



Roj: **SAP GI 84/2021 - ECLI:ES:APGI:2021:84**

Id Cendoj: **17079370012021100045**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2021**

Nº de Recurso: **9/2021**

Nº de Resolución: **44/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120208138813

Recurso de apelación 9/2021 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7)

Procedimiento de origen: Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 1169/2020

Parte recurrente/Solicitante: Jon

Procurador/a: Coral·Lí Peix Feliu

Abogado/a: Maria Dels Angels Alegre Llaveria

Parte recurrida: Araceli

Procurador/a: Irene Tena Haro

Abogado/a: MANUEL FUENTES JUSTICIA

SENTENCIA N° 44/2021

Magistrados:

Fernando Ferrero Hidalgo Carles Cruz Moratones Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 28 de enero de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 8 de enero de 2021 se han recibido los autos de Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 1169/2020 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Coral·Lí Peix Feliu, en nombre y representación de Jon contra la Sentencia de fecha 09/12/2020 y en el que consta como partes apeladas la Procuradora Irene Tena Haro, en nombre y representación de Araceli, y el MINISTERIO FISCAL.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la demanda instada por D. Jon , representado por la Procuradora de los Tribunales, doña Coral-lí Peix i Feliu, contra D.^a Araceli , declarando lícita la retención en España del menor, Romulo , por parte de la demandada. En consecuencia, no ha lugar al retorno y restitución del menor a Rusia, lugar de nacimiento."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 25/01/2021.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al **Magistrado Fernando Ferrero Hidalgo**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, Jon , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 6 de Girona de fecha 9 de diciembre del 2020, en la que se desestimó la demanda interpuesta por dicha parte contra D^{ña}. Araceli y en la que se ejercitaba la acción de retorno del menor, Romulo al lugar de procedencia, Moscú, al haber sido trasladado de forma ilícita y en contra de la voluntad del demandante a España por parte de su madre, la demandada y ello en aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, ratificado por España el día 28 de mayo de 1987

TERCERO.- Normativa aplicable

De acuerdo con el artículo 1 de dicho Convenio, la finalidad del mismo es 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 pesar de que esos son dichos objetivos, el Convenio los atenúa en atención al interés del menor. Así, aunque el Convenio tiende a reponer al menor a un momento anterior a la actuación ilícita, ello queda condicionado, en primer lugar, a que la actuación sea ilícita, en segundo lugar, a un plazo determinado y, por último, a que el menor con su retorno no quede sometido a una situación perjudicial.

Como presupuesto esencial es que el traslado del menor se haya producido de forma ilícita, estableciendo el artículo 3 del Convenio que dicha ilicitud se produce cuando:

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.

Dicho precepto debe relacionarse con lo establecido en el artículo 12 que dice 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 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, 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.

Y con el artículo 13 que 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.*

CUARTO.- Resolución del caso. No concurren los requisitos legales para considerar que se ha producido un traslado ilícito del menor.

La demanda fue interpuesta el 31 de julio del 2020, en la que se alegaba que el menor nació el día NUM000 del 2017, que tiene su residencia en Moscú, que en el mes de octubre del 2019 la madre se lo llevó de forma ilícita a España, que ambos litigantes se casaron en el año 2003 y que se decretó el divorcio el día 26 de enero del 2019, añadiendo que el Sr. Jon se ha opuesto a cualquier salida del menor al extranjero y que, tras conocer la sustracción de su hijo, presentó el 12 de noviembre del 2019 la correspondiente declaración de desacuerdo sobre la salida del menor.

Examinado todo lo actuado, ante todo debe indicarse que no es cierto que el Sr. Jon se hubiera opuesto a la salida del menor de la Federación Rusa. Como así acreditó la demandada y reconoció el Sr. Jon, quedando ello además ratificado por el documento que aportó en el acto de la vista, el día 20 de diciembre del 2018 otorgó un documento notarial a fin de que su hijo pudiera viajar al Reino de España para residir allí de forma permanente y hasta que se haga mayor de edad con su madre Araceli. Que el día 3 de marzo del 2020 haya revocado dicho consentimiento por otro poder notarial no convierte en incontestado el traslado del menor a España. Tal revocación del consentimiento podrá tener relevancia en las medidas que regulen la relación de sus progenitores con el hijo.

Tras dicho consentimiento el menor viajó a España el 5 de febrero del 2019, hasta el 14 de marzo del 2019, volvió a España el 16 de abril del 2019 hasta el día 21 de mayo del 2019 y nuevamente el 21 de agosto hasta el 15 de septiembre y, por último, el día 23 de octubre del 2019 no habiendo vuelto a Rusia. Es decir, el menor, acompañado por su madre estuvo yendo de España a Rusia y de Rusia a España sin que en ningún momento el padre hiciera objeción alguna, hasta que en julio del 2020 interpone la demanda

El día 26 de enero del 2019, entró en vigor, poco tiempo después de que otorgara el consentimiento la sentencia de divorcio, dictada el día 24 de diciembre del 2018, sin que se acordara medida alguna respecto del hijo común, obviamente, porque cuatro días antes el Sr. Jon había autorizado a la Sra. Araceli el poder trasladarse con el hijo a España paraa fijar su residencia permanente con el menor, donde ya la tenía desde el 16 de agosto del 2017, al estar empadronada en DIRECCION000.

Es claro que si nada se reguló lo era porque la madre se trasladaba habitualmente a Rusia lo mismo que el padre lo hacía a DIRECCION000 como anteriormente ya lo hacía toda la familia, al tener una vivienda en dicha localidad.

Ante todo, en primer lugar no hubo un traslado ilícito del menor, sino que se produjo por el consentimiento del padre. En segundo lugar, desde dicho consentimiento y sin que se hubiera revocado y sin oposición alguna a las ida y venidas de la madre con el hijo, ha transcurrido más de un año al momento de ser interpuesta la demanda y aunque puede acordarse la restitución del menor pasado el plazo de un año, impide tal restitución si se demuestra que el menor está integrado en el nuevo país, acreditándose que se encuentra empadronado en la localidad de DIRECCION000 junto con su madre, la cual ha iniciado un procedimiento judicial en el que solicita la atribución de la guarda. Cierto es que no se acredita una integración plena, pues no consta el colegio al que acude y la situación de vida concreta que lleva el menor en España, pero ello no impide valorar las declaraciones de la Sra. Araceli, que junto con el resto de documentos y el consentimiento prestado por el Sr. Jon y para afirmar que no se dan los requisitos del Convenio para la reintegración del menor a Rusia.

Todo ello si perjuicio de que en el procedimiento de medidas sobre el ejercicio de la patria potestad, guarda del menor y régimen de visitas se acuerde lo más conveniente para el interés del menor, que podría ser si así se demuestra que lo más conveniente sea el regreso a Rusia, pero ello debe valorarse en tal procedimiento, siendo irrelevantes las alegaciones que al respecto realiza el recurrente, así como la supuesta indefensión que se le hubiera podido producir en tal procedimiento.

QUINTO.- Por todo lo dicho y por los acertados razonamientos de la sentencia recurrida y la correcta valoración de la prueba que se hace, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS



Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Jon contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 6 de Girona, en los autos de RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL N° 1169/2020, con fecha 09/12/2020, y **CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE** la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los **Magistrados**: D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones y Dña. Nuria Iefort Ruiz de Aguiar.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).