



Roj: **SAP C 478/2017 - ECLI:ES:APC:2017:478**

Id Cendoj: **15030370042017100070**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **24/03/2017**

Nº de Recurso: **29/2017**

Nº de Resolución: **107/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO SOCRATES GONZALEZ-CARRERO FOJON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00107/2017

N10250

CAPITAN JUAN VARELA S/N

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

N.I.G. 15030 42 1 2016 0000574

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000029 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000066 /2016

Recurrente: Otilia

Procurador: NURIA RAMON CAMPOS

Abogado: VIRGINIA LOPEZ NEGRETE

Recurrido: ABOGADO DEL ESTADO, Felipe , MINISTERIO FISCAL

Procurador: , DIEGO RAMOS RODRIGUEZ ,

Abogado: , CHRISTIAN DIAZ DELGADO ,

S E N T E N C I A

Nº 107/17

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

CIVIL-MERCANTIL

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN



En A Coruña, a veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000066 /2016, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000029 /2017, en los que aparece como parte demandada-apelante, Otilia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./ a. NURIA RAMON CAMPOS, asistido por el Abogado D. VIRGINIA LOPEZ NEGRETE, y como parte demandada-apelada, Felipe , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. , DIEGO RAMOS RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D. CHRISTIAN DIAZ DELGADO, habiendo sido parte el ABOGADO DEL ESTADO Y EL MINISTERIO FISCAL, sobre RETENCION ILÍCITA DE MENORES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 10 DE A CORUÑA de fecha 24-11-16 . Su parte dispositiva literalmente dice: "Que estimando la demanda presentada por el ABOGADO DEL ESTADO frente a FOÑAS Otilia debo declarar y declaro que el traslado de los menores Ariadna Y Nicolas a España es un traslado ilícito, acordando en consecuencia el retorno de los menores a Portugal 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 Portugal 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.

Se condena en costas a la parte demandada. De igual modo, se condena a la parte demandada a abonar los gastos de viaje y todos los que ocasione la restitución o retorno de los menores a Portugal".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por la demandada se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **D. PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La demanda sobre restitución de menores. Resolución en primera instancia y recurso de apelación

1. La demanda promovida en fecha 15 de enero de 2016 por el Abogado del Estado -cuya intervención cesó con la comparecencia en el proceso del padre de los menores conforme a lo previsto en el artículo 778 quáter de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)- tenía por objeto la declaración de la existencia de una retención ilícita por doña Otilia de sus hijos menores Ariadna y Nicolas y la solicitud de la inmediata restitución de los menores junto a su otro progenitor, don Felipe , con imposición de costas y gastos.

2. Tramitado el proceso conforme a lo prevenido en la LEC -con la demora que impuso la difícil localización de la madre, en parte motivada por la falta de colaboración de sus familiares en España- el Juzgado de Primera Instancia Número Diez de A Coruña (de Familia) dictó sentencia en fecha 24 de noviembre de 2016 por la que se estimó la demanda declarando que el traslado de los menores a España es un traslado ilícito (en los términos del artículo 3 del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980). Acordó el juzgado, en consecuencia, el retorno de los menores a Portugal en el plazo máximo de quince días desde la firmeza de la sentencia, con el apercibimiento expreso de que si no se realiza voluntariamente, se procederá a librar oficio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la localización de los menores y posterior entrega al padre, a fin de que sean restituidos a su lugar de residencia. La sentencia impuso a la demandada las costas del proceso, con los gastos de viaje y todos los que ocasione la restitución de los menores a Portugal.

3. El recurso de apelación de la Sra. Otilia cuestiona la consideración del traslado de los menores como ilícito y, en todo caso, opone las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya . Reprocha a la sentencia del Juzgado el que no haya hecho ponderación alguna del prioritario interés de los menores en relación con los perjuicios que les podría ocasionar su traslado a Portugal bajo un nuevo marco de relaciones en el que la madre se verá privada de la guarda y custodia que hasta ahora ha mantenido.

4. El Sr. Felipe se ha opuesto al recurso y solicita la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- Traslado ilícito de los menores a España .



5. Las relaciones entre los progenitores litigantes y con respecto a sus dos hijos comunes - Ariadna , nacida el NUM000 de 2007, y Nicolas , nacido el NUM001 de 2009- se regían en enero de 2015 por la sentencia del Tribunal de Familia y Menores de DIRECCION000 , Comarca de DIRECCION001 , de 31 de octubre de 2014 que homologó el acuerdo alcanzado por los progenitores respecto al ejercicio de las responsabilidades parentales en determinados aspectos del régimen de comunicaciones del padre con los menores y mantuvo, en lo demás, lo decidido en la previa sentencia del Tribunal Judicial de DIRECCION002 de 28 de febrero de 2014 que, homologando igualmente el acuerdo alcanzado por los litigantes, asignó la guarda y custodia de los menores a la madre, bien que disponiendo el ejercicio conjunto, por ambos progenitores, de las responsabilidades parentales respecto a los temas de particular importancia para la vida de los menores, entre las cuales se menciona expresamente la salida de los hijos al **extranjero**, no en turismo, sino por cambio de residencia, con cierto carácter duradero.

6. El 11 de enero de 2015 -domingo- el Sr. Felipe devolvió los niños al domicilio de la madre en DIRECCION003 , municipio de DIRECCION002 , tras tenerlos en su compañía durante el fin de semana. En el domicilio de la madre se encontraba el padre de la Sra. Otilia , que había viajado ese fin de semana a Portugal desde A Coruña, donde reside habitualmente. Tras la última conversación telefónica que el padre mantuvo con los niños el lunes día 12, ya no logró contactar con ellos ni localizarlos. Días después, el 16 de enero de 2015, recibió un mensaje de correo electrónico de la madre diciéndole que no tuvo la posibilidad de avisar de que el móvil no funcionaba y que los niños estaban bien. Al día siguiente, 17 de enero, la Sra. Otilia le confirmó por el mismo conducto que ya estaban instalados en España -sin indicar en qué población- organizando las cosas en la casa nueva, y dando al Sr. Felipe la dirección de una abogada de Barcelona para organizar el nuevo régimen de los niños. El día 21 de enero, el Sr. Felipe , por medio de una abogada, promovió ante las autoridades portuguesas la solicitud de retorno de los niños al amparo del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

7. Que el traslado de los menores a España por parte de la madre fue ilícito en los términos del artículo 3 del Convenio de la Haya no ofrece duda alguna que debemos considerar siquiera en esta resolución. Ha sido así declarado por sentencia del Tribunal de Casación de DIRECCION001 (Tribunal da Relação de DIRECCION001) de fecha 13 de octubre de 2015 en términos inequívocos, a los efectos del artículo 15 del mismo Convenio. Copia traducida del portugués de dicha resolución figura aportada en el acto de la vista como documento nº. 3, folios 474 y ss) y su reconocimiento en España viene impuesto por el propio artículo 15 del Convenio de la Haya en relación con los artículos 10 y 11 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

TERCERO.- Ponderación del superior interés de los menores. Integración de los menores en su nuevo medio .

8. Ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 16/2016, de 1 de febrero (ECLI:ES:TC:2016:16) que *cuando, como ocurre en el caso de autos, la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales.*

9. Es justo el reproche que la apelante dirige a la resolución apelada en cuanto al déficit de motivación sobre las concretas circunstancias concurrentes que sirven para valorar, en este caso, la adecuación de la medida interesada al superior interés de los menores. La argumentación de la sentencia apelada se centra en la ilicitud del traslado en los términos del artículo 3 del Convenio de la Haya , que nosotros compartimos, pero prescinde de cualquier otra consideración particular sobre la situación de los menores salvo para rechazar que concurran en el caso las excepciones del artículo 13 del Convenio y advertir a las partes que debe ser ante los tribunales portugueses, una vez verificado el retorno, donde deban dirimir las cuestiones atinentes a la guarda y cuidado de los menores, régimen de visitas y ejercicio de las responsabilidades parentales.

10. En nuestro parecer, así resumidamente fundada la resolución del Juzgado se echa en falta una adecuada ponderación del principio del prioritario interés de los menores que identifique *los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre , FJ 6) .* Porque, como también recuerda nuestro Tribunal Constitucional, es doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que armoniza los principios y la finalidad del Convenio de la Haya con el derecho a la vida privada y familiar que proclama el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a partir de las dos condiciones siguientes: *En primer lugar, que los factores que*



pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya , en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido. Este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz. En segundo lugar, que estos factores deben ser evaluados a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo .

11. Conforme al artículo 12, apartado segundo, del Convenio de la Haya "la autoridad judicial o administrativa, aun 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 medio". De lo dispuesto en el párrafo primero de este mismo artículo (y en el artículo 16 1 letra a del Reglamento comunitario) se deriva que el procedimiento al que hace referencia es el que se inicia en el Estado Contratante donde se halla el menor, y en este caso ocurre que al tiempo de presentar la demanda el Abogado del Estado -15 de enero de 2016- ya había transcurrido un año desde la fecha en que se produjo el traslado ilícito de los menores, que debemos situar en el día 13 de enero de 2015, martes, primera ocasión en que el padre ya no pudo contactar telefónicamente con sus hijos tras hacerlo el día anterior, 12 de enero. Lo confirma el hecho acreditado de que la Sra. Otilia faltó a su trabajo en el IPO de DIRECCION001 desde el día 12 de enero, fecha en la que habría de reincorporarse tras unos días de permiso, y que el mismo día 12 la madre avisó en la guardería a la que acudían los niños que éstos estarían ausentes durante unos días.

12. En cuanto a lo que deba entenderse por nuevo medio en el sentido del artículo 12 del Convenio de la Haya no vemos razones que permitan restringirlo a un medio geográfico sino que admite una significación más amplia que integre el medio cultural, social y familiar.

13. De la documentación aportada se deriva que tras un primer periodo durante el que, tras salir de Portugal, la madre se asentó con sus hijos en Galicia, probablemente en DIRECCION004 donde tenía una oferta de trabajo como anestesista, pasó a trabajar y residir en la ciudad de Granada, donde los niños estuvieron escolarizados en el curso 2015/2016 con muy buen aprovechamiento. Desde el verano de 2016 la madre y los niños residen en DIRECCION005 , A Coruña, en cuyo hospital público ha aceptado la Sra. Otilia una oferta de empleo como anestesista; los niños están escolarizados en el colegio público de esa localidad (DIRECCION006) y en la misma provincia de A Coruña residen los familiares de la demandada, sus padres y al menos una hermana, con cuya colaboración indudablemente cuenta. Con ello destacamos que los niños, que conviven exclusivamente con la madre desde mediados de 2012, salieron de Portugal cuando contaban Ariadna con cinco años y medio, y Nicolas con cuatro años recién cumplidos, y han transcurrido desde entonces hasta la actualidad más de dos años durante los cuales no han tenido contacto personal con su padre -y, sin duda alguna, la madre no lo ha favorecido-, han estado escolarizados en España y se han integrado perfectamente a un nuevo idioma y entorno familiar y social, aspecto este último que, con las limitaciones de alcance de un estudio que no comprende a todos los miembros del núcleo familiar y que en parte se basa en las informaciones proporcionadas por la madre, destaca el informe pericial de la psicóloga Sra. Clara , de 3 de noviembre de 2016 (folios 212 y ss). Señala igualmente dicho informe la desvinculación no sólo física sino también emocional de los menores con respecto a la figura paterna, con origen que remonta a los primeros años de vida de los niños durante los cuales el papel del padre ha sido secundario (periférico, dice el informe) y marcado por las discusiones de pareja, distancia física y falta de compromiso. Reiteramos que el alcance y valor probatorio de dicho informe es limitado, por las razones antes indicadas, pero su limitación no invalida su conclusión de que "la familia formada por Otilia , Ariadna y Nicolas se conforma a nivel simbólico como una estructura monoparental, con pautas de crianza adecuadas, protectoras y dirigidas a la atención de las necesidades de los menores, con un apego seguro y sin problemas, dificultades ni carencias".

14. La conclusión que nos imponen los elementos antes destacados es que los menores han quedado adecuadamente integrados en su nuevo medio, en el sentido del artículo 12 del Convenio de la Haya , y que su regreso inmediato a Portugal, donde habrían de quedar bajo la guarda y custodia del padre -porque así lo ha decidido provisionalmente a solicitud de éste el tribunal de DIRECCION000 en su resolución de 2 de noviembre de 2015 (doc. Nº. 4 de los aportados en el acto de la vista, folio 487 de autos)- rompería de nuevo, y ahora más intensamente por causa de la abierta hostilidad entre los progenitores, la estabilidad que dicha integración y el marco de relaciones familiares y sociales actual les ha proporcionado. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2016 destaca que el concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".



15. No desconocemos que ni la demora en el inicio del procedimiento en España ni la que posteriormente experimentó su tramitación en primera instancia son imputables al Sr. Felipe , que respondió rápida y diligentemente ante la unilateral e ilícita actuación de la madre. Pero, como también señala la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, *la lamentable dilación del procedimiento tendente a la restitución, en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio* .

16. Aunque la apreciación de la excepción anterior nos exime de la necesidad de examinar otras igualmente invocadas, debemos reseñar que nuestra decisión ha sido adoptada sin oír a los menores porque hemos valorado que, por su corta edad, no han alcanzado un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

17. Nuestra decisión se sustenta, en resumen, en el párrafo segundo del artículo 12 del Convenio de la Haya que contiene una concreción del principio general de la protección del interés prioritario de los menores en virtud de la cual la autoridad judicial está obligada a tomar en consideración la integración del menor en su nuevo medio. En nuestro criterio, por las razones expuestas, ha alcanzado dicha integración en este caso un grado tal que desaconseja la devolución de los niños a Portugal bajo un nuevo entorno y marco de relaciones drásticamente diferente al que, por el transcurso del tiempo, ya ha ganado una estabilidad que debemos preservar en beneficio de los menores. Con ello ya no es procedente examinar las objeciones complementarias que la madre sustenta en el artículo 13 del Convenio de la Haya , y basta para la denegación de la solicitud de restitución; estimaremos así el recurso de apelación con revocación de la resolución apelada.

CUARTO .- Costas y depósito .

18. No haremos especial imposición de costas en ninguna de las dos instancias conforme a lo previsto en el apartado 10, párrafo segundo, del artículo 778 quinquies y artículo 398 de la Ley de enjuiciamiento civil .

19. Se dispondrá la devolución del depósito constituido para recurrir (disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , apartado 8).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Otilia contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Diez de A Coruña , que revocamos. En su lugar, acordamos desestimar la demanda promovida por el Abogado del Estado-Ministerio de Justicia, sustituido procesalmente por don Felipe , y denegamos la solicitud de restitución de los menores Ariadna y Nicolas .

No hacemos especial imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.