



Roj: **SAP A 483/2024 - ECLI:ES:APA:2024:483**

Id Cendoj: **03014370062024100061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **6**

Fecha: **25/04/2024**

Nº de Recurso: **340/2024**

Nº de Resolución: **139/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES LOPEZ GARRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN SEXTA ALICANTE

NIG: 03014-42-1-2024-0004667

Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 000340/2024--

Dimana del Restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional [X57] Nº 000220/2024

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE

Apelante/s: Candelaria

Procurador/es: CONSTANTINO MANUEL GUTIERREZ SARMIENTO Letrado/s: JOSE ANTONIO BASCUÑANA SORIANO

Apelado/s: Rosendo y MINISTERIO FISCAL

Procurador/es : VICENTE JAIME SEMPERE SIRERA Letrado/s: MARIA DOLORES LOPEZ-MUELAS VICENTE

S E N T E N C I A Nº 000139/2024

=====

Il'tmos/as. Sres/as.:

Presidente

D^a.M^a DOLORES LOPEZ GARRE

Magistrados/as

D^a.ENCARNACION CATURLA JUAN D.CARLOS JAVIER GUADALUPE FORÉS

=====

En ALICANTE, a veinticinco de abril de dos mil veinticuatro.

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 000340/2024 los autos de Restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional [X57] - 000220/2024 seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE en virtud

del recurso de apelación entablado por la parte demandada Candelaria que han intervenido en esta alzada en su condición de **recurrente**, representada por el Procurador CONSTANTINO MANUEL GUTIERREZ SARMIENTO y defendida por el Letrado JOSE ANTONIO BASCUÑANA SORIANO y siendo **apelada** la parte demandante Rosendo representado por el Procurador VICENTE JAIME SEMPERE SIRERA y defendido por la Letrada MARIA DOLORES LOPEZ-MUELAS VICENTE.Habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHOS.

**Primero.-** Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE

ALICANTE y en los autos de Juicio Restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional [X57] - 000220/2024 en fecha 1/03/24 se dictó la sentencia nº 73/24 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Estimar íntegramente la demanda presentada por el/la procurador/a don/doña Vicente Jaime Sempere Sirera, en nombre y representación de don Rosendo , contra doña Candelaria , por lo que **1º** Se declara que el traslado de la menor Luisa (nacida el NUM000 de 2017, en Dublín (Irlanda), hija de Candelaria y Rosendo ; de nacionalidad irlandesa, con numero de pasaporte NUM001 ; y con número de identidad personal sueco NUM002) es ilícito, procediendo su retorno al lugar de procedencia. **2º** La menor Luisa deberá ser restituida a **Suecia**, dentro del plazo de **quince días**, a cuyo efecto la progenitora, **doña Candelaria** , deberá acreditar ante este Juzgado, dentro de un plazo de **cinco días**, la adquisición de los billetes de avión necesarios para tal traslado, aportando copia de los mismos. En el caso de que no se acredite la adquisición de los billetes en el plazo otorgado, el progenitor, **don Rosendo** , podrá realizar el traslado de la menor a su país de origen. A los efectos anteriores, la actora deberá acreditar, dentro de los **cinco días** siguientes a la finalización del plazo otorgado a la progenitora para la acreditación de la adquisición de los billetes necesarios para efectuar el traslado, la adquisición de los billetes de avión necesarios para tal traslado por parte del progenitor, aportando copia de los billetes. Acreditada la obtención de los billetes, se concretarán el resto de las condiciones del retorno, a través del correspondiente auto. **3º** Para evitar un nuevo traslado ilícito de la menor tras la notificación de la Sentencia, se mantienen todas las medidas acordadas en auto de fecha 13 de febrero de 2024: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte a la misma o retirada, si ya se hubiere expedido; y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio de la menor. **4º** Doña Candelaria deberá abonar los gastos de viaje y los que ocasione el retorno de la menor a Suecia. **5º** Se condena en costas a la demandada."

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 Itma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº 000340/2024.

Tercero.- En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 25/04/24 y siendo ponente la Itm/a. Sra. Doña M^a DOLORES LÓPEZ GARRE.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero. -La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por Don Rosendo contra Doña Candelaria y declara que el traslado de la menor Luisa , hija de las partes es ilícito y debe de retornar al lugar de procedencia . Debiendo ser restituida por la demandada a Suecia en quince días , se acuerdan medidas en cuanto a compra de billetes y gastos de traslado y se mantienen las medidas acordadas en el auto de fecha 13 de febrero de 2024.

Interpone recurso de apelación la parte demandada , solicitando en primer lugar la nulidad de actuaciones por vulneración del derecho de defensa, al ser la demandada de nacionalidad irlandesa siendo su idioma el inglés y no haber tenido un traductor en su lengua , no se le hizo la advertencia que tenía de nombrar abogado y procurador cuando se le notificó la demanda , ni haberle designado abogado y procurador del turno de oficio en la comparecencia de fecha 16 de febrero de 2024.

La petición de nulidad de actuaciones debe ser desestimada, ninguna infracción se ha producido que haya impedido a la demandada ejercitar su derecho de defensa.

Se citó a la demandada a través de la Guardia Civil en fecha

13 de febrero de 2024 para que se personará en el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante el día 16 de febrero de 2024 para dar traslado de la demanda y entregarle los documentos que se acompañaban con la misma , y compareció en el Juzgado el día 16 de febrero acompañada de la menor , manifestó su negativa a restituir a la menor , estando asistida de intérprete como consta en la comparecencia efectuada el día antes indicado (consta como intérprete jurado Florinda que fue designada de oficio) , especificando el decreto de admisión a trámite de la demanda que era necesario la asistencia mediante abogado y procurador

al acto de la vista . Y que, si carece de medios suficientes para designar abogado y/o procurador, puede solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en el plazo de los tres días siguientes al de la notificación de la presente resolución.

En el acto del juicio compareció asistida de abogado y procurador de su elección pero fue declarada en situación de rebeldía al no haber formulado en plazo oposición a la demanda

, se admitió en el acto de la vista que estuviese asistida por su abogado el cual participo en la práctica de prueba , se le dio la oportunidad de proponer prueba y formular conclusiones, estando asistida en dicho acto por interprete de su elección, a pesar de que se le había nombrado interprete por el juzgado .

Segundo.-Alega la recurrente que no ha existido sustracción ilícita , existiendo error en la valoración de la prueba e infracción del artículo 3 del Convenio de la Haya, al haber aportado prueba documental consistente en resolución judicial Sueca que atribuye en exclusiva la patria potestad de la menor a la recurrente , no siendo tenido en cuenta esta circunstancia en la instancia.

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."*

Por su parte, el art. 2.11 del Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (conocido también como Bruselas II bis) que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000; establece que " *el traslado o retención de un menor serán ilícitos cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y*

b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor ."

Así mismo el punto 18) de las Consideraciones del Reglamento (UE) **2019/1111** del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, dispone que " *A efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene "derechos de custodia" cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de "custodia" y "visita", el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita."*

Alega la parte recurrente que el demandante nunca ha demostrado que tuviera asignado un régimen de guarda y custodia de la menor , en el momento del traslado tenía asignada por las autoridades Suecas la patria potestad exclusiva de la menor,debiendo se aplicada la legislación Sueca al ser el país de residencia de los progenitores y de la menor. Por ello no existe infracción del derecho de custodia que justifique el retorno de la menor a Suecia.

La parte actora acompaño con su demanda el documento nº 3 consistente en censo de población emitido por la Administración Tributaria Sueca de fecha 13 de diciembre de 2023 en el que consta que la menor convivía con sus padres en el mismo domicilio, siendo los mismos tutores de la niña por tanto la misma estaba bajo la patria potestad de ambos progenitores.



Existió un error por parte de la Administración por lo que la demandada fue registrada incorrectamente como tutora de la menor si bien el mismo fue corregido como se ha expuesto en fecha 13 de diciembre de 2023 y así se acredita por el demandante con el mencionado documento nº 3 de la demanda. La demandada no ha ostentado la patria potestad exclusiva sobre la menor y no podía decidir de forma unilateral el traslado de la menor a España sin consentimiento del actor.

Por todo lo expuesto, este motivo de apelación debe ser desestimado. Concorre en el presente caso los supuestos del art. 3 del Convenio, al haberse producido la retención de la menor con infracción de un derecho de custodia ejercido de forma efectiva con arreglo a la legislación y las medidas vigentes acordadas por la Autoridad judicial del Estado en el que la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado y retención. Por lo que es correcta la declaración de ilicitud de la retención contenida en la sentencia que se recurre.

Tercero.-Alega la demandada en su recurso que concurre la excepción prevista en el artículo 13.b) del Convenio de la Haya siendo prevalente el interés del menor a no retornar con el progenitor, al existir un grave riesgo de que la restitución de la menor a Suecia la exponga a un peligro grave físico o psíquico.

Establece el artículo 13 del Convenio:

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

a)

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.

La apelante manifiesta que el traslado a España fue motivado por la falta de adaptación de la madre a Suecia, su falta de ingresos económicos, la menor siempre ha estado con la madre, siendo el padre una figura residual, no siendo procedente el retorno pues se produciría una ruptura de la relación con la madre con la hija, no siendo buenas las relaciones con el padre de la menor, siendo la demandada la que siempre la ha cuidado y puede dedicarle mayor dedicación.

El motivo de recurso debe ser desestimado, la demanda de restitución se presenta en fecha 9 de febrero de 2024 cuando todavía no habían transcurrido cinco meses desde el traslado que tuvo lugar en fecha 20 de septiembre de 2023. No se ha acreditado ninguna situación de riesgo para la niña, no ha existido maltrato por parte del demandante que determine no acceder a la restitución pues del informe de los Servicios Sociales Suecos de fecha 30 de diciembre de 2022 se realizan investigaciones y se concluye que no existe una situación de violencia doméstica para la menor. Ha existido convivencia de la menor con ambos progenitores hasta agosto de 2023, el padre seguía manteniendo relación con la niña y por tanto ejercía los derechos inherentes a la patria potestad sobre la menor. Así mismo se ha acreditado que la niña estaba integrada en el entorno escolar en Suecia.

Por último señalar que las circunstancias personales de la demandada que alega en su recurso sobre su falta de adaptación al país o la falta de trabajo e ingresos, son circunstancias que no deben ser valoradas en relación al objeto del procedimiento que debe centrarse en si ha existido un traslado ilícito de un menor y si existen circunstancias que determinen que, en interés del menor a pesar de existir una infracción del derecho de custodia, deben prevalecer sobre el mismo y no acordar la restitución.

Se ha acreditado por la parte demandante que la demandada ha infringido el derecho de custodia del padre y que no existe circunstancias de riesgo alguna ni física ni psíquica como alega la recurrente que impidan el retorno de la menor a Suecia, por lo que debe ser desestimado el recurso interpuesto y confirmada en su integridad la sentencia de instancia.



De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y

398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deben imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Señor Gutierrez Sarmiento en representación de Doña Candelaria contra la sentencia dictada por la Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de la ciudad de Alicante en fecha 1/03/24 y en los autos de Restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional nº 000220/2024 de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS íntegramente el mismo al estar ajustado a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse 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.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el nº 9 de la misma Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985 según redacción dada por la LO1/2009, al ser la presente sentencia desestimatoria del recurso, firme que lo sea, el recurrente perderá el depósito efectuado para la interposición de la apelación.

Contra la presente resolución, no cabe interponer recurso alguno conforme al artículo 778.11 quinquies de la L.E.C.

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