



Roj: **AAP B 7083/2024 - ECLI:ES:APB:2024:7083A**

Id Cendoj: **08019370182024200276**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **24/07/2024**

Nº de Recurso: **415/2024**

Nº de Resolución: **356/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MYRIAM SAMBOLA CABRER**

Tipo de Resolución: **Auto**

**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.: 0801942120198094564

**Recurso de apelación 415/2024 -E**

Materia: **Jurisdicción** voluntaria familia

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Jurisdicción voluntaria 508/2022**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012041524

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

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

Concepto: 0970000012041524

Parte recurrente/Solicitante: Manuela

Procurador/a: Beatriz De Miquel Balmes

Abogado/a: CRISTINA MARIA GIL TARGARONA

Parte recurrida: Dorian



Procurador/a: Rogelio Almazan Castro

Abogado/a: Marta Argudo Alsina

## AUTO N° 356/2024

### Magistrados/Magistradas:

D<sup>a</sup> Myriam Sambola Cabrer (Ponente) D<sup>a</sup> Dolors Viñas Maestre D<sup>a</sup> Bibiana Segura Cros

Barcelona, 24 de julio de 2024

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 3 de mayo de 2024 se han recibido los autos de **Jurisdicción** voluntaria 508/2022 remitidos por Juzgado de Primera Instancia n° 17 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Beatriz De Miquel Balmes, en nombre y representación de Manuela contra Auto - 04/11/2022 y en el que consta como parte apelada-oponente el/la Procurador/a Rogelio Almazan Castro, en nombre y representación de Dorian .

SEGUNDO. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:"ACUERDO: ESTIMAR LA SOLICITUD FORMULADA por el Procurador de los Tribunales de D. Dorian frente a Dña. Manuela y por lo que:

1. conforme al artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1.980 sobre los aspectos civiles de la sustracción **internacional** de menores DECLARO ILÍCITA LA RETENCIÓN en Brasil de la menor de edad Gloria , certificando que concurren los requisitos del art 3 del mencionado Convenio.

2. La presente resolución se dicta de conformidad con lo establecido en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, incluido el art 12 y por lo que SE CERTIFICA que la menor debía haber sido entregada al padre, en el domicilio del padre en España, el día 16/8/2.022 a las 20:00 horas. Las costas causadas se imponen a la demandada."

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 09/07/2024.

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

Se designó ponente a la Magistrada D<sup>a</sup> Myriam Sambola Cabrer .

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los del auto apelado en cuanto no se opongan a los que siguen.

Primero.- Planteamiento del debate.

En el Juzgado de Primera Instancia se ha seguido procedimiento de **Jurisdicción** Voluntaria instado por el Sr. Dorian poniendo de manifiesto que la hija común había sido ilícitamente retenida en Brasil por su madre. Que



la Sra. Manuela ha incumplido sus obligaciones al no reintegrar a la menor al domicilio paterno el pasado 16 de agosto a las 20 h. según le correspondía como viene establecido en la sentencia.

La Sra. Manuela niega la retención ilícita de la menor. Expone que viajaron a Brasil para procurar cuidados a la abuela que había sido operada, que informó debidamente al padre y niega haber impedido o dificultado la comunicación. Afirma que concurren en este caso las excepciones previstas en el art. 13 a) y b) del Convenio de La Haya. Sostiene en primer lugar que la guarda del padre no se ejerce de forma adecuada, porque se opone a que la hija reciba tratamientos y terapias psicológicas que necesita. Alude a la crónica conflictividad entre el padre y la madre que está perjudicando psicológicamente a la hija. En segundo lugar sostiene que la restitución supondría un riesgo grave y un peligro psíquico para la hija por razón del conflicto parental. Se remite a los informes de Servicios Sociales y del CSMIJ de 14-2-2022 y 4-8-2022 que recomiendan a los padres hacer terapia para garantizar el bienestar de la niña.

El Ministerio Fiscal informó en el sentido de declarar la ilicitud del traslado conforme a lo establecido en el art. 778 sexies LEC en relación con los arts. 3 y 15 del Convenio de La Haya por incumplimiento de la sentencia de 5-12-2019 y el posterior auto de 18-7-2022 al retener ilícitamente a la pequeña tras el periodo de custodia que le correspondía durante el primer periodo del mes de agosto. Añade que no concurren las excepciones opuestas para el retorno.

El auto de primer grado examina el caso y estima acreditado que la menor tiene su residencia habitual en España, hecho no negado por la Sra. Manuela y también que la madre no niega que, pese a haber finalizado el periodo vacacional que le correspondía ( primera mitad de agosto), no ha devuelto a la menor a territorio español. Declara probado también que la menor Gloria sigue en Brasil y la voluntad materna es permanecer con la niña en aquel país donde la ha escolarizado y procurado nuevos terapeutas. Añade que se cumplen los requisitos del art. 3 del Convenio de La Haya porque existe una resolución judicial vigente, la sentencia de 5-12-2019, que establece la potestad parental conjunta de ambos padres y la atribución de la guarda de la menor a la madre con un régimen de visitas del padre en el periodo escolar y con un determinado periodo de vacaciones. Indica también que está acreditada la retención de Gloria en Brasil por no retorno a su domicilio habitual con vulneración del derecho de custodia dispuesto en la citada sentencia en los términos dispuestos en el art. 5 a) del citado Convenio conforme al cual el derecho de custodia comprende la decisión relativa al lugar de residencia del hijo que, a su vez, es facultad inserta en la potestad parental de la que, conforme a la citada sentencia, son titulares ambos progenitores. Además precisa que la retención en Brasil de la menor ha vulnerado el derecho de custodia del padre durante el segundo periodo del mes de agosto ( desde las 20 h. del día 16-8-2022) y las estancias del régimen de visitas previstas en la sentencia, tras iniciarse el curso escolar. Por último el auto estima acreditada la concurrencia del segundo requisito del art. 3 del Convenio, a saber, que ese derecho se ejercía de forma efectiva en el momento de la retención. Valora que el padre ha venido disfrutando de los periodos de estancia que le correspondían con la hija conforme a la sentencia de 2019 y hasta que ésta se desplazó a Brasil, con la madre en el periodo vacacional de agosto ( al haberse consentido por el padre la salida de España ) y el padre de forma activa ha adoptado junto con la madre las decisiones que en todo momento correspondían al ejercicio de la potestad parental que ambos tienen atribuido.

Por todo ello concluye que procede declarar la ilicitud de la retención de la menor de edad Gloria con residencia habitual en España y respecto de la que se han adoptado medidas judiciales mediante sentencia de 5-12-2019 y certifica a los efectos de los arts. 3 y 12 del citado Convenio de La Haya que la retención ilegal se produjo a las 20 horas del 16-8-2022.

En cuanto a las excepciones opuestas por la Sra. Manuela para que no se declare la ilicitud del traslado con fundamento en el art. 13 del Convenio de La Haya, indica que no forman parte de este procedimiento, no obstante entra a analizarlas por mor del art. 12 del Convenio y tomando en consideración el superior interés de la menor rechaza su concurrencia para neutralizar en este procedimiento la declaración de ilicitud.

Razona en cuanto al ejercicio inadecuado del derecho de custodia que únicamente han quedado acreditadas discrepancias en su ejercicio, resueltas por vía judicial, no asimilables al supuesto del precepto invocado.

En cuanto al grave riesgo incardinado en el art. 13 b), la resolución considera que los problemas relacionales no son del padre con la hija sino de los adultos entre sí y que los profesionales aconsejan que la menor quede



preservada del conflicto existente aconsejando terapia familiar. Y entiende que no es de aplicación la excepción del art. 13 b) ya que la mala relación de los progenitores no ampara la retención de la hija por su madre.

Por todo ello en la parte dispositiva estima la solicitud del padre y conforme al art. 15 del Convenio de La Haya declara ilícita la retención en Brasil de la menor de edad Gloria , certificando que concurren los requisitos del art. 3 del mencionado Convenio. Precisa que la resolución se dicta de conformidad con lo establecido en el presente Convenio de La Haya , incluido el art. 12 por lo que certifica que la menor debía haber sido entregada al padre en el domicilio del padre en España el día 16 de agosto de 2022.

La demandada Manuela recurre en apelación el auto de 4 de noviembre de 2022 que ha declarado la ilicitud del traslado de la menor Gloria a Brasil.

Sostiene la parte apelante , en esencia, que concurre la excepción prevista en el art. 13 b) del Convenio de La Haya. La recurrente abandona en fase de recurso la excepción del art. 13 a) ante la palmaria ausencia de los presupuestos para su apreciación "falta de ejercicio efectivo de la potestad parental" y se centra en el supuesto del art. 13 b): Expone que el retorno supondría un riesgo para la integridad física y psicológica de la menor Gloria . Añade en el desarrollo argumental de su recurso que "(...) En un ejercicio de ponderación del interés superior de la menor, en estos momentos la apelante considera que el retorno de Gloria a España no sería beneficioso para ella, puesto que volvería a un entorno de hostilidad, alejada de su familia extensa en Brasilia, con sus progenitores en conflicto crónico y sin más familia, y de vuelta a la escuela DIRECCION000 (el padre no autorizó el cambio solicitado por la Sra. Manuela aportado como documento nº 20 de la oposición a la demanda) en la que no mostraba un aprendizaje adecuado y en la que se dieron indicios de sufrir bullying por sus compañeros como verbalizó la menor a la psicóloga Joaquina y que además constatan las profesoras según es de ver en el documento nº 17 de la contestación a la demanda, lo que supondría un peligro para la integridad psíquica de la menor, volviendo a caer en la espiral de la depresión, ansiedad, comportamiento asocial tan perjudicial para el desarrollo de la menor(...)". E informa también que "(...) En protección de los intereses de Gloria , para poder ejercer la potestad parental mientras se encuentran en Brasil, sin perjuicio de que se inicie el correspondiente procedimiento de modificación de medidas en España, la madre inició en Brasil un procedimiento de tutela urgente de la menor, en atención a las necesidades de tratamiento oftalmológico y seguimiento psicoterapéuticos que requiere la menor, dictándose el 16 de noviembre de 2022 una resolución por la 6ª Corte de Familia de Brasilia en el marco del procedimiento nº 0760458-53.2022.8.07.0016, que establece que "concedo la anticipación de tutela, para fijar provisionalmente la guarda unilateral del niño Gloria ejercida por su progenitora Manuela AMBAS debidamente cualificadas en los autos; doy a la presente fuerza de acta de guarda provisional unilateral, sin necesidad de la impresión de dicha acta en medio físico, dispensándose también la firma de la progenitora". En atención a esta atribución de la guarda provisional, añade que "la Sra. Manuela ha procurado escuela, terapia psicológica y visual, en atención al bienestar emocional y psicológico de la menor".

La Sra. Manuela aporta resolución dictada el 16 de noviembre de 2022 por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios, 6ª Corte de Familia de Brasilia", que estableció la guarda provisional unilateral materna. Y alega en su recurso y documenta que el pasado 6-2-2024 se ha dictado resolución suspendiendo el procedimiento de guarda instado por la madre hasta que se pronuncie el Tribunal Federal sobre la restitución o no de la niña.

El Sr. Dorian y el Ministerio Fiscal piden la confirmación del auto.

SEGUNDO.-Consideraciones generales.

El principio rector del Convenio de La Haya de 1980 es garantizar con carácter general la restitución inmediata de los menores trasladados a otros países sin el consentimiento del otro progenitor y velar por los derechos de custodia y de visita vigentes, entendiendo que dichos principios favorecen al bienestar de los menores, si bien deben confrontarse y ponderarse con las causas que pudieran justificar su no retorno en beneficio del menor en cuestión.

En el informe explicativo del Convenio de la Haya (apartado 29) se indica: '(...) los apartados 1 b y 2 del mismo art. 13 consagran excepciones que claramente se basan en la toma en consideración del interés del



menor. Y el Convenio da un contenido preciso a este concepto. Así, 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. En el apartado 113, respecto al tenor literal de tales excepciones, se dice: 'En términos generales, hay que insistir en que las excepciones previstas en los dos artículos en cuestión no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad - no de imponerles la obligación- de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias' (...)- Cuando, como ocurre en este caso, la decisión afecta a un menor el criterio que ha de presidirla es su interés prevalente que, con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño » ( art. 3.1). Este principio está consagrado en nuestra propia legislación en diversos preceptos del Código Civil ( arts. 92 , 93 , 95 , 103.1 , 154 , 158 y 170), Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno, filiales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial".

TERCERO.- Objeto de este procedimiento. Posibilidad de examinar ahora y aquí la concurrencia de las excepciones de restitución del art. 13 del Convenio de La Haya. Decisión del Tribunal.

Atendidos los concretos motivos de apelación entendemos que no es controvertido por las partes que la permanencia no consentida por el padre de Gloria en Brasil configura el supuesto de retención ilícita del art. 3 del Convenio de La Haya. En este sentido hacemos nuestros todos los razonamientos expuestos sobre el particular en la resolución apelada y no cuestionados por la recurrente.

La apelante admite que orilló la previsión específica contenida en la sentencia reguladora de la ruptura cuyo tenor literal es el siguiente: "Ninguno de los progenitores podrá salir con su hija fuera del territorio nacional sin el expreso consentimiento del otro progenitor. En caso de desacuerdo sobre ésta y las demás" cuestiones que integran la potestad parental de los progenitores deberán plantear la controversia ante la autoridad judicial"

El recurso planteado somete a debate en esta alzada únicamente la concurrencia en este caso de la excepción de no retorno por riesgo grave de sufrir un perjuicio psíquico prevista en el art. 13 b) del Convenio de La Haya .

Como expone también el auto recurrido al inicio de su fundamento cuarto, este procedimiento tiene como único objeto la declaración de ilicitud a la que se refiere el art. 3 del Convenio de La Haya en relación con el art. 15 y que se sustancia conforme al art. 778 sexies de la LEC.

El art. 15 del Convenio de La Haya dice que " Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante , antes de expedir una orden para la restitución del menor podrán exigir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acrediten que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el art. 3 del Convenio, siempre que pueda obtenerse en dicho Estado esa decisión o certificación. Las Autoridades centrales de los Estados Contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia a los demandantes para que obtengan una decisión o certificación de esa clase.

En España esta certificación o decisión se libra por la autoridad judicial según el procedimiento o cauce procesal previsto en el artículo 778 sexies LEC, en vigor desde el 23 de julio de 2015.

Este artículo dispone que cuando un menor con residencia habitual en España es objeto de traslado o retención **internacional**, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma **internacional** aplicable, cualquier persona interesada , al márgen del proceso que se inicie para pedir su restitución **internacional**, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención han sido ilícitos.

La parte recurrente pretende que se declare la licitud de la permanencia en el Estado refugio en base a la concurrencia de las excepciones al retorno reguladas en los arts. 12 y 13 del Convenio, pero estas excepciones



sólo pueden ser alegadas y valoradas en el procedimiento de restitución si previamente se califica el traslado como ilícito. La madre invierte los presupuestos de la normativa aplicable. No cabe examinar la concurrencia de situaciones de excepcionalidad del art. 13 -de interpretación restrictiva- sin una declaración previa de ilicitud y la concurrencia en su caso de la excepción no convertirá en lícito el traslado sino que operaría como razón o base para fundar la no devolución en el procedimiento de restitución ya iniciado en Brasil.

En definitiva, la alegación, ponderación y examen de las excepciones previstas en el art. 13 del Convenio de La Haya y la oposición de arraigo que contempla el art. 12 en su segunda parte, no pertenecen a este procedimiento -cuyo objeto es limitado y viene claramente descrito en las normas referidas- y corresponde efectuarlas en el procedimiento de retorno o restitución dispuesto en los arts 8 y ss del Convenio de La Haya. Será en aquel procedimiento seguido ante las autoridades del Estado requerido donde podrán exponerse y será en este caso Brasil el Estado que deberá, si le son alegadas, examinarlas para, en su caso, denegar la restitución si se demuestra la concurrencia de alguna de las causas tasadas. Su invocación en sede de declaración de ilicitud del traslado o retención efectuado no puede ser considerada. En definitiva, no podemos examinarlas ahora ni por ello rechazar o apreciar su concurrencia porque no inciden en el procedimiento para declarar la ilicitud sino en el procedimiento de restitución o retorno del menor.

Consecuentemente y a tenor de lo razonado en el auto de primer grado y lo expuesto en la presente resolución el motivo de recurso se desestima.

TERCERO.- Costas.

Desestimado el recurso las costas se imponen a la parte apelante ( arts. 394 y 398 LEC).

#### PARTE DISPOSITIVA.

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación deducido por la Procuradora Beatriz De Miquel Balmes, en nombre y representación de Manuela contra el auto de fecha 04/11/2022 dictado por el juzgado de 1ª instancia nº 17 de Barcelona en sede de **Jurisdicción** Voluntaria nº 508/2022 de que el presente rollo dimana y confirmar la expresada resolución con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de [sejudicial.gencat.cat](http://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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ