



Roj: **AAP IB 37/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:37A**

Id Cendoj: **07040370042018200024**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **14/03/2018**

Nº de Recurso: **91/2018**

Nº de Resolución: **37/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ALVARO LATORRE LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00037/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LES ILLES BALEARS, SECCIÓ IV

Procedimiento sobre sustracción internacional de menores nº 1.281/2.017 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca.

Rollo de Sala nº 91/2.018.

A U T O nº 37/2.018

Ilmos. Sres.

Presidente:

DON ÁLVARO LATORRE LÓPEZ

Magistrados:

DOÑA MARÍA DEL PILAR FERNÁNDEZ ALONSO

DON MIGUEL ÁLVARO ARTOLA FERNÁNDEZ

En Palma de Mallorca, a 14 de marzo de 2.018.

Visto en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, conformada por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación planteado frente al auto dictado el día 15 de enero de 2.018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca, en el procedimiento sobre sustracción internacional de menores seguido bajo el número de autos y rollo de Sala arriba indicados, actuando las siguientes partes procesales: como demandante-apelante **DOÑA Ofelia**, representada por la Procuradora Doña Ana María Vicens Pujol y asistida por el Letrado Don Ramsés Abad Roset; como demandado-apelado **DON Moises**, representado por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen y dirigida por la Letrada Doña Elena Agote Díez. Es igualmente apelante el Ministerio Público.

Ha recaído en segunda instancia la presente resolución, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Presidente de la Sala, Don ÁLVARO LATORRE LÓPEZ, que expresa el parecer de la misma.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca y en el seno del procedimiento ya identificado, fue dictada el día 15 de enero de 2.018 la resolución cuya parte dispositiva literalmente dice:

"DISPONGO.-



Desestimar como desestimo la pretensión de restitución de los menores Camila y Constancio a su madre Doña Ofelia deducida por el Abogado del Estado en representación de la Autoridad Central Española, no haciéndose especial imposición de las costas".

SEGUNDO.- Contra dicho auto fue interpuesto recurso de apelación por parte de **DOÑA Ofelia** , representada por la Procuradora Doña Ana María Vicens Pujol, así como por el Ministerio Fiscal, a los que se opuso **DON Moises** , representado por la Procuradora Doña Nancy Ruys Van Noolen.

Corresponde la resolución del recurso a esta Sección Cuarta por turno de reparto, habiéndose acordado para deliberación, votación y fallo el día 13 de marzo de 2.018.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso de apelación se han observado las prescripciones legales correspondientes.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se rechazan los que respaldan la resolución apelada en cuanto se opongan a los que siguen.

SEGUNDO.- Afirma el Ministerio Público que la resolución dictada es nula porque debió tener forma de sentencia, de acuerdo con la previsto en el art. 778 quater y siguientes de la Lec .

La Sala no encuentra relevante esta alegación, ya que si bien asiste la razón al Ministerio Fiscal desde un estricto punto de vista formal, debe tenerse en cuenta sin embargo que la resolución apelada, aun con forma de auto y como a éstos corresponde, está debidamente motivada, sin que tampoco haya sufrido merma alguna la tramitación procesal, el sistema de recursos que caben contra el pronunciamiento del juzgado ni la eventual ejecución de la resolución dictada.

En relación con la ilicitud del traslado o retención de los menores y con la falta de pronunciamiento en la parte dispositiva del auto apelado sobre esta cuestión, lo cierto es que ya desde el primer fundamento jurídico de dicha resolución se examina si el traslado de los niños a Mallorca por parte de su padre ha sido ilícito, con respaldo en lo que establecen el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1.980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Reglamento **2201/2003** del Consejo, de 27 de noviembre de 2.003, dedicándose el tercer fundamento jurídico del auto a examinar esta cuestión, de manera que debiéndose interpretar la parte dispositiva del auto junto con su fundamentación jurídica, volvemos a hallarnos ante una cuestión formal intrascendente.

Enfrentando el núcleo del litigio, comprobamos que el juzgador deniega la restitución ante un conjunto de factores, como la enfermedad psiquiátrica de la madre que, aun estabilizada en el momento de dictar su resolución y dada la evolución de su dolencia, le lleva a temer que vuelva a intensificarse; el consentimiento de la madre para el traslado de sus hijos a Mallorca y su escolarización en el centro en el que se encuentran, así como la adaptación de los mismos a esa escuela y al propio entorno y el adecuado cuidado de los mismos que ejercen los abuelos paternos con los que conviven; la ausencia de apoyo de la familia materna de la madre y la falta de adopción de medidas de protección de los menores por parte del Estado de origen en caso de restitución de los niños, considerando el juez de primera instancia que el retorno puede suponer a éstos peligros físicos o psíquicos.

A tenor de los razonamientos del juzgador en el mencionado fundamento jurídico tercero, nos encontramos lejos de una suerte de incongruencia omisiva, puesto que la resolución apelada resuelve sobre el núcleo de la controversia que es, precisamente, la consideración del traslado de los niños a Mallorca como lícito o ilícito y aun cuando el juez exprese sus dudas al respecto, son claras sus conclusiones tras el análisis de la prueba practicada.

Por lo que respecta a la ilicitud del traslado al constituir un acto unilateral del padre de los niños, mantiene el Ministerio Público que ni la carta supuestamente manuscrita por la madre ni sus hipotéticos deseos de venir a vivir a Mallorca en un futuro suponen autorización expresa por su parte para trasladar a Mallorca a sus hijos, recordando que la facultad de decidir sobre el lugar de residencia de los menores corresponde conjuntamente a ambos progenitores. Indica además, que la excepción aplicada por el juzgador, establecida en el art. 13, b) del Convenio y consistente en que la restitución suponga para el menor un grave riesgo, exponiéndole a un peligro físico o psíquico, o le ponga de cualquier otra manera en una situación intolerable, no concurre en este caso, poniendo de relieve que la prueba practicada en la vista desveló que la madre, aun cuando padece una enfermedad psíquica, se encuentra debidamente medicada y en modo alguno cabe afirmar que tal enfermedad se encuentre fuera de control. Dice también que no ha transcurrido el plazo de doce meses de residencia de los menores previsto en el art. 12 del Convenio, por lo que no se da tampoco desde esta perspectiva el supuesto



excepcional que permitiría la no restitución, subrayando que los menores no están plenamente integrados en su entorno.

La parte apelada incide en los numerosos ingresos psiquiátricos que ha padecido la madre, la cual acudió a Mallorca a ver a sus hijos los días 23 y 24 de septiembre de 2.017, pudiendo comprobar que se encuentran escolarizados, siendo usuaria de la aplicación del centro escolar y habiendo mostrado su acuerdo en la matriculación de los niños en el centro al que asisten. Indica también el Sr. Moises que la recurrente no puede hacerse cargo del cuidado de los menores debido a su enfermedad mental, afirmando que el retorno les colocaría en grave riesgo.

Resumida la postura del Ministerio Fiscal, que es coincidente con la de la representación procesal de la madre y la tesis que mantiene el padre, conviene centrar el objeto de este procedimiento y, por ende de nuestra resolución, porque en el mismo debe analizarse, únicamente, si el traslado de los menores a España se ha realizado lícitamente, quedando fuera de su ámbito la idoneidad de los progenitores para permanecer al cuidado de los hijos.

En este sentido, consta acreditado en autos que el traslado de los niños a Mallorca desde Reino Unido se produjo el 2 de septiembre de 2.017, un momento en que la madre se encontraba hospitalizada, pues permaneció en centro sanitario ingresada desde el 31 de agosto hasta el 14 de septiembre de 2.017. Y debe llamarse la atención de que no consta que este ingreso respondiera a un agravamiento de la enfermedad de Doña Ofelia o a un estadio más grave de aquella, ni a la realización por la madre de hechos o por haber protagonizado comportamientos más graves o preocupantes que en otras ocasiones en las que fue ingresada, de manera que no encontramos una razón concreta que nos explique porqué en la fecha indicada y no en ningún momento anterior en que ya existía la enfermedad, trasladó Don Moises a sus hijos a Mallorca de manera unilateral. Es decir, aunque se mantiene en la contestación a la demanda, si bien no es objeto de este procedimiento, la incapacidad de la madre de cuidar a los hijos, aludiendo a su enfermedad psiquiátrica y a los ingresos hospitalarios que ha sufrido, nada se dice de que este último haya respondido a conductas más graves que hayan colocado a los niños en una situación de peligro físico o psíquico.

Es más, si acudimos al informe médico-forense de 11 de enero de 2.018, sobre valoración de la afectación psico-física de la madre y su repercusión en los elementos integrantes de capacidad, así como su estado mental actual, comprobamos que se le diagnosticó trastorno afectivo bipolar, que fue seguido y tratado durante cuatro años, cesando la medicación por ausencia de virajes depresivos o maníacos. Dice también el informe que tras diez años desde el diagnóstico y por causa de estrés durante los estudios universitarios, recayó en un nuevo ingreso y desde entonces aparentemente no ha cesado la medicación y seguimiento. Se observa también en el informe que habiéndose apercibido su psiquiatra en octubre de 2.017 que el antidepresivo que tenía instaurado provocaba a la paciente virajes a su estado maníaco, sigue un tratamiento pautado por su médico de cabecera, por el psiquiatra y por el servicio de atención psiquiátrica, viviendo actualmente sola y aunque no tiene familia, recibe la ayuda de un grupo de amigas y de una hermana de su ex marido Moises, percibiendo de éste una pensión de 3.000 €, desenvolviéndose bien en casa y no siéndole necesaria ayuda exterior alguna, participando en voluntariados de cocina y ejercitando caminatas, meditación y tareas de restauración, encontrándose, según ella, en estado eutímico y optimista.

La valoración global que efectúa el médico-forense es que Doña Ofelia se presenta como una persona en adecuado estado físico, con buen ánimo y sin impresionar patología psicofísica de ninguna clase. No se apreció anormalidad en su estado de conciencia y atención, orientada espacio temporalmente y sin problemas de memoria, sin alucinaciones, careciendo de anomalías en su pensamiento, presentando igualmente un lenguaje comprensible y coherente aunque pobre y sin que se pusieran de manifiesto signos o síntomas de ansiedad, angustia o estado maníaco, mostrándose también normal en su psicomotricidad y sin alteraciones en el sueño.

Concluye la médico forense afirmando que Doña Ofelia es consciente de su enfermedad y de su situación vital, prestando cuidado suficiente a su estado de salud y que cumple con las prescripciones médicas necesarias para su bienestar, reconociendo que los estresores, que trata de evitar, le pueden provocar virajes y mostrando conocimiento de las consecuencias de sus decisiones, no realizando proyectos ilógicos a corto o a largo plazo y sin que aparezcan tampoco ideas extrañas sobre qué hacer en un futuro con alguna nueva relación o con sus hijos, de manera que su capacidad psicofísica actual para garantizar el bienestar socio-personal se encuentra indemne, no precisando de asistencia y complemento de su capacidad psicofísica para la supervisión de sus labores.

Así las cosas, ni el informe que acabamos de sintetizar ni los demás dictámenes médicos incorporados a la causa, permiten afirmar que la permanencia de los menores con la madre hubiese causado en éstos un perjuicio o daño psico-físico o les colocara en una situación de grave riesgo, sin que tampoco existan



suficientes elementos de prueba como para aventurar recaídas de Doña Ofelia que coloquen a sus hijos en tal situación de peligro si vuelven con ella.

En consecuencia, compartimos el criterio del Ministerio Fiscal sobre la ausencia de riesgo de los menores, cuya existencia impediría el retorno a su país de origen, aparte de que consideramos por las razones expuestas que el traslado de los menores a España por decisión unilateral del padre fue ilícita.

Por las mismas razones, asumimos en lo esencial la postura de la recurrente, Doña Ofelia, sin que sea preciso reiterar los mismos argumentos. supone

TERCERO.- Con relación a la postura que mantiene el Sr. Moises, diremos que el hecho de que los menores tengan fuertes lazos en Mallorca, a quienes han venido visitando por acuerdo de sus padres a la isla a la residencia de los abuelos paternos, muestra un estado de normalidad en esos traslados, pero nada añade y mucho menos supone la autorización de la madre para que el padre trajera por decisión propia y en el momento en que lo hizo a los hijos a esta isla, que es lo que aquí se cuestiona. Y en relación con el consentimiento dado por Doña Ofelia, no puede olvidarse que los litigantes se han visto inmersos en una crisis de pareja y que no existe propiamente acuerdo en este sentido. Las visitas de la madre a Mallorca a casa de sus suegros en septiembre de 2.017 o las solicitudes de escolarización suscritas por la misma, que son obligadas y que pudieran también estar motivadas por su deseo de que sus hijos no perdieran el curso escolar o por arreglar la situación del matrimonio, o bien el deseo de Doña Ofelia de mudarse a Mallorca tras regresar de E.E. U.U., las anotaciones en el diario de la madre o los contenidos de whats app, ni conllevan un consentimiento firme al traslado aquí discutido ni pueden identificarse con una aceptación posterior del mismo, al menos en la forma unilateral en que se ha producido, ni enervan la ilicitud del traslado, máxime ante la actuación de denuncia de ese traslado por parte de la madre, extremo que se tiene muy en cuenta en la S.A.P. de Alicante (Sección Sexta) nº 208/2.017, de 11 de julio, con cita de la del mismo órgano nº 195/2.016, de 26 de julio y sin olvidar, claro está, que también el derecho británico exige el consentimiento de ambos progenitores para el traslado de los menores.

No concedemos, por otra parte, importancia capital a la no aportación de informe psiquiátrico realizado por el Dr. Becket, porque, como hemos expuesto, contamos con otros informes médicos que no muestran que los menores vayan a ser sometidos a situación de peligro o riesgo alguno si retornan con su madre.

Por fin, debemos tener en consideración que el Convenio anteriormente citado pretende conseguir, en el caso de un traslado o retención ilegal en el sentido de su art. 3, que el menor sea restituido, de modo que las causas que pueden enervar ese efecto quedan constituidas como excepciones y, por tanto, no es posible presumir su concurrencia, sino que ha de demostrarse cumplidamente, y en el presente caso tal prueba no se ha dado, porque lo que se debe acreditar es que de consentir esta Sala en el traslado de los niños a Reino Unido con su madre, la situación de los mismos se tornaría de extrema gravedad. Y en este sentido, los puntos a los que alude el Sr. Moises como constitutivos de ese riesgo ni se relacionan con el estado actual que presenta la Sra. Ofelia y el control por ésta de su enfermedad, ni queda demostrado alguno de ellos, como la inadecuación de la vivienda en que los menores van a vivir en Gran Bretaña.

Téngase presente que lo que se pretende con el Convenio es restablecer la situación tal como se hallaba antes de producirse una acción ilícita que vulnera un derecho de custodia, sin que ello implique decidir sobre el fondo de ese derecho (art.19) ni sobre la mayor o menor conveniencia de que lo tenga uno u otro progenitor. Así, restablecida la situación inicial, no existe ningún inconveniente en que se planteen las acciones correspondientes para atribuir la custodia de los menores a quien resulte más conveniente o para modificar la atribución existente antes del traslado, si a ello hubiere lugar, aunque sobre ello deban decidir las autoridades del lugar en que el menor tenga su residencia habitual, que normalmente contarán con más y mejores elementos de juicio.

En consecuencia, dada la retención ilícita de los menores en Mallorca por parte de su padre y atendiendo a que en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial donde se encuentran los niños se produjo antes de haber transcurrido un año desde el momento en que se produjo su traslado o retención ilícitos, es procedente, dado lo establecido en el artículo 12 del Convenio, revocar el auto objeto del recurso y ordenar la restitución inmediata.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y procedente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación promovido por DOÑA Ofelia, representada por la Procuradora Doña Ana María Vicens Pujol, así como por el Ministerio Fiscal, contra el auto dictado el día 15 de enero de 2.018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca, en el procedimiento del que trae causa este rollo



de apelación. En consecuencia, acordamos la restitución inmediata de los menores Camila y Constancio a su país de origen, reponiendo su situación de convivencia anterior al traslado de los mismos a Mallorca, todo ello sin que proceda imponer las costas de segunda instancia.

Así, por este auto, contra el que no cabe interponer recurso alguno, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ