



Roj: **SAP V 1719/2020 - ECLI: ES:APV:2020:1719**

Id Cendoj: **46250370102020100401**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **29/06/2020**

Nº de Recurso: **430/2020**

Nº de Resolución: **417/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL ORTIZ ROMANI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 000430/2020

SECCIÓN 10ª

SENTENCIA Nº 417/20

SECCIÓN DÉCIMA:

Ilustrísimos Sres.:

Presidenta: Dª MARIA PILAR MANZANA LAGUARDA **Magistrados/as:** D CARLOS ESPARZA OLCINA D. MANUEL ORTIZ ROMANI

En Valencia, a veintinueve de junio de dos mil veinte

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de SUSTRACCION DE MENORES nº 001230/2019, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 24 DE VALENCIA, entre partes, de una como demandante, ABOGACIA DEL ESTADO y de otra como demandada, Dª. Rebeca , representada por la Procuradora Dª. MARIA AGOSTO VILLALONGA TOMAS y defendida por el Letrado D. FRANCISCO LORITE MATUT. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL ORTIZ ROMANI.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 24 DE VALENCIA, en fecha 19-11-19, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:"Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Ministerio de Justicia, en su calidad de Autoridad Central para la defensa del Convenio Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Ilegal de Menores de 25.10.80, declarando que la retención del menor Enrique , de **nacionalidad** argentina con n.º pasaporte NUM000 nacido el NUM001 -2012 , por parte de su progenitora, de **nacionalidad** argentina, Dª Rebeca , con numero pasaporte, NUM002 , es ilícita; acordándose su retorno a Argentina y restitución del menor Enrique . a su padre ,D. Hermenegildo , a la dirección CALLE000 NUM003 - DIRECCION000 NUM004 ,para que pueda ejercer sus potestades de custodia, teniendo en cuenta el interés superior del menor de conformidad con el Convenio Internacional de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Ilegal de Menores de 25.10.80 y Reglamento 27-11-2003, Bruselas II. Debiéndose estar a lo dispuesto en el artículo 778.13 de la LEC por parte de la Autoridad Central. Debiendo asumir íntegramente, Dª Rebeca , los gastos de retorno, todo ello, con imposición de las costas procesales a dicha parte demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día veintidos de junio para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al



no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba. La deliberación se ha realizado telemáticamente conforme al Art. 19.3 del RDL 16/2020 de 28 de abril.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-Planteamiento

La sentencia dictada en fecha 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia 24 de Valencia, en los autos 1230/2019, declara, a raíz de la demanda presentada por la Abogacía del Estado, que el traslado del menor Enrique desde Argentina, donde nació el NUM001 de 2012, y donde sus padres tenían su residencia, hasta España por parte de la madre en el mes de agosto de 2018, ha de reputarse ilícito a la vista del art. 3 del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, basándose para ello en la prueba documental aportada a las actuaciones y en la declaración de la progenitora en la vista.

Frente a ello se alza la progenitora, alegando error en la valoración de la prueba, y la indebida denegación de la prueba de exploración del menor deducida oportunamente en la instancia. Se ponía de manifiesto que la demandada contaba con una autorización para viajar firmada por el padre del menor, que tampoco había sido tenida en cuenta, al igual que las numerosas comunicaciones del solicitante con su hijo. Se exponía asimismo que el menor se encontraba plenamente integrado en Valencia, por lo que debía denegarse el retorno interesado de contrario.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Abogacía del Estado se opusieron al recurso interpuesto, y solicitaron la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Alzada

Recibidas las actuaciones, se acordó con carácter urgente, al amparo del artículo del Convenio de La Haya de 1980, recabar informe del Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, acerca del grado de integración del menor.

De dicho informe se dio el oportuno traslado a las partes para que formularan las correspondientes alegaciones, efectuándolo únicamente la apelante y el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Régimen jurídico aplicable.

El art. 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, establece que ha de entenderse por traslado o retención ilícita, recogiendo dos supuestos:

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".

En el último párrafo se introduce la aclaración de que ese derecho de custodia "(...) 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 5 indica que "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".

El Convenio de la Haya no es Convenio de custodia, sino de restitución, por lo que la resolución que deba ordenar la restitución se limita a acordar la devolución del menor al país en donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes las que, en su caso, decidan sobre la 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.

Según su Exposición de Motivos el Convenio obedece al deseo "de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita". El artículo 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 porque los derechos de custodia y de visita en uno de los Estados contratantes se respeten de los demás Estados Contratantes".



El informe explicativo del Convenio recoge que su filosofía se podría definir de la forma siguiente: *"la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios"*.

En STC 16/2016, de 1 de febrero, se señala: *"Este Tribunal ha tenido ocasión de recordar la finalidad del Convenio y que, en aras a esta finalidad, el ordenamiento español arbitra un procedimiento cuya duración no debería ser superior a seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un procedimiento de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso" (STC 120/2002, de 20 de mayo , FJ 4).*

Sobre la valoración de la integración del menor, la STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016 , BOE 7 de marzo de 2016, resalta que, en consonancia con su objeto y fin, el Convenio de la Haya de 1980 incluye en su art. 12 una previsión específica sobre la valoración de la integración del menor en el nuevo medio y determina que, ante un traslado o retención ilícitos, si *"a la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo 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"*, mientras que *"la autoridad judicial o administrativa, aun 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 medio" (...)* En este punto, el art. 12 permite valorar *"la integración del menor en el nuevo medio"*, a fin de rechazar la devolución, cuando ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento.

CUARTO.- De la existencia de un traslado ilícito.

Partiendo de lo anterior, lo cierto es que en el caso de autos puede concluirse que el menor salió de Argentina con la madre conociéndolo y consintiéndolo el padre, el cual revocó en junio de 2019 la autorización recíproca para viajar que los progenitores habían firmado en septiembre de 2015 (folios 23- 26). Así parece desprenderse de los mensajes de whatsapp de agosto de 2018, aportados por la progenitora (folios 94-98).

En cambio, no consta que la permanencia en España fuera conocida previamente ni aceptada por el padre del menor, pues, por ejemplo, en sus conversaciones con el colegio dio a entender en todo momento que el menor regresaría al mismo (folios 16 7 17). Ello es más evidente aún con la presentación de la solicitud de restitución, que tuvo entrada en la Autoridad Central española en fecha 4 de julio de 2019, y la posterior presentación de la demanda.

Esa permanencia no consentida por el padre del menor en España, cuando la madre no tenía atribuida en exclusiva el ejercicio de la patria potestad (folios 21-22), configura el supuesto de traslado ilícito del art. 3 del Convenio de la Haya.

QUINTO.- Excepción a la restitución

El art. 12 del Convenio de la Haya de 1980 establece que *"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 periodo 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".

Esta última previsión establecida en el art. 12 del Reglamento permite denegar la restitución en aquellos casos en que se aprecie, por el tiempo transcurrido entre la salida del menor de su país de origen y la iniciación del procedimiento, un plazo superior a un año, y una perfecta integración del menor en su nuevo domicilio.



Esta circunstancia no fue debatida en primera instancia, pero resultaba imprescindible para adoptar la correspondiente decisión, visto que la salida del menor se produjo en agosto de 2018, que la solicitud del progenitor no se presentó hasta junio del año siguiente (sin que consten claramente las razones para tal retraso, pues tuvo conocimiento de la nueva situación y contacto con el menor durante ese tiempo), y el procedimiento judicial no se inició hasta noviembre de 2019, transcurrido con creces el indicado plazo de un año.

En esta situación, resultaba necesario valorar la posible integración del menor antes de pronunciarse sobre su retorno, puesto que cuando, como ocurre en este caso, la decisión afecta a un menor el criterio que ha de presidirla es el interés prevalente del menor que, con carácter general, proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1). Este principio está consagrado en nuestra propia legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 95, 103.1, 154, 158y 170), Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno, filiales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial. Y, se corresponde con la proclamación en el art. 39.2 de la Constitución de la protección integral de los hijos.

A la vista del informe emitido por el Gabinete psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, esta Sala considera que el interés del menor aconseja que no se autorice el retorno a Argentina, visto que el mismo se encuentra perfectamente integrado en Valencia, contando con amigos tanto en esta ciudad como en DIRECCION001, donde residió inicialmente. Su rendimiento escolar es adecuado, y tiene buena relación con sus tíos y sus primos, que viven cerca de casa y con los que juega.

En cambio, sus recuerdos de Argentina son escasos, hasta el punto de no recordar la razón por la que vino a España, si bien expuso que echaba más de menos a los abuelos paternos que a su padre, con el que ha estado en contacto por video llamada. Y explicó que si su padre le hubiera preguntado, le hubiera dicho que querría quedarse siempre en Valencia.

Dicho informe concluyó indicando que el menor cuenta aquí con una red familiar que le ha ayudado a configurar un sentido de permanencia, habiendo su madre compaginado su vida laboral con el cuidado del menor. Se dejó constancia que la adaptación social/escolar había sido positiva, con buenas notas en el colegio, encontrándose integrado en el entorno.

En esta situación, sin entrar obviamente a valorar las posibles habilidades del padre o su disponibilidad para el cuidado del menor, las cuales constituyen motivos que pudieran resultar de trascendencia para decidir sobre un derecho de custodia, pero no para valorar la integración del menor y para pronunciarse sobre el retorno del mismo, habida cuenta que en poco más de un mes se cumplirán dos años de la fecha en que el menor abandonó Argentina, y que el mismo se encuentra perfectamente integrado en Valencia, considera esta Sala que, atendiendo a su interés y bienestar, procede denegar su restitución, lo cual conlleva la estimación del recurso formulado por D^a. Rebeca.

SEXTO.- En materia de costas de esta alzada y no existiendo una norma especial en el artículo 778 quinquies de la LEC, se debe aplicar el criterio general del artículo 398 de la LEC en relación al artículo 394 de la LEC, por lo que no ha lugar a su imposición a ninguna de las partes.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey

Ha decidido:

- 1) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Rebeca.
- 2) Se revoca la sentencia dictada en los autos de Sustracción Internacional de Menores nº 1230/2019 por el Juzgado de Primera Instancia Nº 24 de Valencia, acordando en su lugar la desestimación de la demanda de restitución del menor Enrique Perisutti formulada por la Abogacía del Estado.
- 3) No procede la imposición de las costas de primera instancia ni de esta alzada.

En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su devolución.

Contra la presente resolución no cabe recurso, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 778 quinquies .11 LEC.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ