



Roj: **SAP AL 228/2018 - ECLI:ES:APAL:2018:228**

Id Cendoj: **04013370012018100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2018**

Nº de Recurso: **375/2018**

Nº de Resolución: **311/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MANUEL ESPINOSA LABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 311/18.

=====

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:

D. MANUEL ESPINOSA LABELLA.

MAGISTRADOS:

D. LAUREANO MARTINEZ CLEMENTE.

Dª. MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS.

=====

En la Ciudad de Almería a veinticinco de mayo de dos mil dieciocho.

La **Sección Primera de esta Audiencia Provincial**, ha visto en grado de apelación, **Rollo nº 375/2018**, los autos de Restitución o Retorno menores sustracción internacional procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Almería, seguidos con el nº 77/2018, entre partes, de una, como parte apelante D. Balbino, representado por el Procurador D. Juan García Torres y dirigido por la Letrada Dª. Antonia Domene Ruiz, de otra, como parte apelada Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dirigida por la Letrada del Estado y de otra como parte apelada Dª. Valentina, representada por la Procuradora Dª. María del Mar Domínguez López y dirigido por el Letrado D. Félix Rodríguez Romero.

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 31 de enero de 2018, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

" Que estimando íntegramente la demanda de Restitución del menor, interpuesta por la **ABOGACIA DEL ESTADO**, en la representación que legalmente ostenta del Ministerio de Justicia, en su calidad de Autoridad Central Española, por solicitud de cooperación jurisdiccional instada por Bélgica, a petición de Dña. Valentina, frente a D. Balbino, representado por el Procurador SR. GARCIA TORRES, con la intervención del Ministerio Fiscal, DEBO ACORDAR Y ACUERDO la restitución del menor Fabio al lugar de su residencia habitual en Bélgica con anterioridad al traslado. 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 dicho progenitor los gastos de dicho traslado.

Y todo ello, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada."



TERCERO . Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandada se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, mediante escrito en el que se solicitó se dicte sentencia por la que revoque la dictada en primera instancia, acogiendo los motivos articulados en su recurso, con imposición a la contraria de las costas del recurso.

CUARTO. El recurso deducido fue admitido, dándose traslado del mismo a las partes apeladas, que solicitaron la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- A continuación, se elevaron las actuaciones a este Tribunal donde, formado y registrado el correspondiente Rollo, se turnó de ponencia y se señaló para deliberación, votación y fallo.

SEXTO. En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL ESPINOSA LABELLA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El extenso escrito de recurso de la parte apelante se articula en varios motivos que se pueden resumir en un falta de congruencia entre lo pedido y lo resultado en sentencia, una errónea valoración de la prueba además de una falta de tutela judicial efectiva e indefensión por no admitirse determinados medios de prueba, infracción por aplicación incorrecta del Convenio de la Haya y del Reglamento **2201/2003**, en cuanto a la fijación del lugar de residencia, e infracción del mismo en cuanto a la no aplicación de los art. 12 y 13 al concurrir causa para la no devolución del menor. Finalmente se alega que se ha dictado sentencia que no ha sido notificada al recurrente y se ha infringido el derecho de la Unión Europea.

SEGUNDO.- Comenzando por la primera cuestión, se argumenta que se pidió en su escrito de demanda por la Abogacía del Estado que se procediese a la devolución del menor por mediar un traslado ilícito, cuando la sentencia viene a establecer esa obligación pero basada en una retención ilícita.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2014 , al analizar la problemática de la congruencia entre el petitum de la demanda y la Sentencia, así como su relevancia constitucional, declaró: "En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 de mayo de 2012 (núm. 294, 2012), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011). El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada, (ST de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (STS de 4 de octubre de 1993). ... Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010).

En el caso que nos ocupa es evidente que pide es un retorno del menor al amparo de normas internacionales que sancionan el que previamente se haya sustraído o retenido indebidamente a un menor, porque como dice la Letrada del Estado, el concepto de "sustracción" incluye tanto el traslado ilícito del menor como el hecho de su retención. En los hechos de la demanda se hace referencia a una retención de un menor tras su viaje a España por vacaciones y la retención del mismo es por parte del padre tras la vuelta de la madre a Bélgica, es decir que lo acordado en la sentencia resulta congruente con lo pedido por el Letrado del Estado y las referencias a traslado ilícito se entienden hechas a la previsión legal, en el Convenio de la Haya, de los conceptos de retención o traslado ilícito. En efecto en dicho Convenio, en su art. 3 se define lo que es la retención o traslado ilícito, al igual que el Reglamento comunitario **2201/2003**. El que se pida que se acuerde la devolución del menor por traslado ilícito en lugar de retención es algo superfluo puesto que en el proceso se ha practicado prueba sobre



esa retención y no un traslado ilícito, que estaba aceptado por las dos partes y fue voluntario, discrepando las partes en cuanto a si luego deberían de seguir en España o regresar a Bélgica. En resumen que ha habido una resolución congruente con lo pedido en la demanda y con los hechos que la fundamentan.

TERCERO.- Continúa el recurso argumentando sobre una posible errónea valoración de la prueba en cuanto a la causa del viaje a España y la no continuación de la estancia en este país, que según la recurrente se obvia y además se ha denegado mucha prueba sobre este particular, al no permitirse contrastar la petición de escolarización del menor por la madre en un colegio de Tabernas. Almería, además de mediar una denuncia penal del progenitor en España, todo lo cual permitiría acreditar que no se ha producido un traslado ilícito del menor en este caso y que el mismo fue voluntario.

Sin embargo pese a la extensa argumentación de la parte en este sentido, lo cierto es que se está enjuiciando una retención ilegal del menor que tenía su residencia legal en Bélgica en esa fechas, así como el resto de su familia, de modo que sin coincidencia sobre la causa del traslado, lo evidente es que la estancia en España a la fuerza del menor supone una "retención" en cuanto se exige que se consienta por los dos progenitores y uno la impone respecto del otro, lo que infringe el Convenio de la Haya y el Reglamento Comunitario, como se analiza en la sentencia recurrida cuyos razonamientos damos por reproducidos. Por otra parte debe destacarse que la residencia del menor no pudo adquirirse por el corto periodo de tiempo en que comenzó a residir en España y, como apunta el Ministerio Fiscal en su informe oponiéndose al recurso, conforme a la normativa sobre permisos de residencia de extranjeros no se habrá alcanzado esa residencia en España, según lo previsto en el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, de *Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos miembros de la Unión Europea y de otros estados parte del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo* .

Por tanto no se ha acreditado la condición de residente del menor en España y por ello el Juzgado a resuelto conforme a las previsiones en materia de residencia se hacen para estos casos en la normativa citada, en particular en cuanto a la jurisdicción que se atribuye a los Tribunales del país de residencia último de los menores.

En cuanto a la denegación de prueba si partimos de las premisas que deben ser enjuiciadas, como es el hecho de un traslado y una retención, lo admitido en primera instancia resulta acorde con el *thema decidendi*, puesto que aunque medie un acuerdo inicial de traslado, por vacaciones u otro motivo, lo cierto es que esa situación se vuelve no conforme entre los cónyuges y se produce un regreso y permanencia de uno de los hijos en contra de la voluntad del otro progenitor. Como es sabido el derecho a la prueba no es absoluto y tiene como límites el que la solicitada no tenga relación con los hechos enjuiciados, sea impertinente o inútil para enjuiciarlos. Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el derecho fundamental que el art. 24 de la Constitución reconoce y consagra no faculta para exigir la admisión judicial de cualquiera pruebas que puedan las partes proponer, sino para la solicitud y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo el juicio sobre la pertinencia de las pruebas al juzgador ordinario, el cual habrá de llevarlo a cabo de acuerdo con el carácter fundamental que a este derecho otorga la Constitución y explicitarlo por exigencia no sólo de las leyes procesales, sino de la norma constitucional (véase Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal, 40/1986) (RTC 1986\40), habiéndose señalado también en el Auto de la Sala Primera 288/1984, de 11 de julio , que el derecho a utilizar los medios de prueba no supone desapoderamiento de la potestad que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por este Tribunal en los supuestos de falta total de fundamentación o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio de prueba que haya sido propuesto o cuando tal motivación sea arbitraria o irrazonable.

El derecho a la prueba, dice la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8087) no comprende un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes están facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el «*thema decidendi*». No tenía sentido probar una residencia del menor que no podía adquirir en un par de meses ni que el mismo estuviese ya adoptado a su ambiente.

CUARTO .- La parte recurrente alega también que ha habido un error en la valoración de la prueba en cuanto a la aplicación del Convenio de la Haya y el Reglamento CE 2201/2001, en cuanto a la determinación del lugar de residencia. Se reitera aquí lo ya expuesto sobre la residencia del menor y lo que entiende la parte como tal, que se asimila a su empadronamiento, cuando lo cierto es que conforme a la normativa específica, ya referida, era imposible que el menor adquiriese una residencia por su estancia de unos meses en España, cuando esta venía determinada por su lugar de origen y residencia durante mucho tiempo, es decir Bélgica, lo que ha permitido a los Tribunales de dicho país intervenir en cuanto al régimen de custodia. Las denuncias penales a las que se hace referencia en el escrito de recurso son exponentes de las discrepancias entre los progenitores sobre la razón de su viaje y el retorno, a lo que ya nos hemos referido más arriba.



Con carácter subsidiario se pide apreciar incumplimiento del requisito de los arts. 12 y 13 del Convenio de la Haya , relativo a que se haga la reclamación de devolución del menor antes de un año. En este sentido se denuncia la imposibilidad de acreditar que el menor se encuentra integrado en la sociedad del país de acogida único caso en que no se puede acordar la restitución tras el trascurso de un año. La parte pretense así de nuevo plantear que la estancia del menor durante algo más de un año ha podido determinar su integración y que el retorno carece de sentido, cuando precisamente lo que se pretende con esta normativa es evitar que un menor sea sacado de su entorno familiar, escolar y social y llevado a un entorno diferente sin el consentimiento de sus padres, lo que ciertamente no se puede apreciar con la crudeza que sería el caso contrario, de un menor que fuese llevado desde Almería a una ciudad de un país centroeuropeo o nórdico para soportar un cambio de escolarización, idioma y de clima, radical y brusco, pero que desde la óptica de un menor nacido en dicho entorno también puede ser traumático, a lo que se suma la separación de su hermano y madre. Difícilmente se puede producir esa integración y la cita de la normativa protectora del menor debe ser tenida en cuenta para evitar estos traslados y retención, como la que motiva este litigio, en donde los intereses de los padres no pueden estar por encima de los intereses del menor. Por otra parte la integración del menor puede entenderse como posible en casos de largo periodo de tiempo, pero no en casos en que por unos meses la demanda se ha presentado fuera del plazo de un año. No existe, en consecuencia infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni de la jurisprudencia del TEDH al no denegar el retorno por una supuesta integración social del menor, habiendo se valorado en la sentencia recurrida las referidas circunstancias, criterio que mantenemos en esta alzada.

QUINTO.- Se articula el siguiente motivo de su recurso en que la sentencia dictada en Bélgica lo ha sido en rebeldía, no habiendo sido notificada, produciéndose infracción de normas del derecho de la Unión Europea y otras normas. En este caso se hace una prolija argumentación sobre la imposibilidad de conocer la sentencia del Tribunal de Flandes y de poder informar a su defendido de dicha circunstancia, de modo que se supo de dicha resolución cuando se produce la declinatoria de jurisdicción. A continuación se analiza la normativa sobre notificaciones de Tribunales en el ámbito europeo, para concluir que la esposa del recurrente debió de ocultar el verdadero domicilio de su esposo al Tribunal de Flandes, lo que sería una cuestión a acreditar ante dicho Tribunal a efectos de la eficacia de dicha resolución, pues las prevenciones que sobre la situación de rebeldía existen las normas requiere una cumplida prueba de que efectivamente se ha producido la lesión del derecho de audiencia de la parte, no justificado por las circunstancias. Habrá que esperar al resultado del recurso ante el tribunal de apelación de Gante a fin de valorar esta circunstancia, puesto que nos consta el recurso ante el mismo, si bien debemos de señalar, como apunta la Letrada del Estado, que la notificación se hizo al domicilio en que figuraba oficialmente el padre en España según el Registro nacional de extranjeros.

SEXTO .- Al desestimarse el recurso procede imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada con fecha 31 de enero de 2.018, por el Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Almería, en los autos de Restitución o Retorno Menores Sustracción Internacional de que deriva la presente alzada, debemos **de confirmar y confirmamos** la expresada resolución con imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

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

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