



Roj: **SAP BI 3495/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:3495**

Id Cendoj: **48020370042019101644**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **28/11/2019**

Nº de Recurso: **2188/2019**

Nº de Resolución: **2045/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS REYES CASTRESANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA**

**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN ATALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

**TEL.:** 94-4016665 **Fax/ Faxes:** 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-19/026698

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2019/0026698

**Recurso apelación familia LEC 2000 / Familia; apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 2188/2019 - E**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera Instancia nº 6 (Familia) de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 6 zk.ko Epaitegia (Familia)

Autos de Restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional 736/2019 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Magdalena

Procurador/a/ Prokuradorea:MARTA PASCUAL MIRAVALLS

Abogado/a / Abokatua: ELENA ECHANIZ BARTUREN

Recurrido/a / Errekurritua: MINISTERIO FISCAL BARROETA y Jesús María

Procurador/a / Prokuradorea: GARIKOITZ ALDAMA LOPEZ

Abogado/a/ Abokatua: EKAITZ LOROÑO MARTINEZ

**SENTENCIA N.º 2045/2019**

ILMOS. SRES./

D.ª REYES CASTRESANA GARCIA

D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

D. EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional 736/2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 (Familia) de Bilbao, a instancia de D.ª. Magdalena , apelante - demandada, representada por la procuradora D.ª MARTA PASCUAL MIRAVALLS y defendida por la letrada D.ª ELENA ECHANIZ BARTUREN, contra D. Jesús María , apelado - demandante, representado por el procurador D. GARIKOITZ ALDAMA LOPEZ y defendido por el letrado D. EKAITZ LOROÑO MARTINEZ, y el MINISTERIO FISCAL; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28 de octubre de 2019.



Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Fallo de la sentencia de fecha 28 de octubre de 2019 es del tenor literal siguiente:

### "FALLO

1.- ESTIMO la solicitud presentada por el Abogado del Estado, en representación de la Autoridad Central Española y ACUERDO LA RESTITUCIÓN del menor Adolfo a su padre don Jesús María y su traslado a su lugar de residencia en Alemania que se llevará a cabo inmediatamente mediante su entrega al padre.

2.- Se hace expresa imposición a doña Magdalena de las costas de este procedimiento, debiendo asimismo abonar los gastos en que haya incurrido el solicitante así como los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor a Alemania."

**SEGUNDO.**-Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la **demandada** se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº **2188/19 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

**TERCERO.**-Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la votación y fallo.

**CUARTO.**-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D<sup>a</sup> REYES CASTRESANA GARCÍA**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-Planteamiento:**

1.- El presente expediente se sigue a instancias de la Abogacía del Estado y trata de restituir al menor Adolfo a Alemania, bajo la guarda y custodia de su padre D. Jesús María , atendiendo a que el menor ha sido trasladado a España por su madre Dña. Magdalena .

La sentencia recurrida estima la solicitud presentada por el Abogado del Estado y acuerda la restitución del menor Adolfo a su padre D. Jesús María y su traslado a su lugar de residencia en Alemania.

Es de aplicación, en el ámbito comunitario en que se solicita a España la restitución del menor a Alemania, el 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 en cuanto a los motivos de oposición a la restitución del menor los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores.

Tal y como ha recogido con detalle la resolución de primera instancia: (1) El menor Adolfo , hijo de D. Jesús María y Dña. Magdalena , de **nacionalidad** alemana y brasileña, respectivamente, nació en DIRECCION000 (Alemania) el NUM000 de 2017, residiendo hasta el momento de la sustracción en el domicilio del padre en el municipio de DIRECCION001 (Alemania), habiendo estado escolarizado en guardería infantil en Alemania entre el 15 de enero y el 14 de junio de 2019; (2) Por Auto de fecha 15 de diciembre de 2017 el Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 (Alemania) atribuyó al padre D. Jesús María el derecho a determinar de manera exclusiva el lugar de residencia del menor; y, (3) El 22 de junio de 2019 la madre Dña. Magdalena viajó con el menor a España, comprometiéndose a retornar a Alemania con el menor el 23 de julio de 2019, pero por whatsapp de 18 de julio de 2019 comunicó al padre su voluntad de no retornar al menor a Alemania, constando que desde entonces viene residiendo el menor con su madre en DIRECCION002 (Bizkaia)

La resolución apelada sostiene que nos encontramos ante un supuesto de traslado o retención ilícito de menores del apartado 11 del art. 2 del Reglamento 2201/2003, sin que los motivos de oposición vertidos por la Sra. Magdalena se encuadren dentro de los previstos en los arts. 12 y 13 del Convenio de la Haya: (1) El primer motivo de oposición a la restitución inmediata, basado en que concurre el consentimiento del padre, no se admite, porque, si bien no se discute que el traslado del menor el 22 de junio de 2019 a España se realizó con el consentimiento del padre, se ha acreditado que la fecha de regreso a Alemania estaba prevista para el 23 de julio de 2019, según los impresos de reservas y localizadores de billetes de ida y vuelta tanto de la madre como del menor, por lo que la madre con ocasión del viaje a España no ha retornado al menor a Alemania en la fecha prevista, por lo que la retención del menor en España desde el 23 de julio de 2019 es ilícita. (2) El segundo



motivo de oposición, centrado en que la autorización materna concedida al padre para tomar decisiones en todo lo concerniente al menor, como se acuerda en el Auto de 15 de diciembre de 2017, lo fue en situación de vulnerabilidad por su delicado estado de salud como desconocimiento del idioma y por sentirse amenazada y manipulada por el Sr. Jesús María, es rechazado porque no está previsto como causa de oposición, debiendo ser las autoridades alemanas competentes las que resuelvan las medidas oportunas en relación a la guarda y custodia de los menores.

2.- Frente a la misma se ha interpuesto recurso de apelación por la madre Dña. Magdalena, quien vuelve a reiterar, como excepciones al retorno del menor, el que la autorización que concedió en sede judicial alemán para que todo lo concerniente a su hijo Adolfo fuese responsabilidad del padre, fue firmada en situación de especial vulnerabilidad tanto por su estado de salud como desconocimiento del idioma, aparte de sentirse amenazada y manipulada, habiendo iniciado un procedimiento de modificación de medidas respecto al menor Adolfo para solicitar la custodia, poniendo de manifestó los malos tratos continuados de los que fue objeto por parte del Sr. Jesús María durante la convivencia en Alemana. Sostiene así, como motivo de oposición vertido por primera vez en su recurso de apelación, la existencia de un grave riesgo de que se exponga al menor a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en situación intolerable. Termina alegando que el menor está en España desde el pasado julio de 2019 con total consentimiento de su padre y en todo momento la Sra. Magdalena ha informado de la situación del menor, estando plenamente integrado en España, escolarizado en el colegio DIRECCION003 y teniendo tarjeta sanitaria de Osakidetza.

3.- El padre D. Jesús María se opone al recurso de apelación formulado de contrario, al sostener que no consta ninguno de los motivos de oposición del Convenio de la Haya que contempla el art. 13, debiendo inadmitirse el supuesto peligro físico o psíquico para el menor, porque, aparte de haber sido introducido ex novo, en ningún caso se ha acreditado la existencia del alegado peligro para el menor, así como que el padre consienta la retención ilícita del menor en España. Tampoco cabe considerar la supuesta integración del menor como motivo de oposición a la restitución introducida también ex novo en apelación, puesto que solo opera en supuestos en los que haya concurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícito hasta la inicio del procedimiento de sustracción internacional del menor, algo que no ha ocurrido en este caso.

#### **SEGUNDO.- Causas de oposición alegadas a la restitución inmediata del menor:**

1.- No discutida la retención ilícita según la normativa expuesta en el art. 2.11 apartados a) y b) del Reglamento (CE) 2201/2003, que coincide con el art. 3 Convenio de la Haya, debemos examinarse si concurre alguna de las circunstancias contempladas en los arts. 12 y 13 del propio Convenio para denegar la restitución, alternando el orden expuesto por la parte apelante por razones sistemáticas.

Como se señala en el Auto de 21 de enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona el Convenio de la Haya sobre sustracción de menores no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia. Resulta fundamental a este respecto aclarar una cuestión que es obvia, y que viene recogida en el artículo 19 y es que "una decisión adoptada en el marco del presente convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia". No se trata por tanto de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cuál de los progenitores deben convivir, sino de determinar en primer lugar si el traslado es o no ilícito y caso de serlo si concurre alguna de las excepciones contempladas en el propio Convenio para denegar la restitución. La decisión por tanto se limita a acordar si procede o no la restitución del menor o menores dentro del ámbito permitido en el propio Convenio.

2.- No prospera la alegada ex novo supuesta integración del menor como motivo de oposición a la restitución de Adolfo a Alemania, ya que no cabe su invocación cuando no ha transcurrido el periodo de un año desde el momento en que se produjo la retención ilícita de Adolfo en España, que sucedió el 23 de julio de 2019, cuando debería haber vuelto a Alemania, y el inicio del presente procedimiento, el 20 de septiembre de 2019.

De conformidad con el art. 12 del Convenio de la Haya de 1980, solo puede considerarse como motivo de apelación en el caso de que se hubiera iniciado el procedimiento después de la expiración del plazo de un año, contemplado que en este caso cabe no ordenar la restitución del menor cuando " quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio"

La Sentencia de 21 de abril de 2017 de la Audiencia Provincial de Granada señala: " *La finalidad del Convenio de La Haya, como se desprende del artículo 1 del Convenio, es la de garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente, en los términos del artículo 3, y por ello, una vez determinado que el traslado o retención ha sido ilícito, el artículo 12 del Convenio de La Haya ordena la restitución inmediata del menor si*



hubiese transcurrido un período inferior a un año, desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la fecha de iniciación del procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa del estado requerido, y en el caso que nos ocupa, entre agosto de 2012, que fue cuando el padre tuvo conocimiento del traslado de la menor, que le comunicó la madre por nota de 31 de julio de 2012, y el inicio del procedimiento de restitución de la menor, 15 de febrero de 2013, es claro que no ha transcurrido ese lapso temporal de un año contemplado en el párrafo primero del artículo 12 del Convenio, y conforme a ello resulta procedente la restitución inmediata de la menor. La excepción a la restitución, consistente en la prueba de haber quedado el menor integrado en su nuevo ambiente, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 12 del Convenio de La Haya, no se refiere al supuesto contemplado en el párrafo primero, sino al supuesto de haber transcurrido más de un año entre el traslado o retención y el inicio del procedimiento de restitución al que se refiere el propio párrafo segundo, que no es el supuesto que nos ocupa. Así las cosas, la única excepción que cabría a la restitución inmediata dispuesta por las normas del Convenio de La Haya analizadas, sería la contemplada en la letra b) del artículo 13 [la referida en la letra a) no resulta aplicable por las circunstancias concurrentes en el caso examinado], que ha de ser relacionado con el artículo 11 del Reglamento CE, y ello impone la necesidad de determinar si la restitución inmediata de la menor expone a la niña, no a la madre, a un peligro grave físico o psíquico, o de cualquier otra manera pone a la menor en una situación intolerable (artículo 13 del Convenio), y además si, pese a que la restitución puede exponer a la menor a esos peligros físicos o psíquicos graves o a una situación intolerable, el estado requirente ha adoptado o está dispuesto a adoptar medidas adecuadas para la protección de la menor tras su restitución, como se infiere del artículo 11 del Reglamento CE"

**3.-** No concurre la excepción contemplada en el apartado a) del artículo 13 del Convenio, que el padre "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".

Consta Auto de fecha 15 de diciembre de 2017 en que se acuerda " el derecho a determinar el lugar de residencia del menor Adolfo, con fecha de nacimiento el NUM000 de 2017, se cede exclusivamente al padre" <folio 33 de autos>, existiendo documental sobre que el menor ha venido residiendo desde su nacimiento en DIRECCION001 (Alemania), donde está escolarizado en la guardería infantil DIRECCION004, teniendo cubiertas sus necesidades tanto a nivel de educación y alimentos como a nivel emocional, haciéndose cargo el padre del menor, ejerciendo de modo efectivo el derecho de custodia hasta el momento en que fue retenido ilícitamente. Son intrascendentes a estos efectos, de la procedencia de la restitución inmediata del menor a Alemania, las alegaciones vertidas sobre una supuesta "vulnerabilidad tanto por su estado de salud como por el desconocimiento del idioma", puesto que la SRA. Magdalena estuvo asesorada de "Letrada Iris Berrée"

Por otro lado, consta acreditado que el Sr. Jesús María consintió en que el menor permaneciera con la madre en España hasta el 23 de julio de 2019, que debía de regresar a Alemania, estando prevista en esta fecha la vuelta, como se desprende de la billetes de avión de Bilbao-Frankfurt el 23 de julio de 2019 < folio 149 de autos>, siendo clara la retención ilícita del menor en España atendiendo al whatsapp de fecha 18 de julio en que comunica que "De momento Adolfo no vuelve a Alemania-No estoy de acuerdo que Adolfo viva contigo. Puedes ver a Adolfo cuando quieras aquí en España hasta que se regularice el tema judicial" <folio 115 de autos>. El traslado del menor a España se realizó con el consentimiento del padre, pero el menor está siendo retenido ilícitamente por la madre desde la fecha acordada por los progenitores para su regreso, el 23 de julio de 2019, en que debía de haber vuelto a Alemania.

**4.-** Tampoco prospera la causa que se invoca para evitar la restitución del menor contemplada en el artículo 13 apartado b) del Convenio "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". Dicha causa, como también ha señalado este Tribunal, debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar, que hasta el momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situación de grave riesgo.

En este sentido, las pruebas obrantes en los autos, los hechos alegados y los actos propios de la madre de la menor, así como del padre, todo ello en su conjunto, permite concluir que la restitución del menor no supone que el menor quede expuesto a peligro físico o psíquico grave, ni a una situación intolerable, puesto que, aparte de que la madre alega por primera vez en este recurso de apelación y no antes, que tales peligros se concretan en unos supuestos "riesgos de malos tratos", lo cierto es que no hay referente alguno a hechos concretos que hubieran puesto o pudieran poner en peligro al menor Adolfo, sin aportación probatoria alguna, ni siquiera la formulación de denuncia por hechos que pudieran constituir algún ilícito penal.

**5.-** No concurriendo por tanto ninguna de las excepciones contempladas en el Convenio de La Haya para denegar la restitución del menor procede confirmar íntegramente la resolución recurrida.



**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC que se remite en caso de desestimación del recurso, en materia de costas, al artículo 394 del mismo cuerpo legal, se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

#### **FALLAMOS**

**Que desestimando el recurso de apelación** formulado por **DOÑA Magdalena**, representada por la Procuradora Dña. Marta Pascual Miravalles, contra la Sentencia de 28 de octubre de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Bilbao, en autos de Restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional nº 736/2019, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la expresada resolución, con imposición de costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmos/as. Magistrados/as que la firman, y leída por el Ilmo/a. Magistrado/a Ponente el día 28 de noviembre de 2019, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.