



Roj: **SAP GC 977/2017 - ECLI:ES:APGC:2017:977**

Id Cendoj: **35016370032017100345**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **3**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **594/2017**

Nº de Resolución: **351/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RICARDO MOYANO GARCIA**

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: 0000594/2017

NIG: 3501642120170008348

Resolución: Sentencia 000351/2017

Proc. origen: Sustracción internacional de menores Nº proc. origen: 0000459/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Demandado Evaristo Francisco Luzardo Rodriguez Maria Del Carmen Marrero Garcia

Apelado Adelaida Yanira Maria Ojeda Taverro Jonathan Suarez Alamo

Apelante Filomena Francisco Luzardo Rodriguez Maria Del Carmen Marrero Garcia

**SENTENCIA**

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./Dª. RICARDO MOYANO GARCÍA (Ponente)

Magistrados

D./Dª. ROSALÍA MERCEDES FERNÁNDEZ ALAYA

D./Dª. MARIA PAZ PEREZ VILLALBA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 21 de junio de 2017.

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 19 de mayo de 2017

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: D. /Dña. Filomena



VISTO, ante Sección Tercera de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 19 de mayo de 2017, seguidos en esta alzada a instancia de D. /Dña. Filomena representados por el Procurador D. /Dña. MARIA DEL CARMEN MARRERO GARCIA y dirigidos por el Letrado D. /Dña. FRANCISCO LUZARDO RODRIGUEZ, contra D. /Dña. Adelaida representados por el Procurador D. /Dña. JONATHAN SUAREZ ALAMO y dirigidos por el Letrado D. /Dña. YANIRA MARIA OJEDA TAVERO y contra D. Evaristo incomparecido en esta alzada, siendo parte el Ministerio Fiscal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice:

Se estima la demanda de Dña. Adelaida contra D. Evaristo y Dña. Filomena .

Se considera que la retención del menor Jose Daniel por los demandados es ilícita.

Se acuerda el retorno del menor con su madre a Londres.

Se requiere a los demandados para que cumplan esta sentencia y hagan entrega del menor a su madre, sin perjuicio de la procedencia o no de mantener o modificar el derecho de custodia aprobado por la resolución judicial inglesa indicada en esta sentencia, lo que se ha de plantear, si así se interesara, ante las autoridades judiciales extranjeras competentes.

En el caso de que el menor Jose Daniel no fuera entregado voluntariamente a su madre al día siguiente de la firmeza de esta sentencia, procederá su ejecución forzosa, para lo que, previa demanda ejecutiva, se dispondrá la comparecencia de las partes y el menor en este Juzgado, y el auxilio de las psicólogas del Equipo Técnico adscrito al mismo para la efectividad del retorno del niño con su madre.

Al día siguiente de la notificación de esta sentencia, se debe presentar por la parte demandada el pasaporte del menor ante este Juzgado para su custodia y entrega, cuando sea firme esta resolución, a su progenitora.

Se impone a los demandados las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido la actora, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Reino Unido.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 20 de Junio de 2.017.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. /a. Sr. /a. D. /Dña. RICARDO MOYANO GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso de apelación, exclusivamente por uno de los codemandados, Doña Filomena, abuela paterna del menor, la sentencia por el que se ordena, en aplicación de la normativa civil internacional y nacional sobre sustracción de menores, la restitución del menor Jose Daniel, nacido el NUM000 /2013, a la guarda de su madre y residencia con la misma en Londres (Reino Unido), declarando que ha existido una retención ilícita del menor en la isla de Gran Canaria por parte de su padre, que tiene concedida la guarda compartida con la madre por orden del Tribunal londinense de 2 de marzo de 2015, y de su abuela paterna, con quien reside de hecho actualmente en Gran Canaria.

El marco normativo de la decisión es claro, ya que nos hallamos en un proceso especial del art. 778 quater y quinquies de la L.E.C. 1/00, reformada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, cuyo objeto es "la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional", que solo es posible tramitar cuando el menor se encuentre en España en situación de traslado o retención ilícita, y proceda de un país con el que España esté vinculada por las normas de la Unión Europea o bien por un Convenio Internacional, que en este caso es el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, firmado tanto por España como el Reino Unido, y el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que regula en el art. 11 la restitución del menor.



Así pues, en el aspecto procesal es de aplicación lo dispuesto en el art. 778 quater y quinquies, y en lo sustantivo el Convenio de La Haya y el reglamento comunitario. Dispone el Convenio internacional en su Artículo 12: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

Cuando la autoridad judicial o administrativa tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor.

Artículo 13.

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) 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.

De lo expuesto se deduce que el procedimiento puede iniciarse tanto si no ha transcurrido un año desde la retención ilícita como si el plazo ha sido superado, siempre y cuando en este último caso no se acredite que el menor ya se encuentra integrado en su nuevo entorno, pues a fin de cuentas es el interés del menor el superior de los protegidos en este proceso, y ello motiva que existan excepciones a la restitución, a pesar de que se constate una situación de residencia ilícita en España contemplada por la normativa internacional, singularmente que la persona que ostentaba la guarda no la ejercía de modo efectivo, o que ha consentido o posteriormente aceptado la retención o traslado, y que existe un peligro físico o psíquico para el menor en caso de concederse la restitución a la persona guardadora en el Estado **extranjero**.

En conclusión, de lo que se trata es de 1) Constatar si ha existido una retención o traslado ilícito, que contraría los derechos de guarda sobre el menor, habida cuenta de que conforme al art. 5 del Convenio el derecho de guarda comprende el de decidir sobre el lugar de residencia del menor -y si existe conflicto entre varios guardadores, habrá que estar a la residencia fijada judicialmente-. 2) Constatar si ha transcurrido o no un año desde la sustracción, y en caso afirmativo, si el menor no está ya integrado en su nueva residencia. 3) Comprobar si pese a acreditarse una situación de sustracción sin que el menor esté todavía integrado en la nueva residencia, no concurren las excepciones de no retorno ya mencionadas, art. 13 del Convenio.

SEGUNDO: En el presente caso, en primera instancia, el padre y la abuela paterna del menor se han opuesto al retorno alegando 1) Que la madre habría consentido la residencia en Gran Canaria de su hijo, en concreto en DIRECCION000, pese a que de acuerdo con la resolución judicial del Tribunal británico debía regresar a Londres el 31/1/2016. 2) Que el niño se encuentra integrado en la isla de Gran Canaria. 3) De forma extemporánea, en el acto de la vista, se alegó que la madre no ejercía de forma efectiva la guarda antes del traslado a Canarias del menor.

En la apelación, una vez estimada la demanda de restitución, se reiteran los tres motivos de oposición, si bien es ahora únicamente la abuela paterna quien sustenta la apelación, y no el padre. Subsidiariamente, se solicita que no se condene al pago de las costas y gastos de viaje y estancia de la madre en Las Palmas y de restitución del menor, así como que la madre concrete el domicilio al que retornará en Londres dicho menor, así como que la entrega se realice en el Juzgado y con auxilio del Gabinete Psicosocial adscrito a dicho Tribunal.

Analizaremos por separado los motivos de recurso, que a su vez son la armazón teórica de la decisión de restitución del menor a la residencia señalada por la resolución judicial vigente del Tribunal de Londres fruto del acuerdo alcanzado el 2 de marzo de 2015, y que hasta la fecha no ha sido objeto de modificación.

TERCERO: Supuesto consentimiento o aceptación de la madre a la retención en Las Palmas del menor.- Ciertamente ésta es la excepción legal a la aplicación de la restitución del menor de perfiles más dudosos, pues la propia madre acepta que tras haber firmado la autorización para el viaje a España de su hijo hasta el fin de enero de 2016 en el Consulado español en Londres el 3 de diciembre de 2015, pese a que el menor no le fue reintegrado a su guarda en la residencia legal en Londres que fijaba la sentencia británica permaneció



pasiva al menos hasta junio de 2016 -la parte apelada considera que en realidad hasta noviembre de 2016-. Ahora bien, de la prueba aportada a los autos, las comunicaciones de mensajería cursada entre apelante y apelada, y los interrogatorios de las partes, lo que resulta no es un verdadero consentimiento y aceptación de la madre al cambio de residencia, sino una mera situación de pasiva tolerancia a esa situación de hecho producida cuando el menor no regresa a Londres en febrero de 2016. No hay constancia documental de ningún acuerdo entre los padres para que, contrariando lo dispuesto en la autorización de salida al **extranjero**, fijar la residencia permanente del niño en Las Palmas. La madre, ante la prolongación de la guarda del padre - que la tenía compartida con la madre- en su nueva residencia en España, simplemente permaneció pasiva, sin denunciar la infracción de sus derechos de guarda, pero tampoco consintió el cambio de residencia, ni se procedió al cambio en vía judicial de la residencia del menor. Por ello, no podemos ir más allá de considerar una situación meramente fáctica la producida, que la madre justifica en un "dejar estar"; por su parte, dada la buena relación que mantenía con su ex pareja y la madre de éste. Que no existió un verdadero consentimiento se demuestra por varios datos, como el que en la entrevista con los servicios sociales del Ayuntamiento, en marzo de 2016, el padre de Jose Daniel manifestaba que pensaba trasladarse a Londres para tramitar el cambio de custodia y residencia, lo que demuestra su conocimiento de la situación irregular de la estancia de su hijo en Las Palmas. Lo cual vuelve a reiterar en manifestaciones posteriores, donde incluso reconoce que no puede viajar con su hijo porque la madre le niega ya el permiso de viaje para el niño (informes del Ayuntamiento unidos como prueba documental de la demanda).

De la situación de tolerancia con esta situación fáctica sale definitivamente la madre cuando recibe comunicaciones de los Servicios Sociales sobre el abandono en que se encuentra el menor por parte de su padre, manifestando la abuela materna y tía que el padre del niño es toxicómano y que no asiste al colegio, lo que motiva la intervención de la abuela, que es quien escolariza al menor y sufraga los gastos del centro escolar. A partir de noviembre de 2016 la madre cesa en su tolerancia a la residencia de hecho del menor en Las Palmas y exige su retorno a Londres, lo que le es denegado por el padre y la madre de Jose Daniel , que ni siquiera le permiten ver a su hijo. Por todo lo expuesto, lo único que se constata es una retención ilícita del menor no amparada por resolución judicial, que ha contrariado el permiso de viaje que finalizaba en enero de 2016, y una situación de tolerancia de la madre hasta noviembre de 2016, en que ya presenta denuncias en España sobre la situación de su hijo, todo lo cual no cabe confundir con una aceptación formal del cambio de residencia de su hijo, a los efectos de aplicar el art. 13 del Convenio, lo que hubiera entrañado evidentemente una pérdida de su custodia, en lo que tampoco ha estado nunca conforme.

CUARTO: No ejercicio efectivo de la custodia por parte de la madre.- Este hecho no fue alegado en la oposición a la demanda, sino extemporáneamente en el acto de la vista. En todo caso, ese ejercicio no efectivo se refiere en el Convenio regulador al período previo a la retención ilícita, y a pesar de las alegaciones de la parte apelante, ninguna prueba hay de que el hijo no conviviera con su madre en Londres antes de diciembre de 2015, respetándose los períodos de guarda que fijaba la resolución judicial por mitades de la semana. Ninguna denuncia por incumplimiento de la guarda consta, y el único dato sobre un ejercicio inadecuado de la guarda, que afectaría a ambos progenitores, es una manifestación unilateral del padre del menor, Evaristo , que refirió a los servicios sociales del Ayuntamiento que habían expedientes sobre su hijo Jose Daniel en los servicios sociales londinenses, lo que tampoco se acredita ni el sentido de tales expedientes, al parecer relacionados más que con una desatención del menor por sus padres por la situación de desempleo en que cayeron durante algún tiempo y la necesidad de la ayuda de la protección social británica. De hecho, este motivo de recurso se alega de manera formulista sin sustento fáctico- probatorio alguno.

QUINTO: Integración del menor en el nuevo medio.- Es la parte apelante la que tiene la carga de demostrar la integración del menor en su residencia actual. Lo que en absoluto queda acreditado. Baste para ello con el hecho relevante de que el padre, que es quien ostenta los derechos de guarda junto con la madre demandante, no ha apelado la sentencia que ordena la restitución, y lo hace solamente la abuela paterna, que carece de todo derecho de guarda sobre su nieto, sujeto éste a un procedimiento para declaración de su desamparo, pero sin que se le haya concedido acogimiento familiar alguno, aunque es cierto que existe una sugerencia en tal sentido del Servicio de Protección de Menores de 20/2/2017, pero sólo para el caso de que el menor permaneciera en España. La abuela, que asume una tenencia meramente de guardadora de hecho, por su parte, se ha inmiscuido en la obstaculización de los derechos legales de guarda de la madre, como demuestra su mensaje a la demandante el 21/2/2017, en que le niega el ver a su hijo, pese a que se encontraba en Las Palmas, bajo pretexto de que es el padre del menor quien debe autorizar esa visita. Pero lo más relevante para concluir que el menor no está integrado plenamente en España es que según se desprende de los informes de los Servicios Sociales durante el tiempo que lleva en nuestro país ha estado en muchos períodos en total abandono, debido a la drogodependencia que afecta a su padre, hasta el punto de que en ocasiones son los vecinos quienes avisaron a tales servicios, véase folio 47, de fecha 29/9/2016, durmiendo incluso con tales vecinos (folio 50), siendo así que la ayuda de la abuela no se ha prestado de forma continuada, sino



mayormente en los últimos meses. El menor, aunque actualmente está escolarizado, se ha encontrado en situación de riesgo de desamparo, y por tanto difícilmente podemos concluir que un menor objeto de un expediente de desamparo en trámite se encuentre integrado en la vida nacional en todos los órdenes -material, espiritual, afectivo-. Obviamente, antes de acudir a mecanismos subsidiarios de acogimiento familiar o tutela administrativa ha de prevalecer el ejercicio ordinario de la guarda por parte de sus progenitores: no siendo posible en este caso el paterno, procede el ejercicio de la madre, previo traslado del menor a su residencia legal en Londres.

Si los interesados consideran que procede un cambio del régimen de guarda y de residencia en todo caso tendrán que solicitarlo en el procedimiento judicial correspondiente ante el Tribunal competente, materia que es ajena al presente procedimiento, que sólo tiene por objeto constatar la retención ilícita, la inexistencia de excepciones a la restitución, y la implementación de las medidas necesarias para hacer efectivo el retorno a la legal residencia del menor sustraído.

SEXTO.- Impugnación sobre las costas y modo de entrega del menor.- Considera la apelante que no es responsable de los gastos producidos por la retención y en concreto por los gastos de viaje a Las Palmas de la madre, que fue citada por la Dirección General de Protección de la Infancia. Sin embargo, el art. 778-quinquies en su párrafo 10º establece el vencimiento objetivo en las costas y gastos generados, a cargo de quien haya ejecutado la retención ilícita. Y es evidente que el padre y la abuela paterna impidieron el retorno del menor a Londres, su residencia legal, el padre pretextando en varias ocasiones que iba a tramitar un cambio de guarda y residencia, lo que nunca hizo, mientras prohibía incluso las visitas a la madre de su hijo en Las Palmas, conducta a la que convoyó su madre, como demuestra que también obstaculizó el contacto entre el menor y la demandante doña Adelaida y retuvo ilícitamente en su compañía al menor. Por tanto, en absoluto existen situaciones de buena fe que pudieran excepcionar el principio imperativo del vencimiento, en el caso hipotético de que pudiera aplicarse analógicamente el contenido del art. 394 de la L.E.C. al art. 778-quinquies de la misma norma.

Por último, insta la apelante a que la madre designe concreto domicilio en Londres y que la entrega se realice en el Juzgado con intervención del Gabinete Psicosocial. Sin embargo, al margen de que la madre ha designado domicilio en esta alzada, estos detalles de cumplimiento de la restitución mediante la entrega del menor están ya fijados en la sentencia apelada, precisamente en el sentido solicitado por la apelante, y en cualquier caso las incidencias de esa reintegración del menor corresponden a la competencia del Tribunal de la ejecución y no de este Tribunal de apelación.

ULTIMO: En cuanto a las costas de apelación, por aplicación de los arts. 394 y 398 de la LEC 1/00, se imponen al apelante vencido. Y por último, en cuanto al régimen de recursos, el art. 778-quinquies-11º de la L.E.C. establece que "sólo cabe recurso de apelación" contra la sentencia que resuelve en primera instancia, de donde se deduce que contra esta sentencia de apelación no cabe ya ulterior recurso, y por tanto queda firme la sentencia dictada en primera instancia.

?

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. /Dña. Filomena , contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria , la cual CONFIRMAMOS, en su integridad con expresa imposición a los apelantes de las costas de esta alzada.

Contra esta sentencia no cabe recurso, y es firme.

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, interesando acuse recibo.

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

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