



Roj: **SAP NA 1429/2023 - ECLI:ES:APNA:2023:1429**

Id Cendoj: **31201370032023101020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **02/11/2023**

Nº de Recurso: **841/2023**

Nº de Resolución: **853/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio verbal**

Ponente: **DANIEL RODRIGUEZ ANTUNEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000853/2023

Ilma. Sra. Presidenta

Dª ANA INMACULADA FERRER CRISTÓBAL

Ilmos. Sres. Magistrados

D. DANIEL RODRÍGUEZ ANTÚNEZ

Dª. AMAGOIA SERRANO BARRIENTOS

En Pamplona/Iruña, a 2 de noviembre de 2023.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 841/2023**, derivado del *Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional* nº 47/2023 - 0, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 4 de Tudela; siendo parte *apelante*, el demandado, **D. Eladio**, representado por la Procuradora Dª Monserrat Garde Gil, y asistido por la Letrada Dª Andrea Arregui Lavin; parte *apelada*, la demandante, **Dña. Francisca**, representada por la Procuradora Dª Mª Mercedes González Martínez y asistida por la Letrada Dª Cristina González Fuertes. Con intervención del Ministerio Fiscal.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **Dª DANIEL RODRÍGUEZ ANTÚNEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 9 de mayo del 2023, el referido Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 4 de Tudela dictó Sentencia en Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción **internacional** nº 47/2023 - 0, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*"ESTIMANDO la demanda interpuesta por **DOÑA Francisca**, representada por el Procurador Sra. González contra **DON Eladio**, representado por el Procurador Sra. Garde, debo DECLARAR*

*y DECLARO ilícito la retención **internacional** en Colombia del menor **Edemiro** efectuado por el demandado, sobre el hijo menor común de ambos. Sin hacer expresa imposición de las costas causadas."*

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandada, D. Eladio .

CUARTO.- La parte apelada, Dª Francisca, evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia. El Ministerio Fiscal, por su parte, también impugnó el recurso de apelación.

QUINTO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en donde se formó el



Rollo de Apelación Civil nº 841/2023. habiéndose señalado el día 31 de octubre de 2023 para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de la presente apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Tudela que ha declarado la ilicitud de la retención **internacional** en Colombia del menor Edemiro efectuada por su padre D. Eladio .

La sentencia apelada explica que el padre se llevó en el verano de 2022 a Colombia al hijo menor de la pareja, con autorización extendida por la madre, Sra. Francisca , hasta el día 15 de agosto de 2022. Sin embargo, una vez superada esa fecha el padre no ha regresado a España con el menor, de manera tal que si bien el traslado del niño fue legal, por el contrario su retención en Colombia es ilícita dado que el padre no puede decidir unilateralmente el lugar de residencia del menor puesto que en aquella fecha ambos progenitores ostentaban conjuntamente la custodia, y dado que no concurre tampoco ninguna circunstancia justificativa para ello. La sentencia de primera instancia destaca, además, que la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Palmira (Colombia), denegando la restitución del menor, carece de relevancia porque en este litigio no se reclama su restitución, sino la declaración de ilicitud de su retención en Colombia, y porque en cualquier caso se trata de una sentencia totalmente carente de motivación.

SEGUNDO.- El demandado Sr. Eladio recurre en apelación la referida sentencia denunciando vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, alegando para ello que la madre interpuso la demanda del juicio de custodia del menor con posterioridad al traslado a Colombia, y argumentando también que existe cosa juzgada sobre la ilicitud de la retención por cuanto está resuelta ya en el proceso judicial seguido en Colombia (ante el referido Juzgado Segundo Promiscuo de Palmira) la denegación del retorno del menor, lo que a su juicio contiene implícitamente una decisión sobre la licitud de su retención.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación defendiendo que la retención del menor Edemiro en Colombia es ilícita, por cuanto el padre solamente disponía de autorización para el viaje a Colombia hasta una fecha determinada de regreso, que ha sido quebrantada.

Por su parte la Sra. Francisca se opuso al recurso de apelación reiterando que la autorización del viaje del menor a Colombia se extendía hasta el día 15 de agosto de 2022, y ante el incumplimiento interpuso en septiembre de 2022 la demanda de medidas de custodia del niño. Añade también la parte apelada que la sentencia del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Palmira (Colombia) no tiene ningún argumento ni motivación, y no genera cosa juzgada porque el país competente para resolver la cuestión es España, como lugar de residencia del menor, además de que se trata de una sentencia que no resuelve sobre la ilicitud de la retención del niño.

TERCERO.- Como punto de partida debemos recalcar que el objeto del presente litigio, también en esta alzada, ha quedado restringido a la declaración de ilicitud de la retención **internacional** del menor Edemiro en Colombia.

Esa es la concreta pretensión ejercitada por la demandante, y la misma encuentra sustento en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción **internacional** de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (suscrito tanto por España como por Colombia), al margen y adicionalmente a la cuestión relativa a la restitución del menor, también contemplada por el mismo Convenio (y de cuya resolución resulta competente la autoridad designada por Colombia, en este caso, como estado requerido).

Por tanto, al margen de la competencia de la autoridad judicial o administrativa colombiana correspondiente, de conformidad con el referido Convenio, para dirimir la restitución del menor, lo cierto es que el juzgado de primera instancia de Tudela, como último lugar de residencia habitual del menor en España, también ostenta competencia para este concreto pronunciamiento declarativo sobre la ilicitud de la retención, de conformidad con lo previsto en el art. 778.sexies de la LEC, el cual determina que "Cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención **internacional**, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma **internacional** aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución **internacional**, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la **adopción** de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158".



CUARTO.- El recurso de apelación que nos ocupa denuncia inicialmente una vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, el de la tutela judicial efectiva, sin exponer ni desarrollar, sin embargo, un razonamiento y argumento explicativo de tal denuncia.

Lejos de lo referido tan gratuitamente por la parte apelante, encontramos que en el caso que nos ocupa se han respetado íntegramente los derechos de ambas partes por parte del Juzgado de primera instancia en toda la tramitación del procedimiento, desarrollado conforme a las prescripciones legalmente determinadas para estos casos en los arts. 778 quáter y ss. LEC y con entera garantía del derecho del recurrente a ser oído en sus alegaciones y a proponer pruebas de su interés.

QUINTO.- En segundo lugar el recurso de apelación que nos ocupa rechaza la declaración de ilicitud de la retención del menor Edemiro en Colombia, argumentando para ello que se ha vulnerado el principio de cosa juzgada. Alega para ello el recurrente que la cuestión ya está judicialmente resuelta, en concreto en resolución de fecha 24 de marzo de 2023 dictada por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Palmira, por cuanto la misma deniega la restitución **internacional** del menor, entendiendo el recurrente que dicho pronunciamiento resuelve implícitamente la licitud de su retención en Colombia.

Primeramente debemos refrendar, fuera de toda duda, que nos encontramos ante un palmario caso de retención ilícita del menor, toda vez que, como consta documentado en el procedimiento, y no es discutido ni siquiera por el apelante, la realidad habida ha consistido en que en el verano de 2022, ostentando ambos progenitores conjuntamente la custodia del menor, ambos firmaron ante Policía Nacional una autorización para el viaje del niño con el padre a Colombia con expresa fecha de regreso estipulada (prevista para el 15 de agosto de 2022), quedando igualmente probado e indiscutido que el padre ha vulnerado tal previsión al decidir unilateralmente, y careciendo de título jurídico alguno para ello, la permanencia del menor en Palmira (Colombia).

Resulta de aplicación al caso que nos ocupa el referido Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción **internacional** de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, el cual pretende según su expositivo inicial "proteger al menor, en el plano **internacional**, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita" con la finalidad de "garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita", partiendo por tanto de la neta diferenciación entre el lugar de residencia habitual (que en este caso es DIRECCION000 en España) y el lugar de traslado o retención del menor (en este caso, DIRECCION001 en Colombia). El sustento esencial del Convenio es la preservación del interés del menor identificado con la permanencia en su entorno vital en el lugar de residencia habitual, previendo para ello su inmediato retorno cuando es desplazado o retenido en otro Estado, como forma de restablecimiento de su *status quo*.

De esta forma, el art. 3 del Convenio entiende como traslado o retención ilícita de un menor no sólo la producida "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", sino también la que tiene lugar "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", que es el caso en que nos encontramos. El mismo precepto aclara que en el primer supuesto la atribución de la custodia puede derivar tanto de pleno derecho como de una decisión judicial o administrativa.

Por tanto, el hecho de que en el caso que nos ocupa el litigio judicial sobre la custodia del menor se haya impulsado y resuelto con posterioridad a su retención ilegal en Colombia no impide el análisis de la cuestión, porque conforme al Convenio de La Haya es ilícita la retención no sólo efectuada contra una custodia *atribuida* sino también contra una custodia *ejercida* de forma efectiva tanto separada como conjuntamente, y la realidad es que en agosto de 2022 la custodia del menor Edemiro la ostentaban y ejercían conjuntamente sus dos progenitores, y no sólo el Sr. Eladio, siendo que la decisión del lugar de residencia de todo hijo menor compete a esas facultades custodias inherentes a la patria potestad, por lo que es evidente que la retención del menor en Colombia, decidida unilateralmente por uno solo de los progenitores en un momento temporal en el que la custodia la ostentaban y ejercían ambos, es manifiestamente ilícita.

SEXTO.- Pues bien, aclarado lo anterior, el único motivo planteado en el recurso de apelación es, como decimos, la posible concurrencia de cosa juzgada sobre la cuestión de la ilicitud de la retención del menor en Colombia.

No compartimos sin embargo la concurrencia de tal excepción.

En primer lugar, la sentencia de 24 de marzo de 2023 del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Palmira no resuelve sobre la declaración de ilicitud de la retención del menor Edemiro en Colombia. Por el contrario, resuelve un aspecto distinto y diferenciado, como es su restitución inmediata a España. Y lo cierto es que,



con el tenor del Convenio de La Haya de 1980, se trata de dos aspectos no condicionantes el uno del otro, de manera tal que puede haber tenido lugar una retención ilícita y no proceder, sin embargo, la restitución del menor. Así se deriva de la dicción de los arts. 12 y 13 del Convenio, que habilitan a las autoridades judiciales del Estado requerido (aquel en el que se encuentra el menor) para denegar la restitución por determinadas causas y circunstancias, y ello aun cuando el menor "haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3", según determina el art. 12.

En otras palabras, la decisión de retornar al menor sí contiene implícitamente la declaración de que su traslado o retención ha sido ilícito, por cuanto procede tal regreso por motivo de dicha ilicitud. Pero en sentido inverso, es perfectamente posible en el Convenio que el traslado o retención sean ilícitos en el sentido del art. 3 (como lo es, manifiestamente, en el caso que nos ocupa según lo antes analizado) pero que, por excepción, no se acuerde el retorno del menor por determinadas circunstancias particulares que relaciona el Convenio (en concreto, los arts. 12 y 13 del Convenio referencian la integración del menor en su nuevo medio; el ejercicio inadecuado de su custodia en su lugar originario de residencia; la exposición del menor a riesgos o peligros físicos o psíquicos; o la oposición del menor en función de su edad y grado de madurez). Redunda en tal consideración el hecho de que, como ha quedado antes expuesto, el art. 778.sexies de la LEC regula un procedimiento específico para la declaración de ilicitud, a tramitar por los juzgados del domicilio del menor, "al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución **internacional**", lo que evidencia la compatibilidad de uno y otro supuesto y, en definitiva, la inexistencia de cosa juzgada planteada por el recurrente.

En segundo lugar, adicionalmente a lo indicado, no puede esta Sala dejar de advertir que la repetida resolución del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Palmira difícilmente puede desplegar efecto de cosa juzgada dada su absoluta falta de motivación y argumentación para la decisión que adopta (que, en cualquier caso, y conforme a lo ya indicado, no es una decisión sobre ilicitud de la retención, sino sobre el retorno del menor). El documento ni siquiera referencia la eventual intervención de un organismo público en defensa del interés del menor (como el Ministerio Fiscal en España), no cita ni referencia el Convenio de La Haya y no contiene, como decimos, ninguna razón expositiva que motive la decisión que adopta. Se desconoce, por tanto, si el juzgado colombiano ha estimado lícita o ilícita la retención del menor, como se desconoce también si deniega su retorno a España por alguna de las circunstancias de excepción de los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya (y, en su caso, por cuál o cuáles circunstancias en concreto y en base a qué pruebas acreditadas), por lo que evidentes razones de seguridad jurídica impiden extender el efecto de cosa juzgada en el sentido pretendido por el aquí recurrente.

Por todo lo razonado, se desestima el recurso de apelación.

SÉPTIMO.- En cuanto al pago de las costas procesales de la apelación, de conformidad con el art. 398 LEC, por remisión al art. 394 LEC, no procederá efectuar imposición de costas de la presente alzada, en atención al interés público subyacente en el asunto enjuiciado.

FALLO

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Garde Gil, en nombre y representación de D. Eladio, contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2023 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Tudela en el procedimiento de Sustracción **Internacional** de Menores nº 47/2023, que **SE CONFIRMA**.

Todo ello sin hacer imposición en cuanto al pago de las costas procesales de la apelación.

Dese el destino legal al depósito que se haya constituido para recurrir.

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

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

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 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ