



Roj: **SAP MU 1395/2018 - ECLI:ES:APMU:2018:1395**

Id Cendoj: **30030370042018100398**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **371/2018**

Nº de Resolución: **348/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS MORENO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00348/2018

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: 002

N.I.G. 30030 42 1 2017 0016345

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000371 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de MURCIA

Procedimiento de origen: SIM SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0001417 /2017

Recurrente: Valentina

Procurador: ANA BERNABE MUÑOZ

Abogado: LORENZO MANUEL PEÑAS ROLDAN

Recurrido: Sabino , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA DEL AMOR HERMOSO DELGADO VIDAL,

Abogado: SERGIO MARCO PEREZ,

Rollo Apelación Civil nº: 371/18

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán

Presidente

Don Juan Martínez Pérez

Don Francisco José Carrillo Vinader

Magistrados

SENTENCIA Nº 348

En la ciudad de Murcia, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.



Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de Procedimiento de sustracción internacional de menores que con el número 1417/17 se han tramitado en el Juzgado Civil nº 9 (Familia) de Murcia entre las partes, como actora y apelada, Don Sabino , representado por la Procuradora Sra. Delgado Vidal y dirigido por el Letrado Sr. Marco Pérez; y como parte demandada y apelante, Doña Valentina , representada por la Procuradora Sra. Bernabé Muñoz y dirigida por el Letrado Sr. Peñas Roldán. Es parte el Ministerio Fiscal y ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Moreno Millán que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha * cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: **FALLO:** " *QUE ESTIMANDO la demanda formulada por D. Sabino representado por el Procurador Sra María del Amor Delgado Vidal y con la asistencia del Letrado Sr Sergio Marco Pérez y de otra, como demandada, Dña Valentina , representada por el Procurador Sra Ana Bernabé Muñoz y con la asistencia letrada de la Sra María Mercedes Corvalan Álvarez en sustitución de su compañero Sr Lorenzo Peñas Roldan , siendo parte el MINISTERIO FISCAL , en el ejercicio de los derechos públicos que le son propios, se ACUERDA LA RESTITUCION O RETORNO de la menor Carina junto con su madre a su lugar de procedencia o vivienda establecida como de la menor en el divorcio junto con su madre Dña Valentina , sita en pueblo DIRECCION000 , comuna DIRECCION000 , CALLE000 número NUM000 (no NUM001) distrito DIRECCION001 y ello en el plazo de TRES días a contar desde la firmeza de la presente resolución y ello a los efectos de que su padre pueda llevar a cabo el cumplimiento de las funciones que tiene atribuidas respecto de la menor en virtud del convenio regulador del divorcio (documento nº 4 de la demanda) recogido en el Certificado de divorcio (Doc nº 5 de la demanda).*

En cuanto a las costas se imponen a la parte demandada Dña Valentina conforme al artículo 778 quinques 10ª.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada que lo basó en nulidad de actuaciones por infracción de normas y garantías procesales y subsidiariamente en infracción de los artículos 3 y 13 del Convenio de la Haya de 1980 y en falta de motivación.

Se dio traslado a la otra parte que se opuso al recurso. Ambas partes aportaron documentos y la recurrente la práctica de la prueba.

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 371/18. Por auto de fecha 8 mayo 2018 se estimó en parte la prueba y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 23 mayo 2018.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima en su integridad la acción ejercitada por Don Sabino al amparo del Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 sobre sustracción internacional de menores, contra la demandada Doña Valentina , tendente a que se declare la restitución de la menor Carina de 4 años de edad hija de los litigantes, a su país de origen Rumanía, por considerar que ha sido retenida ilícitamente en España por su madre.

La sentencia de instancia estima la demanda en su integridad. Declara por un lado que con fecha 7 marzo 2016 se acordó en Rumanía el divorcio de ambas partes, quedando la hija menor Carina bajo la guarda y custodia de su madre y el hijo menor Cristobal bajo la custodia de su padre y fijando como domicilio de los menores la población de DIRECCION000 (Rumanía).

Por decisión judicial se autorizó a la madre su traslado con la hija menor a España, por un período de un mes, en concreto desde el día 16 junio 2017 hasta el 16 julio 2017, sin que una vez transcurrido regresara a Rumanía. La sentencia por otro lado, tras la valoración de las pruebas practicadas, declara acreditada, conforme al mencionado Convenio de la Haya, la retención ilícita de la menor por su madre, y acuerda su restitución a Rumanía.

La mencionada parte demandada muestra su disconformidad con el referido pronunciamiento judicial e interesa su revocación y el dictado de una nueva sentencia que, por un lado, declare la nulidad de lo actuado por infracción de normas y garantías procesales generadoras de indefensión relativas a la práctica de la prueba consistente en el cotejo de la grabación de vídeo y audio aportado el día de la vista y que no fue practicada no habiendo sido inadmitida por el Juzgador. Con carácter subsidiario, se alega: i) la infracción de las normas sobre la prueba al amparo del artículo 24 de la Constitución y artículo 281 LEC , por la inadmisión de la prueba



de exploración de la menor a practicar por el correspondiente equipo psicológico forense; ii) infracción del artículo 3 del Convenio de la Haya y del artículo 2 apartado 11 del Reglamento **2201/2003** ; iii) infracción del artículo 13 del Convenio de la Haya y de la jurisprudencia sobre el superior interés del menor en conexión con la Ley Orgánica de Protección del Menor y con la Convención sobre los derechos del niño; iv) Insuficiente motivación de la sentencia.

SEGUNDO.- Concretadas en los indicados términos las distintas cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en las pretensiones que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

El primer motivo de apelación pretende la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir del acto de la vista en la instancia con retroacción de las actuaciones a dicho momento procesal por infracción de normas y garantías procesales relativas a la prueba que han generado efectiva indefensión a dicha parte. Se refiere en concreto a la no práctica de la prueba del cotejo de la grabación de vídeo y audio aportado por la demandada y que según alega, el Juzgador no declaró su inadmisión.

Como hemos señalado, tal pretensión anulatoria no puede encontrar acogida por este Tribunal.

Hemos de tener en cuenta que la desestimación de la prueba en la instancia, no genera indefensión para las partes, ni su inadmisión es determinante de nulidad. Y ello por cuanto las partes gozan de la facultad de reiterar en esta apelación, como en efecto así ha realizado la parte recurrente, aquella prueba inadmitida o denegada en la instancia, siempre que dicha propuesta probatoria se ajuste a las exigencias legales previstas en el artículo 460 LEC y a la disciplina legal establecida por el Tribunal Constitucional en los términos que mencionamos en la resolución desestimatoria de la solicitud de prueba en esta segunda instancia. Además, hemos de valorar que el derecho a la prueba no es un derecho absoluto, sino condicionado a esos presupuestos de prueba "diligente", "pertinente" y "relevante" a los que hacíamos mención en la referida resolución judicial.

Además, hemos de valorar la facultad revisora de la prueba practicada en la instancia que compete a este Tribunal en el ámbito del recurso de apelación. Y aún en mayor medida teniendo en cuenta que en el ejercicio de tal función el Tribunal puede completar en su caso cualquier deficiencia probatoria o valorar otra prueba omitida por la sentencia de instancia.

Por lo expuesto, procede la desestimación de este primer motivo de apelación.

Entendemos que estos mismos argumentos resultarían aplicables al siguiente motivo de recurso relativo a la alegada infracción de las normas sobre la prueba con respecto a la inadmisión en la instancia de la prueba de exploración de la menor. Téngase en cuenta, que en este caso la parte recurrente se muestra imprecisa, ya que se limita sólo a denunciar la citada infracción procesal, pero en cambio no solicita la nulidad de actuaciones, como en el caso precedente. Si a través de este motivo de apelación pretende la solicitud de la práctica de esa prueba en esta segunda instancia, entendemos que la citada denuncia procesal articulada como motivo de apelación resultaría innecesaria, lo procedente procesalmente consistiría en la petición expresa del recibimiento a prueba, como en efecto ha realizado en el número 2 del Otrosí tercero del recurso resolviendo este Tribunal en el auto dictado al respecto con fecha 8 mayo 2018 .

Procede su desestimación.

TERCERO.- En idéntico sentido desestimatorio debemos pronunciarnos en relación con el motivo de recurso referido a la insuficiente motivación de la sentencia. Dicha parte fundamenta tal pretensión en que la sentencia de instancia no contiene pronunciamiento alguno sobre la influencia que sobre la menor puedan tener las alegaciones opuestas por dicha parte y en concreto sobre los motivos de revocación de la orden de protección acordada por el Tribunal rumano.

Este Tribunal, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, ha manifestado en precedentes sentencias que la " *...exigencia de motivación no puede entenderse como la necesidad de una respuesta exhaustiva a todos los argumentos empleados por las partes. No es un requisito cuantitativo, sino cualitativo. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el requisito de motivación de las sentencias no impone que la resolución ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni un determinado alcance o entidad en el razonamiento empleado, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada; para cumplir con este requisito basta que la argumentación vertida, con independencia de su parquedad o concentración, cumpla la doble finalidad de exteriorizar el motivo de la decisión, su ratio decidendi, excluyente en un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, y que permita su eventual revisión jurisdiccional a través del efectivo ejercicio de los recursos establecidos (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 25/1990 de 19 de Febrero)*".



En este caso entendemos que los argumentos contenidos en la sentencia apelada se revelan suficientes en orden a justificar la correcta motivación de la misma, y por tanto para fundamentar de forma jurídicamente acertada la decisión final obtenida que declara la ilicitud de la retención de la menor por su madre y la procedencia de su restitución a su país de origen. La sentencia en sus argumentaciones también habría valorado los motivos de oposición planteados en su día por la parte demandada y en concreto también los que ahora menciona como omitidos. Téngase en cuenta, además, como hemos manifestado en precedentes sentencias, así en la de 21 diciembre 2017, que la facultad revisora de la prueba que en esta fase de apelación compete al Tribunal, se extiende también a completar en su caso cualquier deficiencia probatoria o a valorar otra u otras pruebas omitidas por la sentencia de instancia.

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

CUARTO.- También hemos de desestimar los demás motivos de apelación formulados referidos a la infracción de los artículos 3 del Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 y artículo 2 apartado 11 del Reglamento **2201/2003** así como la doctrina sobre el superior interés del menor en conexión con la Ley Orgánica de Protección del Menor y con la Convención sobre los derechos del niño.

Se alega en el recurso que para la aplicación del Convenio de la Haya y en concreto para determinar la existencia o no de traslado y retención ilícita de un menor, se requiere que el progenitor que solicita su restitución sea titular separada o conjuntamente del derecho sobre el cuidado del menor. Manifiesta la parte recurrente que en este caso la Sra. Valentina es quien tiene atribuida la guarda y custodia de la hija, por lo que no podría entenderse que con su conducta haya incurrido en esa retención o traslado ilícito que la sentencia de instancia declara.

Este Tribunal no comparte tal planteamiento.

El artículo 3 del Convenio de la Haya establece que tendrá tal consideración de traslado o retención ilícita a) *"cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el 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"*, se añade que el derecho de custodia mencionado en el apartado a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

El artículo 2, apartado 11) del Reglamento **2201/2003** entiende por traslado o retención ilícita... *"cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor"*.

En este caso, la decisión judicial ahora impugnada declarando la existencia del traslado y retención ilícita de la menor Carina, responde correctamente a la normativa mencionada. Téngase en cuenta que en efecto el Sr. Sabino, contrariamente a lo manifestado en el recurso, goza de plena legitimación para el ejercicio de la acción entablada. Y ello porque el hecho de que sea la madre de la menor quien tenga atribuida en exclusiva la custodia de la hija, no constituye óbice alguno al respecto, por cuanto el Sr. Sabino conserva la patria potestad sobre su hija, al no constar que haya sido suspendido en su ejercicio ni privado de la misma. Precisamente la sentencia de este Tribunal de 10 julio 2016 que la recurrente alega como fundamento de su pretensión, se pronuncia favorable a la existencia de traslado y retención ilícita porque el padre del menor que solicita el amparo del Convenio de la Haya, ostenta conjuntamente con la recurrente la patria potestad del menor, como efectivamente acontece en este caso.

Procede por lo expuesto la desestimación de la pretendida infracción del artículo 3 del Convenio de la Haya y artículo 2 apartado 11 del Reglamento **2201/2003**.

QUINTO.- Finalmente, también debemos desestimar el último motivo de apelación planteado relativo a la infracción del artículo 13 del Convenio de la Haya. Se alega la concurrencia de algunas de las causas de oposición a la ilicitud de traslado que menciona el citado precepto, en concreto se hace referencia a la violencia física y verbal ejercitada por el Sr. Sabino contra la recurrente. Como fundamento de tal pretensión se aportan determinados documentos referidos a un procedimiento judicial tramitado en Rumanía que, según



alega la recurrente, contiene referencias explícitas sobre ese maltrato producido constante el matrimonio y con posterioridad.

Sin embargo, entiende este Tribunal que tal motivo de recurso no puede encontrar acogida en esta apelación.

El artículo 13 del Convenio de la Haya establece: *"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; o

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.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones".

En este caso y conforme a lo alegado en el recurso, la parte recurrente plantea el motivo de oposición previsto en el apartado b) de dicho precepto. Es decir... *" 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".*

Sin embargo, la parte recurrente a quien incumbe la carga de la prueba, no ha conseguido acreditar, como así le exige el citado artículo 13, la realidad de ese riesgo grave físico o psíquico para la menor. En efecto, los documentos judiciales aportados refieren la existencia de un evidente conflicto personal entre uno y otro progenitor con recíprocas imputaciones y reproches, pero en modo alguno esos datos permiten fundamentar con éxito que esa situación sea determinante de que el retorno de la menor a Rumanía la exponga a un peligro grave físico o psíquico. Obsérvese que ninguna prueba se ha aportado que permita al menos presumir de manera fundada ese grave riesgo para la menor. Téngase en cuenta además, como así consta acreditado y no cuestionado por la recurrente, que aquella inicial orden de protección acordada en dicho asunto en favor de la Sra. Valentina , quedó después sin efecto. Y si bien, como se dice en el recurso, ello no supone la negación de los hechos denunciados, sí permite en cambio deducir la existencia de indicios acerca de la ausencia de un peligro real para la víctima, así como el efectivo cumplimiento por el denunciado de dicha orden de protección. Consta asimismo acreditado que ese traslado de la menor con su madre, declarado ilícito, respondía a que el actual marido o compañero de la Sra. Valentina reside en España y, no por el contrario, a una decisión forzada de la Sra. Valentina de salvaguardar el superior interés de la menor, ante un posible riesgo grave para su integridad física o psíquica, derivado de ese conflicto reiterado entre ambos progenitores, o de una probada conducta agresiva del progenitor paterno, que según declaró la Sra. Valentina en el acto del juicio, nunca se había producido.

Cabe añadir finalmente, que las recíprocas denuncias posteriores en España en modo alguno alcanzan a desvirtuar lo ya manifestado. En todo caso, es un episodio más derivado de la conflictividad personal existente, que se revelan ineficaces para fundamentar, como pretende, sin éxito, la parte recurrente, la estimación de la excepción prevista en el artículo 13 del Convenio a la restitución de la menor.

Procede, en consecuencia, la desestimación de este motivo de apelación y por tanto también la desestimación del presente recurso.

SEXTO.- Dicha desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada (artículo 398 LEC).

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Bernabé Núñez en representación de Doña Valentina contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 9 (Familia) de Murcia en el Procedimiento de sustracción internacional de menores nº 1417/17, debemos **CONFIRMAR íntegramente** la misma, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al ser desestimado el recurso, debiéndose dar al mismo el destino legal pertinente.



Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1 , 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOS