



Roj: **AAP GI 899/2017 - ECLI:ES:APGI:2017:899A**

Id Cendoj: **17079370022017200135**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **27/07/2017**

Nº de Recurso: **504/2017**

Nº de Resolución: **156/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION SEGUNDA

GIRONA

Rollo nº: 504/2017

Autos num.: 107/2017

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 7 FIGUERES

Clase: Restitución o retorno de menores

AUTO nº 156 / 2017

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D^a. MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

D. JAUME MASFARRE COLL

GIRONA, a veintisiete de julio de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. Jose Daniel , se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 10 de mayo de 2017, dictado en los autos de Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional nº 107/2017 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Figueres. Admitido el recurso en ambos efectos, y presentado ante esta Sección, se tramitó recurso de apelación en el que se personó la Procuradora Dña. M^a ANGELES MARTIN FERNANDEZ en nombre y representación de la indicada parte apelante y como parte apelada la Procuradora Dña. ELISA MARTÍNEZ PUJOLAR, en nombre y representación de Dña. Fidela , y previos los trámites correspondientes quedaron las actuaciones para resolver, habiéndose señalado el día 24 de julio de 2017 para la deliberación y votación de la misma.

SEGUNDO.- El auto que pone fin a la primera instancia dice en su parte dispositiva: "*Declarar la falta de competencia de este Juzgado en cuanto a la petición de procedimiento de restitución y retorno de la menor Lucía .*

No procede la declaración de traslado ilícito respecto de la menor Lucía .".



TERCERO .- En aplicación de las normas de reparto vigentes en esta Audiencia Provincial, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el conocimiento de este recurso ha correspondido a la Sección Segunda.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

QUINTO .- Conforme a lo dispuesto en las normas de reparto, se designó ponente de este recurso el Ilmo.Sr. MAGISTRADO D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Solicitada en primera instancia por trámite de urgencia, (art. 778 sexies LEC), la declaración de ilicitud del traslado de la hija menor Lucía , a Francia, y la petición de retorno al domicilio de DIRECCION001 , C/ DIRECCION000 nº NUM000 , que era el domicilio familiar cuyo uso fue atribuido a la madre como progenitor custodio, en el Auto de 11 de julio de 2016, de medidas provisionales previas a la demanda, recayó Interlocutoria de 10 de mayo de 2017, aclarada por la de 13 de junio, en la que se denegaba la medida por una serie de motivos que la parte actora, padre de la menor, no comparte.

Interpone éste recurso de apelación mostrando su disconformidad con los argumentos de la resolución apelada.

SEGUNDO .- El primer motivo impugna la afirmación de que la menor Lucía , que en la actualidad ya cuenta 15 años de edad, no se encuentra retenida de forma ilícita en Francia.

Para decidir sobre los motivos de apelación ha de indicarse en primer lugar cual es la normativa vigente de aplicación al caso que nos ocupa.

Así, el art. 778 sexies de la LEC dispone:

Declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional.

Cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158.

La autoridad competente en España para emitir una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, cuando ello sea posible, lo será la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. En defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. La Autoridad Central española hará todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

Y acudiendo al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, al que remite la anterior norma procesal, en su artículo 3 establece:

Artículo 3.

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

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.

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.

Por considerarse relevante a los efectos de este procedimiento especial, también merece la pena citar el art 13 de dicho Convenio, que a los efectos de restitución de menores dice:

Artículo 13.



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

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

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

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

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

TERCERO .- Pues bien, cuando en el Auto de primera instancia el órgano "a quo", coincidiendo con el criterio del Ministerio Fiscal, llega a la conclusión de que la menor no se encuentra retenida ilícitamente en Francia, relaciona como dato a tener en cuenta que tanto el demandante, padre de la menor, como la madre y la misma menor, ostentan la **nacionalidad** francesa. Circunstancia que si bien "per se" no tendría una particular significación, sí que aporta luz acerca de la situación actual de la menor, que se encuentra en Francia, en la localidad de Angers y en casa de una tía materna, conviviendo por lo que se ve también con su madre que se vio abocada a dejar el domicilio familiar de DIRECCION001 , cuyo uso se le había asignado provisionalmente en el Auto de medidas provisionales.

Cierto que los litigantes y la familia tienen residencia legal en España, donde viven desde hace ocho años, y es aquí donde se solicitaron las medidas provisionales y se presentó la demanda de divorcio que se encuentra en trámite, pero ello no es óbice para que pueda valorarse el traslado de la menor en el ámbito de una crisis matrimonial y contienda familiar sometida a resolución judicial y pendiente de sentencia (procedimiento de divorcio), lo cual permite ponderar todos los aspectos periféricos que han confluído en el traslado de la menor y con ello la eventual ilicitud de la situación o por el contrario un estado reversible generado por circunstancias que, atendiendo al interés de la menor justificarían la decisión de primera instancia.

Así, no puede dejar de significarse que en el Auto de medidas provisionales recaído, de 11 de julio de 2016, se imponía al progenitor ahora recurrente el pago de una pensión de alimentos para los hijos comunes que conviven con la madre de 400 euros mensuales a cada uno; y una prestación alimenticia para la esposa de 3.000 euros mensuales, con lo cual tenía que hacer frente al mantenimiento de la importante vivienda familiar y subvenir las necesidades propias y de los hijos, ya que no tenía trabajo ni otros ingresos con los que atender los gastos más perentorios.

Sin embargo, el ahora recurrente y obligado al pago de las pensiones, no las abonaba, lo cual puso a la progenitora en la disyuntiva de tener que alimentar a los hijos y atender a los gastos propios y los domésticos, sin disponer de medios para ello. E impotente ante la situación generada, pese a la petición de que fuera solventada por vía judicial mediante la ejecución del Auto provisorio, no había obtenido la oportuna respuesta cuando la Sra. Fidela decide trasladar a la menor y por lo que se ve también trasladarse ella, a su país de origen, Francia, y recabar la ayuda familiar en casa de una hermana en la localidad de Anvers para subvenir lo imprescindible para el mantenimiento propio y de la hija.

Cierto que a finales de febrero de 2017, el Sr. Jose Daniel efectuó el pago de las pensiones adeudadas y pendientes de pago, generando de este modo un aprovisionamiento mínimo para la atención de los gastos más perentorios de la hija y de la madre, pero esto ocurrió cuando ya se habían trasladado a Anvers, en enero de 2017, ante la falta de medios de subsistencia que el ahora apelante estaba obligado a proporcionar por disposición judicial y que no cumplía.

Por lo tanto, el traslado se produce al país de origen; a la vivienda de un familiar; y por indisponibilidad económica ante el incumplimiento del obligado a prestar los alimentos, aunque fuera de manera provisional.

Antecedentes que permiten apreciar una motivación lícita para el traslado de la menor, alejada de la intención de privar al progenitor del régimen de visitas restringido que judicialmente tiene reconocido o de cualquier otra causa ilegítima dirigida a perjudicarle.

CUARTO .- Incide la parte apelante en que la menor estaba escolarizada en España, argumento que no desvirtúa los razonamientos expuestos, pues si el cambio de colegio a mitad de curso, y más a otro país, aunque no

sea extraño para la menor al ser el país de origen suyo y de la familia, supone un importante trastorno, eso no ocurrió de manera caprichosa ni por razones de perjuicio al progenitor, sino por la imposibilidad de seguir en un estado de absoluta falta de medios, sin poder comer la hija en el colegio, sin poder afrontar los gastos de suministros de la vivienda, agua, luz, calefacción en invierno...; en definitiva, ante un verdadero estado de necesidad provocado por el padre que permaneció siete meses, desde que recayó el Auto de medidas provisionales, sin realizar el pago de las pensiones a que estaba obligado, propiciando de esta manera el desplazamiento de la familia para buscar apoyo en la familia extensa, que en este caso está en Francia, de ahí que la Sra. Fidela acudiera a esta medida.

Medida que no por drástica deja de ser comprensible atendiendo al interés de la menor y a la supervivencia familiar, pero que en contra de lo que sostiene el recurso, sí tiene carácter provisional, independientemente de que la menor haya sido escolarizada en Francia, pues ante lo obligado del cambio por incumplimientos paternos, es lógico que haya continuado sus estudios allí donde han debido trasladarse para obtener ayuda y protección de sus familiares.

Ello no significa que el cambio escolar sea irreversible y que la nueva escolarización no tenga carácter provisional, pues se trata de una medida destinada a garantizar la formación de la hija y a evitar un perjuicio evidente a la menor.

Medida que se ha suscitado durante el trámite de un procedimiento de divorcio pendiente de resolución, en el cual se han de adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre la guarda y custodia de los hijos, alimentos, relaciones personales, responsabilidades parentales reflejadas en el correspondiente plan de parentalidad, que el art. 233-9 CCCat relaciona, siendo en la sentencia de divorcio donde se ha de determinar el lugar donde vivirá la hija menor; a qué cónyuge le corresponde la guarda; el tipo de educación y el lugar donde se ha de impartir; el deber de compartir la información sobre la educación, la salud y el bienestar de la hija menor ... etc.

Luego no cabe duda de que el traslado y la nueva escolarización de la menor Lucía , motivados por circunstancias indeseadas que mediatizaron la voluntad materna, presentan carácter provisorio y temporal, ya que la decisión definitiva al respecto forma parte de las medidas definitivas a adoptar en la sentencia de divorcio, donde se habrán de tener en cuenta las circunstancias sobrevenidas que, no habiendo sucedido al dictarse el auto de medidas provisionales, e incluso al interponerse la demanda de divorcio, han ocurrido posteriormente y pueden ser alegadas e introducidas en el procedimiento, de acuerdo con el art. 752.1 de la LEC , formando así parte del objeto del debate.

QUINTO .- Atendiendo a estos hechos de traslado provisional provocado por el impago de las pensiones y necesidad de la menor y de la familia de subvenir sus necesidades, no incurre en error el órgano "a quo" cuando coincidiendo con el Ministerio Fiscal afirma que la menor no se encuentra retenida de forma ilícita en Francia, pues aunque entendiéramos que el traslado comporta una infracción del derecho de custodia del progenitor que no tiene asignada la guarda y sí un restrictivo régimen de visitas merced a las circunstancias que han concurrido, cuando no existe óbice legal para desarrollar las visitas en la residencia provisional de la menor en Francia, país del que es nacional el apelante, tampoco se cumpliría el segundo presupuesto que el art. 3 del Convenio de La Haya impone para considerar ilícito el traslado, cual es el ejercicio en forma efectiva del derecho de custodia, que en este caso no se ejercía por parte del progenitor no custodio, el cual desde que dejó el domicilio familiar en el año 2015, no se preocupó económica ni afectivamente de la hija menor y desde que se dictó el auto de medidas provisionales, donde se le asigna un régimen de visitas de una tarde intersemanal, tampoco hay constancia de que cumpliera o intentara activamente cumplir con dicho régimen de visitas, con lo que quien recurre no ejercitaba efectivamente el derecho de custodia que ahora aparentemente pretende recuperar mediante el presente procedimiento.

SEXTO .- Pero todavía existen más argumentos que apoyan la apreciación de no retención ilícita de la menor en Francia, que hace la Juzgadora de primera instancia.

Y es que el mismo Convenio de La Haya de 1980, dispone en su artículo 13 que, la autoridad judicial (en este caso), podrá negarse a ordenar la restitución de la menor si comprueba que la propia menor se opone a la misma, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Pues bien, en el caso presente, la menor cuenta 15 años en la actualidad y goza del suficiente grado de discernimiento como para expresar sus opiniones y justificar su criterio.

Y este tribunal comprueba que en sede de medidas provisionales se llevó a cabo la exploración de la menor, detectándose que la relación de la menor con el padre está deteriorada y que ello motivó que, por el momento, el deseo de dicha menor es el de no relacionarse con el progenitor.



Criterio que por sí solo no ampararía suficientemente la decisión que haya de adoptarse sobre el traslado de la menor, pero que unida a los antecedentes fácticos reseñados de incumplimiento de prestaciones alimenticias por el padre, que provocaron la medida del traslado; del carácter provisional del cambio de residencia y de escuela; y de la pendencia del procedimiento de divorcio, en sede del cual han de adoptarse las medidas definitivas que deberán regir las relaciones personales y económicas de los progenitores con la menor Lucía .

Todo ello avala el sentido de la resolución apelada, que se ajusta a una interpretación finalista de los preceptos de aplicación y por eso debe ser confirmada.

No hace abstracción este tribunal del hecho de que estando en trámite el procedimiento de divorcio, la Sra. Fidela podía haber recabado el directo auxilio judicial para solventar el estado de precariedad económica que le llevaba al traslado familiar.

Pero también observa la Sala que la Sra. Fidela ya había planteado ante el Juzgado la premura en la obtención de las prestaciones, promoviendo la ejecución del Auto de medidas provisionales, (escritos de 5 de octubre, 18 y 24 de noviembre de 2016, folios 56 a 62 de los autos), ante el incumplimiento por el progenitor obligado a su pago.

Por lo que se ve, esas solicitudes todavía no habían generado el efectivo abono de las pensiones pendientes, cuando la Sra. Fidela decidió el traslado a Francia para cubrir las necesidades de la menor y del resto de la familia, por lo que el reproche que se le puede hacer en este sentido es mínimo al haber acudido al Juzgado para solventar la situación. Y el traslado de la menor sin autorización judicial, no puede ser desgajado de toda la conducta precedente de sumisión a las decisiones judiciales, e incluso sin olvidar que dentro del desconocimiento de la normativa procesal por parte de una persona ajena al ámbito jurídico, a su manera intentó comunicar su decisión de traslado ante la evidencia de necesidades no cubiertas, poniéndolo en conocimiento de su abogado y su procurador, folios 68 y 69, cuando ya se había producido aquel, lo cual enerva cualquier idea de actuación subrepticia y tendenciosa, dirigida a privar al progenitor del derecho al régimen de visitas, que es lo que determinaría la existencia de una retención ilícita merecedora de la restitución inmediata de la menor, cuando lo pretendido ha sido dotar a la menor de los alimentos y medios para su formación y desarrollo integral, que el progenitor no prestaba pese a existir una resolución que se lo imponía.

En consecuencia, debe ser desestimado el recurso y confirmada la resolución apelada que rechaza la declaración de traslado ilícito de la menor y la restitución de la misma al domicilio que tiene en España, sin perjuicio de lo que en su momento se resuelva con carácter definitivo en el procedimiento de divorcio de los progenitores, en trámite en el mismo Juzgado ante el cual se formuló la presente demanda.

SÉPTIMO .- El rechazo de la apelación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas de esta instancia, de conformidad con el art. 398.1 en relación con el art. 394.1 de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la Procuradora Dña. M^a. ANGELES MARTIN FERNANDEZ en nombre y representación de D. Jose Daniel , contra el Auto de fecha 10 de mayo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Figueras , recaído en los autos de Restitución o retorno de menores nº 107/2017 de los que el presente Rollo dimana y, confirmamos totalmente dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta apelación si las hubiera.

Dese al depósito para recurrir el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así lo acordó la Sala y firmaron los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, certifico.