



Roj: **SAP A 1416/2023 - ECLI:ES:APA:2023:1416**

Id Cendoj: **03014370062023100199**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **6**

Fecha: **13/09/2023**

Nº de Recurso: **1083/2023**

Nº de Resolución: **269/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENCARNACION CATURLA JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN SEXTA ALICANTE

NIG: 03014-42-1-2023-0017135

Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 1083/2023

Dimana del Restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional [X57] Nº 000835/2023

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE ALICANTE

Apelante/s: Antonieta Procurador/es: MARIA AMPARO RODRIGUEZ BELLO Letrado/s: CONCEPCION SANCHIS OLTRA

Apelado/s: MINISTERIO FISCAL y ABOGACIA DEL ESTADO

Procurador/es : Letrado/s:

SENTENCIA Nº 269/2023

Il'tmos. Srs.

Presidente: D^a. María Dolores López Garre. Magistrado: D^a. Encarnación Caturla Juan. Magistrado: D. José Baldomero Losada Fernández.

En la Ciudad de Alicante, a trece de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTO, siendo Ponente la Il'tma. Sra. D^a Encarnación Caturla Juan.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Il'tmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 1083/2023 los autos de Restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional [X57] - 000835/2023 seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE ALICANTE en virtud del recurso de apelación entablado por la parte demandada Antonieta que han intervenido en esta alzada en su condición de apelante, representada por la Procuradora MARIA AMPARO RODRIGUEZ BELLO y defendida por la Letrada CONCEPCION SANCHIS OLTRA y siendo apelada la parte demandante ABOGACIA DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado. Habiendo intervenido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHOS

Primero.-Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE

ALICANTE y en los autos de Juicio Restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional [X57] - 000835/2023 en fecha 18/07/2023 se dictó la sentencia nº 274/2023 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "SE DECLARA LA ILICITUD DE LA RETENCIÓN de la

menor, Catalina , de nacionalidad argentina, por parte de la progenitora Antonieta , debiendo ser restituida la misma a Argentina. Se condena en costas a la parte demandada, debiendo hacerse cargo de cuantos gastos



se ocasionen con la restitución del menor. Una vez firme la presente resolución se ejecutará la restitución fijando los itinerarios correspondientes. Se mantiene la vigencia de las medidas cautelares acordadas en este procedimiento por auto de fecha 6 de julio de 2023, hasta que se dicte resolución expresa acordando su cese."

Segundo.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandada siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta Ittma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº 1083/2023.

Tercero.- En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 13/09/2023 y siendo ponente la Ittma. Sra. Doña ENCARNACION CATURLA JUAN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Frente a la sentencia de instancia que declara la ilicitud de la retención de la menor declarando que debe ser restituida al país de origen donde tiene su residencia habitual, con condena en costas a la parte demandada, que debe hacerse cargo de cuantos gastos ocasione la restitución de la menor; se alza en apelación la parte demandada, interesando se deje sin efecto la petición de retorno ilícita de la menor, y se acuerde denegar su retorno a Argentina, revocando las medidas cautelares acordadas en el presente procedimiento. Recurso que funda en los siguientes extremos:

1º El error en que incurre el juzgador de instancia en la valoración de la prueba, al no tener en cuenta las circunstancias actuales de la menor y no ponderar su superior interés, con infracción de lo dispuesto en el art. 12 del Convenio de la Haya.

2º Por desatención de la menor por parte del progenitor solicitante que incumplió el régimen de visitas, con infracción del art. 13 del Convenio de la Haya.

3º Existencia de grave riesgo para la menor si se lleva a cabo la restitución al país de origen, siendo la voluntad de la menor permanecer en España, con infracción del art.

13 del Convenio de la Haya.

4º Indebida denegación de prueba en la instancia con infracción del art. 283 de la LEC en relación con el art. 24 de la Constitución.

Recurso al que se oponen tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal, interesando ambos, en los términos que obran en sus respectivos escritos, la confirmación de la resolución de instancia, al no resultar infringidos los preceptos citados.

Segundo.- Antes de entrar a analizar los motivos de recurso, ante la naturaleza urgente y preferente de este tipo de procedimiento, debemos dar respuesta a la solicitud de práctica de prueba en laalzada; así por la parte apelante se propone:

1º la exploración de la menor Catalina .

2º documental consistente en oficio al Colegio Público al que asiste la menor a los efectos de que informen sobre la evolución del nivel académico de la alumna, su adaptación y socialización en el centro escolar; y oficio dirigido a la Comisaría de la Policía de DIRECCION000 para que remitan copia de la denuncia que efectuó la apelante en febrero de 2023.

3º Testifical-pericial de la Sra. Enma a fin de ratificar el informe pericial psicológico elaborado por ésta y formular las aclaraciones que pudieren solicitar las partes intervinientes respecto del contenido de dicho informe, de donde resulta que el interés superior de la menor es la permanencia en España.

4º Testificales de D^a. Eufrasia , D^a. Eva y D. Ismael , por ser todos ellos conocedores de los incumplimientos del régimen de visitas del progenitor y del trato infligido por el Sr. Miguel hacia la Sra. Antonieta .

Al entender de la Sala, la prueba propuesta no debe ser admitida al no resultar útiles y relevantes para resolver la cuestión planteada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 283 de la LEC en relación con el art. 778 quinquies nº 7, al disponer este último que "Se practicarán, en su caso, las pruebas útiles y pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan y las que el Juez acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, dentro del plazo improrrogable de seis días. El Juez podrá también recabar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los informes que estime pertinentes cuya realización será urgente y preferente a cualquier otro proceso."



Así respecto de la exploración de la menor, si bien es cierto que tanto la legislación nacional (art. 778 quinquies nº 8 y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), como la internacional (art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990; el apartado

15 de la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992; art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000; Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, firmado por el Reino de España el 5 de diciembre de 1997 y ratificado mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015), propugnan oír al menor en todas aquellas cuestiones que le sean relevantes. También lo es, que ello procede en aquellos casos en que se considere conveniente atendida la edad y grado de madurez del menor. Existiendo la posibilidad de prescindir de la misma conforme al art. 21 del Reglamento de la Unión Europea 1111/2019 del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, al establecer que se dará a los menores la posibilidad de expresar libremente sus opiniones cuando tengan capacidad para formarse sus propios juicios y la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones.

En este caso, la menor cuenta solo con siete años de edad recién cumplidos (nació el NUM000 de 2016), por lo que entendemos que, dada su escasa edad, carece de la madurez suficiente para formarse sus propios juicios, así como de la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones (ajenos a cualquier influencia de allegados o terceros), desconociendo la repercusión, alcance y consecuencias de futuro que las mismas pueden tener.

Tampoco procede la admisión de los oficios solicitados, por carecer de relevancia a los efectos que se pretenden, como más adelante se dirá. Lo mismo cabe decir de la testifical pericial, al constar ya el informe con sus conclusiones en el procedimiento; así como la testifical propuesta, en la medida en que como la solicitante indica se trata de familiares y allegados de la misma apelante.

Tercero.- En cuanto a la cuestión de fondo planteada, dispone el art. 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ratificado por España en 1987; que "El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- 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."

Señalando el art. 4 que "El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años."

Siendo que en esta alzada ya no se discute que la demandante ostenta también la patria potestad de la menor y un derecho de visitas, que se autorizó el traslado por unas concretas circunstancias y por un tiempo limitado y que dicho periodo ha transcurrido con exceso; resultando con ello, implícitamente, que ambos progenitores debían consensuar cualquier salida de la menor del territorio **argentino**.

Entendemos que concurren en el presente caso los supuestos del art. 3 del Convenio, al haberse producido el traslado o la retención de la menor con infracción de un derecho de custodia ejercido de forma efectiva con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

Y como acertadamente concluye la juzgadora de instancia y resulta del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980, en el presente procedimiento solo cabe atender a la cuestión relativa a si la retención es o no lícita; y cualquier otra cuestión como la custodia o las visitas o su debido cumplimiento deberán ser objeto del correspondiente procedimiento ante las autoridades de la residencia habitual de la menor antes de su traslado. Esta misma Sala en Auto nº 152/2010 de 21 de Junio de 2010 ya señaló que "como dice el auto de esta misma Sala de 4 de septiembre de 2008 , en el procedimiento que nos ocupa no debe ser objeto de estudio ni de análisis el fondo de las relaciones personales entre los progenitores y las razones por las cuales, atendiendo a la idoneidad



de los mismos, el Tribunal de origen determina con quién han de permanecer los hijos, sino comprobar si efectivamente el traslado de los menores se ha realizado de manera ilícita, ilegítima o furtivamente".

Lo que constituye el objeto de la alzada es si concurren las excepciones a la restitución que prevé el art. 13 del Convenio o infracción del art. 12 como se denuncia por la parte apelante.

Cuarto.- El principio del interés superior del menor en el concreto ámbito que nos ocupa, se concreta, como resulta del propio Convenio y de su encabezamiento, cuando señala que, "Los Estados signatarios del presente Convenio, Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una 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".

Por tanto, el interés del menor se basa en el derecho del menor a no ser trasladado ni retenido en atención a los intereses particulares de terceros; de forma que es el propio Convenio el que prevé unas excepciones para denegar la restitución del menor, precisamente con el fin de garantizar ese superior interés.

El art. 12 del Convenio de La Haya prevé la restitución inmediata del menor cuando no haya transcurrido un año desde la sustracción y se hayan iniciado los procedimientos pertinentes, circunstancias que concurren en el presente caso, este precepto debe ponerse en relación con el apartado segundo del mismo precepto que establece: "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, ordenar asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor".

En la medida en que en el presente caso, por parte del progenitor se iniciaron los trámites dentro del plazo indicado por el precepto, las circunstancias alegadas por la parte apelante relativas a la situación actual de la menor en España y su integración social y académica, carecen de relevancia a los efectos que nos ocupan, de ahí que resulte totalmente innecesario el oficio al colegio en que ha sido escolarizada.

Dispone el art. 13 "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; o
- b) Existe un 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. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor."

En cuanto a la alegada infracción del art. 13 a), no se puede considerar acreditado por la demandada, que, como señala el Convenio, el padre "no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido". No solo estamos ante meras manifestaciones de la parte demandada apelante, vertidas en el juzgado y ante la psicóloga que emitió el informe que se incorpora al procedimiento. No consta acreditado que con anterioridad al traslado denunciase incumplimiento alguno del régimen de visitas o del abono de la pensión de alimentos ante los tribunales competentes; muy al contrario, lo que resulta de la documental obrante al procedimiento es que la relación entre los progenitores respecto de las medidas en relación con la menor se realizaban en virtud de acuerdos, lo que implícitamente nos lleva a concluir que no existía gran conflictividad en el cumplimiento de las medidas acordadas. En todo caso sería insuficiente a tales efectos la testifical propuesta e inadmitida, en cuanto que la misma no podía venir de desvirtuar tales circunstancias, dada la condición de los mismos atribuido por la propia apelante. Y en todo caso se evidencia que el padre ejercía sus funciones parentales, como resulta del mismo hecho de autorizar la estancia temporal de la menor en España y solicitar ante el incumplimiento de la demandada apelante, la restitución de la menor.



Por lo que respecta a la pretendida infracción del art. 13

b) párrafo 1º del Convenio de La Haya relativa a la existencia de un peligro grave físico, psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Al entender de la Sala tampoco concurre en el presente caso la citada excepción a la restitución. El hecho de que la demandada apelante haya denunciado al progenitor solicitante por malos tratos, no resulta suficiente para entender que concurre esta excepción. Por una parte, nos encontramos ante meras manifestaciones de la progenitora, no averdadas en forma alguna. No constan denuncias en el país de origen, sin que pueda escudarse la apelante en la profesión de policía del solicitante, cuando ni tan siquiera se ha acreditado inactividad alguna por parte de las instituciones competentes de su país de origen. Esta misma situación se contradice con el hecho de que las medidas en relación con la menor se alcanzasen en virtud de acuerdos entre ambos progenitores, homologados por los órganos competentes; no habiendo solicitado en ningún momento la actora en su país de origen autorización para residir en España. Es más, la primera denuncia por malos tratos, no se produce a su llegada a España, sino al menos cuatro meses después de su llegada a España, cuando ya se encontraba próxima la fecha de regreso a su país de origen; por lo que existen serias dudas de la realidad o trascendencia de sus manifestaciones.

En todo caso, entendemos que en ningún momento consta acreditado que haya un peligro grave psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, que en definitiva es lo que constituye la excepción; no hay que olvidar que la propia menor reconoce a la psicóloga que si bien quiere a su padre "pero poco",... "quiere verle" aunque "solo de visita", circunstancia ésta que se contradice con la existencia de riesgo o peligro para la menor.

Sin que las alegaciones de que la separación de la niña de su madre y de su entorno familiar y social en España, pueda causar un grave peligro psíquico a la misma, constituya excepción al retorno, porque la madre puede regresar a Argentina, su país de origen y donde ha residido habitualmente con anterioridad a su traslado a España, en beneficio e interés de su propia hija.

En definitiva, entendemos que la resolución apelada se ajusta adecuadamente a lo previsto en el artículo 778 quinquies 7 LEC, así como a lo establecido en los preceptos señalados del Convenio, procediendo su confirmación, con desestimación del presente recurso.

Quinto.- Respecto de las costas de la instancia, entendemos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 778 quinquies.10 de la LEC, fueron impuestas correctamente las costas de la instancia. En materia de costas de esta alzada y no existiendo una norma especial en el artículo 778 quinquies de la LEC, introducido por la Ley 15/2015 de 2 de julio, se debe aplicará el criterio general del artículo 398.1 de la LEC.

Sexto.- Contra la presente resolución no cabe interponer recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en el apartado 11 del art. 778 quinquies de la LEC. En este sentido se ha pronunciado también el ATS de 23 de noviembre de 2016.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Alicante, de fecha 18 de julio de 2023, DEBEMOS CONFIRMAR dicha resolución, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, no cabe interponer recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en fundamento jurídico sexto de la presente resolución.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fe.