



Roj: **SAP B 5359/2018 - ECLI: ES:APB:2018:5359**

Id Cendoj: **08019370182018100329**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **28/05/2018**

Nº de Recurso: **185/2018**

Nº de Resolución: **383/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

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

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158054061

### **Recurso de apelación 185/2018 -F**

Materia: Jurisdicción voluntaria familia

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Jurisdicción voluntaria. General LEC 1881 421/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Humberto

Procurador/a: Lina Atset Tormo

Abogado/a: Elisabeth Miranda Ortiz

Parte recurrida: Serafina

Procurador/a: M<sup>a</sup> Francesca Bordell Sarro

Abogado/a: Cristina Cercós Sánchez

### **SENTENCIA N° 383/2018**

#### **Magistradas:**

Sra. D<sup>a</sup> Margarita B. Noblejas Negrillo

Sra. D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> García Esquiús

Sra. D<sup>a</sup> Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 28 de mayo de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** . En fecha 22 de febrero de 2018 se han recibido los autos de Jurisdicción voluntaria. General LEC 1881 421/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Lina Atset Tormo, en nombre y representación de Humberto contra la sentencia de 15/11/2017 y en el que consta como parte oponente la Procuradora M<sup>a</sup> Francesca



Bordell Sarro, en nombre y representación de Serafina , con intervención del Ministerio Fiscal como parte impugnante.

**Segundo** . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Humberto . No se imponen las costas a ninguna de las partes".

**Tercero**. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 23/05/2018.

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

Se designó ponente a la Magistrada Ana M<sup>a</sup> García Esquius .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Plantea el Sr. Humberto demanda de solicitud de resolución que declare la ilicitud de traslado internacional de la menor Elisenda , hija de los litigantes. Se ampara el actor en lo dispuesto en el artículo 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a tenor del cual, *Cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen 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 lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158 .*

La sentencia de instancia desestima dicha solicitud declarando probado que el padre conocía el inminente traslado de la menor a su país de origen, Ecuador, y que además dio su consentimiento y contra esta resolución formula recurso el Sr. Humberto , recurso al que se adhiere el Ministerio Fiscal.

Elisenda , nacida en Ecuador el NUM000 de 2001, permaneció en dicho país hasta los 12 años de edad en que vino a España por reagrupamiento familia donde poco después se produce la ruptura de la convivencia familiar y el divorcio de los padres. por sentencia de 18 de Noviembre de 2015 que aprobó el Convenio regulador pactado por éstos. En dicho Convenio se acordó la atribución de la custodia a la madre.

A través de la documental aportada por la madre puede concluir que la permanencia de la menor en este país no es fácil, que no se ha llegado a producir una integración efectiva y que tampoco conseguía remontar en sus estudios, pese al cambio de centro escolar y a matricularse en la Escuela Montessori con un sistema pedagógico centrado en la ayuda a la superación de las dificultades en el aprendizaje

Se acompaña Anamnesis de la Fundación Orienta, Centro de Salut Mental d'Infants i Adolescents al que llegó derivada por el CAP por presentar problemas de relación a nivel familiar, agresividad y absentismo escolar, y que a fecha 21 de febrero de 2017 Informe que se trata de una joven que entre sus antecedentes ya precisó tratamiento psicológico en Ecuador a los 6 años, tras situación traumática. Residió en Ecuador al cuidado de la abuela paterna desde el año y medio hasta los 12 en que se realizó la reagrupación familiar. Presenta sintomatología depresiva y conductual y se hace constar que la paciente manifiesta su deseo de volver a su país de nacimiento.

Se lleva a cabo también prueba de Inteligencia y se aporta parte del expediente académico reflejando unos resultados en su mayoría insuficientes.

Aporta también la madre Acta de Manifestaciones otorgada ante el Notario de esta Ciudad D. Enrique Hernández Gajate, el 5 de abril de 2017, numero de protocolo 490 , ante cuya presencia la niña manifiesta que desea retornar a vivir al Ecuador, en la casa de su tío materno, que desea retornar inmediatamente a dicho país ya que en España ha sido excluida del sistema educativo, pero desea continuar sus estudios para obtener el bachillerato que es reconocido y homologable en España, que su madre la he dicho que ha iniciado proceso ante el Juzgado para obtener permiso de salida del país y la atribución de la tutela con lo que esta de acuerdo.

Con posterioridad, la madre remite una carta al padre a finales de abril notificándole que finalmente la menor viajó a Ecuador el día 19 de abril y que se encuentra viviendo en dicho país en casa de su tío materno a 300 metros de la casa de la abuela paterna. En esta carta le reitera los problemas que ha presentado la menor durante su estancia en España y las propias dificultades económicas ante la desatención del padre.



Constan en autos sendos certificados del Colegio Montessori reclamando el abono de las cuotas escolares de septiembre a noviembre de 2016 , ambos inclusive.

Desde su llegada a Ecuador la menor se ha trasladado finalmente a residir con la abuela paterna Sra. Emma , que el día 5 de octubre de 2017 ante Notario en la Ciudad de residencia de ambas, hace una declaración juramentada en los siguientes términos: que su nieta Elisenda libre y voluntariamente vive con ella, que cursa Noveno de Básica en la Unidad Educativa DIRECCION000 que es una Institución Particular, que la madre le envía la cantidad de 150 dolares USA cada mes para la menor, que se encuentra en un buen ambiente, en un entorno familiar, que tiene excelente relación con la mama y con los demás familiares,

**SEGUNDO.** - El artículo 2, apartado 11) del Reglamento **2201/2003** entiende por traslado o retención ilícita cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor"

En este caso la madre tenía atribuida la guarda en sentencia de Divorcio, pero se mantenía la potestad compartida y el lugar de residencia habitual de la menor estaba en España, aspecto sobre el que no hay duda alguna. El debate se centra exclusivamente en si el padre tenía o no pleno conocimiento de la marcha de su hija y si había consentido en el regreso de la menor a Ecuador. Hemos de coincidir con la juzgadora de instancia en que el padre, el día 22 de marzo, en reunión mantenida con la madre, dio inicialmente su consentimiento. Ambos padres, según se extrae de las conversaciones por mensajería telefónica, eran conscientes de la problemática de la menor. Pero no hay prueba alguna de que el padre se opusiera más tarde a este consentimiento inicial, y aunque es verdad que como mínimo resulta llamativo que desde aquel día en que adoptaron la decisión no se hablara nuevamente del tema, ni la hija se lo expusiera al padre y este incluso acudiera a despedirla en su vuelta, tratándose de una viaje trasatlántico , también ha de valorarse que Ecuador fue país de residencia de la menor sus primeros 12 años de vida, que el padre desde la partida de la hija se ha relacionado de forma frecuente con ésta y que la madre que tenía atribuida la custodia, adoptó la decisión no de forma unilateral, sino previamente a haber debatido extensamente con el padre sobre el lugar de residencia de la menor por lo que no puede concluirse que nos encontremos ante un supuesto de retención ilícita que requiere una infracción del derecho de custodia.

**TERCERO** .- Visto lo dispuesto en los artículos 394 y 396 de la LEC y el objeto del pleito, no se hace pronunciamiento sobre las costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por DON Humberto representado por la Procuradora Doña Lina Atset Tormo contra la Sentencia dictada en fecha 15 de noviembre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de Barcelona , Autos 421/2017, SE CONFIRMA la referida resolución sin que haya lugar a efectuar imposición de las costas de esta alzada al recurrente.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 477.2 , 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Podrá también interponerse al mismo tiempo recurso extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en la Disposición Final 16 <sup>a</sup>.1 , 3<sup>a</sup> , de la LECivil . El recurso de casación se interpondrá ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente al de su notificación. ,

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado que sea, devuélvase las actuaciones al Juzgado de su procedencia con copia de ésta resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman las Ilmas. Sras. Magistradas que integran este Tribunal.