Roj: SAP B 137/2023 - **ECLI:**ES:APB:2023:137
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 18
Nº de Recurso: 1036/2022
Nº de Resolución: 15/2023
Fecha de Resolución: 13/01/2023
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE
Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Sustracción internacional de menores. Retención ilícita. SE ha consentido la residencia en Israel. No basta la objeción del hijo, que expresa un deseo o preferencia. Tampoco existe grave riesgo para el menor. No se aprecian excepciones al retorno.

Resumen:

La sentencia apelada califica la retención de los menores de ilícita, estima que el padre consintió el traslado de los dos menores a Israel básicamente porque no planteó en Israel demanda de sustracción, porque no denunció en España el alegado secuestro hasta agosto de 2022 cuando los hijos estaban en España, porque firmó la solicitud de inscripción en el centro escolar de Israel, porque no ha impugnado la competencia del Tribunal de Tel Aviv y porque firmó el convenio de divorcio que fija como residencia de los menores Israel. Señala la Sala que la determinación de cuál es la residencia habitual de los niños se erige en el elemento central y previo. Hasta noviembre de 2021 el matrimonio con sus hijos residía en Barcelona, que lo hacía desde 2018, el padre consintió el cambio de residencia de los menores a Israel con su madre, Hay firma del padre en la solicitud de inscripción en el centro escolar de Israel; hay procedimiento de divorcio abierto en un Tribunal de Tel-Aviv y se ha firmado un acuerdo de divorcio con la intención de ser presentado en dicho Tribunal y en el que se hace constar que la residencia de los menores está en Israel con su madre. La Sala considera que la retención de los niños por el padre en Barcelona es ilícita y debe acordarse la restitución. Para que pueda oponerse la objeción del hijo de 9 años, no basta con que este se oponga sino que sea seria y fundada no basta la expresión de una preferencia o deseo. Tampoco hay grave riesgo.

Encabezamiento

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.: 0801942120228280802

Recurso de apelación 1036/2022 -E

Materia: Jurisdicción voluntaria familia

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen:Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 555/2022

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012103622

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

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

Concepto: 0970000012103622

Parte recurrente/Solicitante: [redacted]

Procurador/a: Miriam Barahona Fernandez

Abogado/a: CARMEN VARELA PEREZ

Parte recurrida: [redacted]

Procurador/a: Ernesto Huguet Fornaguera

Abogado/a: Elena Crespo Lorenzo

SENTENCIA Nº 15/2023

Magistrados/Magistradas:

D. Francisco Javier Pereda Gámez Dª Margarita B. Noblejas Negrillo

Dª Dolors Viñas Maestre (Ponente)

Barcelona, 13 de enero de 2023

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la *sentencia apelada de fecha 31-10-2021* es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de DÑA. [redacted] contra D. [redacted], debo declarar y declaro que la retención de los menore[redacted] y [redacted] en España es ilícita. Se acuerda el retorno de los menores a Israel acompañados por su madre, en el improrrogable plazo de treinta días desde la notificación de la presente resolución. Se acuerdan como medidas de retorno las establecidas en el auto de medidas cautelares

dictado en la Pieza Separada nº 178/ 2.022."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal que se opusieron; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Habiéndose acordado y practicado la audiencia de menores y habiéndose acordado la práctica de prueba (documental e interrogatorio de las partes) se señaló para la vista el día 10 de enero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento.

El presente procedimiento tiene por objeto determinar si ha habido sustracción o retención ilícita de los dos hijos menores del matrimonio por parte de su padre en Barcelona y en caso positivo determinar si concurre o no alguna de las excepciones a la restitución contempladas en el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la **sustracción** internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 alegadas por el padre. Los hijos nacieron respectivamente el NUM000 de 2015 y el NUM001 de 2016.

La demanda de sustracción de menores la plantea la madre en septiembre de 2022 alegando en síntesis que madre e hijos residen en Tel Aviv desde noviembre de 2021 y que el padre ha consentido el traslado de los niños a dicho país. El padre se opuso a restituir a los menores alegando que su residencia habitual es Barcelona, que nunca ha consentido el cambio de residencia, que no autorizó su escolarización en Israel y que la madre falsificó la firma y que ha firmado un convenio de divorcio en el que se acordó que la guarda de los menores correspondía a la madre y que la residencia de los menores sería Israel coaccionado y como única forma de poder traer a los menores a Barcelona.

La sentencia apelada califica la retención de los menores de ilícita, estima que el padre consintió el traslado de los dos menores a Israel básicamente porque no planteó en Israel demanda de sustracción, porque no denunció en España el alegado secuestro hasta agosto de 2022 cuando los hijos estaban en España, porque firmó la solicitud de inscripción en el centro escolar de Israel, porque no ha impugnado la competencia del Tribunal de Tel Aviv y porque firmó el convenio de divorcio que fija como residencia de los menores Israel.

En el recurso de apelación se solicita la nulidad por haberse celebrado en la misma vista las medidas cautelares, pretensión que ya no mantiene en el acto de la vista en esta alzada, defiende que la residencia de los menores es Barcelona sobre la base de que es en Barcelona donde se mantiene el empadronamiento, los hijos siguen siendo titulares de las tarjetas sanitarias y aporta certificados de matrícula en la escuela de Barcelona; alega reiterando los argumentos de la instancia que firmó el convenio pero que no se ha ratificado y que lo firmó como único medio para que sus hijos viajaran fuera de Israel y regresaran a su domicilio, en Barcelona, que la madre falsificó su firma en la inscripción escolar en Israel y que ha formulado denuncia por secuestro ante los Mossos. Alega objeción de los niños a regresar a Israel y como hechos nuevos o causas de oposición planteadas *ex novo* alega que la madre es alcohólica y que los niños no han estado a cargo de su madre en Israel, que está bajo tratamiento psicoterapéutico y con una enfermedad que le obliga a estar ingresada,

hechos de los cuales dice haber tenido conocimiento con posterioridad. También alega situación de grave riesgo de los menores por la situación política y social de Israel. En el acto de la vista reitera que la residencia habitual de los niños se halla en Barcelona y que nunca autorizó el cambio de residencia, que los Tribunales rabínicos mantienen una competencia universal por lo que niega que haya aceptado la competencia o se haya sometido a ese Tribunal y solicita que se analicen las circunstancias en las que firmó el acuerdo de divorcio, defiende el arraigo de los niños en Barcelona y que el hijo mayor ha expresado el deseo de permanecer en esta ciudad.

La demandante reitera los argumentos de la demanda y de la oposición al recurso y el Ministerio Fiscal reitera el informe emitido en la instancia y solicita la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Marco normativo.

Como ya indicamos en sentencia 15-7-2022 (ROJ: SAP B 7839/2022 - ECLI:ES:APB:2022:7839); *6-10-2020* (*ROJ: SAP B 8805/2020 - ECLI:ES:APB:2020:8805); de 3-10-2017* (*ROJ: SAP B 10784/2017 - ECLI:ES:APB:2017:10784*); *de 1-10-2013* (*ROJ: SAP B 11168/2013 - ECLI:ES:APB:2013:11168*) y *de 8-3-2016(ROJ: SAPB2563/2016 - ECLI:ES:APB:2016:2563*) el *artículo 1 del* ***Convenio*** *de La* ***Haya*** sobre los aspectos civiles de la **sustracción** internacional de **menores** , de 25 de octubre de 1980, dispone que la finalidad de este Convenio es: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; y b) velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

Qué se entiende por traslado o retención ilícita lo establece el artículo 3 del Convenio al indicar que tendrán esta consideración: 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"; se 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.

El proceso tiene por tanto como objeto la restitución o retorno del menor que ha sido trasladado ilícitamente de su residencia habitual para que los tribunales de dicho Estado, de cuya competencia ha sido sustraído, decidan sobre las medidas relativas a la responsabilidad parental. Se trata de evitar que el traslado pueda crear lo que el Informe DIRECCION000 (sobre el CH 1980) califica de vínculos artificiales de competencia judicial internacional para resolver sobre las medidas de custodia. El Convenio de la Haya sobre sustracción de menores no es un Convenio de custodia, sino un Convenio **de restitución. El Convenio de la Haya identifica el interés del menor con el retorno del niño al lugar de su residencia habitual, concretando legalmente su contenido. Tal y como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** el primer elemento a considerar es el interés superior del menor y los objetivos de prevención y de retorno inmediato obedecen a una determinada concepción del "interés superior del niño" siendo esta 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. Señala asimismo 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.*

Por tanto, la **valoración por parte del Tribunal de las pruebas practicadas es distinta en un procedimiento de sustracción que en un procedimiento en el que deben determinarse medidas de responsabilidad parental.**

No se cuestiona que ambos progenitores son titulares de la potestad sobre los hijos menores y lo que se discute en primer lugar es si se ha producido un cambio de residencia a Israel, tesis defendida por la madre, o si por el contrario su residencia sigue siendo Barcelona, tesis defendida por el padre. En este caso la determinación de cuál es la residencia habitual de los niños se erige en el elemento central y previo para apreciar si ha habido o no retención ilícita o, dicho de otra forma, la demanda de sustracción solo podrá prosperar si, inmediatamente antes del traslado o de la retención alegados, los menores tenían su residencia habitual en el Estado al que se pide su restitución, es decir, en Israel. **No debe aquí decidirse sobre cuál es el lugar óptimo donde los niños deben vivir, controversia sobre reubicación o *relocation dispute* , sino que debe determinarse cuál era el lugar de residencia habitual de los niños antes de la demanda de sustracción planteada por la madre.** El concepto de "residencia habitual", refleja esencialmente una cuestión de hecho para cuya determinación hay que tener en cuenta diversos factores como la presencia de los niños en el lugar, la duración, la estabilidad o regularidad, la integración familiar de los niños, las razones de permanencia, la vinculación con el lugar y la voluntad de los progenitores.

TERCERO.- Residencia de los hijos menores.

El padre sostiene que la familia reside en Barcelona desde 2018 y que fue la madre la que sustrajo a los hijos menores en noviembre de 2021 llevándoselos a Israel. La madre sostiene por el contrario que el padre consintió el traslado de los niños a Israel.

Está acreditado que hasta noviembre de 2021 el matrimonio con sus hijos residía en Barcelona, que lo hacía desde 2018 y que los hijos estaban escolarizados en un centro de esta ciudad. Resulta indiferente si el proyecto de residencia en Barcelona obedecía a razones laborales o a un proyecto personal común del matrimonio. Lo cierto es que la familia residía en Barcelona desde 2018, que los niños han estado escolarizados en esta ciudad y que era Barcelona el centro de actividad de la familia y el lugar donde todos sus miembros estaban integrados y desarrollaban su vida.

Se tienen en cuenta y se comparten los argumentos recogidos en la Sentencia apelada para sostener que el padre consintió el cambio de residencia de los menores a Israel con su madre: el padre no planteó en Israel demanda de sustracción; presentó denuncia por secuestro ante los Mossos d'Esquadra en Barcelona, pero lo hizo en agosto de 2022 cuando los niños estaban con él en Barcelona, no lo hizo cuando se fueron en noviembre de 2021; hay firma del padre en la solicitud de inscripción en el

centro escolar de Israel; hay procedimiento de divorcio abierto en un Tribunal de Tel-Aviv y al margen de que, como se alega, en dicho Tribunal se asuma una competencia universal, se ha firmado un acuerdo de divorcio con la intención de ser presentado en dicho Tribunal y en el que se hace constar que la residencia de los menores está en Israel con su madre.

Además de las circunstancias anteriores hay que tener en cuenta las comunicaciones entre ambos progenitores realizadas por WhatsApp y por correo electrónico durante los meses de noviembre de 2021 a agosto de 2022, así como el contenido de las conversaciones entre el padre y la asistencia letrada de la madre y de ambas asistencias letradas acerca de la firma de un acuerdo de divorcio y de la fecha de las audiencias señaladas por el Tribunal. En una de dichas audiencias el padre pide un aplazamiento por imposibilidad de asistir entre semana, sin que conste oposición a que los niños sigan viviendo en Israel. De las comunicaciones entre los progenitores se desprende una oposición por parte del padre a que la madre se haya llevado a sus hijos a Israel y una petición explícita de retorno y de continuidad escolar en Barcelona en los meses de noviembre y diciembre de 2021 y enero de 2022. En una comunicación de enero de 2022 habla incluso de la posibilidad de plantear una demanda de sustracción internacional de menores, pero no se presenta ninguna demanda. Las conversaciones posteriores a dichas fechas solo hacen referencia a contactos entre padre e hijos y a conocer las fechas en las que el padre viajará a Israel para verlos. De su contenido se desprende que el padre tiene conocimiento de la nueva casa de la madre e hijos en Israel y se ofrece para comprar muebles pidiéndole la lista de las cosas que necesita. La madre le hace copia del mensaje que envía al grupo de DIRECCION001 de Barcelona para despedirse de la Escuela y no consta oposición por parte del padre. Las últimas comunicaciones hacen referencia a determinar el período vacacional en que los menores estarán con su padre en agosto.

El acuerdo denominado de relación financiera y divorcio firmado por ambos cónyuges en agosto de 2022 recoge entre otros los siguientes extremos: "Las partes se separaron en noviembre de 2021 y desde entonces la esposa y los menores residen en Israel y el esposo reside en Barcelona y viene para visitas cortas una vez cada dos semanas [...] A partir de 1/22 la esposa alquiló un departamento en Israel y los menores se incorporaron, con acuerdo de las partes a instituciones educativas en Israel y el esposo en Barcelona [...] Los menores estarán bajo custodia de la madre [...] la vivienda fija de los menores está en Israel y no devolverlos a Israel al final del período de visita constituye un secuestro".

Consta por Resolución del Tribunal Rabínico Regional de Tel Aviv de 13 de septiembre de 2022 que el divorcio se plantea por la esposa en enero de 2022 incluyendo la cuestión de la custodia de los menores, que en febrero de 2022 se celebró una audiencia en presencia del abogado de la demandada en la que examinaron las demandas, que desde la apertura del procedimiento no se ha planteado ninguna reclamación sobre la incompetencia del Tribunal, por escrito u oralmente y que en la audiencia del 14 de febrero de 2022 el abogado del demandado aceptó explícitamente la autoridad del tribunal en la demanda de divorcio y las demandas conexas e incluso solicitó que las audiencias se celebraran en domingo. La resolución hace referencia al acuerdo de divorcio por el cual aceptan expresamente la autoridad del tribunal en relación con sus hijos en común y señala que el 10 de abril de 2022 fue presentada ante el tribunal una petición conjunta para que se aprobara el acuerdo y se le otorgara los efectos de una sentencia. La Resolución de referencia en base a dichos extremos concede a la madre la custodia temporal de los niños. Al margen de la proclamada competencia universal de dichos Tribunales, extremo que

alega la parte apelante, no consta oposición del padre ni petición de retorno.

La madre ha aportado asimismo un informe de detectives que no ha sido impugnado que indica que el padre ha permanecido en Israel durante unos días todos los meses desde enero de 2022 a julio de 2022.

Las pruebas aportadas por el padre para defender que la residencia de los menores sigue siendo Barcelona y que no ha autorizado el cambio de residencia de los mismos a Israel son la denuncia presentada ante los Mossos en agosto de 2022, casi un año después de producirse los hechos que denuncia como integrantes de una sustracción, el empadronamiento de los menores en Barcelona, la escolarización de los niños en el mismo centro escolar aunque no hizo preinscripción dentro de plazo sino a posteriori cuando los niños vinieron a Barcelona en agosto de 2022 y la demanda de Medidas Previas presentada asimismo con posterioridad. Aporta el contenido de comunicaciones de verano de 2022 en las que la madre le dice que si no firma el acuerdo los niños no saldrán de Israel.

En los interrogatorios practicados el padre alega que la estancia de los niños en Israel con su madre era temporal, que autorizó la inscripción de los niños en la Escuela en Israel, pero solo para asegurar su escolarización y con voluntad de que fuera temporal, que las negociaciones fueron siempre entre él y la esposa y letrada de la misma y que firmó en agosto el acuerdo porque no le quedaba otro remedio para estar con sus hijos, habla de que no tuvo otra opción. Reconoce que envió los pasaportes y todos los documentos para la inscripción en el Colegio de Israel y que autorizó la matrícula, pero temporalmente mientras duraban las negociaciones y que quería que los niños volvieran a Barcelona. Reconoce asimismo que tuvo conocimiento de que en febrero de 2022 la madre y los niños se fueron a vivir a una vivienda alquilada por el abuelo paterno y que se ofreció a facilitar los muebles y enseres que necesitaran pero que lo hizo para que sus hijos tuvieran sus necesidades cubiertas. En definitiva, lo que defiende es que nunca autorizó el cambio de residencia de los niños de Barcelona a Israel y que si lo hizo fue con voluntad de que dicha estancia fuera temporal mientras duraban las negociaciones afirmando que firmó el convenio coaccionado y como única opción para que los niños viajaran a Barcelona.

La madre en su interrogatorio ha mantenido en todo momento que la ruptura se produjo en verano de 2021 aunque regresó a Barcelona en septiembre y que el padre ha tenido conocimiento y ha consentido que los niños vivan con su madre en Israel. Que no ha habido coacción, sino que las negociaciones han sido largas y que no había confianza reconociendo que le dijo que si no firmaba el acuerdo los niños no salían de Israel porque tardaba mucho en firmar.

Los niños nacieron en Israel, y son nacionales de Israel como sus padres. La familia extensa, tanto la paterna como la materna reside en Israel. Los niños estaban integrados en Barcelona y acudían a una escuela catalana hasta noviembre de 2021.

La Sala entiende, valorando los hechos expuestos, que el padre consintió el cambio de residencia de los menores. No lo hizo inicialmente, pero sí con posterioridad. Como señala la sentencia apelada no planteó en ningún momento la demanda de sustracción de menores pese a que en una de las comunicaciones se lo comenta a la madre, es decir, conocía la posibilidad y no la ejerció y no puede estimarse como pretende que no lo hizo porque se iniciaron las negociaciones cuando el contenido de estas era precisamente contrario al retorno. Consta que visitaba a sus hijos cada mes en Israel, que conoce donde viven ofreciéndose incluso a ayudar con

los muebles, que facilitó los trámites para la escolarización, y firmó un acuerdo que implicaba que los niños quedaban con la madre en Israel. Todas las denuncias o demandas de secuestro o de medidas las plantea a posteriori, cuando se queda con los niños en Barcelona, después de haber acordado con la madre que el período de estancia en Barcelona sería el vacacional pactado. No inicia ninguna actuación judicial con anterioridad tendente a que los niños vuelvan. No cabe entender que la firma del convenio obedezca a una coacción. Las comunicaciones de la madre se entienden en términos de exigencia de una garantía de devolución de los niños, no de amenaza o coacción. Como señaló el Ministerio Fiscal en la vista la madre quiso asegurarse de que el acuerdo se recogiera con seguridad jurídica. Constan negociaciones desde febrero de 2022. El contenido del convenio es mucho más amplio pues no solo recoge pactos sobre la situación de los niños y el padre tuvo a priori a su disposición otros medios para conseguir el regreso de los niños, medios que no instó. La firma del convenio no se erigía en la única opción. El certificado de empadronamiento es un documento administrativo y la residencia es una cuestión fáctica. Los niños han vivido con su madre en Israel en una vivienda alquilada por el abuelo paterno y han sido escolarizados en Israel con el conocimiento y consentimiento del padre. No hay que valorar solo la duración de la residencia en Barcelona (mayor) y luego en Israel (menor), sino que hay que tener en consideración que esta última obedece a una decisión consensuada por ambos progenitores. La plasmación escrita de dicho acuerdo en el Convenio es coherente con las circunstancias fácticas existentes durante los meses de las negociaciones. Ciertamente y como se alega por la parte apelante los niños estaban plenamente integrados en Barcelona, pero ha sido una decisión de ambos progenitores su traslado y ubicación en Israel, país con el que también hay una importante vinculación personal y familiar.

En tales circunstancias la retención de los niños por el padre en Barcelona con ocasión de las vacaciones estivales es una retención ilícita y conforme a lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1980 debe acordarse la restitución de los menores al lugar de su residencia, es decir, a Israel, con su madre.

CUARTO.- Excepciones a la restitución del *art. 13 del Convenio de la Haya de 1980* . Objeción del niño.

El *art. 13 del* ***Convenio*** *de la* ***Haya*** de 1980 regula las excepciones que autorizan al Tribunal a denegar la restitución en un traslado ilícito, no autorizándola, a) cuando la persona no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, b) 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. También se autoriza a no ordenar la restitución si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Se ha alegado por el padre que los niños se oponen a regresar con su madre a Israel. Ha alegado que el hijo mayor que en breve cumplirá 9 años tiene suficiente madurez y que se opone. Ha solicitado la audiencia de los menores que se ha acordado en esta alzada y practicado con asistencia y soporte de una psicóloga del Equipo Técnico. En relación con el hijo mayor la psicóloga indica una capacidad cognitiva estimada dentro de los márgenes de la normalidad para su grupo de edad y una capacidad de comprensión y de expresión adecuadas y extrae la adaptación en las diferentes esferas vitales. Señala que puede concretar y ubicar en el tiempo diferentes etapas vitales y de la trayectoria familiar según el lugar de residencia, recoge las

manifestaciones del niño sobre los cambios de residencia y su preferencia por el entorno actual (Barcelona) que argumenta por el hecho de que no tenía amigos en la escuela de Israel donde fue escolarizado y sobre todo por el hecho de que en Israel no contará con la presencia del padre. Concluye que de su relato no se derivan elementos del país de origen (Israel) que le causen malestar o rechazo y que su posicionamiento puede estar relacionado con otros aspectos de la trayectoria y dinámica familiar. La audiencia del hijo menor tuvo que interrumpirse por mostrar desbordamiento emocional.

La Sala entiende que para que pueda ser estimada dicha excepción no basta con que el menor se oponga a la restitución, sino que la objeción debe ser seria y fundamentada, no basta con la expresión de una preferencia o deseo de seguir conviviendo en el lugar al que ha sido llevado tras la sustracción, sino una objeción clara a volver al Estado de su residencia. El sentimiento de oposición y de rechazo debe ser expresado de forma clara y contundente, el rechazo debe ser absoluto y no debe estar mediatizado. En el presente caso nos encontramos con un menor de casi nueve años que no expresa un malestar claro o un rechazo contundente a volver a Israel y que muestra tan solo un deseo o preferencia de vivir en Barcelona, deseo o voluntad que parece más relacionado con la ruptura de sus padres, que con su propio deseo.

No cabe estimar la excepción alegada.

QUINTO.- Excepciones a la restitución del *art. 13 del Convenio de la Haya de 1980* . Grave riesgo.

También alega el apelante que el regreso a Israel coloca a los niños en una situación de riesgo por la situación en que se encuentra el propio país. Dicha alegación la formula *ex novo* en esta alzada. No cabe atender dicha alegación. Madre e hijos han vivido en Israel desde noviembre de 2021 y desde febrero de 2022 con el consentimiento del padre que ha visitado dicho país cada mes para relacionarse con sus hijos. En dicho país, del cual son nacionales todos los miembros de la familia, reside toda la familia extensa, tanto paterna como materna y no se ha planteado hasta ahora situación de riesgo alguna. El grave riesgo que recoge el *art. 13 1 b) del Convenio de la Haya* debe ser un riesgo concreto y tangible, que coloque al menor en una situación intolerable.

El apartado 61 de la Guía de Buenas Prácticas del *Convenio de la Haya de 1980, Parte VI art. 13,(1*) (b) dispone que "El análisis del grave riesgo asociado a las circunstancias del Estado de residencia habitual debe enfocarse en la gravedad de la situación política, económica o de seguridad, en su impacto en el niño y en determinar si el nivel de dicho impacto es suficiente para tener por configurada la excepción de grave riesgo, y no en la situación política, económica o de seguridad del Estado en general. Por lo común, las alegaciones de una situación grave de seguridad, política o económica en el Estado de residencia habitual son, por lo tanto, insuficientes para dar lugar a la excepción de grave riesgo. De forma similar, los episodios (aislados) de violencia en un ambiente político agitado en general no serán considerados como constitutivos de un grave riesgo". La Guía recoge en las referencias de dicho apartado sentencias, algunas de ellas en relación con Israel, en las que los potenciales peligros inherentes a la vida cotidiana se han considerado demasiado generales para configurar la excepción de grave riesgo (Argentina INDACAT:HC /E/AR 487]; N.o 03/3585/A, 17 de abril de 2003, BeŽlgica, INCADAT: HC/E/BE 547]; B-2939- 01, 11 de enero de 2002, Dinamarca INCADAT: HC/E/DK 519]; *Freier v. Freier* , 969 F. Supp. 436 (E.D.

Mich. 1996), 4 de octubre de 1996, Estados Unidos INCADAT: HC/E/USf 133].

Se afirma asimismo en el recurso que la madre es alcohólica y que está sometida a un tratamiento por una enfermedad que le obliga a realizar ingresos hospitalarios. Dicha alegación también es nueva y no se planteó en la instancia lo que ha supuesto una importante limitación de posibilidad probatoria. En el interrogatorio el padre habló de la madre en términos positivos y no cuestionó la capacidad parental, lo que también resulta coherente con las circunstancias fácticas acreditadas. Los niños han vivido con su madre en Israel desde noviembre de 2021, el padre los ha visitado mensualmente y no se ha descrito ni recogido ninguna situación de peligro por las condiciones maternas.

No cabe apreciar la concurrencia de ninguna de las excepciones que recoge el Convenio de la Haya al retorno de los niños a Israel con su madre por lo que se desestima el recurso y se ordena la restitución de los menores con su madre a Israel en los términos acordados en la sentencia apelada. La parte apelada solicitó en la vista la devolución de los pasaportes, pero dicha previsión ya se contiene en el Auto de Medidas cautelares de 21-10-2022 para cuando la madre presente en el Juzgado los datos sobre el día, hora y medio de transporte para el retorno de los menores a Israel por lo que no es precisa ninguna otra previsión. La parte dispositiva de la sentencia que se confirma ya dispone el plazo del retorno e integra las medidas acordadas en el Auto referido por lo que no es necesaria ninguna otra previsión.

QUINTO.- Costas.

Se imponen las costas del recurso a la parte recurrente además de la previsión del *art. 778 quinquies,10 LEC* que también recoge la sentencia apelada.

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por D. [redacted] contra la *sentencia de 31 de octubre de 2022 del Juzgado de Primera Instancia n. 51 de Barcelona en autos de Sustracción internacional de menores n. 555/2022* , de los que el presente rollo dimana, **SE CONFIRMA** la expresada resolución, con expresa imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de seujudicial.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.