones de aplicación del Convenio (artículo 13a)) y a la existencia de un "grave riesgo" ( artículo 13 b)), así como el respeto a los principios fundamentales del Estado que exigen la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ( artículo 20) y viene a concluir que es posible realizar una interpretación coordinada del Convenio y del Convenio de La Haya , siempre que, uno, el juez competente tenga realmente en cuenta los elementos susceptibles de constituir una excepción al retorno inmediato del menor en aplicación de los artículos 12 ,13 y 20 del citado Convenio, especialmente cuando los invoque una de las partes, exigiendo una resolución suficientemente motivada y dos, que los jueces se aseguren de que en el Estado requirente se prevean las medidas adecuadas y de que en caso de que se tenga conocimiento de un riesgo, que se adopten medidas de protección concretas.

Un análisis detallado de las sentencias del TEDH dictadas en estos procedimientos ponen de manifiesto que el Tribunal ha condenado a los Estados que han acordado la restitución cuando habían evidencias claras de malestar emocional y de perjuicio para el niño/a si se ordenaba la restitución, debidamente documentadas y afirmadas por profesionales que habían evaluado la situación. La carga probatoria del riesgo era importante. Es el supuesto de la sentencia de 12 de julio de 2011 en el caso Sneersons y Kampanella - (es Italia la que ordena la vuelta del menor a Italia - art.11,6 Reglamento Bruselas II bis) en el que un psicólogo, confirmó que el niño sufría estrés psicológico y ansiedad debido a su potencial restitución a Italia entendiéndose que los tribunales italianos debían haber valorado el impacto psicológico del retorno y las condiciones de la vivienda del padre al ordenar la restitución a Italia. También en el supuesto de la sentencia de 26-11-2013, caso X contra Letonia que condena a Letonia por no haber tenido en consideración un informe psicológico que establecía que a pesar de la corta edad de la menor, vivir lejos de su madre la llevaría a daños psicológicos y falta de seguridad y confianza, entendiéndose que dicha prueba avisaba del riesgo de causar un trauma psicológico a la niña si se la separaba inmediatamente de su madre y que dicha prueba debió ser valorada a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 b) del Convenio de La Haya. En el supuesto de la sentencia de 6 de marzo de 2018 Caso Royer v. Hungría valora la situación de riesgo en relación a la corta edad del menor, el tiempo transcurrido para formular la demanda y la valoración llevada a cabo por los Tribunales del estado requerido.

Por el contrario, el Tribunal ha condenado a los Estados que han denegado la restitución cuando no habían suficientes evidencias de malestar o de perjuicio para el menor. Es el supuesto de la sentencia de 21 de febrero de 2012, caso Karrer contra Rumania en el que se condena a Rumania por haber denegado la restitución del menor a Austria en un supuesto en el que tan solo se había aportado informe realizado por el Departamento de Servicios Sociales y Protección Infantil, que básicamente consistía en las alegaciones de la madre acerca del comportamiento del padre en Austria y las razones que le hicieron marcharse. Para el Tribunal este informe no evaluó las implicaciones que supondría la restitución de la menor a Austria o si se habían adoptado los arreglos apropiados para asegurar su protección en caso de restitución. También el de la sentencia de 1 de marzo de 2016 en el caso KJ v. POLONIA que condena a Polonia por haber denegado la restitución en un supuesto en el que se aportó un informe psicológico que desaconsejaba el retorno por considerar que una separación de la madre era más perjudicial emocionalmente para el niño que la falta de contacto diario con el padre . Y en el de la sentencia de 19 de julio de 2016, Caso G.N v. Polonia idéntico al anterior pero cuyo país de origen es Canadá. En ambas resoluciones se considera que las razones que la madre opone a la restitución no integran



la excepción del Convenio de la Haya señalando que la excepción prevista en el artículo 13 (b) CH se aplica sólo a situaciones que van más allá de lo que se espera el niño puede soportar.

CUARTO.- Valoración del alegado grave riesgo del art. 13 b) del CH.

Como hemos dicho en sentencia reciente de 12-6-2020 ( ROJ: SAP B 4886/2020 - ECLI:ES:APB:2020:4886 )."El riesgo a que se refiere el art. 13 del Convenio ("un 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") viene analizado en el Informe Explicativo Vera en el sentido de indicar que el Convenio reconoce algunas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato (§ 25). El retorno del niño es la idea básica del Convenio y las excepciones a la obligación general de garantizarlo constituyen un aspecto importante para comprender con exactitud su alcance y si es posible distinguir excepciones basadas en tres justificaciones distintas (§ 27). El interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable (§ 29)..... El informe explicativo, que señala las excepciones, destaca igualmente el margen de apreciación propio de la función judicial. El Manual de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya sobre el art 13 (b) publicado este mismo año 2020, entiende que esta excepción es de naturaleza prospectiva, pero no se debe limitar al análisis de los hechos en el momento del desplazamiento o del no retorno ilícito o a los previos a éste, sino que exige, por el contrario, contemplar el futuro, es decir, la situación en la que el niño se encontrará en caso de retorno inmediato. El examen de la excepción de riesgo grave debe igualmente centrarse, en la medida que sea necesario y oportuno, en la disponibilidad y calidad de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual. La naturaleza prospectiva no significa que los comportamientos o incidentes pasados no puedan ser pertinentes en el marco del examen del riesgo grave posterior al regreso del niño, a título de ejemplo, los antecedentes de violencia doméstica o familiar. La situación de riesgo grave incluye importantes preocupaciones relativas al niño en materia de seguridad, educación, salud o de orden económico en el Estado de residencia habitual".

Se aporta por la madre una carta dirigida a su asistencia letrada por DIRECCION001 datada el 24-6-2020 (f. 163) que contiene el relato de las actuaciones realizadas por dicho organismo: describe primera reunión el 10-5-2019, verbalización por parte de la madre de comportamientos abusivos de su pareja con ejemplos de abuso económico, manipulación y aislamiento; abuso de bebida; agresividad verbal y amenazante; ofrecimiento y reserva de una plaza en acogida para la madre y los niños durante un viaje breve que hizo a España que fue rehusado por la misma el 23-6-2019 cuando regresaron a Edimburgo; motivos explicados por la madre del regreso a Edimburgo (amenazas de su pareja de acudir a la policía y acusarla de abducción parental y secuestro y de retirarle a los niños); que mientras estaba en España habían hablado de que su pareja se mudase de modo que ella y los niños pudieran permanecer en la casa de modo seguro y que al volver rehusó la propuesta e incrementó el abuso y las amenazas; y control personal y bloqueo económico. En la carta se indica que todo el personal de DIRECCION001 tienen formación en abuso doméstico aunque no se especifica la cualificación de la profesional, y que han tenido contacto con la madre en diez ocasiones.

El Informe del Centre per a la igualtat i recursos per a dones (CIRD) del Ayuntamiento de DIRECCION000 de 12-6-2020, que no ha sido valorado en la sentencia, lo emite una trabajadora social e indica que la madre solicitó cita una semana después de llegar a España con los dos niños, efectuándose la primera entrevista con la trabajadora social el 8 de julio para realizar una exploración y diagnóstico. Detectan a través del relato de la madre que tenían establecida una dinámica de pareja basada en la desigualdad de poderes de manera que la Sra. Adelina quedaba supeditada en numerosas ocasiones a hacer aquello que su marido decidiese y que el Sr. Marcelino se valía de la violencia psicológica, económica, ambiental y verbal para doblegar la voluntad de la Sra. Adelina . El informe señala que a través de la llamada mantenida con con DIRECCION001 se pudo contrastar que la huida que realizó la Sra. Adelina con los dos hijos fue por miedo a que su marido fuese físicamente violento con ella y porque se sentía atrapada y sin posibilidades de hacer alguna cosa para salir de otra manera de la relación de pareja y familiar. Refiere que fue derivada a la psicóloga con la que ha realizado seis visitas. A modo de conclusión consideran que la Sra. Adelina reaccionó de manera instintiva para protegerse del mal ambiente y de la situación de opresión a la que estaba sometida por parte de su marido.

Se han aportado por ambas partes correos y whatsapp cruzados que evidencian la existencia de una ruptura conflictiva. Se han aportado documentos de familiares del padre que son contradictorios en relación al comportamiento del mismo, unos que destacan su buena conducta como padre y como esposo, y otros que destacan un comportamiento amenazante y violento. No se ha practicado la audiencia de los menores atendida su corta edad.

El art. 13 b) CH habla de riesgo grave que exponga al menor a un peligro físico o psíquico. No se alega la existencia de peligro físico. No se concreta por la parte ahora apelante el riesgo que para los menores implicaría





la restitución aunque del alegato de sus escritos se infiere que se sostiene la existencia de un peligro psíquico que derivaría de una situación de maltrato psíquico hacia la madre.

Toda la prueba aportada y que obra en las actuaciones para fundamentar la concurrencia de la excepción de grave riesgo hace referencia a hechos, conversaciones y mensajes producidos inmediatamente antes del traslado y con posterioridad, en el contexto de una ruptura de pareja conflictiva. No se concreta en los informes sociales aportados la existencia de un riesgo concreto o tangible. Se deriva la existencia de una desigualdad personal y económica que impide o dificulta en un momento concreto (junio de 2019) a la madre romper la relación de pareja sin poner distancia geográfica, pese a que tiene un ofrecimiento de acogida inicial, pero ello no permite afirmar al Tribunal que la restitución de los menores los exponga a una situación de peligro psíquico o los coloque en una situación intolerable. No se ha evaluado a los menores. La parte no ha aportado informe que haga referencia a la situación emocional de los niños ni al tipo de vinculación que tienen con su padre. Tampoco se han aportado informes psicológicos en relación a la madre pese a haber sido derivada a un servicio de seguimiento psicológico.

La prueba es débil en tanto se concentra en un periodo corto de tiempo coincidente con la ruptura, no exenta de conflicto, de la relación de pareja, no hay denuncia alguna, ni anterior ni posterior, el padre ha podido comunicarse con sus hijos sin que se haya aportado prueba de perjuicio para los menores derivada de dichas comunicaciones. En el Estado de residencia habitual de los menores la madre tenía soporte por parte de los servicios sociales y también de parte de los familiares de su pareja, por lo que no se justificaba el traslado. Podía haber planteado la ruptura ante los tribunales competentes.

No puede calificarse la restitución ordenada por el Convenio de la Haya como una situación que vaya más allá de lo que un niño podría soportar. Como dijimos en la sentencia de 3-10-2017 (ROJ: SAP B 10784/2017 - ECLI:ES:APB:2017:10784 ) "No es preciso para acordar la restitución que el Estado de la residencia habitual del menor haya adoptado medidas de protección a las que se refiere el art. 11,4 del Reglamento. Dicha previsión tiene como finalidad restringir todavía más la excepción del Convenio de la Haya dentro de los Estados miembros de la Unión Europea en cuanto permite acordar la restitución del menor en aquellos supuestos en los que se aprecie la concurrencia de la excepción del art. 13 b) del CH si el Estado requirente ha adoptado medidas de protección. Se da prioridad al mantenimiento de la competencia para resolver sobre la responsabilidad parental al Estado de la residencia habitual del menor. Otra previsión del Reglamento que va en el mismo sentido es la contemplada en el art. 11,8 que reserva la última decisión sobre la restitución al Estado de la residencia habitual del menor antes de producirse la sustracción". La restitución acordada en la sentencia no implica decisión sobre medidas de guarda. La madre puede plantear el procedimiento de ruptura ante los Tribunales competentes que son los de la residencia habitual de los menores.

QUINTO.- Arraigo.

En el recurso de apelación se alega *ex novo* el arraigo de los menores en la ciudad de DIRECCION000 (integración familiar, social y escolar), pero el arraigo o en términos del Convenio de la Haya "integración en el nuevo ambiente" debe ser valorado cuando ha transcurrido más de un año desde que se produjo la sustracción hasta que se plantea la demanda. En el presente caso la demanda fue planteada por el progenitor en los Tribunales Españoles de forma personal y directa el mes de marzo de 2020, pero desde un mes inmediatamente posterior a la sustracción hizo demanda a través de la Autoridad central de su país que a su vez remitió la petición de restitución a la Autoridad Central Española que denegó su soporte en noviembre de 2019. No ha transcurrido un año por lo que conforme al art. 12 del Convenio de la Haya no puede valorarse la existencia de arraigo o integración. En las sentencias del TEDH referenciadas en los fundamentos jurídicos anteriores el arraigo de los menores se erige en elemento decisivo, aunque no único, para valorar el interés de los menores cuando ha transcurrido mucho tiempo, hay integración total del menor en el nuevo entorno de manera que su devolución al Estado de origen implica (junto con otros elementos) colocarle en una situación insuperable. Pero no es este el caso. El retraso en la tramitación de este procedimiento, primero por la negativa de la Autoridad Central de España a prestar asistencial legal al padre y segundo por las consecuencias derivadas del estado de alarma decretado por razón de la pandemia (COVID 19) no son imputables al progenitor que solicita la restitución y el tiempo transcurrido tampoco conduce a afirmar que los niños hayan alcanzado en DIRECCION000 un *statu quo* que deba mantenerse.

Por todo ello entendemos que la sentencia apelada no debía valorar el arraigo que por otra parte no había sido alegado en la instancia.

SEXTO.- Medidas de ejecución.

La sentencia apelada ha ordenado la restitución en un plazo de quince días y la intervención de la policía si no se lleva a cabo la restitución de forma voluntaria.



El padre impugna la sentencia en relación a estas medidas y solicita en síntesis que sea la madre la que asuma los gastos de viaje y gestione los billetes de avión y que sea el padre el que recoja a los niños en España con entrega de los documentos de identificación y ordenando el levantamiento del cierre de fronteras para que puedan viajar a Edimburgo.

El interés de los menores exige adoptar medidas más concretas y menos expeditivas para el cumplimiento de la restitución, más teniendo en consideración que cuando debe cumplirse la orden de restitución los niños ya llevan en España más de un año. La Guía de Buenas prácticas del Convenio de la Haya de 1980 sobre ejecución contempla en el epígrafe 20 esta posibilidad. Como hemos dicho, en este procedimiento no se resuelve sobre la custodia por lo que la madre puede cumplir la orden de restitución acompañando a los menores a Edimburgo y permaneciendo en Edimburgo con ellos hasta que se resuelva sobre la custodia por los tribunales competentes. Como dijimos en la sentencia antes aludida de 3-10-2017, el epígrafe 76 de la Guía de Buenas prácticas indica que "el artículo 12 del Convenio dispone que se ordene "la restitución del menor". 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 en el Convenio que ordene la entrega del niño a una persona o el cambio de la persona que ejerce su cuidado primordial. Esto 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 sistemas legales - 3) ordenar que el niño sea recogido 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. Los 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".

En el presente caso consta que la madre tenía apoyo de los DIRECCION001 y de algunos familiares del Sr. Marcelino en Edimburgo pero se ignora el grado de cooperación de la progenitora para dar cumplimiento a la orden. En este procedimiento, después de dictarse sentencia, consta que el Ministerio Fiscal solicitó la adopción de medidas cautelares porque la madre había interrumpido la relación entre el padre y los niños. Hay indicios de ausencia de cooperación por parte de la progenitora, pero ello no impide que el Tribunal, atendiendo y pensando en el interés de los niños, pueda establecer una relación de medidas en cascada que tienen por finalidad permitir a la progenitora el cumplimiento de la orden de restitución de la forma menos traumática posible para los niños, incluyendo la mediación. Se estima que los menores deben ser acompañados física y emocionalmente en el traslado.

Se acuerda por tanto revocar la sentencia únicamente en el pronunciamiento relativo al modo o forma en que debe llevarse a cabo la restitución, estimando en parte la impugnación, pero organizando el retorno de forma distinta a la solicitada todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 236-3 CCC que:

1.- La restitución de los menores a Edimburgo en el plazo de quince días, ordenando a la madre que sea ella la que haga el desplazamiento con los menores, durante cuyo transcurso podrá presentar la demanda ante los Tribunales competentes. También puede ser el padre el que plantee el procedimiento correspondiendo a los Tribunales competentes fijar las medidas de guarda y las pautas de comunicación que estimen oportunas.

2.- Si transcurridos quince días la madre no ha restituido a los menores a Edimburgo, se acuerda que entregue a los niños con la documentación de identificación necesaria a su padre para su traslado a Edimburgo de forma inmediata, debiendo adoptarse las medidas pertinentes para que la entrega se haga efectiva en España y para permitir el viaje de los niños, incluyendo el alzamiento de las medidas de prohibición de salida del territorio nacional si las hubiere.

3.- En ambos supuestos los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno a Edimburgo serán a costa de la madre, como solicitó el demandante en su demanda y reitera en su impugnación conforme a lo que establece el art. 778 quinquies, 10 LEC.

Se recomienda a ambos progenitores se sometan a un procedimiento de mediación para acordar los términos de la restitución ( art. 778 quinquies LEC).

SETIEMO.- Costas.



La desestimación del recurso determina la imposición de las costas del mismo a la parte apelante ( art. 394 LEC). No se hace pronunciamiento sobre las costas de la impugnación que se estima en parte.

## FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por Adelina y **ESTIMANDO EN PARTE** la impugnación formulada por Marcelino contra la sentencia de 10-7-2020 del Juzgado de Primera Instancia n. 17 de Barcelona en autos de Sustracción Internacional de Menores n. 173/2020, de los que el presente rollo dimana, SE CONFIRMA la expresada resolución en relación a la orden de restitución y se **REVOCA EN PARTE** en relación a las medidas de ejecución . Se acuerda que el retorno de los menores deberá llevarse a cabo de la siguiente manera:

1.- La restitución de los menores a Edimburgo en el plazo de quince días, ordenando a la madre que sea ella la que haga el desplazamiento con los menores, durante cuyo transcurso podrá presentar la demanda ante los Tribunales competentes. También puede ser el padre el que plantee el procedimiento correspondiendo a los Tribunales competentes fijar las medidas de guarda y las pautas de comunicación que estimen oportunas.

2.- Si transcurridos quince días la madre no ha restituido a los menores a Edimburgo, se acuerda que entregue a los niños con la documentación de identificación necesaria a su padre para su traslado a Edimburgo de forma inmediata, debiendo adoptarse las medidas pertinentes para que la entrega se haga efectiva en España y para permitir el viaje de los niños, incluyendo el alzamiento de las medidas de prohibición de salida del territorio nacional si las hubiere.

3.- En ambos supuestos los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno a Edimburgo serán a costa de la madre.

Se recomienda a ambos progenitores se sometan a un procedimiento de mediación para acordar los términos de la restitución ( art. 778 quinquies LEC).

Se imponen las costas del recurso de apelación a la parte apelante y no se hace pronunciamiento sobre las costas de la impugnación.

Contra esta sentencia no cabe recurso.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse 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.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).