



Roj: **SAP B 7565/2017 - ECLI:ES:APB:2017:7565**

Id Cendoj: **08019370182017100465**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **13/07/2017**

Nº de Recurso: **489/2017**

Nº de Resolución: **652/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N.652/2017

Barcelona, 13 de julio de 2017

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

María José Pérez tormo

Myriam Sambola Cabrer

Rollo n.: 489/2017

Sustracción internacional de menores (art. 778 sexies LEC) n.: 6/2017

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 18 de Barcelona

Objeto del recurso: improcedencia de la restitución del menor

Motivo del recurso: infracción del artículo 13 del Convenio de la Haya

Apelante: Consuelo

Abogado: J. Graupera Exposito

Procurador: J. Á. Ferrer Pons

Apelado: Cirilo

Abogada: T. M^a Ortelano

Procuradora: S. Oria Pérez

Y el Ministerio Fiscal

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 4 de enero de 2017 el Abogado del Estado presentó demanda de restitución de menores por cuenta del Sr. Cirilo contra D^a Consuelo , hermana del primero, en la que solicitaba que se dicte sentencia por la que se acuerde la devolución del menor Jesús a Argentina, con imposición de los gastos de devolución a la demandada. Relata que el menor Jesús , nacido el NUM000 de 2014 en Mendoza (Argentina), como fruto de la relación con Vanesa , y allí vivía establemente. En abril de 2015 se homologó judicialmente un convenio de separación conforme el niño quedaba a cargo del padre, con visitas amplias para la madre. El padre firmó una autorización de traslado temporal a España a su hermana (de diciembre de 2015), con delegación del ejercicio de la patria potestad, para que pudiera pasar un trimestre aquí y se conformó con la renovación por



otro trimestre. El padre vino a España, con autorización de la madre (de 11 de julio de 2016) para recuperar al menor, pero no pudo recogerlo y por ello regresó a Argentina, retiró las autorizaciones de viaje y promovió la restitución del menor. Sostiene que hay retención ilícita.

La Sra. Consuelo contesta, invoca el art. 13 del Convenio y alega que se está analizando en proceso de filiación y que donde el menor está mejor es con ella y su pareja.

El Ministerio Fiscal pide que se resuelva según los hechos que resulten probados.

La Sentencia recurrida, de fecha 6 de enero de 2017, considera que la madre exhibió los billetes de vuelta a Argentina, que no hay todavía arraigo y que no hay prueba de riesgo para el menor si regresa a su país, y rechaza que los documentos firmados por el padre no suponen la pérdida de la titularidad de la potestad paterna, sólo delegable por un año y revocados, considera que tienen alcance solo de autorización para actos administrativos, sin capacidad para alterar el lugar de residencia. En suma, la magistrada considera que la retención es ilícita y estima la demanda y acuerda que Dña. Consuelo debe restituir y entregar al menor Jesús a D. Cirilo, padre del menor, en el plazo de 20 días desde la notificación de esta resolución. Impone a la demandada todos los gastos derivados de dicha restitución y devolución y las costas de este procedimiento.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

La recurrente Sra. Consuelo argumenta que los padres sabían que el menor venía a vivir permanentemente en España, no era un simple permiso de viaje. Reitera que el padre nunca se ha hecho cargo del menor y afirma que se infringe el art. 13 a) y b) del Convenio.

Se ha personado el padre y se opone al recurso y defiende la sentencia. Sostiene que no se concreta en qué sentido se infringe el art. 13, no se ha acreditado que no ejercite el derecho de custodia, ni que regresar a Argentina suponga un riesgo para el menor.

El Ministerio Fiscal considera que no se autorizó por los padres a la demandada a residir en España y pide la confirmación de la resolución.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto se ha registrado en la Sección el día 24 de mayo de 2017. Se ha señalado el día 4 de julio de 2017 para deliberación, votación y fallo. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el artículo 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debido a causas estructurales, lo que se hace constar a los efectos del artículo 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

LA REGULACIÓN CONVENCIONAL

El art. 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 establece que "[el traslado o la retención de un menor se consideraran ilícitos:

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

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."

Añade el precepto 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".

Dice el art. 5 que, "[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".

El art. 7 del Convenio de la Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños habla de la infracción de un derecho de guarda en los mismos términos que el citado art. 3.

El artículo 2, apartado 11) del Reglamento **2201/2003** (que se cita a efectos interpretativos) refiere la 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 exige que este derecho se ejerciera, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o que se habría ejercido de no



haberse producido el 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 art. 13, por su parte, establece que, aun antes del año, "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 físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Dice el Informe Explicativo que "las relaciones que el Convenio pretende defender son aquellas que ya están protegidas, al menos por la apariencia de un título válido sobre el derecho de custodia, en el Estado de la residencia habitual del menor", "la custodia ex lege podrá basarse o en la ley interna del Estado de la residencia habitual del menor o en la ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado"; "la segunda fuente de derecho de custodia es la existencia de una resolución judicial o administrativa"; y concluye que "el derecho de custodia puede resultar "de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado."

Aclara el Informe en el apartado 72 que "[e]l segundo elemento que caracteriza las relaciones protegidas por el Convenio es que el derecho de custodia, presuntamente violado por el traslado, sea ejercido de forma efectiva por su titular (...) el artículo 13, dedicado a las excepciones posibles a la obligación de devolver al niño, exige, esta vez del "secuestrador", la prueba de que la persona desposeída no ejercía efectivamente la custodia que ahora reclama. Ahora bien, es precisamente la comparación de ambas disposiciones la que permite poner claramente de manifiesto la verdadera naturaleza del requisito previsto en el artículo 3. En efecto, este requisito, al delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor; en general, esta circunstancia debe resultar bastante fácil de probar (...). En cambio, el artículo 13 del Convenio (12 del anteproyecto) nos coloca ante una verdadera carga de la prueba a cargo del "secuestrador": en efecto, es él quien debe probar, para evitar el retorno del menor, que el titular del derecho de custodia no lo ejercía efectivamente. Así pues, cabe llegar a la conclusión de que el conjunto del Convenio está basado en la presunción no explícita de que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia; dicha idea deberá ser destruida, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que es propia de toda presunción, por el "secuestrador", si quiere evitar que el menor sea devuelto.

Hemos dicho (SAP, Civil sección 18 del 01 de octubre de 2013 (ROJ: SAP B 11168/2013 - ECLI:ES:APB:2013:11168) que "[e]l 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".

Añadimos que "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)."

Dijimos también en la SAP, Civil sección 18 del 13 de marzo de 2012 (ROJ: AAP B 2580/2012 - ECLI:ES:APB:2012:2580A) que, "[c]omo ya ha señalado esta Sala en Auto de 21 de enero de 2010 el Convenio de la Haya sobre sustracción de menores no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución 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 TITULARIDAD DE UN DERECHO DE CUSTODIA COMO PRESUPUESTO

No hay duda alguna de que el padre ostenta la titularidad legal de un derecho de custodia, no solo por figurar registralmente como padre del menor, sino también porque, en virtud de la sentencia del Juzgado de Familia de Mendoza se le atribuyó, formalmente, la guarda. El 30 de agosto de 2016 el Juzgado dicta sentencia y la juez hace saber que los padres conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo.



Resulta de los autos que en la solicitud de restitución formulada por el Ministerio argentino de Relaciones Exteriores están manipulados el apellido materno y el nombre de pila del menor (dice Cirilo y se ha tachado y transcrito a mano: " Jesús "). Pero nadie ha puesto en duda la identidad del menor.

En el Rollo de Apelación la recurrente ha comunicado como supuesto hecho nuevo que el apelado no se ha sometido a pruebas biológicas, en el proceso de impugnación de filiación, lo que mostraría que no es el padre biológico del menor, a su entender. No podemos considerar este dato, pues no se ha modificado la mención registral de paternidad, que debe prevalecer, ni la sentencia de separación del tribunal argentino.

Pero también la tía, en virtud de acuerdos convencionales y de resoluciones judiciales ostentaba un derecho de custodia en el momento de viajar a España. El citado 30 de agosto de 2016 en la sentencia que homologa el convenio de separación de los progenitores se hace constar que interviene la Sra. Consuelo y que ambos padres delegan a favor de la tía el ejercicio de la responsabilidad parental por el plazo de un año.

Ello responde a las previsiones del art. 643 C.c . argentino (f.38) que regula la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Ésta requiere acuerdo con la persona que acepta la delegación, homologación judicial y audiencia del hijo y tiene una duración de un año, prorrogable por otro. Los padres conservan la titularidad de la responsabilidad parental y el derecho a supervisar la crianza y la educación del hijo en función de sus posibilidades.

Cuando se produce el traslado, esta previsión judicial estaba vigente. No queda claro si la retención se consumó el 9 de septiembre de 2016 (cuando el padre dice ir a recoger al menor y le es negado por el Sr. Federico , que dice ser el padre). El actor habla del 30 de junio y del 1 de julio de 2016. En todo caso, no había transcurrido un año.

Además, en otros documentos los progenitores concedieron amplias facultades a la persona delegada:

Nacido Jesús el NUM000 de 2014 (f.104), ya el 31 de mayo de 2014, el niño con apenas dos días de vida, ambos progenitores autorizan al hijo a viajar, a trasladarse de Argentina a cualquier país del mundo y retornar cuantas veces resulte apropiado "siempre que lo haga en compañía y al cuidado de su tía, la señora Consuelo ". La autorización se emite "sin límite de tiempo, y hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, faculta a la Sra. Consuelo , para que, en compañía del menor pueda trasponer las fronteras de nuestro país, y de los países por los que transiten o visiten en viaje, pudiendo ellos desplazarse de un lugar a otro libremente y retornar a la República Argentina en el momento que ella lo decida; quedando ampliamente facultada para gestionar Pasaportes del menor";

El pacto de supuesta separación de 21 de abril de 2015 (f.109) recoge que la tenencia del menor quedaba a cargo del padre, que desde la separación de la pareja contaba con la guarda de hecho, pero también recoge que "se deja aclarado que las partes aceptan de total conformidad que la Sra. Consuelo , DNI: NUM001 , se encargará de colaborar con el progenitor en el cuidado y crianza del menor";

En poder especial de 30 de septiembre de 2015 ambos padres confieren poder a la tía tan bastante como en derecho sea necesario, "para que en sus nombres y representación se presente, por si y/o a través de letrados, en los Tribunales de Familia, en cualquier juzgado y/u oficina que corresponda a los fines de solicitar la homologación judicial de los acuerdos que entre ellos formulen, en relación a la tenencia, guarda y cuidados de su hijo menor de edad Jesús ". "También queda facultada, en virtud de que el menor de edad está bajo su cuidado y protección a inscribirlo en centros educativos, de cualquier nivel, que ella podrá elegir libremente, siempre que el mismo sea conveniente para la formación y desarrollo integral del niño, pudiendo suscribir toda la educación necesaria..." "Podrá elegir la Obra Social, o Mutual que considere adecuada, y asociarlo, a fin de que el menor cuente con cobertura médica, como así también a tomar decisiones referentes a su salud, ante la necesidad de estudios especiales, internación, intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, *en la confianza de que la Sra. Consuelo , velará por la salud y el cuidado del menor como lo haría una madre.*"

No hay duda alguna de que la demanda ostentaba un derecho de custodia, delegado. Pero el 24 de octubre de 2016 el padre y la madre revocan toda autorización de viaje o de cualquiera otra naturaleza a favor de la aquí demandada.

La madre apoderó al padre el 11 de julio de 2016 para que pudiera obtener en Barcelona el pasaporte del hijo, ante el Consulado, lo que refleja su voluntad de que el menor regrese a su país con sus progenitores. El mismo día otorga al padre autorización para viajar con el menor a cualquier país del mundo. Contradictoriamente, la misma madre firma el 28 de septiembre de 2016, ante notario, su consentimiento para que su hijo pueda ser adoptado por la demandada y su actual compañero (f.71).

EL NO EFECTIVO EJERCICIO DEL DERECHO DE CUSTODIA



No hay prueba alguna de que exista un riesgo grave con la restitución de Jesús , ni que éste, de regresar a Argentina, estaría expuesto a un peligro o a una situación intolerable, de modo que nuestro análisis debe centrarse en el primer supuesto del art.13 del Convenio: si consta que el padre ejercía, o no, de modo efectivo el derecho de custodia en el momento del traslado del menor a Barcelona, es decir, si venía cuidando del menor y si estaba en condiciones de decidir su lugar de residencia.

El efectivo ejercicio del derecho de custodia es un presupuesto del art. 3 cumulativo y no alternativo, de manera que debe analizarse si el padre venía ejerciendo o no de forma efectiva el derecho de custodia. Este presupuesto requiere una acreditación mínima del solicitante (como presupuesto del art. 3) y, si se niega, una prueba concluyente del oponente (como presupuesto del art. 13 a).

No hay una mínima acreditación de un ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del Sr. Cirilo al momento de presentación de la demanda de restitución. Por el contrario, los documentos analizados ponen de manifiesto una mera titularidad formal de la paternidad, de la potestad parental, sin actuación alguna de tipo material de cuidado, protección y formación del menor, ni sobre decisión de su lugar de residencia, que se delegaba, por poderes notariales, en la persona de la demandada. Al segundo día del nacimiento ya se delega en la tía.

En la demanda de filiación se afirma que el menor era hijo de padre desconocido y la Sra. Consuelo asumió su cuidado, figurando como padre su hermano solo para facilitar que ella cuidara del menor y nunca hubo posesión de estado paterna. Añade que la madre y su hermano firmaron poder especial a su favor y autorizaciones de viaje y que desde que vino a Barcelona vive con su actual compañero. Sostiene que en Argentina el menor no tiene a nadie que cuide de él.

La demandada viene a España con autorización de los padres y bajo carta de invitación de su actual pareja de 9 de diciembre de 2015 y ya desde ese mes se empadrona en Barcelona (aunque no lo hace con Jesús hasta tiempo después). El niño acude a la guardería desde enero de 2016 y tiene tarjeta de la Seguridad Social desde abril.

La Sra. Consuelo declara en juicio que la mamá era amiga suya y le pidió si ella se podía hacer cargo del menor, lo consultó con un abogado, su hermano aceptó firmar como padre para facilitar la adopción a favor de ella con una posterior renuncia; tras un año de no ver el niño a la madre, era más fácil; el niño ha estado siempre con ella (dos meses su hermano vivió con ellos, en torno al año de vida, él le agredió); que supo que tenía que estar un año en España para conseguir los papeles; considera que los padres no son buenas personas, tienen problemas legales.

Con todos estos datos, el ejercicio efectivo por parte del padre está en entredicho. No consta que, más allá de la tramitación legal, el padre llevara a cabo el efectivo cuidado de Jesús en ningún momento. Entendemos, por el contrario, que queda suficientemente acreditado que desde su nacimiento el menor ha estado en exclusiva a cuidado de su tía Consuelo .

Concurre así la causa a) del art. 13 del Convenio, que impide la restitución.

En todo caso, la falta de ejercicio de la guarda por parte del reclamante no suple la falta de cobertura jurídica de la guarda de hecho ejercida por la Sra. Consuelo . La no acreditación de los requisitos de la restitución deja en un "limbo jurídico" a Jesús . Persiste la titularidad, al menos formal, de la patria potestad a favor del padre (y de la madre) y de progresar la acción de impugnación de la filiación, acaso estaríamos ante un menor desamparado o ante una guarda de hecho.

LAS COSTAS

Las costas de la instancia no son de cargo y las del recurso no deben imponerse, conforme a los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia.
2. Denegamos la restitución del menor, por concurrir la excepción a) del art. 13 del convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 , sin pronunciamiento sobre las costas de instancia.
3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1. 3ª LEC). También cabe recurso



de casación, en relación con el Derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Al haberse estimado el recurso hágase devolución del depósito constituido, en su caso (V. disp. 15ª L.O. 1/2009).

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. En Barcelona, una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ