



Roj: **SAP PO 354/2018 - ECLI:ES:APPO:2018:354**

Id Cendoj: **36038370012018100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **123/2018**

Nº de Resolución: **52/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00052/2018**

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PG

**N.I.G.** 36038 42 1 2018 0000311

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000123 /2018**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:** SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000083 /2018

Recurrente: Rafaela

Procurador: ANTONIO FERNANDEZ GARCIA

Abogado: ALEJANDRO VEGA VAZQUEZ

Recurrido: Feliciano , MINISTERIO FISCAL

Procurador: SOLEDAD PEREZ GONZALEZ,

Abogado: MARIA NANCY SOAGE GOLDAR,

**SENTENCIA Nº 52/18**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

Dª MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ

En PONTEVEDRA, a diecisiete de abril de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000083 /2018, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000123 /2018, en los que aparece como parte **APELANTE-DEMANDANTE** , Rafaela , representado por el Procurador de



los tribunales, D. ANTONIO FERNANDEZ GARCIA, asistido por el Abogado D. ALEJANDRO VEGA VAZQUEZ, y como parte **APELADA-DEMANDANDO** , Feliciano , representado por la Procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup>. SOLEDAD PEREZ GONZALEZ, asistido por la Abogada D<sup>a</sup>. MARIA NANCY SOAGE GOLDAR, y el MINISTERIO FISCAL, sobre Sustracción Internacional de Menores, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm.5 de Pontevedra, con fecha 08/03/2018, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"DESESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Rafaela , contra D. Feliciano , y en consecuencia, NO HA LUGAR A DECLARAR la ilicitud del traslado y retención, llevados a cabo por D. Feliciano , del menor Juan María .

Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día 17.04.18 para la DELIBERACIÓN de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** . El auto que ahora se cuestiona en esta alzada, desestima la demanda interpuesta por la representación procesal de la Sra. Rafaela contra el Sr. Feliciano , considerando no haber lugar a declarar la ilicitud del traslado y retención que le atribuye sobre el menor Feliciano , hijo de ambos, nacido en Vigo el NUM000 de 2015.

La demandante, como señala la sentencia de instancia, interesa la restitución inmediata del menor Juan María , al país que, según argumenta, constituyó su última residencia habitual, ante el traslado y retención presuntamente ilícitos que ha llevado a cabo el padre, el cual habría viajado a Zurich y de forma unilateral y no consentida por la madre, habría trasladado al menor a España (Vigo). Sostiene la demandante que el padre viajó a Zurich para ver al menor y que aprovechó la ocasión de descuido de la madre para traerlo a España sin su consentimiento. La parte demandada se opone a la restitución alegando que la madre previamente se había llevado al menor a Suiza sin consentimiento del padre y oponiéndose este a dicho traslado.

La sentencia, tras la práctica de la prueba previamente admitida, considera que no existe un traslado o retención ilícita por parte del padre en el sentido del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobado en La Haya el 25 de octubre de 1980 y ratificado por España mediante Instrumento de 28 de mayo de 1987 -publicado en el BOE de 24 de agosto del mismo año-, por cuanto para ello la madre debería tener atribuido el derecho de custodia vulnerado, lo que considera no es el caso pues, previamente, la misma se había llevado de DIRECCION000 (España) a Suiza, al menor sin el conocimiento ni consentimiento del padre, el cual era necesario -o en su defecto autorización judicial- para llevar a cabo dicho traslado. Y por ello tampoco se daría el concepto de residencia habitual del menor en Suiza.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandante alegando la errónea aplicación e interpretación de los arts. 3, 4, 5, 12 y 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobado en La Haya el 25 de octubre de 1980, sosteniendo que la demandante decidió irse a vivir a Suiza 6 meses después de romper la relación de pareja con el demandado, después de avisarle de tal intención y sin que él le manifestara su oposición de manera expresa. Decisión que, además, estuvo justificada por el interés del menor, trasladando a Suiza su residencia que, al momento de los hechos que se denuncian, era su residencia habitual.

Al recurso se oponen tanto el demandado como el Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO** .- Para resolver las cuestiones objeto de controversia hemos de tener en cuenta los siguientes hechos que no son controvertidos, y se recogen en la sentencia de instancia:

1.-El menor Juan María , nació el NUM000 de 2015, en Vigo, de **nacionalidad** española, hijo de D. Feliciano (de **nacionalidad** española) y de Dña. Rafaela (de **nacionalidad** española). D. Feliciano Y DÑA. Rafaela se encuentran inscritos en el registro de parejas de hechos en la provincia de Pontevedra desde día 20 de abril de 2015 (folio 252). La convivencia de la pareja cesó en agosto de 2016.



2.-El menor vivió y residió en DIRECCION000 desde su nacimiento (folio 254 -certificado de empadronamiento) hasta el 20 de diciembre de 2016, fecha en la que la madre viajó a Zurich con el menor. Durante el tiempo que residió en DIRECCION000 estuvo matriculado en dos escuelas infantiles durante los cursos 2015/2016 y los meses de septiembre a diciembre del curso 2016/2017. Desde el día 29 de enero de 2018 vuelve a estar matriculado en la escuela infantil DIRECCION001 .(folio 115).

3.-El día 24 de enero de 2017, D. Feliciano presenta ante los Juzgados de DIRECCION000 demanda de More Uxorio (doc 2 y 3 de la contestación folio 75). Por reparto dicha demanda se turnó al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de DIRECCION000 , Guarda y custodia n.º 102/2017, en el seno del cual, el 24 de julio de 2017 por diligencia de ordenación se notifica a la representación procesal de D. Feliciano que no es posible practicar la comisión rogatoria para emplazamiento de la demandada puesto que para ello era necesario conocer la dirección exacta y cantón suizo (doc 7 de la demanda folio 89).

4.-Con fecha 2 de julio de 2017, D. Feliciano presenta denuncia ante los Juzgados de DIRECCION000 (doc 4 y 5 de la demanda -folio 84 y ss 85-) por sustracción y/o detención ilegal de menor. Las diligencias previas incoadas al efecto, concluyeron por auto de sobreseimiento de 23 de octubre de 2017; en el mismo se hace constar la falta de concurrencia de los elementos del tipo penal dado que por entonces no existía resolución judicial que atribuyese la custodia a ningún progenitor.

5.-El día 12 de enero de 2018 D. Feliciano viajó a DIRECCION002 , estuvo en compañía de su hijo, y la madrugada del día 14 de enero de 2018 cogió al menor y lo trasladó a España - DIRECCION000 - sin consentimiento de la madre. El día 16 de enero de 2018 compareció ante el Juzgado de Guardia de DIRECCION000 (Instrucción n.º 6) y comunicó que el menor se encontraba en España (folio 90).

**TERCERO** . Como se recoge en el art. 1 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 , sobre los aspectos civiles de la sustracción ilegal de menores, el objetivo que persigue es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita, por cualquier Estado contratante; calificativo que se da cuando, como expresa el art. 3, esa situación se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, conjunta o separadamente, a una persona con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención, en cuyo caso la autoridad competente ordenará su restitución inmediata. En todas las hipótesis nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia, siendo intrascendente la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia.

El presupuesto de aplicación del Convenio radica, por tanto, en un traslado o retención ilícitos, concepto sobre el que articula la puesta en marcha de los mecanismos convencionales. Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, el art. 3 del Convenio exige un doble elemento: de un lado, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de residencia habitual del menor, y de otro, el ejercicio efectivo de dicha custodia antes del traslado o retención.

Pues bien, nos encontramos aquí con una cuestión esencial, como es la de valorar si se ha producido un traslado o retención ilícito de Suiza a España porque se ha violentado 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 que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

Como señala la STC de 1 de febrero de 2016, nº 16/2016 :

*Al objeto de valorar la suficiencia y razonabilidad de la motivación del Auto hay que partir del sistema del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Así, conforme a la exposición de motivos, el Convenio obedece al deseo "de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita". En consonancia con ello, el art. 1 establece que: "La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante. b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes "*.

*Y continúa: Este Tribunal ha tenido ocasión de recordar la finalidad del Convenio y que, en aras de esta finalidad, el ordenamiento español "arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19).*



*De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso" ( STC 120/2002 , de 20 de mayo , FJ 4 ).*

Llegados a este punto, ya se considere residencia habitual del menor España o Suiza, ambos ordenamientos atribuyen a los padres la patria potestad conjunta, en la que se incardina el derecho a elegir el lugar de residencia, que debe hacerse de común acuerdo o, en su defecto, con autorización judicial ( arts. 154 y ss CC español y arts. 299 y ss CC suizo).

En principio, podría pensarse que no ha sido así en el caso de la residencia que la demandante pretende como habitual y lícita en Suiza, por cuanto como se deriva de los hechos que resultan acreditados, en modo alguno el padre conoció ni consintió el traslado del menor al Suiza en diciembre de 2016, sino que dicho traslado se llevó a cabo de forma unilateral y de facto por la propia demandante, al margen de consentimiento paterno o autorización judicial alguna en caso de conflicto ( art. 156 CC ). Es por ello que, podría pensarse que, en el momento en que el padre trae de vuelta al menor de Suiza a España, no puede infringir ningún derecho de custodia previamente atribuido a la madre, pues no existe tal derecho ni la atribución del mismo. Es claro que en España no se le atribuyó el derecho a decidir unilateralmente el cambio de residencia del menor, y tampoco se alega -ni acredita- que le haya sido atribuido este derecho por el ordenamiento jurídico Suizo.

Se pretende por la demandante un consentimiento tácito, tras la remisión de un email con un borrador de convenio regulador. Pero además de que no ha sido debidamente acreditada su recepción, la misma tampoco demuestra tal consentimiento cuando en poco más de un mes el demandado interpone demanda contenciosa *more uxorio* en los Juzgados de DIRECCION000 , concretamente el 24 de enero de 2017. Previamente había interpuesto una denuncia el 23 de noviembre de 2016 contra la demandante por intentar acceder a su aplicación de almacenamiento de información de Apple ICLOUD, y a los pocos meses, concretamente el 2 de julio de 2017, el demandado también interpuso denuncia por sustracción y/o detención ilegal del menor en los Juzgados de DIRECCION000 . Tales actuaciones son totalmente incompatibles con el consentimiento tácito que sostiene la parte apelante.

**CUARTO** .- Ahora bien, el tiempo transcurrido desde la sustracción o traslado ilícito protagonizado por la madre, ahora demandante, sin que se hayan utilizado los mecanismos de restitución del menor, tienen un claro significado jurídico y un valor normativo que no se puede orillar.

Además del Convenio de La Haya de 1980, citado anteriormente, hemos tomar en consideración el Convenio de La Haya de 19 de octubre 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, del que tanto España como Suiza son parte (y no el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, al no ser Suiza Estado parte de la UE).

Según el art. 7 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 , en caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.

Vemos que el concepto de residencia habitual, el principal punto de conexión común en todos los Convenios modernos de La Haya relativos a los Niños, no se encuentra definido, pero tiene que ser determinado en cada caso por las autoridades pertinentes en función de elementos fácticos. Es un concepto autónomo y debería interpretarse a la luz de los objetivos del Convenio y no en virtud de las restricciones del Derecho nacional.

En el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, de Sustracción Internacional de Menores, tampoco se establece un concepto de residencia habitual, pero excepciona la restitución si ha transcurrido un año desde el traslado ilícito y se prueba que el menor "se ha integrado" en su nuevo medio (art. 12).

Según sostiene doctrina autorizada, la Comisión especial no se había podido poner de acuerdo sobre un texto determinando la competencia en el caso de un desplazamiento ilícito o de un no retorno del niño en el sentido del artículo 3 del Convenio de La Haya del 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños. La Conferencia diplomática tras largos debates pudo llegar al acuerdo. La idea subyacente es que el autor del desplazamiento ilícito no se debe poder prevaler de este acto para modificar en su beneficio la competencia de las autoridades llamadas a tomar medidas de protección de la persona o igualmente de los bienes del niño. Pero, por otro lado, el desplazamiento ilícito, si perdura, es un hecho que no se puede ignorar, hasta el punto de privar a las autoridades del nuevo Estado, que se ha convertido en la nueva





residencia habitual del niño, de esta competencia de protección. La dificultad consistía pues en determinar el momento a partir del cual la competencia pasaría de las autoridades del Estado de donde el niño ha sido ilícitamente sustraído a las del país donde ha sido conducido o retenido.

Esta dificultad está parcialmente resuelta, al menos para lo relativo al derecho de guarda, a través del artículo 16 del Convenio de La Haya antes citado de 25 de octubre de 1980, según los términos del cual, después de haber sido informadas del desplazamiento o del no retorno ilícito de un niño, "las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio".

La conclusión a la que se puede llegar es que el transcurso de más de un año desde una sustracción ilícita, como regla general, convierte en residencia habitual la que se lleva a cabo en el nuevo Estado, y que provocará además que sea la referencia para determinar 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, a que se refiere el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. Además de ser un supuesto que, unido a la ausencia de presentación de una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y la acreditación de la integración del menor en su nuevo ambiente, determina la no restitución.

Lo expuesto lleva a entender que, si bien en el caso que nos ocupa hubo una previa sustracción ilícita por parte de la madre del menor, el transcurso de más de un año en Suiza sin instar la devolución o restitución a través de los mecanismos del Convenio de La Haya de 1980, provoca un cambio en la consideración de la residencia habitual del menor con efectos normativos como los antes señalados, y fijando así una situación jurídica que no puede ser desconocida ni alterada por otra actuación de facto no ajustada a la legalidad, convirtiendo su alteración en otra sustracción o traslado ilícito como es el llevado a cabo por el demandado.

A salvo una prueba más detallada sobre el derecho civil suizo en esta materia, no se ha controvertido que el régimen de patria potestad, su ejercicio conjunto por ambos progenitores, y en concreto la necesidad de su acuerdo para decidir el lugar de residencia, es similar al español, de forma que para alterar la situación de la residencia habitual en Suiza en los términos antes expuestos a los efectos de los Convenios de La Haya citados, era necesario el acuerdo de ambos progenitores o, en su defecto, autorización judicial. No ha sido el caso, de forma que el demandado procedió a realizar un traslado ilícito en el sentido del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 cuando después de viajar el día 12 de enero de 2018 a DIRECCION002, estuvo en compañía de su hijo, y la madrugada del día 14 de enero de 2018 cogió al menor y lo trasladó a España - DIRECCION000 -sin consentimiento de la madre.

En este caso, como en otros muchos, la legalidad no se podía reponer por la vía de los hechos.

Como señala la STS de 18 de enero de 2017, nº 29/2017, *se puede traer a colación la STC 16/2016, de 1 de febrero, rec. 2937/2015, que, en interpretación y aplicación del Convenio de La Haya de 1980, recoge que el artículo 12 permite valorar «la integración del menor en el nuevo medio», a fin de rechazar la devolución, cuando han transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento. Tal previsión trata de hacer efectivo el superior interés del menor, argumentando que cualquiera que fuesen las causas y responsables en la demora de la restitución, no puede menoscabar el interés superior del menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.*

Previamente, la meritada STC 16/2016, establece que: *En este contexto, abordando ya la alegación de falta de ponderación de la situación actual de la menor que la demanda anuda a una indebida valoración del interés superior de la misma, hay que añadir que, en consonancia con su objeto y fin, el Convenio de La Haya de 1980 incluye en su art. 12 una previsión específica sobre la valoración de la integración del menor en el nuevo medio y determina que, ante un traslado o retención ilícitos, si "en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenara la restitución inmediata del menor", mientras que "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".*

*Por todo ello, la integración del menor constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución.*



*En estas condiciones, el Auto reproduce textualmente el art. 12 del Convenio, que otorga un valor determinado a la integración del menor en el nuevo medio como elemento de ponderación de la decisión sobre la restitución, y aprecia que, confirmado el traslado ilícito y sin que concurren las causas excepcionales para detenerlo previstas en el art. 13 a) y b), unido a la constatación de la pérdida de relación con el padre durante meses, el interés del menor se corresponde con el retorno, lo cual constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio .*

Con lo argumentado en los fundamentos anteriores debe concluirse que, una inicial sustracción ilícita, mantenida en el tiempo genera, cuando crea una situación de estabilidad, un estado también protegible por el ordenamiento, especialmente cuando trasluce una defensa del interés del menor, que no está viciado por aquella inicial sustracción ilícita. Es por ello que, en el supuesto que nos ocupa, se produjo esta situación que el ahora demandado también ha pretendido alterar por la vía unilateral de los hechos, lo que no es admisible desde la perspectiva del Convenio de La Haya de 1980.

El art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 exige para su aplicabilidad un traslado ilícito del menor, es decir, un traslado que infrinja los derechos de custodia ejercidos de manera efectiva, entendiéndose por tales "los relativos al cuidado de la persona del menor y, en particular el derecho a decidir sobre su lugar de residencia". Para su restablecimiento contempla la "acción directa de retorno del menor", un remedio procesal dirigido exclusivamente a dilucidar si procede o no la restitución y para cuyo ejercicio está activamente legitimada cualquier persona, Institución u Organismo interesado. El Convenio adopta de este modo una primera solución de carácter general, consistente en el inmediato retorno del menor a su país de residencia, con la que se pretende evitar la ruptura brusca de aquél con su entorno familiar reciente, al tiempo que se disuade a los potenciales sustractores. Ésta es la solución de aplicación preferente e interpretación extensiva, de modo que el retorno del menor es la norma general, en tanto que la posibilidad de no ordenarlo sólo se contempla para el caso excepcional de que se considere perjudicial para el niño. De ahí que la denegación del retorno sólo resulte admisible ante las concretas circunstancias recogidas por los artículos 12 y 13 del Convenio.

**QUINTO** .- No son atendibles las argumentaciones del demandado, apoyadas por la resolución de instancia y por el Ministerio Fiscal, en orden a que existía un desconocimiento por parte del padre sobre el domicilio del menor que le impedía accionar, transcurriendo más de un año desde la sustracción ilícita por la madre por motivos ajenos al mismo. Como se deduce del propio informe del detective privado contratado por el padre, este tenía conocimiento de que la demandante se había ido a Suiza, lo que además no era extraño cuando es allí donde residen su madre, un hermano y una sobrina, habiendo estado incluso el demandante en el domicilio de la madre de su expareja. Esos datos son más que suficientes para poner en marcha el mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980, e instar de la Autoridad Central a que se refiere el Convenio, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor, lo que incluye la obligación de localización ( arts. 8 a 10 del Convenio de La Haya de 1980 ).

Puede ponerse de relieve que ni el art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 , ni el art. 7 del Convenio de La Haya de 19 de octubre 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, cuando hacen referencia al plazo de un año como un plazo razonable para entender que existe una residencia estable o permanente en un Estado, no establecen causa alguna de interrupción. Lo que debe ponerse en relación con el interés del menor, principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico, pues como ha señalado la STC 16/2016 , se trata de una previsión específica sobre la valoración de la integración del menor en el nuevo medio y determina que, ante un traslado o retención ilícitos, si "en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenara la restitución inmediata del menor", mientras que "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".

Entendemos que, en el presente caso, con los datos señalados sobre localización del menor en Suiza, no resulta de aplicación lo que ha venido a denominarse principio de suspensión equitativa, evitando el inicio del cómputo del plazo en supuestos de ocultación total del menor, con desconocimiento incluso del país en que se encuentra.

No se debe olvidar que este plazo está establecido no en interés de los progenitores, sino del menor. Como hace constar la STC 16/2016 , en relación a la valoración de la estabilidad del menor en un determinado lugar y en relación a retrasos procesales, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior del menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.



En este sentido, el menor respecto del que estamos decidiendo, no queda duda que residía en Suiza pues allí fue llevado por su madre, lo que ha sido comprobado por el propio demandado, que además allí es a dónde fue para traerlo nuevamente a España, sin que exista dato alguno que haga pensar que el menor residió en otro país. Precisamente en Suiza, se encontró arropado en un marco familiar al residir allí su abuela y un tío, así como una prima. Pero lo más relevante es que es allí donde ha residido con su madre, pero no solo durante este tiempo sino que, no resultando controvertido que cuando cesó la convivencia de los progenitores en agosto de 2016, el menor que contaba casi un año y medio de edad, quedó al cuidado de su madre durante varios meses, hasta que en diciembre de 2016 fue trasladado a Suiza por esta, con la que siguió conviviendo algo más de un año hasta que el padre lo trajo nuevamente a España. Es decir, la integración con su madre y con la familia de esta en Suiza estaba consolidada, no pudiendo exigirse nada más en relación a una integración cuando de menores de corta edad se trata, cuyo mundo relacional se centra esencialmente en las personas bajo cuya guarda se encuentran.

Esta situación de estabilidad es la que trata de mantener el Convenio de La Haya de 1980 cuando pretende la restitución rápida y urgente del menor sustraído ilícitamente quebrando dicha situación, sin entrar en el fondo del asunto, es decir, sino la posibilidad de entrar a valorar la definición de las relaciones parentales en relación a la patria potestad o el régimen de guarda y custodia en situaciones de crisis.

Como ya ha tenido ocasión de argumentar esta Sala en Auto de 30 mayo 2000, Rollo nº 91/2000, conviene recordar que el interés del menor que el Convenio trata de proteger en primer lugar es el de su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de ciertos derechos sobre su persona que han sido unilateralmente definidos y decididos. Hemos de aprender a ver al menor como primera víctima de estas situaciones de traslado o retención, pues él es quien padece en primer lugar la pérdida de un equilibrio al que tiene derecho, al quedar separado de uno de los progenitores, o de la institución que ostenta su custodia. Importa tener presente la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que señala que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.

**SEXTO**. Llegados a este punto, se hace necesario examinar la excepción que el propio auto impugnado, apoyado también por la parte demandada y por el Ministerio Fiscal, aplica para rechazar la restitución del menor.

El Convenio de La Haya de 1980 permite oponer al Estado requerido, para negar la restitución (art. 13 b)), que 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. Aquí se incluyen problemas de la madre con el alcohol. Ciertamente no puede negarse que la madre ha tenido algún episodio de abuso como el ocurrido el 9 de septiembre de 2015, en que acudió al servicio de urgencias llevada por la policía, y el servicio de psiquiatría, por aquellas fechas la remite a una asociación para abordar el consumo de alcohol -lo que también evidencia la innecesariedad de un tratamiento médico-. Incluso que el día en que fue a recibir al demandado al aeropuerto en Suiza reconoció haber consumido alcohol.

Sin embargo, pudiendo entenderse que en alguna ocasión ha existido dicho abuso, no existe un reflejo de una persistencia en el mismo. Los hechos relatados se refieren a septiembre de 2015 y a diciembre de 2017. Pero lo que es más importante, no parece que tal situación colocara en situación de riesgo al menor cuando, tras la separación de sus progenitores en agosto de 2016, el menor se quedó con la madre, sin que conste actuación alguna del padre para evitar tal situación sobre la base de la situación de peligro, de grave riesgo, en que quedaba el menor, hasta que en diciembre de 2016, casi cinco meses después, la madre se lleva a su hijo a Suiza. Tampoco ninguno de los episodios de abuso que se relatan se ha acreditado que hayan influido negativamente en el cuidado del menor, lo que si bien se comprende la dificultad de acreditar lo ocurrido durante poco más de un año en Suiza, sin embargo no ocurre lo mismo con el periodo de convivencia en España.

Es por ello que, debiendo interpretarse de forma restrictiva estas excepciones a la restitución del menor, la situación valorada no se estima suficiente para apreciar 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 es tampoco este el momento de resolver, ni siquiera indiciariamente, cuestión alguna sobre la mejor solución para el menor en orden a su guarda y custodia, como se desprende del art. 16 del Convenio de la Haya, sino únicamente de resolver sobre la restitución del menor retenido ilícitamente, lo que no impide sino que además será conveniente, sobre todo dados los términos en que las partes han planteado la capacidad de los progenitores a tal efecto, atribuyendo a ella problemas con el alcohol, y a él problemas de violencia familiar, iniciar lo antes posibles los trámites para que, por la autoridad competente, se tomen al respecto las decisiones oportunas. Como ya señalaba la STS 22 junio 1998 :



" Sin duda que la interpretación de la Audiencia, por más que pretenda justificar su resolución, so capa de un examen literalista -y aislado- del artículo 16 del Convenio XXVIII de La Haya, llega a consecuencias frustrantes para la razón de ser del Convenio que busca, en primer término, el retorno del menor sustraído ilícitamente, bajo la guarda de quienes ostentaban su custodia establecida, en el caso, por las autoridades judiciales del Estado, donde el menor residía al tiempo de la retención ilegítima, sin perjuicio, de las ulteriores decisiones que sobre el fondo pudieran adoptarse y sobre cuya ejecución habría de procederse, si preciso fuera, según las reglas de cooperación judicial internacional aplicables. Los precedentes criterios conducen a la estimación del motivo. "

Por todo lo expuesto anteriormente, procede declarar que el traslado de Suiza a España llevado a cabo por el Sr. Feliciano , es ilícito, procediendo la restitución del menor a la Sra. Rafaela para su retorno al lugar de procedencia, Suiza.

**SÉPTIMO** . De conformidad con lo dispuesto en el art. 778 quinquies LEC , si se acordare la restitución o retorno del menor, en la resolución se establecerá que la persona que hubiere trasladado o retenido al menor abone las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, en línea con lo dispuesto en el art. 26 del Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 . Procede por lo tanto su imposición, am ambas instancias, y los gastos señalados, al Sr. Feliciano .

En razón a lo expuesto,

### FALLO

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Rafaela contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 5 de Pontevedra, revocando la misma y, en su lugar, declarar que el traslado de Suiza a España llevado a cabo por el Sr. Feliciano , es ilícito, procediendo la restitución inmediata del menor a la Sra. Rafaela para su retorno al lugar de procedencia, Suiza.

Todo ello con imposición al Sr. Feliciano de las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido la solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.