

Roj: AAP PO 151/2006 - **ECLI:**ES:APPO:2006:151A
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pontevedra
Sección: 1
Nº de Recurso: 473/2006
Nº de Resolución: 133/2006
Fecha de Resolución: 05/07/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ
Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

AUTO: 00133/2006

PONTEVEDRA

001

5070A

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986860534

N.I.G. 36038 37 1 2006 0000898

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000473 /2006

Proc. Origen: JURISDICCION VOLUNTARIA. GENERAL 0000060 /2006

Órgano Procedencia: JDO. DE PRIMERA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA

De: María Teresa

Procurador: FRANCISCO JAVIER ALMON CERDEIRA

Contra: MINISTERIO FISCAL, MAISON D'ENFANTS CLAIS LOGIS , , XUNTA DE GALICIA LETRADO DE LA XUNTA DE

GALICIA

Procurador:

Ilmos Magistrados

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

AUTO NÚM.133

En PONTEVEDRA, a cinco de Julio de dos mil seis

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el *Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pontevedra, con fecha 10 mayo 2006, se dictó Auto* cuya parte dispositiva expresa:

"Se estima la demanda de cooperación jurisdiccional formulada por el Sr. Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia, en calidad de Autoridad Central, y en nombre de la institución "Maison D'Enfants Clair Logis" de Paris y de D. Augusto contra D María Teresa, sobre devolución del menor y a la institución francesa que tiene confiada su custodia y, por consiguiente, se acuerda la restitución del menor Gonzalo a la institución "Maison D'Enfants Clair Logis" de Paris (Francia), con imposición de las costas del procedimiento y de los gastos que ocasione la restitución de menor a la madre del menor y demandada. "

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Dña María Teresa se formuló recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala y señalándose el día cinco de julio para la deliberación de este recurso, designándose ponente al Magistrado D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, que expresa el parecer de la Sala.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han seguido las prescripciones y términos legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Frente al Auto de instancia que, acogiendo la pretensión deducida por el Abogado del Estado, en representación de la Autoridad Central Española en aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobado en La Haya el 25 de octubre de 1980 y ratificado por España mediante Instrumento de 28 de mayo de 1987 -publicado en el BOE de 24 de agosto del mismo año-, ordena la restitución del menor Gonzalo a la institución francesa que tiene confiada su custodia y, por consiguiente, su restitución a la institución "Maison D'Enfants Clair Logis" de Paris (Francia), interpone la madre del menor, recurso de apelación, a fin de que se deje sin efecto la resolución combatida y, en su lugar, se desestime la solicitud de restitución al concurrir la excepción prevista en el art. 13.b.) del Convenio -grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, así como la oposición del propio menor al retorno-; igualmente insiste en una especie de falta de legitimación activa de la citada institución francesa al sostener que no ostenta en la actualidad la custodia del menor;

y, alternativamente, la nulidad de lo actuado desde el señalamiento de la celebración del juicio al no haber tenido la defensa de la recurrente tiempo material para examinar el expediente por hallarse en la Fiscalía hasta siete días antes de la celebración de la vista, lo que le ha causado una indefensión material y formal.

El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en trámite de oposición al recurso, solicitaron la confirmación del Auto apelado.

SEGUNDO.- Para resolver las cuestiones objeto de controversia hemos de tener en cuenta los siguientes hechos que son reconocidos por la propia recurrente:

a) Doña María Teresa y D. Augusto vivieron maritalmente desde 1990 hasta 1998. Fruto de dicha relación nació el 28-2-1992 el menor Gonzalo.

b) La relación sentimental entre los progenitores en 1998 estaba tan deteriorada que motivó la salida del domicilio común de D. Augusto, repercutiendo enormemente en el hijo común las desavenencias entre los progenitores. Tras la ruptura, sus desavenencias y mutuas imputaciones motivan la intervención de las autoridades francesas para salvaguardar los intereses superiores del menor Gonzalo y otorgan la custodia a la "Maison D'Enfants Clair Logis", 5 bis Square Lamarck-Paris. Y, prescindiendo de anteriores resoluciones de las autoridades judiciales francesas, el Tribunal de Menores de Bobigny, por *sentencia de 14 marzo 2002* acordó mantener la medida que otorgaba la custodia del menor a la institución francesa citada por un año a partir del 10 marzo 2002, pudiendo beneficiarse los progenitores del régimen de visitas y estancias establecido en la resolución del Juez de Familia, confiando el ejercicio de la medida a la Asociación Jean Cotxet-AEMO- Saint Denis Cedex. La sentencia del Tribunal de Menores fué recurrida por la madre del menor ante el Tribunal de Apelación de París que, por *sentencia de 17 septiembre 2002*, confirmó la recurrida.

c) El mes de junio del año 2002, el Juez de Familia, previa audiencia de los progenitores, acordó que la primera parte de las vacaciones escolares de verano la madre tendría en su compañía a su hijo, y la segunda parte el padre, este debía recoger a su hijo el día 6 agosto 2002 en las oficinas de la sección educativa de "AEMO". El día 5 agosto 2002 una educadora de la asociación Joan Coext se presentó en el domicilio de la madre, según lo acordado previamente con ella, y solo pudo informar que la recurrente había vendido la vivienda y se había ausentado con su hijo sin dejar nueva dirección.

d) La madre, llevándose al menor, se trasladó a Barcelona, probablemente antes del 6 de agosto 2002, y de esta ciudad se trasladó a otras, Alicante, Madrid y Vigo.

e) Con fecha 14 enero 2003 el Sr. Abogado del Estado, como representante legal del Mº Justicia, presentó demanda de cooperación jurisdiccional en nombre de la institución "Maison D'Enfants Clair Logis" de Paris y de Augusto con residencia habitual Paris (Francia), atribuyéndose según las normas de reparto al Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de los de Barcelona que incoa expediente de Jurisdicción Voluntaria, convocando de comparecencia a los interesados para el día 27 enero 2003, que tuvo que ser suspendida ante la imposibilidad de citación de la recurrente, ignorándose su paradero lo que, después de múltiples diligencia de averiguación, determina el archivo provisional del expediente por auto de 10 septiembre 2003.

f) Una vez localizada la madre y el menor en cumplimiento de la orden europea de detención y entrega acordada por el Tribunal de Gran Instancia de Bobigny, D^a María Teresa es detenida en Vigo, y el menor Gonzalo ingresa en el centro de acogida "Príncipe Felipe" de Pontevedra, decretándose por resolución de 23-2-2006 de la Delegación Provincial de la Vicepresidencia de Igualdade e do Benestar, el desamparo del menor, asumiendo su tutela pública.

g) A raíz del cambio territorial de residencia, el *Juzgado de 1 Instancia nº 18 de Barcelona por auto de 10 enero 2006* declara su incompetencia territorial para conocer del asunto, remitiendo el expediente a Pontevedra para su reparto entre los Juzgados de 1^a Instancia, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de 1^a Instancia nº 3 que incoa expediente nº 60/06, al que acumula el expediente nº 471/06 seguido ante el mismo Juzgado por los mismos hechos a raíz de la nueva solicitud presentada por el Sr. Abogado del Estado el día 19 abril 2006.

TERCERO.- Como señala la resolución impugnada, de los antecedentes reflejados con anterioridad, forzosamente debe considerarse ilícita la retención del menor Gonzalo por su madre D^a María Teresa, a tenor de lo dispuesto en el *art. 3 del Convenio de la Haya de 25 octubre 1980*, ratificado por España el 28 mayo 1987, ya que la madre, trasladando a su hijo a Barcelona (España), no lo entregó en las oficinas de "AEMO", Jean Coxet (Francia) el día 6 agosto del año 2002 para que el padre lo tuviera en su compañía en su parte de las vacaciones escolares, y tampoco lo reintegró el 3 septiembre 2002 a la "Maison D'Enfants Clair Logis", que tenía confiada su custodia por resolución judicial firme del Tribunal de Menores de Bobigny.

Como se recoge en el *art. 1 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, sobre los aspectos civiles de la sustracción ilegal de menores, el objetivo que persigue es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita por cualquier Estado contratante, calificativo que se da cuando, como expresa el art. 3, esa situación se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, conjunta o separadamente, a una persona con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención, en cuyo caso la autoridad competente ordenará su restitución inmediata. En todas las hipótesis nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia, siendo intrascendente la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia.

El presupuesto de aplicación del Convenio radica, por tanto, en un traslado o retención ilícitos, concepto sobre el que articula la puesta en marcha de los mecanismos convencionales. Ahora bien, al señalar los requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, el art. 3 del Convenio exige un doble elemento: de un lado, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de residencia habitual del menor, y de otro, el ejercicio efectivo de dicha custodia antes del traslado o retención.

Este momento temporal es el que define la custodia de la persona física o jurídica que insta a través de la Autoridad correspondiente la restitución del menor. Así lo establece claramente el Convenio en su *art. 3*, y *actualmente también el art. 11.1 del Reglamento del Consejo nº 2201/2003*, por lo que el segundo motivo del recurso debe decaer de plano en lo que se refiere a la pretendida falta de legitimación activa al carecer en la actualidad la institución "Maison D'Enfants Clair Logis" de la custodia,

pues lo relevante es que era la entidad que la tenía atribuida por resolución judicial en la fecha de la retención ilícita, y en consecuencia, estaba debidamente legitimada para impetrar el auxilio de las autoridades administrativas y judiciales.

El Tribunal de Menores de Bobigny, por *sentencia de 14 marzo 2002* acordó mantener la medida que otorgaba la custodia del menor a la institución francesa citada por un año a partir del 10 marzo 2002, pudiendo beneficiarse los progenitores del régimen de visitas y estancias establecido en la resolución del Juez de Familia, confiando el ejercicio de la medida a la Asociación Jean Cotxet-AEMO-Saint Denis Cedex. La sentencia del Tribunal de Menores fué recurrida por la madre del menor ante el Tribunal de Apelación de París que, por *sentencia de 17 septiembre 2002*, confirmó la recurrida. Y si bien pudiera parecer que el 10 marzo 2003 terminaba la custodia por "Maison D'Enfants Clair Logis", no es menos cierto que la resolución del Tribunal de Menores se limita a mantener lo acordado con anterioridad en otras resoluciones, y sin duda antes de que se cumpliera el año, las medidas podían mantenerse o modificarse, pero no pudo ser así precisamente por la ilegal retención del menor por su madre, ahora recurrente, y en consecuencia el último título de custodia corresponde a la mencionada institución, y en cuanto tal está perfectamente legitimada para reclamar la reintegración del menor (*art. 3 b*), *segundo párrafo del Convenio de la Haya*)..

CUARTO.- Llegados a este punto estamos en disposición de examinar el primer motivo del recurso que se refiere al fondo de la cuestión. La parte recurrente argumenta que dado el tiempo transcurrido desde que el menor se encuentra en España (unos cuatro años) constituirá un trauma para el menor por el tremendo receso que supondría al haber variado totalmente el contexto educativo-familiar del mismo, y se modificaría de forma radical su entorno actual en perjuicio del menor.

Sin embargo, como ya ha tenido ocasión de argumentar *esta Sala en Auto de 30 mayo 2000, Rollo nº 91/2000*, frente a tales alegaciones conviene recordar que el interés del menor que el Convenio trata de proteger en primer lugar es el de su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de ciertos derechos sobre su persona que han sido unilateralmente definidos y decididos. Hemos de aprender a ver al menor como primera víctima de estas situaciones de traslado o retención, pues él es quien padece en primer lugar la pérdida de un equilibrio al que tiene derecho, al quedar separado de uno de los progenitores, o de la institución que ostenta su custodia. Importa tener presente la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que señala que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.

Debe recordarse a la recurrente que su actuación es la que ha vulnerado el ordenamiento y ha introducido a su hijo en la situación actual, toda vez que, aplicando las vías de hecho y sin oír ni al padre, y vulnerando las resoluciones de los tribunales, decidió por sí, no ya solo una custodia exclusiva, sino un ámbito de residencia, familiar y geográfico, con lo que ello comporta en la proyección vital para el menor. Es decir, lo que debía haberse resuelto por acuerdo entre cónyuges o, en su caso, por vía judicial, la recurrente lo ha impuesto por vía de hecho, y, en definitiva ha tomado respecto del hijo una decisión exclusivista y unilateral. El ordenamiento jurídico no puede apoyar este modo de proceder y el Convenio de La Haya pretende precisamente evitarlo cuando con tal decisión, además, se lleva a cabo un traslado del menor a otro país o se le retiene en él.

Pero es que además en el supuesto que nos ocupa no existe un entorno socio-

familiar merecedor de mayor protección por cuanto, a mayor despropósito, el menor se encuentra en una situación de desamparo que llevó a la correspondiente administración a asumir la tutela pública del menor, recomendando el equipo psico-social de la Vicepresidencia de Igualdade e do Benestar de la Xunta de Galicia en su informe de 20-12-2005 el regreso del menor a Francia, donde se realizará una intervención familiar que promueva la reintegración del menor en su núcleo familiar. En dicho informe, ratificado y aclarado en el acto del juicio, se hace constar el carácter sociable y tranquilo del menor, pero también la existencia de una ansiedad que le es transmitida por la tensión, ansiedad y estrés que padece la madre, encontrándose el menor en el fondo confuso en busca de una salida para su futuro, manifestando su deseo de no regresar a Francia, si bien no debe despreciarse la gran influencia de su madre sobre tal parecer del menor.

El Convenio tiende, por lo tanto, a reponer la situación del menor al momento anterior a la actuación ilícita, estableciendo que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata, terminología imperativa que se reitera en el párrafo 2º del mismo precepto.

Por su parte, el vigente *artículo 1908 LEC de 1881*, reformado por la Ley de protección jurídica del menor, establece que el juez debe resolver "en interés del menor y en los términos del convenio", lo que supone analizar cada caso concreto a fin de determinar el interés del menor cuya restitución se reclama, como asimismo se infiere del conjunto de disposiciones del propio Convenio, en especial el artículo 13, que confieren un amplio arbitrio al órgano judicial del Estado en que se encuentra el menor trasladado o secuestrado. Y aunque la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia expresa al interés del menor como criterio del objetivo convencional, no obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver los problemas que les afectan. Todo lo contrario, los Estados firmantes declaran ya en el preámbulo estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia", y justamente esa convicción es la que les lleva a elaborar el Convenio.

Y si bien el Convenio permite oponer al Estado requerido para negar la restitución (art. 13 b)) que 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, no solo nada se acredita al respecto, especialmente por comparación de su situación en España y en Francia, sino que además la motivo de oposición no resulta ya aplicable en virtud de lo dispuesto en el *art. 11.4 Reglamento del Consejo 2201/2003, de 27 de Noviembre*, si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Que mejor garantía que la intervención de las instituciones públicas francesas asumiendo la custodia del menor dados los problemas existentes respecto de sus progenitores.

No es tampoco este el momento de resolver, ni indiciariamente, cuestión alguna sobre la mejor solución para el menor en orden a la guarda y custodia del menor, como se desprende del *art. 16 del Convenio de la Haya*, sino únicamente de resolver sobre la restitución del menor retenido ilícitamente. Como ya señalaba la *STS 22 junio 1998 "NOVENO"*.- Sin duda que la interpretación de la Audiencia, por mas que pretenda justificar su resolución, so capa de un examen literalista -y aislado- del artículo 16 del Convenio XXVIII de La Haya, llega a consecuencias frustrantes para la razón de ser del Convenio que busca, en primer término, el retorno del menor

sustraído ilícitamente, bajo la guarda de quienes ostentaban su custodia establecida, en el caso, por las autoridades judiciales del Estado, donde el menor residía al tiempo de la retención ilegítima, sin perjuicio, de las ulteriores decisiones que sobre el fondo pudieran adoptarse y sobre cuya ejecución habría de procederse, si preciso fuera, según las reglas de cooperación judicial internacional aplicables. Los precedentes criterios conducen a la estimación del motivo."

QUINTO.- Con carácter alternativo se plantea por la parte recurrente la nulidad de actuaciones desde el señalamiento de la celebración del juicio al no haber tenido la defensa de la recurrente tiempo material para examinar el expediente por hallarse en la Fiscalía hasta siete días antes de la celebración de la vista, lo que le ha causado una indefensión material y formal.

En primer lugar no consta en las actuaciones dato alguno que sostenga las alegaciones de la parte por cuanto consta la remisión de las actuaciones de la Fiscalía el día 6 marzo 2006 y su recepción en el Juzgado en fecha 15 marzo 2006 (folio 239 vuelto). Tampoco existe escrito alguno de la parte recurrente por el que ponga de manifiesto la situación de indefensión en que se encuentra, a tiempo de ser subsanada, ni alegación en el acto de la vista en este sentido, tal y como exige el *art. 459 LEC* para invocar posteriormente en apelación la vulneración de normas o garantías procesales.

Pero es más, aún cuando fuera reducido el tiempo material para examinar el expediente en el Juzgado, este pudo realizarse, no resultando una cuestión compleja ni voluminosa, y además la parte defensa técnica cuenta con toda la información que le proporciona precisamente su cliente sobre la situación del menor.

En consecuencia la mera alegación de un escaso periodo de tiempo para el examen de los autos en el supuesto señalado y las circunstancias expresadas, no puede sustentar en modo alguno la nulidad de actuaciones pretendida por indefensión.

Aún más. Es reiterada la doctrina del TC acerca de que la indefensión generadora de nulidad debe ser una indefensión real o material. En palabras de la *STS 48/1986*, "una indefensión...relevante no tiene lugar siempre que se vulnere cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella". En el presente caso no se concreta cual ha sido el perjuicio real, qué habría podido hacer en defensa sus intereses la recurrente de haber tenido más tiempo para examinar el expediente, para el caso de que aquel del que dispuso fuera insuficiente. Ni siquiera en vía de recurso, pudiendo examinar durante más días el expediente, se ha alegado ninguna cuestión diferente ni relevante respecto a las planteadas en primera instancia.

Por todo ello procede desestimar la nulidad interesada.

Cuestión que nada tiene que ver con la actual situación del menor respecto a su custodia que no puede ser objeto del presente recurso, no ya solo por tratarse de una cuestión nueva de improcedente planteamiento en segunda instancia (*art. 456.1 LEC*), sino porque excede con mucho del objeto del proceso mismo que trata, exclusivamente, de la restitución de un menor trasladado o retenido de forma ilícita de un Estado a otro, pero no cuestiones sobre su guarda, como ya se ha indicado anteriormente. A mayor abundamiento las quejas sobre la asunción de tutela pública y declaración de desamparo del menor por las autoridades españolas tiene su cauce

procesal propio en el *art. 780 LEC* .

SEXO.- Finalmente no ha lugar a admitir como hecho nuevo la pretendida disposición de un familiar de la recurrente para hacerse cargo del menor, según escrito presentado el día 14 junio 2006, por cuanto se trata de un hecho irrelevante para resolver lo que es objeto de este proceso, ya reseñado con claridad anteriormente, y que no versa sobre la guarda y custodia del menor, sino sobre la procedencia o no de su restitución al Estado de residencia antes de ser retenido ilícitamente por su madre en aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980.

En consecuencia no procede celebrar vista alguna, no prevista además en el proceso especial regulado en los *arts. 1901 y ss LEC 1881* , introducido por la LO 1/1996, de 15 de enero, y que, en su caso, no haría más que retrasar una resolución que debe dictarse en el plazo de 20 días improrrogables (*art. 1908 LEC 1881*), en un proceso que ha durado un tiempo excesivo precisamente debido a la conducta de la recurrente.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el *art. 1909 LEC 1881* y *art. 26 del Convenio de la Haya de 25 octubre 1980* , procede imponer las costas a la parte recurrente.

En razón a lo expuesto,

LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de Doña María Teresa contra el *auto de fecha 10 mayo 2006* , confirmando el mismo en su integridad, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del Margen. Doy fe.