



Roj: **SAP CA 1272/2023 - ECLI:ES:APCA:2023:1272**

Id Cendoj: **11012370052023100466**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **21/07/2023**

Nº de Recurso: **220/2023**

Nº de Resolución: **688/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES**

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

Email:

N.I.G. 1101242120230001524

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 220/2023

Negociado: T

Autos de: Restituc. o retorno menores sustrac. **internacional** 65/2023

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE CADIZ

Apelante: Ángel

Procurador: FERNANDO LEPIANI VELAZQUEZ

Abogado: MARIA DE LOS ANGELES CHACON PAYES

Apelado: María Cristina

Procurador: GERMAN GONZALEZ BEZUNARTEA

Abogado: BORJA JOAQUIN PEREZ RUIZ

Ilmos. Sres. Magistrados

D. RAMÓN ROMERO NAVARRO

D.ª NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO

D. MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES

Juzgado MERCANTIL Nº 1 de Cádiz

Procedimiento Restitucion de menores nº 65/2023

Rollo Apelación Civil nº : **220/2023**

SENTENCIA n º 688 /2023

En Cádiz, a 21 de julio de 2023.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos y con intervención de las partes supra indicadas.

Ha sido ponente *D. Miguel Ángel Navarro Robles*, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de referencia se dictó la sentencia apelada que resuelve lo siguiente; "Que DESESTIMANDO la demanda formulada por el Procurador D. Fernando Lepiani Velázquez en nombre y representación de D. Ángel contra Dña. María Cristina y el Ministerio Fiscal, acuerdo denegar la restitución de los menores Apolonia y Damaso."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite, efectuándose los traslados debidos con el resultado que obra en las actuaciones, que ulteriormente fueron remitidas a esta Audiencia, con emplazamiento oportuno de partes.

TERCERO.- Turnadas que han sido a esta Sección 5ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado día para la vista del recurso tras lo cual se hizo entrega al Ilmo. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución anterior se interpone recurso de apelación por la representación paterna alegando en esencia el error en la valoración de la prueba e infracción de la jurisprudencia y normativa **internacional** que invoca, considerando de un lado las deficiencias advertidas en la instancia cuanto a la presentación de escritos por la parte contraria realizada sin la debida traducción y que deberían ser rechazados. De otro lado destacaba el defecto advertido en la propia resolución recurrida en cuanto a que "si bien ha entrado a examinar si estamos ante un traslado ilícito, no lo ha hecho así sobre si estamos ante un supuesto de retención ilícita", no entrándose así a valorar la existencia de esta, que conforme a los antecedentes del caso reputaba apreciable y efecto suspensivo finalmente acordado sobre el recurso que pendía de la resolución que atribuía la custodia a la madre, habiéndose producido una infracción del derecho de custodia de su mandante, impidiéndose por la demandada el retorno de los menores a Portugal, donde tienen su residencia habitual.

Por la defensa de la representación materna se muestra expresa oposición al recurso, y al margen de remitir a la parte al traslado de documentos traducidos, ya expresamente considerada en la instancia, -dada la admisión judicial de los escritos reconocida en el propio recurso-, opone en cuanto al fondo, la consideración inicial de un mero efecto devolutivo del recurso de la contraria contra la decisión definitiva que atribuía a la madre la custodia que y el propio consentimiento del actor en cuanto al traslado final que menciona de los menores a España, y por tanto previo a la decisión del Tribunal portugués equivalente al Tribunal de Apelación español, sobre el carácter suspensivo del recurso, que hacía decaer toda eventualidad de traslado ilícito, y por ende de retención de propia naturaleza. Interasando la admisión de prueba documental sobrevenida a la sentencia.

El Ministerio Fiscal, se pronunciaba, igualmente, en el sentido de confirmación de la resolución recurrida.

Admitida la prueba documental hecha valer y señalada la vista, se hicieron valer nuevos documentos para su consideración en tal acto, que han resultado admitidos, y por los que se pone de manifiesto, la resolución acontecida en la justicia portuguesa, de un lado, sobre incidente de incumplimiento imputado a la madre, resultando su desestimación, y de otro de la resolución de apelación sobre las medidas definitivas consideradas bajo efecto suspensivo, que revoca la resolución portuguesa de instancia atribuyendo definitivamente la custodia al padre. Haciéndose constar que ya desde el 1 de abril de 2023 los menores han retornado con el padre a Portugal, centrándose la contradicción esencial en la alzada, a la consideración de posible retención ilícita por la madre.

SEGUNDO.- Resultaban como antecedentes apreciables en el caso, la realidad de la relación de pareja habida entre partes, Ángel (nacido en 1984) y María Cristina (nacida en 1981), en Coimbra, fruto de la cual nacieron los menores Apolonia (NUM000 .2014) y Damaso (NUM001 .2016)

Tras la ruptura de la relación de pareja, en el año 2017, Doña María Cristina trasladó su residencia con los dos menores a DIRECCION000 instándose por el padre procedimiento de restitución de menores en España (JPI nº 1 de Cádiz 247/2018), que se resolvió por sentencia, acordando el retorno de los menores con su padre y posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Cádiz. Este retorno se produjo el día 20 de diciembre de 2.018.

Con fecha 26 de diciembre de 2018 se dictó Resolución de Medidas Provisionales (regulación provisional) por el Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra, Juez no 1 de Familia y Menores de Coimbra, por la que se atribuyó al Sr. Ángel la guarda y custodia de sus hijos Apolonia y Damaso .

Con fecha 22 de octubre de 2022, sin embargo, se dictó Sentencia de Regulación de Responsabilidades Parentales (regulación definitiva) por el mismo tribunal portugués, en la que se acordaba el cambio de custodia de los menores, atribuyendo la misma a la demandada, madre de los menores.

Contra la referida sentencia se interpuso por la representación paterna, recurso de apelación, interesando su carácter suspensivo, conforme a la ley portuguesa.

Sobre tal efecto, ha resultado en el caso, una decisión previa del Juzgado de instancia de fecha de 23.1.2023, que confirma el mero efecto devolutivo del recurso de apelación, y de modo ulterior la decisión del propio Tribunal de apelación, que afirma el carácter también suspensivo del recurso, de fecha 31.1.2023.

Se reconoce en cualquier caso, que desde el dictado y notificación de la resolución de instancia sobre medidas definitivas de 22.10.2022, (que atribuía a la madre la guarda y custodia) los menores se trasladaron con la madre a España el 10.11.2022, pero que días después, el padre, los recogió y los trasladó de nuevo a Portugal el 9.12.2022.

Dada la resolución judicial de medidas definitivas y aun la admisión a trámite del recurso inicialmente con mero efecto devolutivo de la sentencia (de 23.1.2023), tras su notificación, se procede nuevamente por la madre a recoger a los niños que le son entregados por el padre, voluntariamente, trasladándose a España el 27.1.2023.

Conocida por el padre la decisión del Tribunal de apelación sobre el carácter suspensivo del recurso (de 31.1.2023), se interpone por el mismo demanda de restitución de menores ante el Juzgado español de instancia.

Ha de destacarse igualmente que previamente por el padre interpuso incidente de incumplimiento de responsabilidades parentales a la madre (quien objetó la mala fe de aquel).

Y por la madre, se interpuso un recurso de revisión ante el Tribunal portugués contra la decisión del carácter suspensivo del recurso, resuelto por decisión de 13.4.2023, desestimándolo.

Por sentencia de 9.6.2023 del Juzgado de Instancia portugués, se desestima la solicitud de incumplimiento de responsabilidades parentales pretendido frente a la madre.

Por sentencia del Tribunal de Apelación portugués de 14.6.2023 se revoca la resolución de instancia sobre medidas definitivas y se atribuye al padre la guarda y custodia de los menores.

Si bien se reconoce que ya desde el 1.4.2023 se restituyeron por la madre los menores que se encuentran bajo la custodia del padre en Portugal.

Lo que se cuestiona e interesa, en definitiva, por la apelante, dado que ya mantiene o ha recuperado la custodia sobre los menores, era únicamente la consideración y valoración sobre la ilicitud de la retención que sobre los mismos, se habría producido por la apelada, y que entendía sin fundamento legal alguno hasta el 1 de abril de 2023. No se hace mayor consideración por ello a la pretendida deficiencia formal -primer motivo de apelación-, por la falta de traslado que se menciona sobre la documentación contraria presentada en un primer momento sin traducir en primera instancia, pero cuya traducción finalmente fue aportada previo a la decisión sobre admisión a trámite del escrito de contestación de la demandada, pues además ya se reconoce en el propio recurso, que la misma resultó finalmente admitida sin otra contradicción, con disposición del propio juzgado de llevar a efecto el traslado, que al parecer no se ha producido, pudiendo la propia parte instarlo, no habiéndole impedido ello en cualquier caso ni la contradicción en la instancia, ni la formulación del presente recurso. Habiendo resultado en equivalencia, que la propia parte apelada llegue a objetar de igual modo la falta de traducción sobre el documento de apelación hecho valer por la apelante junto a su escrito de recurso. Sea como fuere y constando al menos la traducción debida de los documentos esenciales considerados a efectos de la presente, de manera que ninguna dificultad ha resultado para el juzgador de instancia, pero tampoco para esta Sala, carecía de relevancia alguna, a la postre, las deficiencias y diferencias entre partes señaladas.

TERCERO.- Entrando así en el fondo del asunto, y advertido ya el correcto encuadramiento inicial que se hace por el juzgador *a quo* de la normativa de referencia, conviene, no obstante, tener en cuenta que en los procesos sobre restitución de menores sustraídos ilícitamente y conforme a los Convenios **internacionales** considerados (básicamente el Convenio de la Haya de 25-10-1980 y los Reglamentos UE 2020/1203 y 2019/1111), la calificación sobre la concurrencia de un supuesto de sustracción **internacional** de menor y la decisión en su caso consiguiente sobre si procede la restitución del mismo se suele reconocer que órbita sobre un doble pronunciamiento: a) el positivo sobre la ilicitud del traslado previo y/o de la retención subsiguiente, y b) el negativo sobre si concurre alguna causa excepcional de no restitución. Concretamente, en el Convenio de la Haya, ese doble requisito viene exigido por los artículos 3 y 13. Pero 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. Así 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". En este sentido 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"*

Ahora bien, dado que la consideración previa de la ilicitud (del traslado pero también de la retención en cuanto tiene como antecedente aquel) debe determinarse conforme al derecho interno del estado de la residencia originaria del menor, también el artículo 15 de dicho Convenio establece la posibilidad de que *"Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase"*. Se trata con ello de evitar disfunciones interpretativas del ordenamiento jurídico del país de residencia habitual del menor sobre el carácter ilícito o no del traslado, dado que, frecuentemente, no existe correlación entre los distintos ordenamientos sobre figuras jurídicas relevantes para tal calificación, como ocurre con los términos custodia/patria potestad en la legislación española con respecto a la de otros países.

En nuestro país tal previsión ha tenido transposición normativa al efecto tras reforma operada por Ley 15/2025 de 15 de julio, que adapta los procedimientos de familia en la LEC a las peculiaridades de la cooperación **internacional** en materia de menores e incorporó la previsión legal propia de convenios **internacionales** sobre sustracción ilícita, de la "declaración de ilicitud de la retención", que corresponde pronunciar al tribunal que dictó la última de las resoluciones judiciales vigentes en materia de custodia. Como así se establece para el caso de España en el art. 778 sexies LEC.

Dicha declaración, como hemos dicho, tiene como finalidad facilitar el hipotético ejercicio de la acción de restitución al amparo de lo previsto en el Convenio de la Haya de 25-10-1980 o los Reglamentos UE 2201/2003 y 2019/1111, sentando la premisa de que, conforme al ordenamiento del país de residencia anterior del menor, y sin prejuzgar la decisión de la autoridad judicial del país requerido, el traslado realizado es ilícito según el derecho español. Ha de recordarse que, conforme a dicho precepto, el traslado o retención de los menores se consideran ilícitas cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona o institución, o a cualquier 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 no, por tanto con posterioridad, que pudiese determinar otro tipo de responsabilidad.

Y como recuerda la AP de Barcelona (Auto de 16-10-2019, Ponente Sr. Ortuño Muñoz) *"... los conceptos jurídicos de traslado ilícito y de retención ilícita, son sinónimos a los efectos del acto de relevancia jurídica que consiste en impedir el derecho de los hijos a residir en el domicilio y residencia habitual en el que se encontraban en virtud, en este caso, de una resolución judicial firme. La comisión de la infracción legal se consuma tanto si el traslado inicialmente estaba autorizado, como si con la omisión de la obligación de reintegrar al domicilio habitual se produce una retención que vulnera el orden establecido"*.

CUARTO.- Se omite en el caso toda consideración al efecto sobre la ley portuguesa siendo no obstante aplicable el régimen expuesto en el convenio de la Haya, que no se menciona haya sido así actuado, si bien no cabe desdeñar la consideración elemental en tal línea del incidente de incumplimiento de responsabilidades parentales, interpuesto por el padre frente a la madre y que ha concluido mediante resolución de 9.6.2023, que desestima toda consideración de reproche de incumplimiento al efecto absolviendo a la demandada. En la misma resolución y en armonía con las consideraciones del Ministerio fiscal portugués, se detalla que *" el comportamiento de la requerida no se muestra adecuado a generar responsabilidad por incumplimiento,*

teniendo en cuenta que la misma cumplió con una de las decisiones dictadas en autos -la sentencia final-". Lo que se valora aun partiendo de considerar que " no hay duda que no siendo la sentencia aún firme ni habiendo sido anticipado el respectivo resultado con la fijación del efecto meramente devolutivo del recurso, se mantenía la decisión anterior, o sea se mantenía la regulación provisional..". Y se añade " sin embargo, esta conclusión implica un conocimiento legal no exigible al ciudadano común. La demandada se limitó a cumplir la sentencia dictada el 22.10.22 en los términos desde los cuales fue fijada la residencia de los niños con la madre, en España. Habiendo cumplido la sentencia (mismo que desde el punto de vista legal no exigible) no pudo considerarse que no cumplió con lo pactado o decidido para efecto de incumplimiento de responsabilidades parentales". Y ello, sin que se haga discriminación al efecto entre el mero momento inicial del traslado y el posterior periodo sobrevenido de mantenimiento de los menores en España, hasta su restitución el 1 de abril del corriente, al padre, por lo que cabe comprender que ya considera o no desdeña la entera actuación de la misma.

Del propio modo, no cabe hacer consideración en la presente de valoración alguna de ilicitud, así y de un lado, y como ya fuera apreciado en la resolución de instancia, por causa de "traslado", al constar la realidad de la sentencia previa y del propio consentimiento del padre para el efectuado el 27.1.2023. Pero tampoco y de otro lado, de ilicitud por causa de "retención" mantenida de los menores, en contradicción -que se dice frontal- con la resolución sobre eficacia suspensiva del recurso de fecha 31.1.23, pues no cabe obviar -aunque perjudique al recurrente- no solo lo anterior considerado -y bajo la perspectiva de aplicación e interpretación del propio derecho portugués- en la resolución de la instancia mencionada (que exculpaba de todo incumplimiento e intencionalidad aviesa de la madre en su entera actuación hasta la entrega o devolución de los menores), sino la propia contradicción inmediata suscitada sobre tal mismo efecto ante el propio Tribunal de apelación, que para la defensa demandada mantenía de *facto* todo el régimen de interinidad considerado hasta su final decisión el 13.4.2013, esto es, ya con posterioridad a la entrega de los menores, y como indicio elemental igualmente de diligencia de la madre no desdeñable que cabía entender también bajo la cobertura de la reiterada decisión sobre no incumplimiento acaecida. De modo que si ni siquiera era considerado incumplimiento alguno de la madre por el juzgador **extranjero** y conforme a su derecho aplicable, tampoco cabía que fuere apreciable, en esta sede, un defecto de alcance tal, por la infracción de un deber de custodia del padre (art 3 Convenio de la Haya), cuando no se aprecie o repunte un correlativo quebranto de la diligencia exigible a la madre y de un deber objetivo de cuidado sobre la persona de los menores (art.5), sobre los que hubiere tenido algún efecto a considerar. Y, por tanto, en ningún momento del entero periodo considerado, y no solo en el previo al traslado o a la retención objetada, sino igualmente durante el mantenimiento de esta última, hasta la entrega voluntaria producida.

Se tiene así por decaído en el presente caso, toda expectativa sobre presupuesto alguno de aplicación posible que fuera inicialmente considerado de la normativa de referencia, y que habría de serlo, además y en todo caso, finalísticamente conforme a los objetivos esenciales de la norma (art 1 Convenio de la Haya), en cuanto a la garantía de restitución inmediata (ya extrajudicialmente producida) y de respeto a los derechos de custodia vigentes en el ordenamiento considerado, que se reputan elementalmente salvaguardados en el caso y sin mayor riesgo para los menores.

Por todo lo cual no cabía sino concluir en armonía con la resolución recurrida, con desestimación final del recurso interpuesto.

QUINTO.- En materia de costas en la alzada, y no obstante la desestimación del recurso valorada, dadas las dudas de hecho y derecho puestas de manifiesto en la alzada y mejor despejadas merced también a la documental sobrevenida y hecha valer a instancias de una y otra parte en las actuaciones, conforme a la naturaleza especial de este tipo de procedimientos y tutela debida a los intereses de menores en juego, no se hace especial imposición de costas (Art 394 y 398 LEC).

Vistos los arts citados y demás de general y pertinente aplicación, por cuanto antecede pronunciamos el siguiente;

FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Ángel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm 1 de Cádiz en el juicio de referencia, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma.**

Todo ello, no obstante, sin hacer especial imposición de costas, y con pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

MODO DE IMPUGNACION.- Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, procediendo contra dicha resolución, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso



presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, los cuales deberán interponerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, 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.

E./

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."