



Roj: **SAP CA 1423/2018 - ECLI:ES:APCA:2018:1423**

Id Cendoj: **11012370052018100532**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **18/10/2018**

Nº de Recurso: **1380/2018**

Nº de Resolución: **565/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS ERCILLA LABARTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz

C/Cuesta de las Calesas s/n

Tlf.: 956 90 22 44 - 47. Fax: 956245271

N.I.G. 1101242C20170011500

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 1380/2018

Asunto: 501396/2018

Autos de: Restituc. o retorno menores sustrac. internacional 247/2018

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº1 DE CADIZ

Negociado: JR

Apelante: Agueda

Procurador: MARIA DE LOS SANTOS ROMERO PEREZ

Abogado: PILAR CUARTERO DOMINGUEZ

Apelado: MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO FISCAL

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA nº: 565 / 2018

Presidente Ilmo Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos Sres.

Don Angel Sanabria Parejo

Don Ramón Romero Navarro

Juzgado de Primera Instancia nº 1 Cádiz

Sustracción Internacional de Menores nº 247/18

Rollo de Apelación núm 1380

Año: 2018

En la ciudad de Cádiz a día 18 de Octubre del 2018



Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio sobre Sustracción Internacional de Menores, en el que figura como parte apelante D^a. Agueda , representada por la Procuradora Sra. M^a de los Santos Romero Pérez, asistida por la Abogada Sra. Pilar Cuartero Domínguez, y parte apelada el MINSITERIO DE JUSTICIA, representado por la Abogacía del Estado; habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL; actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Carlos Ercilla Labarta.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.-

1º.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Cádiz, se dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2018 cuyo fallo literalmente transcrito dice: "*Que estimando la demanda interpuesta por la Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Justicia, debo declarar y declaro la sustracción ilícita internacional de los menores Felisa y Ruperto , por parte de su madre D^a Agueda , y acordando el retorno de los menores al Estado donde estuviera su residencia habitual; todo ello con imposición de las costas del presente procedimiento a D^a Agueda ,*"

2º.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D^a. Agueda se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido a trámite por el Juez "a quo" remitiendo las actuaciones a esta Audiencia Provincial, dándose traslado del referido escrito de apelación a la parte contraria por término legal para que pudiera formular escrito de oposición o impugnación, el cual una vez presentado fue unido a autos.

3º.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose admitido la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para votación y fallo, tras lo cual se hizo entrega al Ilmo. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

1º.- Se impugna en esta alzada la sentencia de instancia, en cuanto acuerda declarar la sustracción ilícita internacional de los menores Felisa y Ruperto , por parte de su madre D^a Agueda , acordando el retorno de los menores al lugar de su residencia habitual. Es de aplicación el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, en el que 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 por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.". A efectos de determinar el contexto de actuación o aplicación, indica en su art 3 que "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 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. El derecho de custodia mencionado en 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.", precisando que (art 5) "A los efectos del presente Convenio: a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual". En cuanto a los hechos objeto del presente procedimiento, consta que D^a Agueda y D. Luis Francisco son los padres de los menores Felisa y Ruperto , nacidos el NUM000 de 2014 y NUM001 de 2016, respectivamente, encontrándose el domicilio habitual de la unidad familiar, en la ciudad de Coimbra, República de Portugal. Aparece que julio de 2017 se produjo la separación de los progenitores si bien la misma no se formalizó, ni se realizó acuerdo concreto alguno, hasta que en un determinado momento, en fecha 13 de septiembre de 2017, la madre no permitió que los menores fuesen a dormir a casa de su padre, y posteriormente el padre tuvo conocimiento que la madre se había trasladado con los menores a España, a la localidad de Conil de la Frontera (Cádiz). El padre inició un procedimiento de guardia y custodia en Portugal, presentando solicitud de restitución de menores con fecha 21 de septiembre de 2017. En relación a lo anterior es preciso determinar si se ha producido una salida o traslado ilícito de los menores desde su domicilio en Portugal a España, lo cual conforme al art 3 citado se produce cuando se realice 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 el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y 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. Asimismo el artículo 2, apartado 11) b), del Reglamento (CE) **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, entiende que existe traslado retención ilícitos de un menor cuando "este derecho se ejercía, en el momento del traslado de la 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.". De hecho, en el presente supuesto existe una unión de hecho entre los padres, de cuya relación nacieron los hijos, produciéndose una separación de hecho de los mismos, pero sin que exista una atribución específica a ninguno de los padres de la guarda y custodia, por lo que debe acudir a las normas generales, que son las contenidas en el Código Civil Portugués en sus art. 1902 y siguientes, en los cuales se hace referencia a que los padres son los que, por regla general, ostentan y ejercen la patria potestad sobre sus hijos, y caso de separación, habrá que estar al acuerdo entre los padres, aprobado judicialmente, o a lo que se resuelva por el juez, por lo cual y en el presente supuesto, no existiendo acuerdo alguno, al menos acreditado, ni resolución judicial atribuyendo la patria potestad o la guarda y custodia en exclusiva a la madre, ésta no puede adoptar en perjuicio del otro progenitor una decisión unilateral tan seria e importante como la salida del país donde viven esos menores, apartándolos del padre, pues tratándose de cuestiones de especial trascendencia, habrá que estar al acuerdo entre ambos o caso de desacuerdo deberá acudir al juez que autorizará o no tal circunstancia. En su consecuencia debe entenderse que existe ese traslado y retención ilícito de los menores, con infracción de un derecho de custodia, por lo que en principio procede acordar conforme a lo solicitado, el retorno de los menores al lugar de su residencia habitual.

2º.- No obstante, antes de resolver, y frente a la alegación de la apelante acerca del peligro que tal retorno supone a los menores, es preciso examinar la concurrencia del mismo, y a este respecto el artículo 13 del citado Convenio de La Haya establece que "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 físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.". En cuanto al primero de los puntos, debe remitirse la Sala a lo indicado anteriormente en relación a que no consta la atribución o del ejercicio del derecho de custodia en exclusiva a la madre, sino por el contrario y a falta de determinación el mismo corresponde y ha sido ejercitado por ambos, sin que conste que el padre haya consentido en dicho traslado, y en cuanto al segundo punto, el relativo a "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", el mismo no consta acreditado de forma suficiente, pues el hecho de que estuviese el padre tratado por problemas psiquiátricos en el 2016, no es por sí y a falta de otra determinación más clara elemento suficiente como para estimar la existencia de ese riesgo grave, debiendo tener en cuenta que la gravedad no es inmediata, ni las enfermedades por sí mismas constituyen riesgo inminente, en particular cuando se encuentran tratadas o en tratamiento, debiendo tener en cuenta también en orden a las medidas de relación del padre para con los hijos, que será el tribunal de Portugal quien a la vista de todas las circunstancias concurrentes decida en relación al sistema de visitas, estancias, guarda y custodia de conformidad con la totalidad de elementos concurrentes, pero en el actual momento procesal, y ante la situación de hecho creada por la madre, debe la Sala de estimar la solicitud formulada, y en su consecuencia y desestimando el recurso de apelación interpuesto, es procedente la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a. Agueda contra la sentencia dictada por el Il^{mo}. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Cádiz en los autos de que este rollo trae causa, **debemos confirmar y confirmamos** íntegramente la misma, todo ello con imposición al apelante de las costas de esta alzada, acordando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes y con certificación de la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia para la ejecución de lo resuelto.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ