



Roj: **SAP CO 75/2018 - ECLI:ES:APCO:2018:75**

Id Cendoj: **14021370012018100059**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **1405/2017**

Nº de Resolución: **122/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

NIG: 1402142120170012149

RECURSO de Apelación Civil 1405/2017 Negociado: RR

Proc. Origen: Restituc. o retorno menores sustrac. internacional 1254/2017

Juzgado Origen : JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°3 DE CORDOBA

S E N T E N C I A N° 122 / 2018

Ilmos. Sres.:

Presidente

D. PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO

Magistrados:

D. FELIPE LUIS MORENO GOMEZ

D. MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES

En CORDOBA, a catorce de febrero de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por **D. Jesús Carlos**, representado por la Procuradora D^a Virginia Isabel Borrego Domingo, bajo la dirección jurídica de la Letrada D^a. Lorena María García Abreu; siendo parte apelada **MINISTERIO DE JUSTICIA**, bajo la dirección jurídica del Abogado del Estado, **y el MINISTERIO FISCAL**.

Es Ponente del recurso el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- El día 19 de septiembre de 2017, el Juzgado referido dictó sentencia cuyo fallo literalmente dice:

*" **QUE ESTIMANDO** la demanda interpuesta por el Abogado del Estado y desestimando la oposición al retorno/ restitución de menores formulada por la Procuradora de los Tribunales D.^a Virginia Borrego Domingo en nombre y representación de D. Jesús Carlos acuerdo el retorno de los menores Balbino y Damaso junto a su madre Ruth y a la jurisdicción de Suiza dada la infracción del art. 3, 5 y 12 del convenio de la Haya realizada por D. Jesús Carlos y que éste restituya a los menores a su lugar de origen para los Tribunales competentes decidan cualquier cuestión que los progenitores quieran plantear.*



Se desestima la oposición al retorno de los menores formulada por D. Jesús Carlos a través de su representación procesal por no concurrir las excepciones previstas en el art. 13 del Convenio de la Haya .

En cuanto a la forma y plazo de ejecución de la orden de restitución de los menores se fija en el improrrogable plazo de una semana debiendo el Sr. Jesús Carlos retornar personalmente a los menores a su lugar de residencia en Zurich.

D. Jesús Carlos debe comparecer semanalmente en este Juzgado, en concreto los lunes, y si fuera festivo el lunes, el día hábil siguiente, en horario de atención al público, al objeto de informar sobre la situación de los menores.

Las costas procesales incluido los gastos de viaje y los que ocasione el retorno de los menores al Estado donde tenían su residencia con anterioridad a la sustracción serán de cargo de D. Jesús Carlos ."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada con base en la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado por el término legal del mismo a la parte contraria que se opuso, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo.

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- Frente a la resolución anterior se interpone recurso de apelación por la parte demandada y aunque literalmente al amparo de los arts 976 y 790 Lecrim , y no haciéndose especial y anticipada concreción de su motivo o motivos de apelación, se comprendía flexiblemente en cuanto a la errónea valoración de la prueba e infracción de la normativa que entendía aplicable, insistiendo en la presente alzada en la virtualidad y concurrencia que entendía en este caso, del motivo de oposición hecho valer en la instancia en cuanto al "*grave riesgo para la integridad física y psíquica de los menores*" como óbice para ser restituidos con la madre a Suiza, conforme al art. 13 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores . Haciéndose valoración a su instancia de la prueba de autos y objeción sobre la falta de prueba que reiteraba para su práctica en segunda instancia, y que fue objeto de expresa denegación por Auto de esta Sala de 29.12.2017 , cuyo contenido se da por reproducido a estos efectos.

Por el Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado se hicieron valer alegaciones de contradicción al anterior recurso, y dada la nominal impugnación expresada por el último, se dio nuevo traslado a la recurrente que hizo lo propio, haciendo valer las alegaciones finales que interesó.

Se mantiene así la contradicción de partes en cuanto a aquellos pronunciamientos acogidos/considerados de la pretensión suscitada. Y a la vista de lo actuado y aquietado el ámbito de la contradicción a considerar en esta alzada de conformidad con el art. 456 LEC , únicamente a la concurrencia de la referida causa de excepción a la restitución de menores previamente apreciada asimismo en la instancia, se valoraba en las circunstancias del caso, de conformidad esencial con la resolución recurrida, como se pasa a exponer.

SEGUNDO .- Sobre la aludida causa de oposición a la restitución de los menores de autos al amparo del art. 13 b) Convenio de la Haya citado.

Señala en referido precepto, en esencia, que "*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:...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.*"

No ha de obviarse que el objeto principal de las presente actuaciones, desde nuestro punto de vista interno, comprende la mera apreciación razonada sobre la efectiva vulneración de la legalidad internacional y la del país de origen donde se hallaba el menor o menores bajo la custodia o convivencia de un progenitor, que se ha visto privado de ella por otro de sus padres que lo traslada a España, con el efecto jurídico, en su caso, de su inmediata restitución. Siendo excepción legalmente admitida a tal efecto, entre otras, la causa o motivo más arriba expuesto sobre grave riesgo al menor, siendo entonces el interés de éste, el principio rector de tal asidero, pues de lo que se trata en definitiva es de salvaguardar su bienestar, y con plena consagración tanto interna (art. 39.2 Constitución , arts 154 y 58 Código Civil , art. 2 y 11.2.a) y 12 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , tras las modificaciones operadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) como internacional (Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convenio ratificado por España el 30 de noviembre de 1990); y en la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92).



Aquella vulneración reprobable se concreta en lo que comúnmente se denomina la sustracción internacional de los menores que se produce cuando un progenitor altera deliberadamente la situación jurídica establecida ya de hecho ya de derecho respecto del menor, de manera menos grave cuando lo traslada a otro país irregularmente y de forma más acusada cuando hay un cambio de residencia, que supone una situación estable y por tanto más difícil de retornar a la situación legal previa.

Precisamente para procurar la efectiva y regular restitución del menor a su país de origen la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria introduce el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los arts. 778 quáter a 778 sexies, bajo la rúbrica de Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. Este procedimiento deriva de la necesidad de desarrollar en el derecho interno textos internacionales como el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 y el Reglamento (CE) **2201/2003** del Consejo, de 27 de noviembre.

Considerado el traslado o retención ilegítima (en el caso art. 3.b) del Convenio de la Haya), la regla general, por tanto, es la restitución del menor trasladado ilícitamente (art 12), a salvo excepción, interpretada, en todo caso, restrictivamente como viene reconociendo la jurisprudencia (AAP Barcelona Secc 18, 13.3.2012, Guipúzcoa Secc 2ª 14.9.2015 y Las Palmas Secc 3ª de 10.3.2009, expresamente citadas por el Ministerio Fiscal). Teniendo en cuenta que la decisión adoptada en el marco del Convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia (art 19 Convenio).

TERCERO .- En el caso, se aferraba el recurrente y así se viene a referir en particular en su último escrito de autos, a que la negativa a la restitución de los menores obedece al mencionado riesgo grave legalmente considerado, siendo " *la única causa que hizo que mi mandante trajese a los menores, y cuya devolución implicaría graves problemas para los mismos* ". Entiende que " *existen causas fehacientes, que implican un grave riesgo para la integridad física y psíquica de los menores* ". Reputando que los menores " *estaban claramente desatendidos en Suiza por la progenitora, no teniéndolos vacunados ni sometidos a tratamientos médicos necesarios* ". Y estimando que la progenitora no habría probado lo contrario y que, al parecer, a su mandante le consta o " *tiene constancia* " que la prueba oportuna al efecto, al margen la ya aportada a su instancia, estaría v.gr, en los archivos de los Servicios Sociales de Suiza, por lo que insistía en tal prueba de oficios y requerimiento a la madre reclamados, rechazada en primera instancia y finalmente denegada de nuevo en esta alzada, al no concretarse ni apreciarse, de ningún modo objetivo, índice alguno de riesgo y de gravedad proclamado para con los menores y por parte de la madre, en particular, a efectos de su refrendo o refutación correspondiente.

Así por tanto y en relación a la prueba de autos, y de la revaloración de la misma, no resultaba apreciable por esta Sala riesgo o peligro alguno a considerar en perjuicio o detrimento de los menores, constando, antes al contrario, indicios de elemental atención y de prudencial cuidado por la progenitora hacia sus hijos, los cuales se mencionaban empadronados y registrados en país de su residencia habitual, Suiza (y así se expresan aquellos datos en la solicitud internacional de autos-f.14 y ss-). Igualmente se acreditaba la escolarización de ambos menores en Suiza, desde agosto de 2016 (f.31 y 32), y de los informes de autos resultaban aspectos indiciariamente favorables de la situación de bienestar de los menores con alusiones específicas a la puntualidad de los mismos al colegio a través de la madre, y de limpieza personal con apropiada ropa al efecto, etc, y sobre su adecuada alimentación con la especial colaboración e interés destacado de la madre (" *mama muy responsable, que siempre la podemos localizar* "-f.31-, con especial interés y atención a las dificultades lingüísticas apreciadas en Damaso -f.34-, siendo " *un niño alegre y activo* " -f.34-; y buena y cariñosa relación con Balbino -f.37-). La ocupación profesional de la madre, por otro lado, no resultaba de menor dificultad tampoco al efecto de sus relaciones con los hijos, pues trabaja solo a media jornada (50%), como camarera de pisos en un hotel de Suiza, desde el 1 de septiembre de 2014 y con estabilidad laboral (f.39). Y si bien ciertamente la única documentación médica que obra en el expediente, referida en especial a Balbino, es la aportada por el padre (de los hospitales de DIRECCION000 y Córdoba, folios 97 a 106), de la misma no resultaba indicio alguno de desatención anterior por la madre, no constando siquiera referencia alguna a ello o carencia de ningún tipo apreciada en el aspecto de salud de los menores. Todo lo más que se menciona en la hoja de seguimiento de consulta de 21.3.20178 -f.106-, en la exploración es que " *..se marcharon a vivir a Suiza y de nuevo han regresado. Ruego continuar el seguimiento* ". Lo que refrendaría las manifestaciones de la madre sobre el seguimiento y atención sobre sus hijos y que en particular mantiene sobre Balbino, aun con un distinto régimen de cobertura sanitaria en relación con España, según manifestaba el padre in vista, pero que tampoco se acreditaba de ningún modo, o al menos en términos de perjuicio notorio para los niños. No se trata por otro lado, en este marco procesal al menos, de establecer un juicio de comparación sobre la posible mejor situación de los menores en uno u otro país o con uno u otro progenitor, y no comprende a la madre, contrariamente a lo que entiende la defensa demandada, el esfuerzo de acreditar que los menores se mantienen en las condiciones de vida y relación adecuadas a los mismos, sino que es al padre, como



autor de los hechos que han quebrantado la normalidad de aquellos, al que corresponde el deber de fundar y probar suficientemente los hechos en que sustente cualquier situación de riesgo sobre sus hijos, y que en relación a la convivencia de estos con su madre, y por su particular alcance, además se exigen que sean de la gravedad. La falta en autos de otros posibles datos concretos de seguimiento sobre la salud de los menores, en el país de residencia (tampoco recabados por el demandado ni antes ni después de su venida a España con los menores), no puede valorarse, como pretende la recurrente, como evidencia de descuido alguno en la progenitora, pues ni siquiera de los informes recabados por el demandado y que aporta en autos, resultaba manifestación alguna que permita inferir abandono o desatención materna, y ni siquiera elemental descuido al efecto. Considerando razonable que, de haber existido indicio alguno de riesgo grave a la salud de los menores, y en particular para Balbino objeto de especial observación y tratamiento por sus problemas de escoliosis congénita, hubieren sido objeto de expresa consignación médica. De otro modo, tampoco se hacía valer, al margen aquella documentación general, informe médico particular sobre v.gr, deficiencias de alimentación, o por detección de evidencias de peligro alguno sanitario o de salud, ni por incompatibilidades o riesgos de algún tipo en relación a la vacunación de los menores, sin embargo, expresamente destacada por el recurrente, y que como fuera puesto de relieve por la Juez a quo ni siquiera se acreditaba diferencia de calendario u otro dato analogo, en relación al país extranjero. En definitiva, no resultaba nada que específicamente y médicamente refrendare el riesgo de peligro grave a la salud física o psíquica que hacía valer la parte. Ni impedimento para un informe de tal tipo, no obstante el tiempo de estancia que viene prolongándose con los menores, como resultaba de las dificultades de su averiguación domiciliaria a efecto del emplazamiento debido en las actuaciones de instancia (v.gr por diligencias negativas de traslado de demanda y de averiguación de paradero, a pesar de comparecer finalmente y manifestar su residencia en el propio domicilio objeto de los traslados infructuosos iniciales), con traslados y visitas médicas por consultas diversas, y actuaciones de escolarización en España de los menores, al tiempo que constaba en ignorado paradero etc. Las manifestaciones escritas, finalmente, que como documental igualmente se hacían valer en autos de testigos (un hermano del padre y dos personas más sobre las que se ignora su verdadero interés y relación con las partes), no resultaron ratificadas en vista, siendo contradictorias con lo anterior en cuanto a cuidados y atención elemental de la madre sobre los menores. Las meras manifestaciones del padre en vista en cuanto al conocimiento de la desatención de la madre sobre sus hijos por referencias de amigos de la madre, además de falta de toda acreditación objetiva, contrastaban con la propia actitud de aquel, en cuanto que no obstante las dificultades que igualmente refiere por actitud obstruccionista de la madre -que le tendría bloqueado por todos los medios posibles, teléfono skype, facebook..etc-, sin embargo, tras llevar tres años desde que dejó Suiza sin ver a sus hijos, -a salvo al parecer por videoconferencias cada dos semanas o así, a través de un hermano del mismo que vive allí-, no ha tardado sino tres días en localizar a los mismos,. Y ello aun cuando reconoce que cada dos semanas o así la madre quedaba con el hermano en un lugar, para así poderlos tener éste y ponerlos en contacto por videoconferencia con el demandado. Por lo que del mismo modo bien podría, en alguna que otra de tales ocasiones, ir directamente a verlos y con anterioridad en tres años transcurridos. Y con mayor razón si temía por su seguridad. En definitiva y a contrario, llamaba igualmente la atención el defecto de toda acreditación sobre mejor interés anterior del padre sobre los hijos en todo el periodo señalado desde que abandonó Suiza en el año 2015, sin constancia tampoco de asistencia a cobertura de las necesidades elementales de aquellos, ni económicas -directamente o traves del hermano o de otros-, ni de solicitud, ni antes ni después de las presentes, de regularización legal de su situación respecto a los menores o de mejor colaboración al respecto, que no se habrían interesados al parecer, sino con ocasión de este ultimo regreso a España ya con los niños, achacando su inacción anterior a sus deficiencias por falta de conocimiento del idioma alemán. Y todo ello, no obstante, la situación de peligro o gravedad que el mismo reputada en todo momento de los menores con su madre y que habría sido, en suma, la única causa que ha motivado su actuar aquí reprobado. Y sin constancia, además, como hemos visto, de indicios de precedentes de desatención alguno por la madre, ni al momento de la sustracción acontecida ni con anterioridad, no resultando ni se haciéndose constar tampoco antecedentes de malas relaciones u otras diferencias entre partes o de dificultades dignas de especial atención, a estos efectos, respecto de los niños y con reflejo en la salud o bienestar de éstos.

Todo ello a salvo el debate que sea propio en el proceso de medidas o sobre custodia de los menores, cuyo contenido y finalidad no es extrapolable a las presentes, del mismo modo que la presente decisión dejaba a salvo, como vimos, la cuestión de fondo sobre el derecho de custodia y visitas en su caso en torno a los progenitores, verdadera naturaleza del problema subyacente en las actuaciones, y que una vez más ha de ser remitido a la vía que le sea propia.

En definitiva, y conforme a todo lo anterior expuesto, era notoriamente apreciable en el caso, y no se cuestionaba siquiera en la alzada, el empleo por el padre y recurrente, de una vía de hecho, desautorizada en derecho, para la retirada de los menores de su residencia habitual y compañía de la madre, y no resultaba acreditada ni indiciariamente siquiera, situación alguna de riesgo de grave peligro ni físico ni psíquico de aquellos, o de situación intolerable para los mismos, que permitiera fundar de modo alternativo y sucesivo a



la causa del traslado y retención ilícita previamente enjuiciada, la obstativa tenaz pretendida, a la restitución inmediata de aquellos a su país de residencia habitual, y que como efecto legal insoslayable, era igualmente considerado en esta alzada.

Procediendo por todo lo expuesto, la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida

CUARTO .- En cuanto a costas, habida cuenta la desestimación total del recurso de apelación, deben imponerse a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación al caso de autos,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jesús Carlos , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Córdoba con fecha de 19.9.2017 , en los presentes autos de Restitución por Sustracción Internacional de Menores nº 1254/2017 seguidos a instancias de Abogacía del Estado y Ministerio Fiscal contra el referido demandado, y de los que dimana el presente Rollo de apelación, con expresa condena en costas al recurrente.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sección, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; estándose a los criterios de admisión del Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 2017 y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.