



Roj: **SAP MA 1841/2024 - ECLI:ES:APMA:2024:1841**

Id Cendoj: **29067370062024100738**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **22/05/2024**

Nº de Recurso: **1088/2023**

Nº de Resolución: **779/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS UTRERA GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 779/2024

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN SEXTA.

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. JOSÉ JAVIER DÍEZ NUÑEZ.

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. JOSE LUIS UTRERA GUTIÉRREZ

D. LUIS SHAW MORCILLO

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: Guarda y custodia y alimentos menor no matrimonial contenciosa 1024/2022 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella

RECURSO DE APELACIÓN 1088/2023.

En la ciudad de Málaga a 22 de mayo de 2024.

Visto, por la sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el procedimiento de Guarda y custodia y alimentos menor no matrimonial contenciosa 1024/2022 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella, por Brigida , parte demandada en la instancia, que comparece en esta alzada representado por el/ la procurador/a Sr/a. Cabellos Menéndez y asistido por el/la letrado/a Sr/a. García Serrato. Es parte recurrida Carlos Ramón representado por el/la procurador/a Sr./a Lara Martín y asistido por el/la letrado/a Sr. Fernández Moncayo. Ha sido parte el M. Fiscal.

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El/la Magistrado/a en el procedimiento de referencia dictó sentencia de fecha 8-6-2023 cuyo fallo era del tenor literal siguiente:

"Estimo parcialmente la demanda presentada por la representación de DON Carlos Ramón frente a DOÑA Brigida .

La guarda y custodia de la menor se atribuye a la madre, siendo la patria potestad compartida.

Como régimen de visitas se establece el siguiente:

Durante los tres primeros meses. El padre podrá disfrutar de la compañía de la menor, los martes y viernes, desde la salida del colegio y hasta las 20:00 horas, que la reintegrará al domicilio materno.

De los tres a los seis meses.



El padre podrá disfrutar de la compañía de la menor, los martes y los jueves, desde la salida del colegio y hasta las 20:00 horas, que la reintegrará al domicilio materno. Y también podrá estar con la hija, los fines de semanas alternos, ambos días, el sábado y el domingo, el padre recogerá a la menor en el domicilio materno el sábado a las 11:00 horas y regresará con ella a las 20:00 horas del mismo sábado, e igualmente el domingo.

A partir del séptimo mes.

A.- Durante los periodos escolares: El padre estará con su hija los fines de semana alternos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes, que la recogerá a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas que la reintegrará al domicilio materno.

Visitas intersemanales: Para favorecer la relación entre padre e hija, acuerdan ambos progenitores que el padre también pueda estar en compañía de la menor dos días entre semana, los martes y los jueves, que recogerá a la niña a la salida del colegio y la llevará al domicilio materno a las 20:00 horas.

El padre podrá disfrutar de la niña, los días de fiesta de forma alterna, o sea, uno sí y otro no, siempre que no coincidan en sábado o domingo o periodos vacacionales, recogiendo el padre a la hija en el domicilio fijado por la madre a las diez de la mañana y retornando con ella al mismo lugar a las veinte horas.

B.- Vacaciones escolares de Navidad: Las vacaciones de navidad se dividirán en dos periodos, el primer periodo de las vacaciones de Navidad comprenderá desde las 17 horas de la salida del colegio del último día lectivo del año, hasta las 20 horas del día 30 de diciembre, comprendiendo el segundo periodo desde las 20 horas del día 30 de diciembre, hasta las 20 horas del día 6 de enero.

Independientemente de a que progenitor le corresponda el periodo que incluya el día de Reyes, dicho día será compartido siempre por ambos progenitores, de tal forma que la menor estará con el progenitor al que no le corresponda el periodo del día de Reyes, desde las 17 hasta las 20 horas.

Corresponderá al padre el primer periodo los años pares y el segundo periodo en los años que fuesen impares.

C.- Semana Santa: Se dividirán en dos periodos, correspondiendo el primero desde el viernes de Dolores a las 20 horas hasta las 20 horas del Martes Santo y el segundo desde las 20 horas del Martes Santo hasta las 20 horas del domingo de resurrección. Corresponderá al padre el primer periodo los años pares y el segundo periodo en los años que fuesen impares.

D.- Las vacaciones de Semana Blanca: Se dividirán en dos periodos, correspondiendo el primero desde el ultimo día lectivo anterior a la Semana Blanca a las 20 horas hasta las 20 horas del martes y el segundo periodo desde las 20 horas del martes hasta las 20 horas del domingo. Corresponderá al padre el primer periodo los años pares y el segundo periodo en los años que fuesen impares.

E.- Vacaciones escolares de verano: El padre tendrá derecho a estar con su hija también la mitad de las vacaciones escolares de la menor. Dicho periodo vacacional se dividirá en dos periodos:

1º Periodo: Desde la salida del colegio del último día lectivo antes de las vacaciones de verano hasta el día 15 de julio y desde el día 1 de agosto al día 15 de agosto.

2º Periodo: Desde el día 16 de Julio al día 31 de julio y desde el día 16 de agosto hasta el final de las vacaciones de verano y comienzo del nuevo curso escolar.

Corresponderá al padre el primer periodo los años pares y el segundo periodo en los años que fuesen impares.

F.- En todo momento, el progenitor no custodio podrá comunicarse con su hija por escrito, teléfono, correo electrónico y cualquier medio análogo, con la frecuencia que quiera siempre respetando el horario escolar, de estudio y de descanso de la

menor.

4.- PENSIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DE LA MENOR.

En concepto de alimentos para la hija, Don Carlos Ramón, abonará mensualmente entre los días 1 y 5 de cada mes la cantidad de 400 euros mensuales, cantidad que será ingresada en la cuenta bancaria que Doña Brigida mantiene en la entidad SANTANDER.

Dicha cantidad se actualizará anualmente de conformidad a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística o cualquier otro índice similar del organismo que lo sustituya en el futuro. Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales los médicos y farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social, serán abonados por ambos progenitores por mitades. El resto de los gastos extraordinarios deberán ser consensuados por ambos progenitores.

No se hace expresa imposición de costas".



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada Brigida y admitido a trámite, el juzgado realizó los preceptivos traslados, oponiéndose la representación de la parte demandante y el M. Fiscal, y, transcurrido el plazo, se elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Celebrada la vista acordada, la deliberación, votación y fallo ha tenido lugar el día 15 de mayo de 2024, quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales en vigor.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Luis Utrera Gutiérrez, quien expresa el parecer del Tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes de relevancia para la determinación del objeto del recurso de apelación sometido a esta Sala.

1.1. Antecedentes de la primera instancia.

1.1.1. Sentencia.

La sentencia de primera instancia, dictada en rebeldía de la parte demandada, ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por el padre demandante, fijando las medidas que se han detallado más arriba respecto a la hija menor común de 7 años de edad en la actualidad, fundamentando dicho fallo, en síntesis y en lo que es de interés para el recurso que nos ocupa, en las siguientes consideraciones:

- **Sobre el régimen de relación de la menor con el padre (Fundamento de Derecho Tercero):** " *Respecto al régimen de visitas a que tiene derecho el progenitor no custodio, teniendo en cuenta que es el beneficio o interés del hijo el que ha de prevalecer a la luz del Código Civil, en relación con el art. 39 de la Constitución Española y de la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, se establece el régimen establecido en la demanda, con una pequeña precisión en el primer tramo de las visitas (el padre podrá visitar a la menor dos tardes a la semana, todo ello debido a que hace cuatro años que el padre no ve a la menor)*"

- **Respecto a la cuantía de la pensión de alimentos (Fundamento de Derecho Cuarto):** " *Por alimentos, el artículo 142 del CC define los mismos, como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluidas la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.*

Procede establecer la obligación del demandado de satisfacer una pensión alimenticia para las necesidades de la hija común de 400 euros".

1.2. Antecedentes de la segunda instancia.

Contra la referida sentencia se alza la parte demandada, la madre ahora apelante, sustentando su recurso, en síntesis, en los siguientes motivos:

Primer motivo: Falta de competencia de los Tribunales Españoles para conocer del procedimiento.

Segundo motivo: Nulidad de actuaciones, por citación defectuosa. Infracción procesal generadora de indefensión.

Tercer motivo: Nulidad de actuaciones por infracción de garantías procesales generadora de indefensión.

Cuarto motivo: Sobre el fondo del Asunto, y ausencia de beneficio para la menor en las medidas adoptadas.

Quinto motivo: Impugnación de la pensión de alimentos establecida en la Sentencia.

1.2.2. Oposición al recurso.

A dicho recurso se opuso la parte recurrida, cuyas alegaciones resumidas son las siguientes:

- Sobre la falta de competencia de los Tribunales españoles: " *Del propio relato de la apelante se admite, por una parte, que la menor reside en España desde el 2.017 y, por otra, que el motivo de trasladarse a Dubái en julio de 2.022 fue porque el padre de la Sra. Brigida se puso enfermo.*

Es decir, la residencia en Dubai es circunstancial, por razón de una supuesta situación de enfermedad repentina del padre de la recurrente -enfermedad y/o residencia del padre, dicho sea con los debidos respetos, sin acreditación ni prueba en modo alguno-".



- Sobre la alegada nulidad de actuaciones por citación defectuosa y consiguiente causación de indefensión: "*Considera esta parte que no puede reprocharse al Tribunal que no haya cumplido con el especial deber de diligencia en la realización del emplazamiento de la demanda*".

- Respecto a la alegada nulidad de actuaciones por infracción del artículo 184 LEC y consiguiente causación de indefensión: "*Se alega con carácter genérico una indefensión pero sin concreción alguna de la indefensión -al parecer, según su versión- sufrida, ni de las consecuencias padecidas por dicha -supuesta- indefensión*".

Conforme a doctrina pacífica del Tribunal Constitucional, para que pueda declararse la nulidad es necesario que el defecto genere indefensión, pero no cualquier clase de indefensión, sino la material, real o efectiva, no la meramente formal -postura que se muestra en el recurso de contrario-, es decir, debe tratarse de un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa y no de una mera irregularidad procesal formal, con consecuencias tan sólo potenciales o abstractas (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 86/1997, STC 118/1997, STC 26/1999, STC 53/2003).

En el supuesto que nos ocupa, aun admitiendo la posibilidad de haberse infringido una norma del proceso, partiendo de la premisa de que la demandada se encontraba en situación de rebeldía procesal, ninguna indefensión real o efectiva se le causó porque dicha situación de rebeldía obedeció a la actitud de la propia parte de mantenerse alejada del procedimiento."

- Sobre el fondo del asunto y la alegada ausencia de beneficio para la menor: "*En primer lugar, partimos de la premisa de que la recurrente no aporta prueba fehaciente de que la menor resida junto a la madre en Dubai y, en todo caso, de residir en Dubai, ello responde a una construcción artificial por mera conveniencia de la madre no aportar prueba alguna de la justificación o conveniencia del traslado a Dubai, entendiendo, más bien, que la motivación principal es obstaculizar la relación paterno-filial, además de evitar someterse a la jurisdicción de los Tribunales españoles (DIRECCION000), donde la menor tenía su residencia habitual y venía desarrollando normalmente su vida. En segundo lugar, no consta probado de contrario -de hecho, falta rotundamente a la verdad- que mi mandante fuese comunicado en sentido alguno sobre la marcha a Dubai y, ni mucho menos, que mi patrocinado haya consentido o aceptado dicho traslado*".

- Finalmente, sobre la impugnación de la pensión de alimentos impuesta en Sentencia: "*La apelante distorsiona la realidad acontecida en autos. El Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia que se recurre, aunque escueto, responde fielmente a la prueba practicada en el procedimiento, resultando coherente y lógico con relación a las circunstancias concurrentes*".

Si bien es cierto es que mi mandante contribuía voluntariamente con la suma de ochocientos euros (800 €) mensuales, efectuado transferencias periódicas a la progenitora materna, no es menos cierto que esta parte interesó en el acto del juicio que la pensión se fijase en Sentencia en cuatrocientos euros (400 €) mensuales por una sencilla, argumentada y razonable cambio de circunstancias: cuando mi mandante abonaba la suma de 800 € obedecía a que la menor estaba escolarizada y asistía al colegio privado de educación inglesa con sede en DIRECCION000 denominado " DIRECCION001 ", mientras que en el momento de celebrarse el juicio en autos principales mi mandante desconocía absolutamente el paradero de la menor, teniendo constancia de que ya no asistía al mismo centro escolar hecho conocido a raíz de las pesquisas policiales ...la recurrente no aporta nada que justifique, no ya la residencia de la madre junto a la menor, sino algo que guarde relación con las necesidades económicas de la menor".

SEGUNDO.- Decisión del recurso.

2.1. Primer motivo: Falta de competencia de los Tribunales Españoles para conocer del procedimiento.

Sustenta este primer motivo del recurso la apelante en el argumento de que la menor tiene su domicilio y residencia habitual en Dubái (Emiratos Árabes Unidos) desde julio de 2022, por lo que siendo de nacionalidad Estadounidense, el padre de nacionalidad alemana y la madre de nacionalidad griega no existe punto de conexión con España a efectos del Reglamento 2201/2003, considerando que la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles debe apreciarse de oficio al no haberse planteado en la instancia.

Delimitados así los términos del debate sobre este primer motivo, una adecuada resolución del mismo ha de partir de las siguientes consideraciones:

a) La norma aplicable al caso que nos ocupa no es, como se sostiene en el recurso el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, sino el 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, que ha sustituido al anterior 2201/2003, pues en virtud de su Artículo 105 del Reglamento **2019/1111**, "Entrada en vigor", dicho Reglamento se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que serán de aplicación a partir del 22 de



julio de 2019, y conforme a su artículo 100, "Disposiciones transitorias", el mismo solo será aplicable a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha.

En el caso de autos, habiéndose interpuesto la demanda y habiéndose incoado el presente procedimiento con posterioridad al 1 de agosto de 2022, es dicho Reglamento el aplicable al supuesto que nos ocupa.

b) Sentada esa premisa, ha de recordarse al recurrente que en asuntos de responsabilidad parental con un componente de extranjería la competencia internacional de los Tribunales españoles está regulada en los artículos 7 y siguientes 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, que ha sustituido al Reglamento 2201/2003. Dichos artículos señalan " *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 en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional*" (artículo 7). No obstante, el artículo 9 mantiene la competencia de dicho estado en los supuestos de traslado o retención ilícita hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro estado miembro y concorra alguna de las circunstancias que enumera dicho precepto.

La duda que se suscitaba en el caso del que conoce este Tribunal es si la hija de los litigantes tenía o no "residencia habitual" en Málaga al tiempo presentarse la demanda en este juzgado. De ser contestada afirmativamente dicha pregunta la competencia correspondería a los juzgados españoles, y más concretamente al Juzgado que ha dictado la sentencia apelada

Una adecuada respuesta a la anterior disyuntiva requiere una breves consideraciones jurídicas sobre que se viene entendiendo por residencia habitual a los efectos del precitado Reglamento y de otros tratados internacionales, concretamente los Convenios de la Haya de 25/10/1980 sobre los aspectos civiles de la **sustracción** internacional de menores y el de 19/10/1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la **ejecución** y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

En la Jurisprudencia del TJUE (Sentencias de 2 de abril de 2009, C-523/07 y 22 de octubre de 2010, C-497/10) la residencia habitual es el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, considerando, en particular, duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia y del traslado, nacionalidad del menor, lugar y condiciones de escolarización, conocimientos lingüísticos, relaciones familiares y sociales, es decir que la residencia habitual del menor se determina teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho en cada caso.

En la Jurisprudencia comparada se observa una variedad de resoluciones, si bien son mayoritarias las que optan por el elemento referido estrictamente a la conexión física del menor. Así los Tribunales Federales de Apelaciones de los Estados Unidos de América de los 3º y 8º Circuitos han adoptado un enfoque centrado en el menor, pero con idéntica atención a las intenciones compartidas de los padres (Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217 (3d Cir. 1995); Silverman v. Silverman, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003); y Karkkainen v. Kovalchuk, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006). La Corte Suprema de Austria ha establecido que un periodo de residencia superior a seis meses en un Estado será considerado generalmente residencia habitual, aún en el caso en que sea contra la voluntad de la persona a cargo del niño, ya que se trata de una determinación fáctica del centro de su vida (80b121/03g, Oberster Gerichtshof). En Canadá, en la Provincia de Quebec, se adopta un enfoque centrado en el menor; en el asunto Droit de la famille 3713, N° 500-09-010031-003, la Cour d'appel de Montreal sostuvo que la determinación de la residencia habitual de un menor es una cuestión puramente fáctica que debe resolverse a la luz de las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la realidad de la vida del menor, más que a la de sus padres. El plazo de residencia efectiva debe ser por un período de tiempo significativo e ininterrumpido y el menor debe tener un vínculo real y activo con el lugar. Sin embargo, no se establece período de residencia mínimo alguno.

Aplicando las anteriores consideraciones jurídicas al caso que nos ocupa, son hechos acreditados en este proceso, y que son relevantes para determinar si la residencia habitual de la menor era o no España, los siguientes:

a) Que ambas partes reconocen que la menor ha residido en España desde 2017 hasta 2022, concretamente en DIRECCION000 , donde ha cursado estudios en un centro escolar durante, al menos, un curso.

b) Que su traslado a Dubái por la madre carece de justificación creíble, más allá de un claro intento de la madre de separar a la menor del padre, pues ni se ha acreditado la enfermedad familiar que se alega, ni esa circunstancia temporal justificaría su actual permanencia en dicho país.



c) Que, por todo ello, resulta claro que a la menor se la ha desarraigado del lugar donde había pasado la casi totalidad de su vida, y, desde luego, donde había transcurrido su tiempo vital más consciente y generador de referencias emocionales, pues en DIRECCION000 ha vivido de los dos a los seis años, es decir cinco años en total de ellos 7 que tiene actualmente.

d) Que comparando ambos entornos y aplicando los factores a que hacen referencia las sentencias del TEJUE antes citadas, no cabe duda de que por el entorno social y familiar, por la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia de la menor y de su traslado a Dubái (en España ha vivido cinco años y en Dubái apenas dos meses), lugar y condiciones de escolarización (en España curso estudios durante un año completo en centro escolar reconocido, y en Dubái no consta escolarización oficial alguna), así como por las relaciones familiares y sociales ha de llegarse a la conclusión de que el lugar de residencia de la menor al presentarse la demanda era España, lo que determina la competencia de los Tribunales españoles conforme al Reglamento 2019/111.

Por todo ello, el primer motivo del recurso ha de ser rechazado.

2.2 Segundo motivo: Nulidad de actuaciones, por citación defectuosa. Infracción procesal generadora de indefensión.

Tercer motivo: Nulidad de actuaciones por infracción de garantías procesales generadora de indefensión.

Se analizan conjuntamente estos dos motivos del recurso, pues ambos se sustentan en una presunta indefensión, generada, bien por una citación defectuosa, bien por la infracción del artículo 184 de la LEC.

Como tiene reiteradamente dicho este Tribunal (S. 9-5-2024 por todas), para apreciar indefensión judicial proscrita constitucionalmente por el artículo 24 de la Constitución española, deben concurrir los requisitos siguientes (SSTC 163/1985, 117/1986, 140/1987, 5/1988, 39/1988, 57/1988, 164/1991, 41/1992, 112/1987 y 151/1987, entre otras):

1.- Que se trate de una indefensión material efectiva, ya que no toda irregularidad procesal genera indefensión que justifique la nulidad de actuaciones, únicamente las infracciones que originan una disminución de las oportunidades procesales de alegar y probar todo lo conducente a la defensa en el proceso, evitando que cualquier irregularidad formal se convierta en un obstáculo insalvable para la culminación del proceso, al margen de la función y sentido de la razón y finalidad que inspira la existencia del requisito procesal, pues es preciso que la irregularidad genere una efectiva indefensión que ha de ser de carácter material, no meramente formal, pues no toda infracción procedimental genera indefensión material, siendo preciso que prive o disminuya de forma significativa el derecho de defensa.

2.- Quien la alega debe justificar la indefensión producida, relacionándola con el caso concreto y con los términos del debate judicial, no siendo suficiente acudir a genéricas y vagas argumentaciones sobre la supuesta indefensión.

3.- Que quien alega la indefensión no haya contribuido a su producción por falta de diligencia.

En el caso de autos no concurren tales requisitos. En efecto

a) Respecto a la citación defectuosa, como bien se dice en el escrito de oposición al recurso, ninguna tacha procedimental puede ponerse a las actuaciones realizadas por el Juzgado de instancia a la hora de citar a la madre demandada, dado que se intentó en tres domicilios distintos, habiéndose realizado incluso actuaciones por la Policía Nacional en averiguación del domicilio último de la recurrente. Quien se ha marchado de su lugar de residencia habitual, con una hija menor y presumiendo una más que lógica acción judicial del padre para que se le reconozcan sus derechos, sin dejar unas mínimas referencias para su posible localización, está inhabilitada para imputar desidia a la contraparte en facilitar los medios para su localización sin constituir tal alegación una contravención flagrantemente del principio de proscripción del abuso de derecho y del fraude de ley o procesal consagrado por el artículo 247 2. LEC. Igualmente, esta Tribunal tiene serias dudas de que no haya existido cierta voluntariedad en la permanencia en rebeldía de la apelante en la instancia, dado que no ha sido explicitado claramente por qué medio ha tenido conocimiento de la existencia de este proceso, pues alegar al respecto " *Que habiendo sido notificada con fecha de 22 de junio de 2023, a través del Tablón Edictal Judicial Único, la Sentencia recaída en los presentes Autos ...*", supone ocultar al Tribunal un dato que hubiese arrojado mucha luz sobre la voluntariedad o no de tal situación procesal, dado que, como igualmente se dice en el escrito de oposición al recurso, resulta absolutamente increíble que una persona que reside en Dubái proceda a la lectura del mismo, precisamente unos días después de dictarse la sentencia. En consecuencia, en este submotivo, no se aprecia infracción procesal, y, en todo caso, a ella habría contribuido la parte que la alega.

b) Y otro tanto ha de decirse respecto a la vulneración del artículo 184 de la LEC, pues si bien aquí sí se aprecia infracción de norma procesal, ello no supone sin más que se genere la indefensión alegada, pues, dada la



rebeldía de la parte demandada/apelante en la instancia, no consta por dato alguno que la apelante hubiese podido personarse en el acto de la vista de mediar el plazo exigido por la Ley, pues la propia parte reconoce que no es hasta el 22 de junio cuando se da por "notificada" de la existencia del proceso.

Por todo ello, el segundo y tercer motivos del recurso han de ser desestimados.

2.3. Cuarto motivo: Sobre el fondo del Asunto, y ausencia de beneficio para la menor en las medidas adoptadas.

Fundamenta este motivo la madre recurrente en que en la adopción de las medidas acordadas no se ampara suficientemente los derechos de la menor. Concretamente, se señala que el régimen de visitas acordado es de imposible cumplimiento, dada la residencia de la menor en Dubái.

El Tribunal no puede compartir tales argumentos, pues se sustenta sobre una situación familiar creada de forma claramente ilícita por la madre.

a) En primer lugar, porque la decisión de cambiar el lugar de residencia de una menor es, según el derecho español aplicable al caso de autos por residir la menor en España, una facultad inherente a la patria potestad y, por tanto, de decisión conjunta por ambos progenitores, debiendo acudir, en caso de discrepancia al procedimiento previsto en el artículo 156 del C. Civil para dirimir tal desacuerdo, lo que no hizo la madre, actuando por la vía de hecho de trasladar a la menor a Dubái.

b) En segundo lugar, porque, admitiendo la situación de facto creada por la madre y obviando la forma ilegal de efectuarla, el traslado de la residencia de la menor a Dubái es contrario a su interés, pues conforme a los criterios fijados por el TS para determinar dicho interés en ese tipo de traslados, el efectuado por la madre no cumpliría con el canon que se fija en tales pronunciamientos jurisprudenciales. En efecto el TS ha abordado la problemática que se genera respecto a los hijos menores en supuestos de traslados de localidad de los progenitores custodios en distintas resoluciones, fijando los siguientes criterios:

- En sentencia de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014, señala que el cambio de residencia de la madre custodia no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redundaría en beneficio de la menor.

- En la de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011, recuerda que si bien la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca, en este tipo de traslados el problema se centra sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.

- En la de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014, se señala que la sentencia recurrida ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano.

Es decir, en todas esas resoluciones se aprecia que el principio al que debe ajustarse la decisión es el interés del menor (STS de 19 de noviembre de 2015, Rc. 2724/2014).

Aplicando tales criterios al caso que nos ocupa, a este Tribunal no le cabe duda de que el traslado realizado por la madre es contrario al interés de la menor, pues ha desarraigado a la niña del único entorno convivencial estable que había tenido hasta entonces, separándola de su padre (con independencia del cumplimiento por este de forma más o menos regular de sus obligaciones parentales) y sacando a la menor del centro escolar donde cursaba estudios. Y todo ello para trasladarla a un país lejano, con el que la menor no tiene ningún vínculo, ni familiar, ni idiomático, ni de cultura y con estándares jurídicos relativos a la protección de la infancia más que dudosos, dada la falta de ratificación por dicho país tanto del Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la **Sustracción** Internacional de Menores como del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la **ejecución** y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, suponiendo dicho traslado que la madre ha llevado a la menor a un entorno mucho menos garantista de su bienestar que el que disfrutaba en España como niña y como mujer, sin un fin justificado, lo que imprime cierto grado de verosimilitud a la afirmación de la representación del padre de que el cambio de residencia de la menor tendría por única finalidad "sustraer" a la menor de cualquier posibilidad de retorno por el padre acudiendo a los instrumentos internacionales que garantizan la devolución de menores ilícitamente trasladados fuera de su residencia habitual.

Finalmente, la invocación por la representación de la madre del interés de la menor le resulta a este Tribunal sorprendente, pues cuestionado en exclusiva el régimen de estancias de la menor con el padre y su lugar de cumplimiento por el traslado ilícito de la menor por la madre, ha de recordarse a la recurrente que es primordial en la determinación concreta de ese interés en el caso que nos ocupa tener en cuenta las siguientes consideraciones:



a) Desde el punto de vista psicológico, todos los estudiosos (Peña Yáñez, Arch, Bolaños, Fariñas, Bernal) coinciden que la figura de ambos progenitores es esencial en la vida y en el desarrollo emocional equilibrado de los hijos tras una ruptura parental. Por tanto, y salvo excepciones, debe fomentarse tras el divorcio o la ruptura parental una coparentalidad responsable y una implicación de ambos progenitores en la crianza de los hijos menores que exigen, como requisito ineludible, un contacto físico regular del menor con sus dos progenitores.

b) Desde la perspectiva jurídico-legal esa relación del menor con sus progenitores se configura, esencialmente, como un derecho fundamental del menor, pues el legislador considera que ese contacto, salvo casos patológicos, es beneficioso para el niño o niña. La Convención sobre los Derechos del Niño así lo recoge en su artículo 9.3. al señalar que tiene derecho el niño "... que está separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Y el artículo 10 reitera en el caso de matrimonios transfronterizos que el niño "... cuyos padres residan en estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres". Así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992, señala que "En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño". Igualmente, cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses". Finalmente, el artículo 94 del C. Civil señala que "La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía".

Por tanto, nuestro Código Civil establece la necesidad, además de fijar el régimen de custodia correspondiente, de acordar un régimen de estancias con el progenitor no custodio, tanto en sede de proceso consensual, artículo 90 A), como en el ámbito del proceso contencioso, ya sea como medida definitiva (artículo 94) o como medida **provisional** (artículo 103.1ª). Finalmente, la LEC en su artículo 774-4 indica como uno de los pronunciamientos que necesariamente ha de contener la sentencia dictada en los procesos de familia, el relativo "a los hijos" en el que ha de entenderse incluido el régimen de relaciones y estancias con el progenitor no custodio.

Y eso es lo que ha hecho la Jueza de Instancia en la sentencia, fijar un régimen de estancias, con carácter progresivo, de la menor con su padre, y fijarlo conforme a la situación jurídica de la menor existente al tiempo de interponerse la demanda, esto es, partiendo que la menor reside en España, no pudiéndose compartir en esta alzada el argumento de la representación de la madre de que su cumplimiento es imposible, pues lo que debe hacer la madre es reintegrar a la menor a su lugar de residencia y poner fin a un traslado, ilegal desde el punto de vista jurídico y perjudicial para la menor desde su perspectiva vital y familiar según se ha dicho.

Y pretender, frente a ello, que este Tribunal autorice el cambio de residencia de la menor a Dubái, carece de sustento legal y, sobre todo, carece de justificación, pues además de las serias dudas de este Tribunal de que en el país donde pretende vivir la madre existan unos estándares de protección a la infancia y a la mujer equiparables a los europeos y occidentales, la madre no ha expuesto cual es el proyecto familiar estable que la ha llevado a ese país, pues su propio argumento de la enfermedad de su padre como justificador del traslado repentino lo calificaría de **provisional** y temporal, ni se aprecian los beneficios que obtendría la menor, por lo que estaríamos ante una decisión calificable, en el mejor de los casos de caprichosa e injustificada, y en el peor de ilícita y con la única finalidad de separarla irremediabilmente de su padre, por lo que la solicitud formulada es claramente inviable y ha de ser rechazada.

Finalmente, ha de recordarse que el interés de los menores como criterio prevalente a la hora de adoptar medidas respecto a ellos en cualquier ámbito, y por tanto también en el jurisdiccional, ha sido reforzado y concretado por la reforma del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, operada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En dicho artículo se trata de delimitar el contorno de ese, hasta entonces, "concepto jurídico indeterminado", fijando (apartado 2) los criterios generales que, junto con los específicos de la legislación aplicable y los que puedan estimarse adecuados según las circunstancias concretas del supuesto, se deben tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar dicho interés superior. Se pretende así limitar la discrecionalidad que la indeterminación del concepto producía frecuentemente en su aplicación a los supuestos enjuiciados.

Dentro de los criterios a ponderar para el juicio de prevalencia del interés del menor de entre los que se enumeran en dicho artículo, debe destacarse la edad y el transcurso del tiempo y la estabilidad emocional



del menor recogido en el apartado 3 del artículo 2 de la LO 1/1996, el cual señala también que los criterios enumerados en el apartado anterior "... se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo". d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro".

Es decir, hay una clara apuesta del legislador por la estabilidad vital del menor, presuponiendo que los cambios pueden ser generadores de riesgo y han de estar justificados, advirtiendo de la necesidad de minimizar los mismos, y considerando que el paso del tiempo, cualquiera que sea la causa, ha de ser ponderado como elemento decisivo en la adopción de las medidas que más beneficien a los menores. Elementos todos ellos que apuntarían a la necesidad de que los gestores de conflictos familiares ponderen, a la hora de concretar cual sea el interés de un menor en una situación concreta, por ejemplo, en el traslado de residencia, con lo que supone de cambio del entorno convivencial, si esa alteración de la estabilidad vital alcanzada le resulta imprescindible al menor, pues de lo contrario ha de primar la continuidad, al estimarse esta más positiva para el equilibrio psico-emocional del menor.

Y en el caso de autos, como antes se ha apuntado, no cabe duda que la menor se encontraba viviendo en DIRECCION000 desde hacía cinco años, bien integrada en el centro escolar y disfrutando de una estabilidad vital y emocional que se ha visto alterada por su traslado sorpresivo a un país lejano con el que no tiene conexión alguna, resultando claro que ese traslado le genera unos riesgos que carecen de justificación y, en consecuencia, que es contrario a su interés conforme al precitado artículo 2 de la LO 1/1996

Por todo ello el cuarto motivo del recurso ha de ser desestimado.

2.4 Quinto motivo: Impugnación de la pensión de alimentos establecida en la Sentencia.

La parte recurrente apoya este último motivo en que el padre ofreció abonar 800 euro mensuales, careciendo de justificación/motivación la reducción a 400 euros mensuales que se realiza en la sentencia. Finalmente, se alegan los altos gastos de la menor en Dubái, interesando que se cuantifique la referida pensión en 2.000 euros mensuales.

El motivo no puede prosperar, pues, en primer lugar, la parte recurrente ha incumplido la carga de la prueba establecida en el artículo 217 de la LEC, no aportando documento alguno que acredite las necesidades de la menor que invoca, además de que pretender justificar el incremento de la pensión con la alegación de los gastos que tiene la menor en el lugar donde ha sido trasladada ilícitamente por la madre supone un claro fraude de ley que este Tribunal no puede amparar (artículo 6 4. del C. Civil y 11.2 de la LOPJ).

Respecto a la falta de fundamentación/ motivación, tampoco puede compartirse, pues conforme al artículo 770.3ª de la LEC, y dada la rebeldía de la recurrente en la instancia, su falta de asistencia a la vista permite al Juez a quo tener por admitidos los hechos alegados por la parte compareciente a efectos de las medidas patrimoniales a adoptar, lo que supone que no sea necesaria fundamentación al respecto. Y sobre el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del C. Civil, tampoco se considera infringido, pues como bien se dice en el escrito de oposición al recurso, el abono de la cantidad de 800 euros por el padre lo era para cubrir las necesidades educacionales de la menor, las cuales, como consecuencia del traslado ilícito de la menor por la madre, actualmente no se sabe cuáles sean.

En consecuencia, y con independencia de la mayor o menor motivación del pronunciamiento de la sentencia sobre la cuantía de la pensión de alimentos, este Tribunal considera, a falta de prueba en contrario, que la cuantía fijada de 400 euros al mes es proporcional a los ingresos del padre y a las necesidades de la menor conforme a los artículos 93 y 146 del C. Civil, suponiendo ello la desestimación del motivo analizado.

TERCERO.- Conclusión.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso de apelación, confirmándose íntegramente la resolución apelada.

CUARTO.- Costas.

En cuanto a las costas de esta alzada, desestimado el recurso de apelación y de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 de la LEC, han de ser impuestas a la parte recurrente Brigida .

De conformidad con el apartado 8 de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede dar al depósito constituido en su día para recurrir el destino legalmente previsto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

**FALLAMOS**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Brigida representado por el/la procurador/a Sr/Sra. Cabellos Menéndez frente a la sentencia de fecha 8-6-2023 dictada en el procedimiento de Guarda y custodia y alimentos menor no matrimonial contenciosa 1024/2022 del Juzgado De Primera Instancia nº 5 de Marbella y, en consecuencia, debemos confirmar íntegramente dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada.

Dese al depósito constituido en su día para recurrir el destino legalmente previsto.

Conforme al art. 466.1 de la L.E.C. 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, debiendo estar suscrito por Procurador y Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal (Ley 37/11, de 10 de octubre). No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sección.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

FONDO DOCUMENTAL C