



Roj: **SAP A 2341/2017 - ECLI:ES:APA:2017:2341**

Id Cendoj: **03014370062017100183**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **6**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **368/2017**

Nº de Resolución: **208/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENCARNACION CATURLA JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo de apelación nº 368/2017.-

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE.

Procedimiento Transacción de derechos de menores e incapacitados - 732/2017.

SENTENCIA Nº 208/2017

=====

Il'tmos/as. Sres/as.:

Presidente

D^a.M^a Dolores López Garre

Magistrados/as

D^a.Encarnación Caturla Juan

D.Carlos Javier Guadalupe Fores

=====

En ALICANTE, a once de julio de dos mil diecisiete.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Il'tmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 368/2017 los autos de Transacción de derechos de menores e incapacitados 732/2017 seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE en virtud del recurso de apelación entablado por la parte demandada Aureliano Y María Milagros que han intervenido en esta alzada en su condición de **recurrentes** , representado/a por el/la Procurador/a Encarnación García Lorente y defendido/a por el/la Letrado M^a Paz Alarcón Frasquet y siendo **apelada** la parte demandante e ABOGADO DEL ESTADO (Hilda Pérez Guardiola) y el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHOS.

Primero.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE y en los autos de Juicio Transacción de derechos de menores e incapacitados - 732/2017 en fecha 16 de mayo de 2017 se dictó la sentencia nº 296/17 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Estimar íntegramente la demanda y ampliación de la misma presentada por la Abogacía del Estado contra don Aureliano , con pasaporte británico nº NUM000 y doña María Milagros , con pasaporte británico nº NUM001 , por lo que:*

1º) *Se declara que la retención del menor Urbano ilícita, procediendo su retorno a Reino Unido.*

2º) *El menor Urbano ser retornado a Reino Unido, dentro del plazo de quince días, a cuyo efecto don Aureliano o doña María Milagros , deberá acreditar ante este Juzgado, dentro de un plazo de cinco días, la adquisición*



de los billetes de avión necesarios para tal retorno, mediante comparecencia personal, en la entregará una copia de los billetes.

En el caso de que no se acredite la adquisición de los billetes en el plazo otorgado, doña María Purificación podrá realizar el traslado del menor desde España hasta Reino Unido.

A los efectos anteriores, la Abogacía del Estado deberá acreditar, dentro de los cinco días siguientes a la finalización del plazo otorgado a don Aureliano y doña María Milagros para la acreditación de la obtención de los billetes necesarios para el retorno, la adquisición de los billetes de avión necesarios para el traslado de España a Reino Unido por parte de doña María Purificación, aportando una copia de los billetes.

Acreditada la obtención de los billetes por la madre, se concretarán el resto de condiciones del retorno a través del correspondiente auto.

3º) Para evitar un nuevo traslado o retención ilícita del menor tras la notificación de la Sentencia, se mantienen todas las medidas acordadas en auto de fecha 2 de mayo de 2017.

4º) Don Aureliano y doña María Milagros, deberán abonar los gastos de viaje y los que ocasione el retorno del menor a Reino Unido.

5º) Se condena en costas a los demandados. "

Segundo. - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandada siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta ltma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº368/2017.

Tercero. - En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día once de julio y siendo ponente la ltma. Sra. Doña Encarnación Caturra Juan.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda planteada por la Abogacía del Estado de solicitud de colaboración jurisdiccional internacional para la restitución del menor Urbano, al amparo de lo dispuesto en el art. 778 quinquies de la LEC, y declara que la retención del mismo es ilícita, procediendo su retorno al Reino Unido, en los términos que se especifican en el fallo de la citada sentencia; se alzan en apelación los demandados, abuelos del menor, solicitando, con revocación de la sentencia de instancia, se desestime la demanda de solicitud de restitución del referido menor, declarando la licitud del traslado y estancia del menor en España, no haber lugar en cualquier caso al retorno del menor al Reino Unido, no haber lugar al mantenimiento de las medidas acordadas por Auto de 2 de mayo de 2017 y no haber lugar a la imposición de las costas. Fundan su recurso en los mismos argumentos esgrimidos al contestar a la demanda, manteniendo que no ha existido infracción alguna del derecho de custodia, pues la custodia la ostentaba el padre del menor y que no se puede confundir con el derecho de visitas que ostentaba la madre; que la vulneración del derecho de visitas no conlleva la restitución del menor. Por otra parte indica que existe riesgo para el menor, sobre la base de que existe riesgo de daño personal al menor por parte de la madre, en virtud del contenido de la propia Orden de Gestión del Junio de 2015, en virtud del cual se solicita el retorno del menor, poniendo en duda que se va a hacer con el menor cuando éste regrese al Reino Unido.

Recurso al que se opuso tanto la Abogacía del Estado demandante, como el Ministerio Fiscal, interesando ambos la confirmación de la sentencia dictada.

Por escrito de fecha de entrada en esta Sala, 15 de junio de 2017, la parte demandada apelante aportó Orden de Gestión de fecha 12 de junio de 2017, de la División de Familia del Tribunal Superior de Justicia de Londres, en la que se ordena celebrar una vista a efectos de tomar una decisión sobre el menor Urbano el día 23 de junio y se concede un permiso temporal para que el menor permanezca en España hasta la nueva Audiencia de revisión y/o hasta nueva orden. Interesando los apelantes a la vista de dicha resolución, el archivo de la causa por carencia sobrevenida del objeto del procedimiento, al carecer ya de interés la restitución del menor al Reino Unido, y por tanto carecer de interés el cumplimiento de la Orden de Gestión de 3 de junio de 2015.

Del citado escrito y solicitud se dio traslado a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal; oponiéndose la Abogacía del Estado a la pretensión de la parte recurrente, con los argumentos que obran en su escrito.

En el presente caso, no concurre la satisfacción extraprocesal y la carencia sobrevenida del objeto del procedimiento, por una parte porque como resulta de la Orden que se acompaña, la madre viene manteniendo la solicitud de devolución del menor, y el padre señala que si el Tribunal acuerda el retorno, así lo hará,



limitándose la Orden a fijar nueva fecha de celebración de vista, con lo que no concurren los presupuestos del art. 22 de la LEC; y por otra, porque la concesión del permiso de permanecer el menor en España es meramente temporal. No existiendo por tanto resolución definitiva, que revoque la decisión de retorno del menor, ni que altere o revoque el régimen de relaciones filiales acordada en la Orden de 3 de junio de 2015.

Por nuevo escrito de la parte recurrente de fecha de entrada en esta Sala el día 4 de julio de 2017, se aporta nueva Orden de Gestión de fecha 23 de junio de 2017, interesando de nuevo el sobreseimiento del procedimiento por carencia sobrevenida del objeto del procedimiento, al considerar que ha cesado cualquier hipotética situación de retención o permanencia ilegal del menor en España, al haberse autorizado la permanencia del menor en España hasta el día 10 de octubre de 2017 o nueva orden. Interesando así mismo se facilite el pasaporte del menor, para retornar el menor a Londres junto con su padre y abuelos, para la comparecencia ante los servicios sociales el día 10 de julio.

De dicha solicitud y documentación, por providencia de fecha 4 de julio de 2017, se dio traslado a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal para alegaciones, con el resultado que obra en autos.

En la Orden de 23 de junio que se aporta, la División de Familia del Tribunal Superior de Justicia de Londres, ordena, entre otras: citar al padre para el día 21 de julio de 2017 para que declare sobre las razones de solicitar que el menor Urbano resida permanentemente en España; citar a la madre el día 18 de agosto para que declare; que por el CAFCASS se presente un informe sobre los problemas y hallazgos del caso, el día 15 de septiembre; que el caso se incluya como vista preliminar el jueves 21 de septiembre; que la audiencia final se liste el 10 y 11 de octubre de 2017. Que la Corte solicita respetuosamente a la Corte Española de Primera Instancia n.º 10 de Alicante, que libere el pasaporte de Urbano para permitirle cumplir con los compromisos anteriormente detallados en este orden, y que Urbano pueda así viajar al Reino Unido a los efectos de ser visto por CAFCASS, que sea otorgado el permiso a Urbano de permanecer en su casa C/ DIRECCION000 NUM002 , NUM003 , NUM003 DIRECCION001 España, con su padre Sergio hasta la Audiencia Final el 10 y 11 de octubre de 2017 y/o hasta nueva orden.

A la vista del contenido de la nueva orden, entendemos que al igual que ya hemos expuesto respecto de la anterior, no se produce en el presente caso una carencia sobrevenida del objeto del procedimiento, por no concurrir los requisitos del art. 22 de la LEC. Por cuanto que no se ha resuelto de forma definitiva la residencia del menor, ni consta se hayan modificado o alterado el régimen de relaciones filiales acordadas en la Orden de 3 de junio de 2015, que constituye el objeto del presente procedimiento; salvo en el extremo relativo a autorizar la residencia temporal del menor en España, durante un concreto tiempo. Sin que sea preciso que esta Sala se pronuncie sobre la devolución del pasaporte del menor, para que el mismo comparezca ante los servicios sociales del Reino Unido, por lo que seguidamente se dirá en relación a la cuestión de fondo planteada, esto es el retorno del menor al Reino Unido.

Segundo.- La sentencia de instancia funda su decisión en: 1º el art. 3 del Convenio de la Haya, en la errónea interpretación que efectúan los demandados del derecho de custodia a que se refiere el art. 5 del Convenio; al considerar que la permanencia del menor en territorio español implica infracción del derecho de custodia, puesto que, ostentando ambos progenitores la patria potestad sobre el menor y el padre la guarda y custodia, éste podía trasladar al mismo fuera del Reino Unido por tiempo inferior a un mes, pero para un tiempo superior debía obtener el consentimiento escrito de la madre o el permiso del Juzgado; habiendo quedado acreditado que el menor se encuentra en España al menos desde el mes de enero del presente año, sin que se haya probado que exista consentimiento escrito del otro progenitor ni autorización judicial.

2º la inexistencia de excepciones en el presente caso que impidan la restitución del menor, por no constar acreditado que dicha restitución vaya a implicar algún grave riesgo para él; no concretando los demandados ni en la oposición ni en el acto de la vista, a que grave riesgo se refieren, pues la orden de protección no retira a la madre la patria potestad y reconoce a la misma un derecho de visitas.

3º además de que el padre del menor que ostenta la custodia, se encuentra nuevamente en el país donde ha de ser restituido el menor; encontrándose el menor conviviendo, al tiempo de ser dictada la sentencia de instancia, en España, con los abuelos paternos, encontrándose el padre en el Reino Unido.

Manteniendo la sentencia las medidas acordadas en Auto de 2 de mayo de 2017, relativas, entre otras, a la prohibición del menor de salir del territorio nacional, salvo autorización judicial, prohibición de expedición del pasaporte o retirada del mismo si ya se hubiese expedido.

En primer lugar y al respecto de la prueba que propuso en la alzada, dicha cuestión ya fue resuelta por Auto de esta Sala de fecha 13 de junio de 2017, cuyo contenido damos íntegramente por reproducido, y que ha devenido firme, al no haber sido recurrido.



Por otra parte, debemos partir de que la Orden de Gestión en la que tiene su origen el presente procedimiento es la de 3 de junio de 2015 (folios 74 a 80), se atribuía al padre la custodia del menor Urbano , nacido el día NUM004 de 2010 y la madre la custodia de la menor Gema , nacida el NUM005 de 2008, hijos de Dña. María Purificación y D. Sergio . Disponiendo expresamente que a partir del 28 de junio de 2015, los menores debían pernoctar sábados alternos en mutua compañía, así como con la madre con el padre, y mitad de periodos vacacionales. Y especificando que "en los casos en los que se encuentre en vigor una Orden de Gestión del Menor y las gestiones que la misma regula consistan o incluyan gestiones relativas únicamente a uno o a ambos apartados siguientes: a) la persona con la que los menores a quienes afecte la Orden habrán de vivir, y, b) el tiempo durante el que los menores habrán de vivir con cualquiera de los progenitores o personas a las que se haya asignado la guardia y custodia, ninguna persona habrá de provocar que los menores sean conocidos por un nuevo apellido o habrá de trasladar a los menores fuera del Reino Unido sin contar con el consentimiento escrito de cada una de las personas que tengan asignada la guardia o custodia de los menores o sin el permiso del Juzgado.

No obstante lo expuesto anteriormente, no habrá de impedirse el traslado de los menores durante un periodo de tiempo inferior a 1 mes, por una de las personas a las que se menciona en la Orden de Gestión del Menor como la persona con la que los menores habrán de vivir (artículos 13 (1), (2) y (4) de la Ley del Menor 1989)

La Ley de Menores de 1989 aplicable en el Reino Unido (folios 61 a 63), dispone en el apartado referido a la Patria Potestad respecto a menores "2. (7) Cuando mas de una persona tenga patria potestad respecto a un menor, cada una de ellas podrá actuar en solitario y sin la otra (u otras) para cumplir tal obligación; pero ninguna disposición de esta parte tendrá la consideración de afectar al desarrollo de cualquier ley que exija el consentimiento de más de una persona en los asuntos que afectan al menor. (8) El hecho de que corresponda a una persona la patria potestad respecto a un menor no la habilitará para actuar de ninguna forma que sería incompatible con cualquier orden dictada respecto al menor al amparo de esta Ley."

Y en el apartado referido a la definición de patria potestad, se dispone que "3.(1). En esta ley el término patria potestad significa todos los derechos, obligaciones, poderes, responsabilidad y autoridad que corresponde por imperio de la ley al progenitor de un menor con relación a éste y a sus bienes. (2). También incluye los derechos, poderes y obligaciones que habría correspondido a un tutor del patrimonio del menor con relación al menor y a sus bienes."

Tercero.- Según el art. 1 del Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 , el mismo viene: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Por su parte el art. 3, indica que, que el traslado o retención de un menor se considera ilícito a) cuando se haya 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 que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. 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 el traslado o retención.

Debiendo tenerse en consideración que el artículo 13 establece una serie de excepciones a la obligación de acordar la restitución del menor si:

a) la persona que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciese 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.

Consecuentemente el art. 3 del referido Convenio de La Haya , determina que es ilícito el traslado 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 del traslado, y exige que dicho derecho de custodia puede resultar bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente; así como también cuando este derecho se ejerza de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o se habría ejercido de no producirse este.

Por su parte, el art. 5 del citado Convenio de La Haya , a efectos de aplicación del propio convenio, establece que el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.



Si bien el artículo 12 del Convenio de La Haya prevé la restitución inmediata del menor cuando no haya transcurrido un año desde la sustracción y se hayan iniciado los procedimientos pertinentes, circunstancias que concurren en el presente caso, este precepto debe ponerse en relación con el apartado segundo del artículo 12 que establece: " *La autoridad judicial o administrativa aún 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, ordenar 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 del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor* ".

Establece el art. 13 como ya se ha indicado, que: "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; b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor* ".

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.

Como recoge el AAP Cádiz, sección 5ª de 22 de febrero de 2011 " *Los órganos jurisdiccionales del estado requerido, en este caso España, solo podrán denegar la restitución del menor en base de alguna de las excepciones tasadas y recogidas expresamente en los artículos 12 y 13 del reiterado Convenio . No se trata pues en el presente procedimiento de determinar a que progenitor corresponde la custodia del menor, ni de establecer reglas respecto a esta cuestión, esa competencia la conservan los Tribunales que sean competentes de conformidad al derecho interno del estado requirente. Se trata exclusivamente de decidir si se da o no en nuestro estado eficacia directa y automática a una resolución judicial de otro de los estados firmantes una vez reconocidos los requisitos esenciales de la misma, o si por el contrario, esa eficacia automática queda diferida por concurrir a juicio de los tribunales del estado requerido alguna de las mencionada causas de oposición* ".

Esta misma Sala en Auto nº 152/2010 de 21 de Junio de 2010 ya señaló que " *como dice el auto de esta misma Sala de 4 de septiembre de 2008 , en el procedimiento que nos ocupa no debe ser objeto de estudio ni de análisis el fondo de las relaciones personales entre los progenitores y las razones por las cuales, atendiendo a la idoneidad de los mismos, el Tribunal de origen determina con quién han de permanecer los hijos, sino comprobar si efectivamente el traslado de los menores se ha realizado de manera ilícita, ilegítima o furtivamente* ".

Y como ya tuvimos ocasión de señalar en Sentencia nº 195/2016, de 26 de julio de 2016, dictada al Rollo de apelación nº 460/2016 : " *En base a ello, la Sala comparte la conclusión judicial a la que llega el Juzgado de Instancia, pues en este caso los progenitores comparten el derecho de decidir sobre su lugar de residencia, sin embargo, el menor es trasladado por uno de ellos, sin el consentimiento del otro o sin autorización judicial, a un segundo Estado violentando el derecho del otro progenitor de poder decidir sobre el lugar de residencia de su hijo, pues ello impide o dificulta la posibilidad de ejercer el derecho de custodia o de visitas del progenitor perjudicado por dicha decisión unilateral. El ostentar la guarda y custodia "de hecho", no le concede al progenitor el derecho exclusivo de decidir sobre el lugar de residencia del menor, dada la trascendencia de tal facultad; de modo que el lugar de residencia deberá ser consensuado con el otro o, en su defecto, deberá ser sometida tal decisión a la autoridad judicial. la norma general determina que la responsabilidad parental se ejercerá por ambos progenitores, y el cambio de residencia de un menor es un acto que requiere el consentimiento de ambos padres.*

La madre no disfrutaba, en Argentina, de un derecho de custodia que abarcara unilateralmente la facultad de trasladar al hijo a otro país y establecer indefinidamente en éste un nuevo lugar de residencia del menor.



Por otra parte, no se puede considerar acreditado por la demandada, a quien incumbe la carga de tal prueba, que, como señala el Convenio, el padre "no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido"; ni cabe sostener que el padre "había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención", puesto que no solo no se prueba esto por la demandada, sino que, además, el padre denunció la sustracción desde el primer momento; sin que el hecho de que se intentase llegar a un acuerdo mediante la fijación de un sistema o régimen de visitas, implique la aceptación del traslado. Ni puede considerarse tampoco probado que "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable", puesto que no se prueba por la demanda la concurrencia de tales circunstancias,

Por último, señalar que el Convenio establece en el artículo 13 que para que la autoridad judicial pueda negarse a ordenar la restitución del menor, tiene que comprobar que "el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones", siendo notorio que no cabe predicar tal grado de madurez, con carácter general en un menor de 10 años; en cualquier caso, basta observar las fotografías obrantes al procedimiento para comprobar que el menor muestra gran apego a la figura paterna; por lo que difícilmente puede responder con pleno conocimiento de los efectos y consecuencias, de su residencia en país distinto del que ha sido siempre su residencia habitual, así como al alejamiento tanto de la figura paterna como de su familia paterna. "

En el presente caso, quedó acreditada la existencia de un traslado ilícito del menor (art. 3 del Convenio Internacional de La Haya). Igualmente consta acreditado que no existe ningún riesgo grave de que la restitución del menor exponga al mismo a ningún peligro grave físico-psíquico y que no ha transcurrido 1 año entre el traslado a España solo reclamación de restitución ante la autoridad Central del Estado donde se halla el menor. Por lo que entiende la Sala que la restitución de la menor no integra la excepción a la restitución a la que se refiere el artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1.980 , que exista 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; puesto que como resulta de la propia Orden de 3 de junio de 2015, la madre tiene reconocido un amplio derecho de visitas con el menor y no consta haya sido privada de la patria potestad. De forma que la custodia y el derecho de visitas vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados.

Sin que en ningún caso la restitución del menor, suponga ni prejuzge la asignación de la custodia, del régimen de visitas o de ulteriores autorizaciones sobre residencia o traslados, en la medida en que dichas cuestiones quedan fuera de la jurisdicción de este Tribunal.

La decisión unilateral del padre de traer al menor a residir a España, cambiando el domicilio del menor, privando así a la madre de cualquier relación con su hijo, sin autorización ni consentimiento de la madre, ni de la autoridad judicial que tramitaba y sigue tramitando el procedimiento de familia; además de no haberse acreditado que el regreso del menor a su lugar de residencia habitual en el Reino Unido, donde además ha regresado el padre, permaneciendo en España, solamente los abuelos, recurrentes en el presente procedimiento, le vaya a suponer un riesgo físico o psíquico y mucho menos que no se proteja con la orden de retorno el interés de la menor. Todo ello, sin perjuicio de la decisión final de guarda y domicilio del menor que deberá de ser acordada por los Tribunales británicos.

Sin que la nueva orden de autorizar la permanencia del menor en España durante un tiempo limitado y la necesidad de que regrese a Londres a los efectos de que por parte del CAF/CASS se elabore el correspondiente informe a aportar al procedimiento que allí se sigue, no tiene efectos respecto de la presente decisión, en la medida en que se trata de una Orden meramente provisional y no definitiva.

En definitiva, entendemos que la resolución apelada se ajusta adecuadamente a lo previsto en el artículo 778 quinquies 7 LEC , así como a lo establecido en los preceptos señalados del Convenio, procediendo su confirmación, con desestimación del presente recurso.

Cuarto.- Respecto de las costas de la instancia, entendemos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 778 quinquies.10 de la LEC , fueron impuestas correctamente las costas de la instancia. En materia de costas de esta alzada y no existiendo una norma especial en el artículo 778 quinquies de la LEC , introducido por la Ley 15/2015 de 2 de julio, se debe aplicará el criterio general del artículo 398.1 de la LEC .

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso; y en nombre del REY y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS



Que **DESESTIMANDO** como **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, de fecha 16 de mayo de 2017 , **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución permaneciendo inalterables sus restantes pronunciamientos, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición Final 16ª de la LEC 1/2000 .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC , deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal nº 0264, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Ponente que la suscribe hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

13