

Roj: **SAP AL 224/2018 - ECLI: ES:APAL:2018:224**Id Cendoj: **04013370012018100224**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Almería**Sección: **1**Fecha: **27/02/2018**Nº de Recurso: **1442/2017**Nº de Resolución: **129/2018**Procedimiento: **Civil**Ponente: **LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA 129/2018**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE:**D^a. LOURDES MOLINA ROMERO****MAGISTRADOS:****D. MANUEL ESPINOSA LABELLA****D. LAUREANO MARTÍNEZ CLEMENTE**

En la ciudad de Almería a 27 de febrero de 2018.

La **Sección Primera de esta Audiencia Provincial**, ha visto y oído en grado de apelación, **Rollo nº 1442/17**, los autos de Retorno o Restitución de Menores, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Almería, seguidos con el nº 1417/17, entre partes, de una como demandado apelante D. Damaso, representado por la Procuradora D^a. Carmen Sánchez Cruz y dirigida por la Letrada D^a. María Belén Garro Giménez y, de otra, como parte actora apelada el Abogado del Estado en representación y defensa de Estado (Autoridad Central Española). Habiendo intervenido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la Sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Almería, en los referidos autos se dictó Sentencia con fecha 2 de octubre de 2017, cuyo Fallo dispone:

"Estimo la demanda presentada por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la AUTORIDAD CENTRAL ESPAÑOLA, por solicitud del Reino Unido, a petición de D^a Sagrario, frente a D. Damaso, representado por la procuradora D^a Carmen Sánchez Cruz, y, por ello, declaro ilícito el traslado a España de Torcuato y Justino, y acuerdo la restitución de los menores a su lugar de residencia habitual en el Reino Unido. Será el padre el encargado de dicha restitución, que deberá verificar en el plazo de cinco días a contar desde la firmeza de la presente resolución, asumiendo el progenitor los gastos de dicho traslado. Las costas procesales se imponen a la parte demandada." (Sic)

TERCERO. - Contra la referida Sentencia por la representación procesal de la parte demandada, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal donde se formó el rollo correspondiente y seguido el recurso por sus trámites se señaló día para



Votación y Fallo, que tuvo lugar el 27 de febrero de 2018, solicitando en su recurso la parte apelante se dicte sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la dictada en primera instancia, en el sentido expresado en su escrito. La parte actora apelada en su escrito de oposición al recurso, solicitó que se dicte sentencia por la que se confirme íntegramente la dictada en primera instancia, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. LAUREANO MARTÍNEZ CLEMENTE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia estima en su integridad la pretensión deducida por el Abogado del Estado en representación de la Autoridad Central Española en aplicación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de Menores aprobado en La Haya el 25 de Octubre de 1.980, y ratificado por España mediante instrumento de 28 de Mayo de 1987, y el Reglamento nº **2201/2003** del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en consecuencia ordena la restitución de los menores Torcuato y Justino , de 11 y 6 años respectivamente, a su madre.

Por el padre de los menores, residente en España, se interpone recurso de apelación, a fin de que se deje sin efecto la resolución combatida y, en su lugar, se desestime la solicitud de restitución al concurrir excepciones previstas en el art. 13 del citado Convenio, puesto que la madre consintió en el traslado así como en que los menores permanezcan con el padre en España, igualmente los menores se enfrentan a un grave peligro físico y psíquico si retornan a su país de origen, ya que no están siendo protegidos por la madre y están sufriendo malos tratos. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en trámite de oposición de Recurso de Apelación, han solicitado la confirmación de la Resolución Recurrída.

SEGUNDO.- Con carácter previo el recurrente hace referencia expresa a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor, así como al art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, alude a que la sentencia objeto de recurso no tiene en cuenta el superior interés de los menores. Siendo este, el interés del menor, un principio rector en la aplicación e interpretación de las normas, no es óbice para que se aplique la normativa de rango superior, convenios internacionales y derecho comunitario, normativa, que como no puede ser de otra manera, recoge el interés del menor como principio, de ahí las excepciones, y ha sido valorado por el órgano de instancia, cuestión distinta es que el apelante no este conforme con la valoración de la Juez " a quo ", lo que no significa infringir las normas citadas.

Asimismo el escrito de apelación mantiene que estamos en presencia de una situación homologable a la custodia compartida, según la legislación británica, Ley de Menores de 1989, circunstancia que no es debidamente valorada por la Juez de Instancia. Partiendo que la Ley de Menores británica hace alusión a la patria potestad y no a la guarda y custodia, no es discutido en esta litis que ambos progenitores son titulares de la patria potestad sobre los menores, el objeto de discusión en este procedimiento no es la custodia, compartida o no, sino si la retención de los menores es ilícita o no de conformidad con el art. 3 del Convenio de la La Haya , del siguiente tenor literal: " *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 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, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado* ". Lo fundamental es determinar si se ha infringido el derecho de custodia de la madre, con independencia de si se estuviera ejerciendo conjunta o separadamente, y analizar si concurre alguna de las excepciones que impida el retorno de los menores.

TERCERO.- Sentado lo anterior, la Sala comparte las apreciaciones de la sentencia de instancia, los progenitores no tienen regulada judicialmente su situación en lo relativo a las relaciones paterno filiales, pero consta acreditado que hasta que vinieron a España el 29 de mayo de 2017 con la intención de regresar el 7 de junio siguiente, residían en el Reino Unido junto a la madre, mientras que el padre fijo su domicilio en la localidad de Turre (Almería). Por lo tanto la custodia era ejercida por la madre, por ello funda su decisión la Juez " a quo " en el art. 3.1º del Convenio, considera que la permanencia de los menores en territorio español implica infracción del derecho de custodia, puesto que si bien ambos progenitores ostentan la patria potestad sobre los menores, tiene la madre la guarda y custodia, quedando acreditado que los menores se encuentran



en España al menos desde mayo de 2017, sin que se haya probado que exista consentimiento escrito del otro progenitor ni autorización judicial. La retención solo puede ser calificada de ilícita.

La siguiente cuestión que debe ser analizada es si concurren las excepciones previstas en el art. 13 del Convenio de La Haya, la estimación de las mismas evitaría la restitución de los menores. En tal sentido se pronuncia el AAP Cádiz de 22-2-2011: " *Los órganos jurisdiccionales del estado requerido, en este caso España, solo podrán denegar la restitución del menor en base de alguna de las excepciones tasadas y recogidas expresamente en los artículos 12 y 13 del reiterado Convenio. No se trata pues en el presente procedimiento de determinar a que progenitor corresponde la custodia del menor, ni de establecer reglas respecto a esta cuestión, esa competencia la conservan los Tribunales que sean competentes de conformidad al derecho interno del estado requirente. Se trata exclusivamente de decidir si se da o no en nuestro estado eficacia directa y automática a una resolución judicial de otro de los estados firmantes una vez reconocidos los requisitos esenciales de la misma, o si por el contrario, esa eficacia automática queda diferida por concurrir a juicio de los tribunales del estado requerido alguna de las mencionada causas de oposición.* "

El art. 13 del Convenio dispone: " *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; b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.* "

CUARTO.- El recurrente sostiene que existe consentimiento de la madre para que los menores residan en España, aporta las comunicaciones que envió la madre por vía whatsapp, compartimos con la Juez de instancia que no suponen un acuerdo expreso, claro y diáfano, es un momento de tensión y delata mas bien una intención de regularizar y dar una solución al problema que se estaba produciendo sin su presencia, ella se encontraba en Inglaterra, sus hijos aquí cuando tenían que volver, la madre no se encuentra en unas circunstancias de sosiego y tranquilidad, no hay un consentimiento libre y voluntario en ese momento hacia el cambio de domicilio de sus hijos como pretende el padre. En relación a la situación de riesgo de los menores, la Juez " *a quo* " que goza del principio de inmediación examina la situación con detalle, solo recoge dos episodios de violencia, una disputa entre los hermanos y el incidente con la caña de pesca, no se cuenta con mas apoyo probatorio que la declaración del menor, no hay denuncias de la policía, servicios sociales ni parte de lesiones o cualquier otro documento que exteriorice una situación de violencia física sobre los menores. De otro lado las declaraciones del menor presentan contradicciones con su hermano. Por ultimo, la declaración del menor Torcuato que no desvirtúa lo anterior, parece que los problemas con la madre comienzan cuando ella inicia una nueva relación sentimental, sin embargo manifiesta que se lleva bien con la pareja de su madre. No podemos tachar la valoración de arbitraria o poco razonable, al contrario ha valorado el acervo probatorio y ha llegado a una conclusión que no podemos adjetivar de injustificada o inconsistente. Coincide la Sala con la Juez que no estamos ante una situación de riesgo, por los testimonios recogidos, que obligue a reconsiderar la no restitución en los términos del art. 13 del Convenio de La Haya .

En el caso que nos ocupa, queda acreditada la existencia de un traslado ilícito de los menores. Igualmente consta acreditado que no existe ningún riesgo grave de que la restitución de los menores los exponga a ningún peligro grave físico o psíquico y no ha transcurrido 1 año entre el traslado a España y la reclamación de restitución ante la autoridad Central del Estado donde se hallan los menores. Por lo que entiende la Sala que la restitución de los menores no integra la excepción a la restitución a la que se refiere el artículo 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1.980 . Todo ello, sin perjuicio de la decisión final de guarda y domicilio de los menores que deberá de ser acordada por los Tribunales británicos.

En definitiva, entendemos que la resolución apelada se ajusta adecuadamente a lo establecido en los preceptos señalados del Convenio, procediendo su confirmación, con desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Por cuanto se ha argumentado el recurso ha de sucumbir, manteniéndose, por tanto, la sentencia recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en la presente alzada, dada la total desestimación del recurso (art. 398.1 en relación con el 394.1 de la LEC).

Vistas las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada en fecha 2 de octubre de 2017, por la Ilma Sra. Magistrada-Juez del Juzgado 1ª Instancia nº 6 de Almería, en autos de Juicio



Sobre Restitución de Menores de que deriva la presente alzada, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución con imposición a la parte recurrente de las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección de la Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Illos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.