

Roj: **SAP AL 229/2018 - ECLI:ES:APAL:2018:229**Id Cendoj: **04013370012018100229**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Almería**Sección: **1**Fecha: **02/05/2018**Nº de Recurso: **439/2018**Nº de Resolución: **249/2018**Procedimiento: **Civil**Ponente: **LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA 249/2018**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D<sup>a</sup>. LOURDES MOLINA ROMERO

MAGISTRADOS:

D. LAUREANO MARTÍNEZ CLEMENTE

D. JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ

En la ciudad de Almería a 2 de mayo de 2018.

La **Sección Primera de esta Audiencia Provincial**, ha visto y oído en grado de apelación, **Rollo nº 439/18**, los autos de Retorno o Restitución de Menores, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Violencia Sobre la Mujer de Almería, seguidos con el nº 22/18, entre partes, de una como demandante apelante D. Ricardo, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Aliaga Monzón y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Dora Poshtakova Marinova y, de otra, como parte demandada apelada D<sup>a</sup>. Mariana, representada por el la Procuradora D<sup>a</sup>. María Dolores Martos Burgos y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. Isabel María Vázquez Martínez. 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 1 de Violencia Sobre la Mujer de Almería, en los referidos autos se dictó Sentencia con fecha 20 de febrero de 2017, cuyo Fallo dispone:

*"Se desestima íntegramente la demanda de restitución y retorno internacional del menor Jesus Miguel presentada por D. Ricardo representado por la Procuradora Dña. Ana Aliaga Monzón y asistido por la Letrada Dña. Dora Poshtakova Marinova contra DÑA. Mariana representada por la Procuradora Dña. María Dolores Martos Burgos y asistida de la Letrada Dña. Isabel María Vázquez Martínez, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y se deniega la restitución y el retorno del citado menor a Bulgaria junto con su padre." (Sic)*

**TERCERO .** - Contra la referida Sentencia por la representación procesal de la parte actora, 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 2 de mayo 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 apelada y el Ministerio Fiscal en sus escritos de oposición al recurso, solicitaron 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 de instancia no acoge la pretensión deducida por la parte actora, padre del menor Jesus Miguel , 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 acuerda no estimar la petición de restitución y retorno del menor, quien reside en España con su madre, D<sup>a</sup>. Mariana . En esencia la resolución combatida valora especialmente el interés del menor, así destaca la situación actual del Jesus Miguel , integrado en España desde hace dos años, escolarizado y su preferencia expresada en la exploración practicada, alude a la doctrina que se recoge en la STC nº 16/2016 de 1 de febrero de 2016 y la STEDH de 6 de julio de 2010, asunto Neulinger y Shuruk .

Por el padre del menor, residente en Bulgaria, se interpone recurso de apelación, a fin de que se deje sin efecto la resolución combatida y, en su lugar, se estime la solicitud de restitución y retorno al concurrir error en la apreciación y valoración de la prueba e infracción de normas y garantías procesales, no aplicación de la Sentencia firme del Juzgado de Distrito DIRECCION000 de 14 de febrero de 2017 y el art. 11.8 del Reglamento 2201/03 del Consejo . La demandada y el Ministerio Fiscal, en trámite de oposición de Recurso de Apelación, han solicitado la confirmación de la Resolución Recurrída.

Con carácter previo el recurrente hace referencia expresa a que la sentencia no tiene en cuenta la primacía de la normativa europea sobre la normativa nacional. Pues bien, el interés del menor es 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 (art. 13 del Convenio), 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.

**SEGUNDO.-** Para el examen de las cuestiones que se formulan en la alzada conviene destacar los siguientes datos debidamente acreditados, recogidos, además en la sentencia, la relación entre Ricardo e Mariana se inicia en Bulgaria donde nació su hijo Jesus Miguel el NUM000 de 2010, en julio de 2012 se viene a vivir a España. La ruptura de la pareja se produce a principios de año 2013, residiendo la familia en España, tras la ruptura el menor se queda con su madre en España mientras su padre se traslada a residir a Bulgaria. Posteriormente durante las vacaciones de verano de 2014 la madre y el menor se trasladan a Bulgaria, es entonces cuando el padre de éste le retiene durante una visita según la madre, o ésta se lo deja voluntariamente según el padre, y se niega a devolver al menor que se queda a residir en Bulgaria con su padre desde octubre de 2014 hasta el 1 de agosto de 2.016, mientras se tramita por parte de la madre la denuncia por sustracción internacional que plantea el 6 de noviembre de 2014, siendo reintegrado el menor a su madre en ejecución de la Sentencia de 4 de Abril de 2.015 del Juzgado Urbano de DIRECCION001 confirmada por Sentencia del Tribunal apelativo de DIRECCION001 en aplicación del Convenio de la Haya. El menor fue entregado a su madre el 1 de Agosto de 2016 residiendo en España desde su devolución hasta la actualidad. Por lo tanto el menor estuvo residiendo con su padre desde el mes de Octubre de 2.014 hasta agosto de 2.016 en Bulgaria. Por Auto Tribunal Regional de DIRECCION002 17 de Octubre 2.014 se declara la falta de jurisdicción internacional para el conocimiento del procedimiento de guarda y custodia del menor que, según se dice en la citada resolución, tiene residencia habitual en España, siendo confirmado por Auto del Juzgado Provincial de 21 de enero de 2.015. Por Auto de Juzgado 1ª Instancia e Instrucción 3 de El Ejido de fecha 8 de Abril de 2.015 , se acuerda provisionalmente, entre otras medidas provisionales, que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre. La citada resolución se encuentra vigente según consta en Diligencia en el presente procedimiento. Antes de la entrega en cumplimiento del Auto de 21 de enero de 2015, el padre interpuso demanda en Bulgaria, Tribunal Regional de DIRECCION002 solicitando la guarda y custodia, petición que fue denegada por resolución de 12 de agosto de 2016, procedimiento nº 198/20156, recurrida por el padre se ha dictado Sentencia firme de 14 de febrero de 2.017 por el Juzgado del Distrito de DIRECCION000 en la que se atribuye la guarda y custodia del menor a su padre. En base a la anterior resolución que atribuye la guarda y custodia al padre, el 5 de junio



de 2.017 presenta el mismo la demanda que da inicio al presente procedimiento solicitando la restitución internacional y el retorno del menor junto a su padre.

**TERCERO.-** Sentado lo anterior, el objeto de discusión en este procedimiento no es la custodia, sino si la retención del menor 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 .* ".

Siguiendo lo dispuesto en 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. 12 del Convenio establece: " *Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, 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 período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún 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 ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud del menor. "* , y 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.-** Pues bien, para la resolución del presente recurso, se tiene el cuenta el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1.980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en relación con el artículo 11 del Reglamento del Consejo **2201/2003**, de 27 de noviembre . Establece el artículo 4 del primer texto legal que: " *El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita . El convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años "* . Es por lo tanto un dato esencial para aplicar el Convenio de La Haya, y para acordar la consecuencia jurídica pretendida por el demandante, el que el menor tuviera su residencia habitual en Bulgaria antes de ser trasladado o retenido en España. Es un hecho no discutido que el menor tiene residencia habitual en España desde 1 de agosto de 2016, fecha en que fue entregado a la madre por orden las propias autoridades judiciales búlgaras. A mayor abundamiento, ya tenía concedida la madre la guarda y custodia por el Juzgado 1ª Instancia e Instrucción 3 de El Ejido de fecha 8 de Abril de 2015 . Lo expuesto bastaría para rechazar la petición de restitución inmediata, la residencia habitual del menor es España.

Pero es que además, el tribunal que conoció de la guarda y custodia en virtud de demanda del padre ya era incompetente por mor del art. 16 del Convenio, al disponer: " *Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante adonde 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 período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio. "* . Cuando el padre articulo la demanda debió comunicar al Tribunal de Bulgaria la circunstancia de que el menor estaba, en ese momento,



siendo retenido ilícitamente por el padre en Bulgaria. Igualmente habrá que colegir que en la actualidad existen dos resoluciones contradictorias sobre la guarda y custodia, una de un Juzgado de España que la atribuye a la madre y otra, la que se pretende hacer valer en estos autos, dictada por un Tribunal búlgaro, lo cual excede del objeto de esta litis limitada a declarar la ilicitud o no de la retención o si esta existe. Por último y no menos importante, hay que valorar el interés superior del menor, que especialmente se ha tenido en cuenta por la Juez "a quo", habiendo sido explorado. Así lleva dos años escolarizado en España, con relaciones de amistad e integrado en su centro escolar, manifestando la voluntad de seguir en España, elementos que aconsejarían en todo caso no acceder a la petición del actor. Todo ello, sin perjuicio de la decisión final de guarda y domicilio del menor que deberá de ser acordada por el Tribunal que corresponda.

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.

**QUINTO.-** Por cuanto se ha argumentado el recurso ha de sucumbir, manteniéndose, por tanto, la sentencia recurrida. De conformidad con el art. 778 quinquies 10 de la LEC, teniendo en cuenta el objeto del recurso, y el hecho de no detectarse mala fe o temeridad en la interposición del recurso de apelación, llevan al Tribunal a declarar que no procede hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

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 20 de febrero de 2018, por la Ilma Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Almería, en autos de Juicio Sobre Restitución de Menores de que deriva la presente alzada, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución, sin hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

Devuélvase 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 Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.