



Roj: **SAP B 9355/2024 - ECLI:ES:APB:2024:9355**

Id Cendoj: **08019370182024100359**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **19/07/2024**

Nº de Recurso: **385/2024**

Nº de Resolución: **406/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MYRIAM SAMBOLA CABRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818742120218193710

Recurso de apelación 385/2024 -E

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Sabadell

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 878/2021

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012038524

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0970000012038524

Parte recurrente/Solicitante: Natalia

Procurador/a: Monica Garcia Vicente

Abogado/a: Laura Medina Urda

Parte recurrida: Nuria

Procurador/a: Carmen Gros Diaz

Abogado/a: Natalia Santandreu Gracia

SENTENCIA N° 406/2024

Magistrados/Magistradas:

D. Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Myriam Sambola Cabrer (Ponente) Dª Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 19 de julio de 2024

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 24 de abril de 2024 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 878/2021 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Sabadell a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Mónica García Vicente, en nombre y representación de Natalia contra Sentencia - 21/11/2023 y en el que consta como parte apelada-oponente el/la Procurador/a Carmen Gros Díaz, en nombre y representación de Nuria .

SEGUNDO. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "1.- Estimo parcialmente la demanda de divorcio contencioso promovida a instancia de D^a. Nuria sobre acción de divorcio contencioso y acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio de D^a. Nuria y D^a. Natalia .

2.- Se desestima la solicitud de declinatoria de competencia **internacional** y se acuerda que la competencia para conocer del presente procedimiento corresponde a este Juzgado.

3.- Se mantiene la resolución adoptada mediante Auto de 15 de marzo de 2022, procedimiento 143/2022 (confirmado posteriormente por auto de 15 de marzo de 2023, apelación 763/2022, de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona) que declaró la ilicitud del traslado de los menores Alvaro y Sandra , y se acuerda que los menores sean restituidos a España, al ser el Estado de la residencia habitual de los menores inmediatamente anterior al traslado ilícito de los mismos.

4.- En concreto se establecen las siguientes medidas:

4.1.- La potestad parental de Alvaro y Sandra será compartida.

4.2.- Se atribuye la guarda y custodia de Alvaro y Sandra de forma compartida a ambos progenitores, que se realizará de la siguiente manera:

o Los menores estarán con el padre desde el lunes a la entrada de la escuela (o a las 9:00 horas en el supuesto de que no haya escuela) hasta el miércoles a la entrada de la escuela (o a las 9:00 horas en el supuesto de que no haya escuela).

o Estarán con la madre desde el miércoles a la entrada de la escuela (o a las 9:00 horas en el supuesto de que no haya escuela), hasta el viernes a la entrada de la escuela (o a las 9:00 horas en el supuesto de que no haya escuela).

o Y estarán, por semanas alternas, con el padre y con la madre desde el viernes a la entrada de la escuela (o a las 9:00 horas en el supuesto de que no haya escuela) hasta el lunes a la entrada de la escuela (o a las 9:00 horas en el supuesto de que no haya escuela).

Será el progenitor con quien estén los menores el que se encargará de llevar a los menores a la escuela o el que los deberá llevar al domicilio del otro progenitor en caso de que no haya colegio.

Se acuerda realizar un seguimiento por parte de los servicios sociales de DIRECCION000 , respecto de los menores y ambos progenitores, durante dos años, y que se informe cada tres meses al Juzgado. Una vez trascurren los dos años se valorará, en función de los informes, si se prorroga dicho seguimiento. Dicho seguimiento se iniciará cuando la madre y los menores regresen a España.

4.3.- Se establece el siguiente régimen de vacaciones:

4.3.1.- VACACIONES DE SEMANA SANTA:

Las vacaciones de semana santa se dividirán en dos periodos a efectos de su reparto entre los progenitores.

o El primer período comprenderá desde el viernes en que comiencen las vacaciones escolares a la salida del colegio hasta el Miércoles Santo a las 20:00 horas.

o El segundo desde dicho día y hora hasta el lunes de pascua a las 20.00 horas.

4.3.2.- VACACIONES DE NAVIDAD:

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos a efectos de su reparto entre los progenitores.

o El primero comprenderá desde el día de inicio de las vacaciones escolares a la salida del colegio, hasta el día 30 de diciembre a las 20.00 horas.

o Y el segundo desde dicho día y hora hasta el día anterior al reinicio del curso escolar a las 20:00 horas.

4.3.3.- VACACIONES DE VERANO:

Las vacaciones de verano se dividen en dos periodos.

o El primero comprende las primeras quincenas de los meses de julio y agosto. (desde las 20 horas del día 30 de junio hasta las 20 horas del 15 de julio; desde las 20 horas del día 31 de julio hasta las 20 horas del 15 de agosto).

o Y el segundo, comprende las segundas quincenas de los meses de julio y agosto (desde las 20 horas del 15 de julio hasta las 20 horas del 31 de julio; y de las 20 horas del 15 de agosto hasta las 20 horas del 31 de agosto).

4.3.4.- CONSIDERACIONES GENERALES:

o En los periodos vacacionales, los años pares corresponderá al padre el primer periodo y a la madre el segundo. Los años impares, corresponderá a la madre el primer periodo y al padre el segundo.

o En caso de haber optado por la entrega o recogida en el colegio, si esta no fuere posible, deberá hacerse en el domicilio del progenitor con quien estén la menor en el mismo horario que en su caso habría correspondido de asistir al centro escolar.

o Es obligación de los progenitores facilitar la comunicación de los hijos con el progenitor con quien no estén en cada momento, contestando las llamadas que se efectúen, ya sea en el teléfono del progenitor, o al que pudiera tener el menor.

o Cualquier enfermedad que sufran los hijos ha de ser notificada inmediatamente por el progenitor con el que esté al otro progenitor, que podrá visitarle ilimitadamente mientras dure la misma.

4.4.- En cuanto a la pensión de alimentos:

En el presente caso, dado el establecimiento de la guarda y custodia compartida, cada progenitor se hará cargo de los gastos que ocasionen los menores cuando estén bajo su guarda.

Los gastos comunes de los menores, tales como educación, libros, matrículas escolares, material escolar, actividades extraescolares, u otro tipo de gastos comunes, se abonarán en un 65% por el padre y en un 35% por la madre.

D^a. Nuria abonará una pensión de alimentos de 150 euros mensuales por cada hijo. La pensión de alimentos será abonada en mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la madre al efecto. La mencionada cantidad se actualizará anualmente a tenor de las variaciones del Índice General de Precio al Consumo, que publica el Instituto Nacional de Estadística, u organismo que los sustituya, referido a Catalunya. La actualización se hará automáticamente, sin necesidad de ningún tipo de requerimiento al obligado al pago. Esta pensión de alimentos se abonará a partir del momento en que la Sra. Natalia regrese a España con sus hijos.

Los gastos extraordinarios serán abonados en un 65% por el padre y en un 35% por la madre, conforme a lo establecido en el correspondiente fundamento de derecho de la presente resolución.

4.5.- Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la Sra. Natalia . Pero esta atribución del uso de la vivienda se aplicará a partir del momento en que la Sra. Natalia regrese a España con sus hijos y se realiza por un plazo de 5 años a partir de que regrese.

Cuando la Sra. Natalia regrese a España y comience el uso de la vivienda, los gastos de la vivienda se satisfarán de acuerdo con los dispuesto en el artículo 233-23 CCCat.

4.6.- Se declara extinguido el condominio existente sobre el bien copropiedad de las partes sito en DIRECCION001 de DIRECCION000 .

4.7.- No procede el establecimiento de pensión compensatoria a favor de la Sra. Natalia .

5.- No se imponen las costas a ninguna de las partes. "

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 18/06/2024.

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

Se designó ponente a la Magistrada D^a Myriam Sambola Cabrer .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

La sentencia de divorcio de 21 de noviembre de 2023 acuerda la disolución del matrimonio, desestima la declinatoria de competencia **internacional**, mantiene la resolución adoptada por auto de 15-3-2022 confirmado por auto de 15-3-2023 que declaró la ilicitud del traslado de los menores y establece respecto a ellos las siguientes medidas: potestad parental compartida, guarda compartida con el padre de lunes a miércoles y con la madre de miércoles a viernes y establece un seguimiento por los Servicios Sociales con un reparto de las vacaciones por mitad.

En cuanto a los alimentos dispone que D^a Nuria abonará una pensión de 150 euros mensuales para cada hijo que se abonará en el momento en que la Sra. Natalia llegue a España. Los gastos extraordinarios los distribuye en 65% el padre y 35 % la madre. Atribuye a la Sra. Natalia el derecho de uso de la vivienda familiar por un plazo de 5 años a contar desde que regrese. Declara extinguido el condominio existente sobre la vivienda sita en la DIRECCION001 de DIRECCION000. Y desestima la petición de pensión compensatoria formulada por la Sra. Natalia.

La Sra. Natalia recurre en apelación.

Reitera la falta de competencia **internacional** sobre responsabilidad parental y denuncia error en la valoración de la prueba. Solicita que con estimación del recurso se acuerde:

1.- La falta de competencia **internacional** del Juzgado de Primera Instancia para conocer de las medidas relativas a los menores de edad.

2.- Subsidiariamente, se adopten las medidas siguientes:

- Retirada de la potestad parental a D^a Nuria o en su caso se acuerde el ejercicio exclusivo de la potestad por la Sra. Natalia.

- La atribución de la guarda y custodia de los hijos a la Sra. Natalia.

- Establecimiento de un régimen de visitas de forma que, avisando con dos semanas de antelación de su viaje a Polonia, podrá ver a sus hijos tres tardes a la semana desde las 17 h a las 20 h y siempre a presencia de la madre, manteniendo las visitas en periodos vacacionales.

- Se autorice y reconozca a Polonia como país de residencia habitual de los menores.

- El establecimiento de una pensión de alimentos a favor de los hijos y a cargo de D^a Nuria en la cantidad de 600 euros en total (300 euros para cada hijo).

- El establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la Sra. Natalia en la suma de 250 euros durante 5 años.

D^a Nuria se opone al recurso. El Ministerio Fiscal en escrito de 18 de enero de 2024 pide la confirmación de la sentencia. La Sra. Nuria se opone al recurso, pide su desestimación con expresa condena en costas a la recurrente por su temeridad y mala fe.

SEGUNDO.- Sobre la competencia de los Tribunales Españoles.

La Sra. Natalia no cuestiona la competencia **internacional** respecto de la declaración de divorcio ni para la división de la cosa común. La legislación aplicable avala la competencia.

Solo vamos a analizar la competencia **internacional** para regular las medidas de responsabilidad parental respecto a Alvaro y Sandra nacidos respectivamente el NUM000 de 2016 y el NUM001 de 2018.

El auto de 30 de marzo de 2022 resolvió sobre la declinatoria de **jurisdicción** y la desestimó porque de una sustracción ilícita no puede derivarse un cambio competencial favorable al progenitor sustractor. Y es que el 15 de marzo de 2022 en el PJV 143 /2022 se dictó por el Juzgado de instancia auto que declaró que el traslado de los menores a Polonia desde DIRECCION000 donde residían habitualmente fue ilícito. Y esta resolución fue confirmada por auto de esta Sala de 15 de marzo de 2023.

La Sra. Natalia insiste y considera que la sentencia recurrida yerra en su interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción **internacional** de menores (en adelante el Convenio de La Haya) e ignora el concepto de residencia habitual que da el Reglamento Europeo 2201/2003.

Expone que el Tribunal de Apelación de Varsovia en el procedimiento de restitución de los menores dictó auto el 4 de noviembre de 2022 de no restitución de los menores basándose no sólo en el art. 13 del Convenio de La Haya sino también en su art. 12 lo que, a su juicio, resulta importante a la hora de analizar la competencia para conocer sobre las medidas sobre los menores. Argumenta que el art. 11 del Reglamento Europeo no dice que el Tribunal que requiere la restitución de los menores, en este caso el español, conserve su competencia

cuando se ha negado la restitución en base al art. 12 del Convenio de La Haya, al haber quedado integrados los menores en Polonia.

Expone que, a este respecto, el Tribunal de Varsovia valora la situación a la luz del estado actual del expediente, constata que los menores llegaron a Polonia el 5 de marzo de 2021 y que en la actualidad están plenamente integrados en Polonia.

Añade que el concepto de residencia habitual es un concepto de hecho, independiente de toda cuestión sobre su fijación ilícita o no. Esto es, que el concepto de residencia habitual puede adquirirse como resultado de un traslado ilícito.

De todo ello sigue y concluye que la residencia habitual de los niños es Polonia por lo que son los tribunales de aquel país los competentes para conocer de las medidas de responsabilidad parental. Recuerda que allí se ha iniciado un procedimiento de divorcio, añade que el pasado 15 de noviembre de 2023 la Sra. Natalia presentó un escrito ante el Tribunal Regional de Kielc, que el 20 de julio de 2023 el Tribunal Territorial de Sandomierz Sala III de Familia y Tutela de Menores en el procedimiento sobre alimentos dictó resolución desestimatoria de la oposición de falta de competencia formulada por la adversa y motiva porque considera que son los tribunales polacos los competentes para conocer de todas las medidas afectantes a los niños y reitera que en la vista de medidas provisionales ya se acreditó documentalmente que los tribunales polacos estaban conociendo de la potestad parental, guarda y alimentos de los menores.

Validamos en este punto la resolución apelada por sus propios fundamentos. Y para dar respuesta al recurso diremos que:

1.- El Reglamento aplicable por razones de vigencia temporal es el de Bruselas II bis o 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de Responsabilidad Parental. El Reglamento Bruselas II ter se aplica desde el 1/8/2022.

2.- El art. 8 del Reglamento Bruselas II bis en materia de responsabilidad parental y bajo el epígrafe "Competencia General" nos dice que "los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro (EM) en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional".

3.- El art. 9 sólo se aplica en el caso de cambio legal de residencia y el art. 10 afirma la conservación de la competencia en caso de sustracción hasta la adquisición de una residencia habitual en otro EM y se den determinadas circunstancias que, por lo que razonamos a continuación, aquí no concurren.

4.- Y es que la demanda de divorcio con petición de medidas de responsabilidad parental y alimentos fue presentada en DIRECCION002 y registrada el 23/7/2021, apenas cuatro meses después de que la madre marchara con los niños a Polonia, 6 de marzo de 2021. Por otra parte, el padre planteó la demanda de sustracción-restitución ante las autoridades competentes de Polonia el 12 febrero de 2022, antes del año del traslado. Y en España se ha seguido al amparo del art. 778 sexies de la LEC en relación con el art. 15 del Convenio de La Haya y a su instancia, procedimiento solicitando la declaración de ilicitud del traslado. Este pronunciamiento, que se realiza según el derecho del EM de la residencia habitual del menor, es previo a cualquier decisión sobre el retorno.

En aquel procedimiento 143/2022 se dictó auto de 15 de marzo de 2022 que declara ilícito el traslado; posteriormente confirmado por esta sala, APB, auto de 15 de marzo de 2023 (rollo apelación 763/2022).

5.- Reiteramos aquí, resumidamente, las consideraciones sobre la ilicitud del traslado como punto de partida de los restantes pronunciamientos.

Los menores tenían su residencia habitual en España junto con sus padres y fueron trasladados a Polonia y retenidos allí sin consentimiento de la parte demandante con infracción del derecho de custodia. Es el art. 3 del Convenio de La Haya el que define qué se entiende por traslado o retención ilícita "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"; añade que 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. A su vez el Reglamento (CE) 2201/2003, aplicable a los traslados intracomunitarios, que complementa al Convenio de la Haya, en su art. 11 bajo la rúbrica de "Restitución del menor" declara aplicables los art. 2 a 8 cuando se solicita una restitución conforme al Convenio de la Haya y el art. 2, apartado 11) del Reglamento 2201/2003 define de manera similar al Convenio el traslado

ilícito. Siendo el traslado ilícito, sólo puede denegarse la restitución si concurre alguna de las excepciones que contempla el propio Convenio de la Haya en su art. 13.

6.-En definitiva, es aplicable el art. 10 del Reglamento CE 2201/2003, (Bruselas II bis) y este precepto dice que, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro.

De su tenor resulta que el foro de competencia se valora en el momento de plantearse la demanda y en aquel momento, como se ha expuesto, no hay duda alguna de que la residencia habitual de los niños, su centro de vida era España. Rige la "perpetuatio iurisdictionis".

7.- Aun cuando se decidiera el no retorno de los niños a España por concurrir alguna de las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya, España seguiría siendo competente para todas las medidas de responsabilidad parental porque los menores tenían su residencia habitual en España al tiempo de presentarse la demanda de divorcio. La parte apelada acompaña al recurso resolución polaca del Tribunal de Kielce de fecha posterior a la sentencia apelada que rechaza la demanda de divorcio instada por la Sra. Natalia (doc. núm. 1y 2).

8.- Por otra parte, la decisión de no retorno del Estado donde ahora está el menor no afecta a la competencia del Estado donde estaba antes. Así lo establece la STJUE de 22-12-2010, caso C-497/10 PPU (Mercredi v Chaffe que dice en su punto 2: " Las resoluciones de un órgano judicial de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de la Haya una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor , no afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes. El Auto del TJUE de 10-4-2018, caso C-85/18 PPU, ha establecido que : "El artículo 10 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 (...) y el art. 3 del Reglamento (CE) nº 4/2009 (..) deben interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal , en la que un menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro fue trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores a otro Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro no son competentes para pronunciarse sobre una demanda relativa al derecho de custodia o a la fijación de una pensión alimenticia respecto de dicho menor, a falta de toda indicación de que el otro progenitor haya dado su conformidad con el traslado del menor o no haya presentado demanda de restitución de este último".

9.-El art. 16 del Convenio de la Haya va en el mismo sentido cuando dice que " Después de haber sido informados de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el art. 3, las autoridades judiciales o administrativas de donde ha sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio".

En consecuencia, cualquier procedimiento iniciado en Polonia sobre esta materia y en esas circunstancias debió suspenderse hasta la decisión sobre el retorno.

10.- El estado competente para conocer sobre el fondo- de la responsabilidad parental- y con la facultad de decidir en última instancia sobre el retorno es el Tribunal Español, el del domicilio habitual de los menores antes del traslado declarado ilícito y comunicado a Polonia.

TERCERO.- Decisión sobre el retorno de los menores.

Este pronunciamiento entendemos que se recurre de forma indirecta y/o implícita porque la petición de la madre sobre las medidas relativas a la potestad parental descansa sobre la base fáctica de que los niños no regresan a España.

La sentencia recurrida explica con detalle cual es el mecanismo. Conforme al art. 11.6 del Reglamento BR II bis " En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos , bien directamente o bien por conducto de su autoridad central , copia de la resolución judicial no de restitución y de los documentos pertinentes , en particular del acto de la vista , de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución".

Y efectivamente el Tribunal de Apelación de Varsovia dictó resolución el 4 de noviembre de 2022 denegando la restitución al amparo de los arts. 12. 2º y 13 b) del Convenio de La Haya. Y la deniega, estimando el recurso de la Sra. Natalia con dos argumentos: 1.- Considera que los menores han quedado integrados en su nuevo medio, tal y como establece el párrafo 2º del art. 12 del Convenio de la Haya (pese a no haber transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la retención hasta la presentación de la demanda de restitución) y 2.- Entiende que se expondría a los menores a un grave peligro psíquico por lo que, de acuerdo con el art. 13 letra b) del citado Convenio, deniega su restitución.

Consta documentado en el procedimiento y así lo recoge la sentencia apelada que se ha recibido a través del Ministerio de Justicia, el referido auto. Asimismo que la parte demandante ha presentado escrito acompañando la citada resolución polaca y su correspondiente traducción y solicita que en la sentencia que resuelva el presente procedimiento de divorcio se dicten medidas definitivas en relación a la custodia de los hijos y las restantes que deben regir el divorcio, de acuerdo con el art. 11.6 y 11.8 del Reglamento 2201/2003. El juzgado dictó providencia de 22 de febrero de 2023 que acuerda, de conformidad con el art. 11.8, su competencia para decidir definitivamente sobre el retorno de los menores a su lugar de residencia habitual (fols. 353 y 376 de las actuaciones).

El art. 11.8, basado en el principio de confianza mutua entre los Estados y entre sus tribunales es del siguiente tenor literal "Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio de la Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del Capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor".

Y es que, conforme a esta norma, al existir un proceso sobre responsabilidad parental en España, el que nos ocupa, somos competentes para decidir definitivamente el retorno o su denegación (mecanismo de prevalencia o de última palabra). Y en este procedimiento podrá disponerse directamente el retorno y/ o cualquier medida que lo implique necesariamente, como por ejemplo la guarda exclusiva del progenitor que reside en este país o la compartida, o la guarda a favor del progenitor que ha sustraído o retenido a los menores, la fijación de la residencia del menor en España etc....

Conforme al referido precepto la decisión de retorno que finalmente pudiera tomarse aquí será título ejecutivo europeo, ejecutable en toda la UE, incluido el Estado miembro que ha denegado el retorno, según los arts. 40 y 42 del Reglamento.

La sentencia de primer grado atiende a la fecha de solicitud de la declaración de ilicitud, a la fecha de la demanda de sustracción y a la fecha de la demanda de divorcio que en este caso son anteriores al transcurso de un año desde la fecha del traslado ilícito y estima que, en aplicación del art. 12, procede ordenar la restitución inmediata del menor. Considera que la denegación por integración del menor en su nuevo medio sólo está prevista para aquellos casos en los que la iniciación del procedimiento de restitución se haya producido una vez transcurrido el año desde el traslado ilícito.

En segundo lugar discrepa de la concurrencia de la circunstancia del art. 13.b) , grave riesgo y considera que no hay base o fundamento para sustentar que la orden de restitución pondría a los niños en una situación intolerable, ocasionándoles un peligro psíquico indudable pues el único peligro que el Tribunal Polaco aprecia es el cambio de identidad de género y sexual en que se encuentra el solicitante y entiende que dicha situación no puede considerarse que suponga un peligro para los menores, salvo que se acredite el mismo, lo cual no consta que se haya acreditado en la resolución del Tribunal de Apelación de Varsovia.

CUARTO.- Artículo 12 Convenio de La Haya. Sobre la importancia del factor tiempo y el arraigo a los efectos de ordenar la restitución.

Compartimos plenamente el razonamiento de la sentencia de instancia sobre el particular recogido en el anterior fundamento.

El Convenio de la Haya considera que, dentro del año de producido el hecho, el Estado receptor tendrá la obligación **internacional** de restituir, sin demora y sin examinar si el menor se ha adaptado al nuevo entorno y funciona bien en su lugar de residencia habitual.

Fuera de ese plazo, podrá pedirse la restitución, pero podrá oponerse la excepción de arraigo del niño, que funciona como prueba, no como una causa autónoma de oposición. De modo que, sólo una vez transcurrido el término de un año desde que se produjo el traslado o retención, puede quedar configurado el arraigo si se demuestra que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. En este caso, la autoridad judicial o administrativa que deba resolver podrá rechazar la restitución.

El factor tiempo es asimismo importante en la actuación de las autoridades encargadas de resolver la cuestión que debe producirse con la mayor celeridad posible a fin de evitar el arraigo del niño en el país al que ha sido trasladado o retenido (Estado de refugio). El art. 2 del Convenio de la Haya dispone que los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio y para ello deberán acudir a los procedimientos de urgencia de que dispongan. Y es por ello también que el art. 11 establece que, si la autoridad judicial o administrativa no toma una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la iniciación de los procedimientos, se podrán pedir explicaciones sobre las razones de la demora.

En este caso la solicitud de restitución se realizó en febrero de 2022, dentro del año desde el traslado, precisamente para evitar la integración de los niños en su nuevo medio. Incluso con más margen si tenemos en cuenta el "dies a quo" de la retención ilícita, (consentimiento de salida pero no de estancia permanente según declara Nuria), julio de 2021, coincidente con la presentación de la demanda de divorcio.

Y es que los mecanismos previstos en el Convenio de restitución exigen rapidez procesal para conseguir el "retorno inmediato" y restablecer las condiciones para que las decisiones sobre la guarda y custodia sean tomadas por los Tribunales del Estado de su residencia habitual. Sobre el carácter expeditivo del procedimiento de restitución se ha pronunciado el TJUE en sentencia de 8 de junio de 2017 (C-111/17 PPU) en tanto procedimiento que tiene por finalidad garantizar la pronta restitución del menor. En este caso ya no se cumple la doble finalidad del Convenio, pero no cabe fundar el no retorno en el mero transcurso del tiempo y en el arraigo actual de los menores en Polonia porque este hecho "per se" no es atendible al no ser aplicable la segunda frase del art. 12 sino la primera como ya se ha razonado.

QUINTO.- Grave riesgo. Art. 13 b) del Convenio de La Haya.

El auto de 4 de noviembre de 2022 dictado por el Tribunal de Apelación de Varsovia , Sección I de lo Civil, en el primer párrafo del apartado III establece que "en este espectro fáctico ampliado y complementado, el Tribunal de Apelación considera que el interés superior del menor, entendido de la manera descrita en el punto I de la motivación, no permite que se estime la solicitud, en vista de la existencia de los obstáculos de los que trata el artículo 12 frase segunda del Convenio de la Haya y el artículo 13 letra b (...) de dicho convenio", desarrollando la motivación.

Puesto que la finalidad del Convenio de la Haya es la restitución o retorno del menor sustraído, -norma general del art. 12-, el Convenio no puede ser interpretado para limitar el retorno. En este sentido las excepciones al principio de la entrega inmediata no pueden interpretarse en sentido amplio sino restrictivo.

Al mismo tiempo y conforme a su art. 19 una decisión adoptada en el marco del convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia.

La excepción a la restitución invocada y que ha sido estimada en Polonia es la que recoge el art. 13 b) del Convenio de La Haya "cuando 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." Conectada a ella estaría la previsión del art. 20, la restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

La mejor doctrina entiende que este precepto es de aplicación excepcional y por ello debe basarse en una interpretación restrictiva. Para que no se solape con el art. 13 (el interés superior del menor en que se basa este artículo es un principio fundamental) y debe entenderse que se refiere a supuestos tales como que el progenitor sustractor corra peligro si regresa al país donde estaba antes el menor y donde es delito, pero hay ausencia de garantías y otros excepcionales de igual tenor o envergadura.

En sentencia de esta misma sección de fecha 26 de enero del 2021 con cita de la del 6-10-2020 (ROJ: SAP B 8805/2020 - ECLI:ES:APB:2020:8805) recogimos la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre dicha excepción:

"El TEDH en varias sentencias ha reiterado la necesidad de llevar a cabo una aplicación combinada y armoniosa de normas **internacionales**, el Convenio y el Convenio de la Haya, considerando su objeto y el impacto que tienen en la protección de los derechos de los niños y de los padres y la necesidad de mantener el justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego -los del niño, los de los padres y los del orden público- teniendo en cuenta, en todo caso, que el primer elemento a considerar es el interés superior del menor y que los objetivos de prevención y de retorno inmediato obedecen a una determinada concepción del "interés superior del niño"; que esta es la idea que subyace en el Convenio de La Haya que liga este interés al restablecimiento del statu quo al acordar el retorno inmediato al país de residencia habitual en caso de sustracción ilícita, pero teniendo en cuenta que el que no se restituya a un menor puede estar justificado basándose en razones objetivas que

obedezcan al interés del niño, lo que explica la existencia de excepciones, especialmente en el caso de que el retorno le exponga a un peligro físico o psíquico, o de que de alguna manera se le coloque en una situación intolerable (artículo 13, apartado primero, letra b)). El Tribunal constata que la Unión Europea abraza la misma filosofía en el marco de un sistema que atañe únicamente a Estados miembros y que se basa en el principio de confianza mutua y señala que el Reglamento Bruselas II bis, cuyas normas en cuanto a la sustracción de menores completan las establecidas por el Convenio de La Haya, remite en su preámbulo al interés superior del menor (párrafo 42, supra), mientras que el artículo 24§ 2 de la Carta de Derechos Fundamentales insiste en el valor especial que hay que dar a todos los actos que afecten a menores (párrafo 41, supra); señala que el interés superior del niño no se puede entender de una manera idéntica cuando el juez deba resolver sobre una demanda de retorno en aplicación del Convenio de La Haya que cuando lo haga sobre la cuestión de fondo, la custodia o la patria potestad, siendo este último caso objeto de un procedimiento ajeno al objeto del Convenio de La Haya y que se deberá apreciar el interés superior del menor teniendo presentes las excepciones previstas en dicho convenio, excepciones que afectan al paso del tiempo (artículo 12), a las condiciones de aplicación del Convenio (artículo 13a)) y a la existencia de un "grave riesgo" (artículo 13 b)), así como el respeto a los principios fundamentales del Estado que exigen la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20) y viene a concluir que es posible realizar una interpretación coordinada del Convenio y del Convenio de La Haya ,siempre que, uno, el juez competente tenga realmente en cuenta los elementos susceptibles de constituir una excepción al retorno inmediato del menor en aplicación de los artículos 12 ,13 y 20 del citado Convenio, especialmente cuando los invoque una de las partes, exigiendo una resolución suficientemente motivada y dos, que los jueces se aseguren de que en el Estado requirente se prevean las medidas adecuadas y de que en caso de que se tenga conocimiento de un riesgo, que se adopten medidas de protección concretas. Un análisis detallado de las sentencias del TEDH dictadas en estos procedimientos ponen de manifiesto que el Tribunal ha condenado a los Estados que han acordado la restitución cuando había evidencias claras de malestar emocional y de perjuicio para el niño/a si se ordenaba la restitución, debidamente documentadas y afirmadas por profesionales que habían evaluado la situación. La carga probatoria del riesgo era importante. Es el supuesto de la sentencia de 12 de julio de 2011 en el caso Sneersone y Campanella - (es Italia la que ordena la vuelta del menor a Italia - art.11,6 Reglamento Bruselas II bis) en el que un psicólogo, confirmó que el niño sufría estrés psicológico y ansiedad debido a su potencial restitución a Italia entendiendo que los tribunales italianos debían haber valorado el impacto psicológico del retorno y las condiciones de la vivienda del padre al ordenar la restitución a Italia. También en el supuesto de la sentencia de 26-11-2013, caso X contra Letonia que condena a Letonia por no haber tenido en consideración un informe psicológico que establecía que a pesar de la corta edad de la menor, vivir lejos de su madre la llevaría a daños psicológicos y falta de seguridad y confianza, entendiendo que dicha prueba avisaba del riesgo de causar un trauma psicológico a la niña si se la separaba inmediatamente de su madre y que dicha prueba debió ser valorada a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 b) del Convenio de La Haya. En el supuesto de la sentencia de 6 de marzo de 2018 Caso Royer v. Hungría valora la situación de riesgo en relación a la corta edad del menor, el tiempo transcurrido para formular la demanda y la valoración llevada a cabo por los Tribunales del estado requerido. Por el contrario, el Tribunal ha condenado a los Estados que han denegado la restitución cuando no había suficientes evidencias de malestar o de perjuicio para el menor. Es el supuesto de la sentencia de 21 de febrero de 2012, caso Karrer contra Rumania en el que se condena a Rumania por haber denegado la restitución del menor a Austria en un supuesto en el que tan solo se había aportado informe realizado por el Departamento de Servicios Sociales y Protección Infantil, que básicamente consistía en las alegaciones de la madre acerca del comportamiento del padre en Austria y las razones que le hicieron marcharse. Para el Tribunal este informe no evaluó las implicaciones que supondría la restitución de la menor a Austria o si se habían adoptado los arreglos apropiados para asegurar su protección en caso de restitución. También el de la sentencia de 1 de marzo de 2016 en el caso KJ v. POLONIA que condena a Polonia por haber denegado la restitución en un supuesto en el que se aportó un informe psicológico que desaconsejaba el retorno por considerar que una separación de la madre era más perjudicial emocionalmente para el niño que la falta de contacto diario con el padre. Y en el de la sentencia de 19 de julio de 2016, Caso G.N v. Polonia idéntico al anterior pero cuyo país de origen es Canadá. En ambas resoluciones se considera que las razones que la madre opone a la restitución no integran la excepción del Convenio de la Haya señalando que la excepción prevista en el artículo 13 (b) CH se aplica sólo a situaciones que van más allá de lo que se espera el niño puede soportar".

La misma resolución se remite a la sentencia de 12-6-2020 (ROJ: SAP B 4886/2020 - ECLI:ES:APB:2020:4886) en la que señalamos que "El riesgo a que se refiere el art. 13 del Convenio ("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") viene analizado en el Informe Explicativo Vera en el sentido de indicar que el Convenio reconoce algunas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato (§ 25). El retorno del niño es la idea básica del Convenio y las excepciones a la obligación general de garantizarlo constituyen un aspecto importante para comprender con exactitud su alcance y si es

posible distinguir excepciones basadas en tres justificaciones distintas (§ 27). El interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable (§ 29)..... El informe explicativo, que señala las excepciones, destaca igualmente el margen de apreciación propio de la función judicial. El Manual de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya sobre el art 13 (b) publicado este mismo año 2020, entiende que esta excepción es de naturaleza prospectiva, pero no se debe limitar al análisis de los hechos en el momento del desplazamiento o del no retorno ilícito o a los previos a éste, sino que exige, por el contrario, contemplar el futuro, es decir, la situación en la que el niño se encontrará en caso de retorno inmediato. El examen de la excepción de riesgo grave debe igualmente centrarse, en la medida que sea necesario y oportuno, en la disponibilidad y calidad de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual. La naturaleza prospectiva no significa que los comportamientos o incidentes pasados no puedan ser pertinentes en el marco del examen del riesgo grave posterior al regreso del niño, a título de ejemplo, los antecedentes de violencia doméstica o familiar. La situación de riesgo grave incluye importantes preocupaciones relativas al niño en materia de seguridad, educación, salud o de orden económico en el Estado de residencia habitual".

Teniendo en consideración los hechos expuestos y el marco normativo citado así como su interpretación concluimos como lo hace la sentencia recurrida que, en el presente caso, no puede estimarse la causa de oposición a la restitución del art. 13 b) del Convenio de La Haya.

Siguiendo el orden de razonamiento de la sentencia apelada entendemos que "la circunstancia de que el solicitante funciona en España como una mujer, Nuria, y (que) los menores no son conscientes y los expondría a un peligro psíquico y los pondría en una situación intolerable de la que trata el art. 13 letra b) del Convenio de la Haya entendida como un choque de los menores con la nueva y desconocida situación relacionada con su padre, que no es una situación natural con respecto a la situación que conocían y en la que han sido educados(...)", no tiene encaje en la letra b). Este supuesto del precepto requiere probar y constatar un riesgo real que alcance un nivel de gravedad notable. Y en cuanto al nivel de daño, debe significar "una situación intolerable", es decir, "una situación que no se debe esperar que tolere un niño en particular", conforme nos dice la guía de buenas prácticas.

En este caso la restitución puede requerir de los adultos un proceso de adaptación y ser causa de cierta "inestabilidad" en los niños, más que "por ellos" por su entorno familiar y social adulto y aconsejar un acompañamiento para adaptarse a la nueva situación pero no coloca "per se" a los menores en una situación intolerable o insostenible. No se ha probado en el procedimiento que el retorno a la que es su residencia habitual les ocasione por esta razón un grave peligro psíquico.

La situación y sus causas pueden explicar lo ocurrido, desde un prisma formativo o sistema de creencias concreto, pero no acreditan ni justifican la excepción del art. 13 b) del CH. La mejor doctrina dice que "la ratio legis" de este precepto se refiere a situaciones en las que un menor es trasladado por uno de los progenitores mientras el otro, que tiene la plena patria potestad, comete delitos en perjuicio del menor, por ejemplo maltrato físico o mental, acoso sexual, pone en peligro la vida o la salud del menor, etc..." (fol. 583 vto).

Aquí no hay evidencias de malestar o perjuicio para los menores asimilable por su envergadura a "riesgo grave" si se acuerda el retorno. La Sra. Nuria no amenaza la seguridad ni la salud de los niños. Al contrario, según subraya la reclamación extraordinaria del Defensor del Pueblo contra el auto 4 de noviembre de 2022, formulada el 23 de noviembre de 2023, en la que solicita la nulidad de esta decisión, la prueba pericial practicada en el procedimiento polaco de restitución por un total de seis expertos (tres psicólogos y tres psiquiatras) no aprecian riesgo al tiempo de su emisión, agosto de 2022; de modo que estamos a lo sumo ante una mera suposición, una creencia sin base objetiva. El informe del EATAF no pudo realizarse en este procedimiento por no contar con la participación de la Sra. Natalia.

El riesgo intolerable sería privar a los niños de su derecho a tener una vinculación afectiva con los dos progenitores por igual.

Por todo ello debemos concluir que no puede denegarse el retorno de los niños aplicando la excepción invocada del Convenio so pena de vulnerar el derecho a la vida familiar y el derecho de los menores a criarse y estar vinculados afectivamente a ambos progenitores (art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y demás normas internas e **internacionales** relacionadas).

Por todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 11,8 del Reglamento 2201/2003 se ordena la restitución de los hijos menores a España con su madre. En este sentido recogemos las manifestaciones de la madre ante el Tribunal de Cracovia el 23 de marzo de 2022 que "si el Tribunal ordena el regreso a España iré con los niños a España (K.327)" (fol 584).

SEXTO.- Potestad parental, guarda, régimen de visitas y lugar de residencia de los menores.

La sentencia recurrida establece que la potestad y la guarda sean compartidas entre ambos progenitores como ya dispuso por auto de medidas provisionales de 21 de julio de 2022.

La Sra. Natalia denuncia error en la valoración de la prueba. Considera que se ha omitido la valoración de algunas relevantes como lo son el contenido del informe hospitalario y la declaración del padre en el interrogatorio. Reitera la privación de la potestad parental o, en su caso, se otorgue a la Sra. Natalia su ejercicio y la guarda exclusiva de los niños. El asidero principal de su petición es la inestabilidad emocional que ha venido mostrando la parte demandante a lo largo de su vida y especialmente en los últimos años, hasta el punto de pedir un ingreso hospitalario por ingesta voluntaria de gran cantidad de pastillas. Se remite al informe hospitalario y correos electrónicos y whatsapps intercambiados entre las partes, acreditativos a su juicio de inestabilidad emocional y problemas psíquicos (docs. núms. 9, 11, 13 y 17 del escrito de contestación) y no aportación por la adversa de informe médico que confirme que en la actualidad se encuentra bien y que no toma ninguna medicación. Discrepa también de la valoración que hace la sentencia de los restantes criterios de decisión del art. 233-11 CCC para determinar el modelo de guarda. En cuanto a la vinculación afectiva, subraya que los niños llevan más de dos años viviendo con su madre en Polonia y la parte demandante ha ido a visitarles solo en un par de ocasiones. Reprocha a la sentencia de primer grado que no valore la repercusión que puede tener para los menores a nivel afectivo el hecho de que su padre haya cambiado de género pues eso va a suponer un sustancial y radical cambio en sus vidas y considera que negar la dificultad es poner los intereses de la parte demandante por encima de los intereses de los menores, toda vez que éstos necesitan tiempo y ayuda para procesar todos estos cambios y el régimen de guarda y custodia compartida no es en la actualidad el que mayor estabilidad puede dar a los niños.

En cuanto a las periciales realizadas en Polonia refiere que en todas se destaca que los niños no son conscientes de la transformación de identidad de su padre, luego si se presenta con su nueva identidad los niños sufrirán un fuerte impacto y ese miedo ha llevado a la parte demandante a no querer mostrar o afrontar su cambio en presencia de sus hijos.

Cuestiona también la aptitud de la parte demandante para poder cuidar de sus hijos menores, destaca el alto nivel de conflictividad de la pareja, con opiniones distintas sobre el lugar de residencia, en cuanto a cómo afrontar con los hijos un hecho tan importante como es el cambio de género llevado a cabo por el padre. Y remarca el hecho de estar inmersos en una batalla legal tanto en España como en Polonia, con especial mención a la denuncia por secuestro **internacional** presentada contra la Sra. Natalia. Finalmente afirma que ha sido siempre la madre quien se ha ocupado de los niños y que, en la actualidad, viven en países distintos y los progenitores tienen la libertad de establecer sus domicilios donde quieran, por lo que la guarda compartida en este escenario es de imposible ejecución.

En definitiva, reitera que los niños llevan más de dos años en Polonia con su madre y por todo ello pide la guarda materna y un limitado régimen de visitas de forma que la Sra. Nuria pueda ver a las menores tres tardes a la semana de 17 h a 20 h, avisando con dos semanas de antelación y siempre con la presencia de la madre, tanto en periodo lectivo como vacacional.

Una nueva valoración de la prueba a partir de los motivos expuestos pone de relieve que no obra en autos causa alguna que justifique o motive la privación de la potestad parental, de reiterada interpretación jurisprudencial restrictiva (art 236-6 CCC y jurisprudencia sobre la materia, por todas STS num 106/2024 de 30 de enero). Ni siquiera se denuncia en los términos exigidos por la norma de aplicación "incumplimiento grave o reiterado de sus deberes". Se narra una situación personal que tiene amparo en el sistema normativo vigente. El Sr. Rubén inició expediente de cambio de nombre y sexo conforme a la Ley 3/2007 entonces vigente y el 17 de octubre de 2022 se dictó auto acordando la inscripción marginal de rectificación en el sentido de hacer constar que su sexo es de mujer y su nombre el de Nuria. De modo que "Qui iure suo utitur neminem laedit". Tampoco hay razón para disponer su ejercicio exclusivo por la Sra. Natalia. No concurre situación prevista en el art. 236-10 CCC. Compartimos sobre este particular toda la fundamentación recogida en la sentencia de primer grado que damos aquí por reproducida. En todo caso la imposibilidad o ausencia de un progenitor generada y propiciada por la Sra. Natalia no puede fundar tal petición pues vulneraríamos la finalidad y el sentido de la norma si damos encaje a una inobservancia o infracción de la ley por parte de la recurrente para su aplicación.

En cuanto a la guarda y sobre los parámetros de decisión previstos en el art. 233-11 CCC, no apreciamos error valorativo en cuanto a la aptitud de D^a Nuria. El informe de urgencias en centro de salud público, de 1 de marzo de 2021, como bien razona la sentencia de instancia, corresponde a un episodio puntual; no hay antecedentes psiquiátricos, y se enmarca en un contexto de crisis personal y de pareja que lo explica suficientemente y que se produce de forma casi simultánea a la marcha de la Sra. Natalia con los niños. D^a Nuria acude al

Parc DIRECCION003 voluntariamente, realiza una consulta por la ingesta producida dos horas antes y no hay ingreso hospitalario (fols 402 a 404).

Los razonamientos jurídicos del auto de 17 de octubre de 2022 dictado por el Registro Civil de DIRECCION002 avalan lo anterior cuando recogen que "de las pruebas practicadas en el expediente se desprende que el promotor se encuentra debidamente capacitado y legitimado para formular la pretensión del escrito inicial y, por otro lado aparece suficientemente acreditado mediante certificado médico por habersele diagnosticado disforia de género, actualmente persistente, en cuanto existe disonancia entre el género inicialmente inscrito y el realmente sentido, así como ausencia de DIRECCION004 que pudieran haber influido en su determinación. Igualmente se desprende de los documentos e informes unidos a las actuaciones que el promotor ha estado sometido a tratamiento médico durante al menos dos años con la finalidad de acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado (...)", por todo lo cual estima la petición. (fols. 565 y 566).

Por otra parte, los informes periciales realizados en Polonia a instancia del Tribunal de apelación avalan netamente la aptitud de la parte apelada D^a Nuria y su implicación paritaria en el cuidado y atención de los dos hijos comunes hasta su salida de España. Las circunstancias posteriores no descalifican a la progenitora ni la inhabilitan para el ejercicio de sus funciones parentales.

Las conclusiones de los expertos polacos de agosto de 2022 recogen que "(...) los niños están apegados emocionalmente a su padre, muestran la necesidad de cercanía con este progenitor (...) los niños funcionan correctamente, no presentan dificultades para adaptarse a nuevos lugares, son audaces y abiertos a las relaciones con los demás (...). Los menores tienen un fuerte apego con su padre, necesita cercanía con él, su relación es normal (...).

La Sra. Natalia desde su marcha ha propiciado, con una equivocada idea de protección y tutela del interés de los menores, el distanciamiento afectivo de los niños con la Sra. Nuria .

Ello no obstante, es un hecho que no puede ser ignorado ahora que los niños llevan más de tres años viviendo con su madre Sra. Natalia y comunicándose de forma limitada y espaciada con su otra progenitora, D^a Nuria .

También es relevante de una parte la dificultad de comunicación entre ambos progenitores derivada del distinto abordaje/ enfoque de la situación resultante del proceso de transición iniciado por la apelada y que ha provocado una intensa y larga batalla legal en todos los frentes posibles. Los dictámenes periciales de agosto de 2022 señalan que, al final, la situación de los menores dependerá de la tolerancia del entorno en que se desarrollen los mismos, así como de las normas y costumbres sobre la moralidad, en cuanto a la tolerancia y cooperación hacia el cambio de modelo familiar.

Asimismo, resulta evidente que los adultos han necesitado de forma individual apoyo psicológico o acompañamiento en distintos momentos para ello de modo que los hijos no van a ser una excepción.

De hecho, según recoge el recurso del Defensor del Pueblo Polaco, la Sra. Nuria admite tal necesidad y, preocupada por garantizar el bienestar psicológico de los menores, y "(..) consciente de que la situación a la que se enfrentarán es difícil, compleja y polifacética y que el propio proceso de adaptación a una nueva realidad, requerirá de la asistencia de profesionales cualificados" , aportó al procedimiento Polaco de sustracción una carta del Departament d'Igualtat de la Generalitat de Catalunya, que proporciona asistencia integral a las personas LGTBI y a sus familiares. "El contenido de la carta demuestra que esta asistencia incluye atención psicológica prestada con el apoyo del Colegio Nacional de Psicólogos de Catalunya y que, además los puntos de atención LGTBI del SAI están coordinados con diferentes tipos de servicios de atención psicológica y, en particular, con el sistema público de salud, a fin de prestar atención psicológica especializada a las personas LGTBI". (fol. 581 vto).

Por todo ello consideramos que una guarda compartida como punto de partida, dado el tiempo transcurrido, no parece adecuada en estos momentos, aunque se haya establecido un seguimiento por los Servicios Sociales.

A este modelo de guarda compartida dispuesto en la sentencia aquí apelada de 21 de noviembre de 2023 vinculó estrechamente su decisión el Tribunal de Varsovia al resolver la apelación por considerar que no tutelaba suficientemente el interés de los niños. Razonando que "si la colocación de los niños hubiera sido exclusivamente con la participante a su regreso a España, los niños no habrían sufrido daños psicológicos ni se habrían visto en una situación intolerable, ya que habrían tenido menos relación con el otro progenitor transexual (...)".

No compartimos en su integridad el razonamiento del Tribunal Polaco, sin embargo, por las razones antes indicadas vamos a estimar en parte el motivo y acordamos como punto de partida la guarda exclusiva de la Sra. Natalia , con un régimen de visitas progresivo y con supervisión con la Sra. Nuria que se iniciará en el Punto de Encuentro más cercano al domicilio de los menores y que se modulará en el trámite de ejecución de

la resolución con el horizonte de llegar lo antes posible al cuidado compartido de los niños si finalmente resulta ser lo más beneficioso para ellos por cuanto permite una relación y vinculación estable y sana con ambas.

Destacamos ahora que la Sra. Natalia ha residido en España de 2004 hasta marzo de 2021 y que declaró ante el Tribunal de Cracovia el 23 de marzo de 2022 que "si el Tribunal ordena el regreso a España iré con los niños a España (K.327)" (fol 584), como ya se ha referido.

A la vista de toda la situación familiar expuesta y de la lejanía emocional y de creencias entre los progenitores que se prolonga desde el 2021 acordamos también el inicio de una terapia de acompañamiento que permita alcanzar de forma progresiva, en interés y beneficio de los menores, la máxima normalidad y paridad en la vinculación afectiva y de cuidado de los niños con ambos progenitores.

Mantenemos el seguimiento por parte de Servicios Sociales al amparo del art. 233-13 CCC.

SEXTO.- Pensión de alimentos.

La Sra. Natalia pide una pensión de alimentos a favor de los hijos y a cargo de D^a Nuria en la cantidad de 600 euros en total (300 euros para cada hijo).

La apelante es doctora en Biología, desde enero de 2015, por la Universidad de Oviedo (Asturias). Cuenta con formación y experiencia como bióloga. Trabajó en Madrid en la Fundación Centro Nacional de Investigación Oncológica, en el Hospital DIRECCION005 de Asturias en investigación y ha participado como profesora en programas de campus científicos; ha realizado trabajos on line. Los ingresos actuales o los que pueda tener en España no se conocen. Consta de Alta en la Seguridad Social de Polonia y

2.- Disponer como punto de partida la guarda exclusiva de la Sra. Natalia , con un régimen de visitas progresivo y con supervisión con la Sra. Nuria que se iniciará en el Punto de Encuentro más cercano al domicilio de los menores y que se modulará en el trámite de ejecución de la resolución con el horizonte de llegar lo antes posible al cuidado compartido de los niños si finalmente resulta ser lo más beneficioso para ellos por cuanto permite una relación estable y sana con ambos progenitores.

3.- Acordamos también el inicio de una terapia de acompañamiento que permita alcanzar de forma progresiva, en interés y beneficio de los menores, la máxima normalidad y paridad en la vinculación afectiva y de cuidado de los niños con ambos progenitores. A tal fin se oficiará al Departament d'Igualtat de la Generalitat de Catalunya, que proporciona asistencia integral a las personas LGTBI y a sus familiares que incluye atención psicológica prestada con el apoyo del Colegio Nacional de Psicólogos de Catalunya. El psicólogo o profesional designado informará en todo caso cada tres meses de la evolución.

4.- Mantenemos el seguimiento por parte de Servicios Sociales al amparo del art. 233-13 CCC.

5.- Fijamos una pensión de alimentos con cargo a la Sra. D^a Nuria de 300 euros/mes para cada menor. Mantenemos la forma de pago y el criterio de actualización previstos en la sentencia apelada así como la proporción en los gastos extraordinarios.

Los restantes pronunciamientos que no sean incompatibles con los expresados se mantienen invariables.

6.- No hacemos especial declaración sobre las costas.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477 LEC ante el Tribunal Supremo siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15^a de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

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, 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 y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.