



Roj: **SAP GC 363/2017 - ECLI: ES:APGC:2017:363**

Id Cendoj: **35016370032017100180**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **27/04/2017**

Nº de Recurso: **266/2017**

Nº de Resolución: **251/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARLOS VIELBA ESCOBAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 11 69 72

Fax.: 928 42 97 73

Email: s03audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000266/2017

NIG: 3501642120170000340

Resolución: Sentencia 000251/2017

Proc. origen: Sustracción internacional de menores Nº proc. origen: 0000031/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Fiscal MINISTERIO FISCAL

Apelado Ministerio de Justicia Abogacía del Estado en LP

Apelante Soledad Jacobo Aguado Alvarez De Sotomayor Acacia Del Pilar Teixeira Cruz

SENTENCIA

SALA Presidente

D. Ricardo Moyano García

Magistrados

Dña María Paz Pérez Villalba

D. Carlos Vielba Escobar (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a veintisiete de abril de dos mil diecisiete.

VISTAS por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial, las actuaciones de que dimana el presente rollo 266/2017 en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº3 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos referenciados (Sustracción de Menores 31/2017) pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por Dña Soledad representada por la procuradora



Sra Teixeira Cruz y asistida por el abogado Sr Aguado Álvarez de Sotomayor habiendo intervenido la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, siendo ponente D Carlos Vielba Escobar, quien expresa el parecer de la Sala;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia con fecha 27 de enero de 2017 .

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la parte actora con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 778 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. Interesándose la práctica de prueba documental y sin necesidad de celebración de vista se señaló día para discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia de instancia tiene el siguiente contenido

"Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Abogacía del Estado, en representación del MINISTERIO DE JUSTICIA; debo ORDENAR y ORDENO la inmediata restitución del menor Ildfonso , - nacido el NUM000 de 2.007-,al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, Gran Bretaña.

Que IMPONGO a Doña Soledad las costas del presente procedimiento, gastos en que haya incurrido Don Secundino como consecuencia del procedimiento, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor a la Gran Bretaña.

REQUIÉRASE a Doña Soledad para que den cumplimiento a la presente Resolución.

REQUIÉRASE al Ministerio de Justicia, por conducto de la Abogacía del Estado, a fin de que, a través de las autoridades pertinentes, lleve a cabo un proceso de mediación a través de la Entidad Pública que tenga funciones de protección del menor o alguna de las organizaciones expertas en mediación internacional y de otra parte con las Instituciones públicas encargada de la mediación en el país requirente; para que determinen las circunstancias del traslado y entrega del menor por parte de Doña Soledad . La mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que se pueda excederse del plazo de tres semanas; excepcionalmente podrá prorrogarse dos semanas más para el caso de que el Ministerio de Justicia motivara la necesidad de la ampliación del plazo.

Las Medidas Cautelares dictadas por Auto de fecha 11 de enero de 2.017 quedarán vigentes hasta la entrega efectiva del menor Ildfonso a las autoridades españolas competentes para efectuar el correspondientes traslado o al padre si se trasladara a España para acompañar al menor a su lugar de residencia Gran Bretaña".

Dos son los fundamentos del recurso, el primero formal (interesando la nulidad de actuaciones y el segundo con apoyo en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 , ambos han de ser desestimado.

SEGUNDO.- Según tiene declarado el Tribunal Supremo (SSTS. de 2 de octubre de 1988 y de 18 de marzo de 1999) son dos los requisitos que establece el artículo 238 párrafo 3º de la LOPJ para la nulidad de los actos judiciales: Uno que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actúe con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, y, el segundo, que efectivamente se haya producido indefensión, requisitos que deben concurrir conjuntamente. Además la doctrina jurisprudencial tiene respectivamente declarado que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y, que, conforme a lo que establece el artículo 242 de la LOPJ , se ha de aplicar el principio de independencia de actuaciones que este artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación que se recoge en el siguiente artículo 243 de la misma Ley (SSTS. de 12 de julio de 1989 , 5 de noviembre de 1990 , 8 de octubre de 1992 y 28 de enero de 1993). Por otra parte el Tribunal Constitucional tiene declarado (STC 137/1999 de 22 de junio) que la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y pata cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del artículo 24 de la CE , ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto, es decir, una indefensión material, no formal, para lo cual resulta necesaria, pero no suficiente, la concurrencia de un defecto o transgresión procesal, siendo además inexcusable que, de hecho y como consecuencia del mismo, se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa en relación a un concreto interés de quien invoca indefensión

Se invoca la indefensión ocasionada en la práctica del requerimiento para la comparecencia de la hoy apelante y el menor; así se señala que este requerimiento se efectuó el 16 de enero (el emplazamiento era para el día



17), remitiéndose fax de forma inmediata en el que se señalaba la imposibilidad de acudir a la misma, folio 127, en el que se interesaba que se practicara en **Fuerteventura** pues carecía de pasaporte para viajar. Carece de razón el recurso, y es que la citación no tuvo lugar el día 16, sino el 12, folio 119 (adjuntándose a la misma la documentación pertinente), habiendo dejado transcurrir la hoy apelante, se ha de entender que de forma voluntaria, el plazo para el día anterior intentar justificar su ausencia al emplazamiento, sin que quepa afirmar que la retirada del pasaporte acordada como medida cautelar le impedía viajar, pues no solo la apelante es titular de N.I.E, sino que bien pudiera haber interesado, habida cuenta que el pasaporte se retira orden judicial, la expedición de un testimonio o documento equivalente a los solos efectos de permitir el desplazamiento.

Se afirma igualmente que se interesó, vía Lex Net, la asistencia a la vista por videoconferencia, folio 195, solicitud no contestada, ausencia de contestación lógica, pues el Juzgado de Primera Instancia N°3 de Las Palmas de Gran Canaria no tuvo conocimiento de esta solicitud que, por error, se remitió al Juzgado de lo Penal N°3 de Las Palmas, como es de ver en el referido documento.

Por tanto el Juzgado cumplió de manera escrupulosa los mandatos contenidos en el artículo 778 quinquies de la Ley Procesal .

TERCERO.- Con respecto a las alegaciones de fondo, se afirma el conocimiento (y por tanto el consentimiento, siquiera sea tácito al mismo) por parte del padre del traslado del menor a la Isla de **Fuerteventura**, y en segundo lugar los perjuicios que se irrogarían al menor al estar integrado en la Isla y contar su padre con antecedentes.

La premisa mayor, esto es el consentimiento del traslado de residencia por parte del padre de las hijas a España no ha sido minimamente acreditado. Las únicas pruebas de la existencia de dicho consentimiento están en lo que ha manifestado en el recurso y dichas manifestaciones sin otras pruebas que lo corroboren no pueden acreditar la existencia del consentimiento negado por la otra parte, (las declaraciones de parte únicamente hacen prueba en contra de su autor cuando las mismas le sean perjudiciales (no las favorables, art. 316 LEC).

Era la demandada la que tenía que acreditar la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria. Que la Abogacía del Estado denuncie la retención ilícita del menor, tiene su apoyo en el artículo 3º del convenio , al señalar que el traslado o retención de un menor se considerará ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona 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 dado que la demandada, como consta en las actuaciones estaba domiciliada en en Inglaterra, y ambos progenitores tenían la custodia de su hijo (extremo no discutido), lo que comprendía decidir de forma conjunta sobre el lugar de residencia, se llega a la conclusión de que el unilateral proceder de Dña Soledad constituyó una retención ilegal, a tenor de lo prevenido en el mentado Convenio.

Por otro lado la restitución solicitada no expone al menor a ningún peligro a una situación intolerable (art. 13.b del Convenio), toda vez que Inglaterra es un Estado todavía integrado en la Comunidad Económica Europea.

Debe partirse de la base de que la filosofía del Convenio consiste en entender que, si ha habido un traslado o retención ilegal en el sentido del art. 3, en principio, el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales por lo tanto, su concurrencia no se presume sino que ha de demostrarse y, en el presente caso tal extremo no se ha producido pues lo que manifiesta el recurso sobre al intregación, no puede considerarse como motivo de denegación ya que no se trata de determinar que pueda ser más beneficioso para el menor para entender aplicable el art. 13, letra b), sino que sería preciso acreditar que de autorizarse el traslado la situación del menor sería de extrema gravedad pues, por ejemplo, serían sometidos a malos tratos, o quedarían a merced de persona irresponsable o que les da ejemplos corruptores, etc., y en este punto resulta baladí el último de los documentos acompañados con el recurso, las presuntas manifestaciones de uno de los hijos, pues no solo no acreditan la realidad de los malos tratos, sino que carece de valor probatorio al no haberse acompañado la traducción del documento redactado en inglés.

No cabe obviar que lo que se pretende a través del Convenio es restablecer la situación en los términos en los que se encontraba antes de producirse una acción ilícita que vulneraba un derecho de custodia, sin que ello implique decidir sobre el fondo de tal derecho (art.19) ni sobre la mayor o menor conveniencia de que lo ostente uno u otro progenitor. Restablecida la situación inicial no hay ningún inconveniente en que se planteen las acciones que sean del caso para atribuir esa custodia a quien proceda o para modificar la atribución existente antes del traslado, si a ello hubiere lugar, pero sobre ello deben decidir las autoridades del lugar en que el menor tenga su residencia habitual, que normalmente contarán con más y mejores elementos de juicio.; en consecuencia, dada la retención ilícita del menor en España por parte de la madre y que la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial donde se hallan el menor se produjo antes de haber transcurrido un



año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos es procedente, dado lo establecido en el artículo 12 del Convenio revocar el auto objeto del recurso y ordenar la restitución inmediata de las menores

Por último no esta de más el resaltar que el artículo 13 permite a a autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor 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 apropiada tener en cuenta sus opiniones.

Sobre la audiencia o exploración del menor debe indicarse que esta es el medio por el que el menor afectado por un procedimiento, da a conocer al Juez su opinión, adquiriendo a través del principio de inmediación su mayor importancia, pues es precisamente esa percepción o impresión captada por el Juez la que debe valorarse en su justa medidas, así el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia de 25 de marzo de 2013 indica que es el Juzgador de instancia a quien corresponde ponderar la capacidad y grado de discernimiento del menor. Igualmente el Tribunal Constitucional (Sentencia de 25 de noviembre de 2002 , 6 de junio de 2005 y 30 de enero de 2006) ha establecido que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal y familiar de menores y gozando éstos de juicio suficiente, procede que sean oídos por el Tribunal, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que concluyan en una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social, más esta prueba ha sido imposible por la propia actitud de la hoy apelante

CUARTO. - Las costas del recurso de apelación se imponen a la parte apelante al desestimarse el recurso de apelación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

LA SALA RESUELVE.- DESESTIMAR recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de Dña Soledad por la procuradora Sra Teixeira Cruz y asistida por el abogado Sr Aguado Álvarez de Sotomayor frente a la sentencia de fecha 27 de enero de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº3 de Las Palmas de Gran Canaria , la que se CONFIRMA en todos sus extremos, con la imposición de las costas a la parte apelante.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C , serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de VEINTE DÍAS ante éste Tribunal, con indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/a Ilmos/a Sres/a Magistrados/a que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico