



Roj: **SAP PO 42/2018 - ECLI:ES:APPO:2018:42**

Id Cendoj: **36038370032018100008**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **5/2018**

Nº de Resolución: **12/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00012/2018

N10250

/ROSALÍA DE CASTRO NÚM. 5-2-IZQ. (PONTEVEDRA)

-

Tfno.: 986805127/28/29/30 Fax: 986805123

MC

N.I.G. 36038 42 1 2017 0003549

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000005 /2018

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000961 /2017

Recurrente: Sabina

Procurador: MAGDALENA MENDEZ-BENEGASSI GAMALLO

Abogado: MARIA JESUS LAGO BARREIRO

Recurrido: Justiniano , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA TERESA VILLOT SANCHEZ

Abogado: MARIA CONSUELO GONZALEZ GARCIA

SENTENCIA Nº 12/2018

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D. ANTONIO JUAN GUTIERREZ R.- MOLDES.

MAGISTRADOS

D. JAIME ESAÍN MANRESA

D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

En PONTEVEDRA, a diecisiete de enero de dos mil dieciocho



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de SUSTRACCION DE MENORES 0000961/2017, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 5 /2018**, en los que aparece como parte apelante, D^a Sabina , representada por el Procurador de los tribunales, Sra. MAGDALENA MENDEZ-BENEGASSI GAMALLO, asistido por el Abogado D^a. MARÍA JESUS LAGO BARREIRO, y como parte apelada, D. Justiniano , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA TERESA VILLOT SANCHEZ, asistido por el Abogado D^a. MARIA CONSUELO GONZÁLEZ GARCÍA; EL MINISTERIO FISCAL, sobre sustracción internacional de menores, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, se dictó sentencia de fecha 27 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Justiniano contra Dña. Sabina , y en consecuencia, procede DECLARAR que el traslado y retención, llevados a cabo en España por Dña. Sabina , del menor Jose Luis , es ILÍCITO, por lo que procede la restitución del menor que deberá hacer la madre al padre una vez adquiera firmeza la presente, el día que de común acuerdo establezcan, y, en defecto de acuerdo, se fija el lunes inmediatamente siguiente al que adquiera firmeza, a las 11 de la mañana en la sede de este Juzgado, con apercibimiento de que, en caso de no cumplirse voluntariamente, se recabará ayuda del Grupo de Menores de la Policía Autonómica y la intervención del Servicio de Menores de la Xunta de Galicia, procurando en todo caso especialmente causar al menor los menos perjuicios posibles.

D. Justiniano no podrá viajar en compañía de su hijo Jose Luis a Marruecos sin previa autorización judicial.

Todo ello con expresa condena en costas a la demandada, incluidas aquellas en que hayan incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasionen la restitución o retorno del menor a Londres."

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 778 quinquies y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública, quedó el procedimiento para votación y fallo. Por la apelante se aportó documental a autos, de lo que se dió traslado dentro del término improrrogable de resolución, deduciéndose escrito de contrario por el M. Fiscal.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se impugna la resolución de la instancia, por la representación de la madre demandada, Sra. Sabina , cuestionando la misma en base a una argumentación en la que sostiene que no hubo un "traslado ilegal" del menor considerando que, conforme al C Civil (arts. 9 y 105), fué conforme a derecho al serles norma personal aplicable por su **nacionalidad**, mediar demanda de divorcio en el plazo de 30 días, habiéndose interesado y obtenido una atribución de la guarda y custodia del menor (Div. Contencioso N° 35 /17 ante el J. N° 1 de Violencia de Vigo en el Auto de admisión de 25-IV-2017 que prorrogaba las medidas de protección en tal sentido tomadas en el Auto de 3 de Marzo de 2017 , dado en el expediente de D. Previa de P. Abreviado N° 135/17), siendo la denuncia del actor ante las autoridades británicas ulterior a la medida de atribución de guarda acordada (7-III-17). También se objeta que se decida sobre la guarda del menor, siendo esta una cuestión de fondo competencia de los Tribunales españoles (Art. 3.1.b) del Reglamento 2201/03 y del Art. 21 de la LOPJ), correspondiendo su decisión al de Violencia N° 1 de Vigo en el Divorcio Contencioso N° 35/17; con ello entiende que no se han tenido en cuenta las decisiones dadas en España, como contempla el Art. 17 del Convenio de la Haya de 1980 , y que tampoco se ponderó adecuadamente las circunstancias de desamparo y vulnerabilidad del menor en Londres ni su bienestar. A tales planteamientos se dió el oportuno traslado a la contraparte actora y al M. Fiscal, evacuando ambos escritos de oposición al recurso formulado. No cabiendo otros trámites, erróneamente se dió traslado a la apelante de lo informado por el M. Fiscal deduciéndose por ésta un escrito de "Alegaciones" en el que reiteraba sus anteriores argumentos, objetando el posicionamiento del M. Fiscal, argumentación ésta carente de cauce procesal y por ello inadmisibles, al resultar un improcedente e inviable cauce de alegaciones por precluida y ya utilizada la única posibilidad hábil de alegar, su recurso. Aportada documental durante el trámite de la alzada, resulta esta admisible en base al Art. 752 LEC /00..



SEGUNDO.- Lo primero es reseñar que el ámbito normativo de decisión está correctamente determinado en la sentencia, siendo el cauce procesal el establecido, y seguido, en el At. 778 Quarter y Quinquies de la LEC/00, sobre Medidas relativas a la Restitución o Retorno de Menores en los supuestos de Sustracción Internacional, a tramitar en los casos de traslado o retención ilícita cuando el menor se encuentra en España proveniente de un Estado vinculado por normas de la UE, situación que contemplan el Reglamento de la Unión Europea N° 2201/2003 de 27-XI, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad penal, cuyo Art. 11 regula la restitución del menor y el Convenio Internacional de la Haya de 25 de Octubre de 1980 , sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

TERCERO.- Aunque se intenta hacer valer una pretendida "licitud" del traslado, por mor de la atribución de la Guarda y Custodia acordada en el Auto de 3-III- 2017 , dado en la Pieza de Situación Personal sobre Orden de Protección N° 185/17-01, seguida en las Diligencias de P. Abreviado N° 185/17, reiterado en el Divorcio contencioso N° 35/17, lo cierto es que tal decisión fué ulterior al hecho del traslado desde G. Bretaña a España, sin mediar una resolución anterior por parte de las Autoridades Jurisdiccionales británicas, ni consentimiento del padre, como se reconoce por la Sra. Sabina en la Vista y resulta de autos documentado. En este sentido, tanto el Art. 3 del Convenio de la Haya de 1980 , como el Art. 2.11 del Reglamento 2201/03 de la UE , contemplan como "Traslado Ilícito" el acaecido con infracción del derecho de custodia, atribuido o adquirido por resolución judicial, ley o acuerdo según la normativa del Estado miembro de residencia habitual del menor " **antes de su traslado o retención**" que se venía ejerciendo de modo efectivo, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no mediar el traslado o retención.

CUARTO.- Por otro lado, el hecho de que se hayan tomado decisiones jurisdiccionales en España, penales (Pieza Penal N° 185/17-01 y Diligencia Previa de P. Abreviado N°185/17, estas ya sobreeseadas y archivadas por Autos de 16-VI-17 y de 13-VI-17, y civiles (Auto de 25-IV-17 en el J. Div. Cont. N° 35/17), no condiciona este expediente y competencia para decidir, porque tanto el Convenio de la Haya (Art. 17) como el Reglamento N° 2201 /03 (Art. 20) contemplan tal posibilidad y compatibilidad de decisiones en relación a medidas provisionales o cautelares conforme a la legislación de los estados vinculados, en relación a personas y bienes, aunque la competencia del asunto corresponda, en cuanto al fondo, a otro estado. En esta línea el Art. 17 del Convenio lo que añade al respecto es que pueden ser tenidas en cuenta cara a la toma de la decisión sobre la restitución. En este sentido, la personación del actor en el procedimiento de Divorcio, única habida, como recoge la contestación misma, aportada por la demandada al oponerse en la demanda, prioriza el procedimiento de sustracción internacional que nos ocupa y no consiente ni conforma el traslado a España del menor, como tampoco asume la competencia de los tribunales españoles. Las denuncias del actor en Londres (7 de Marzo 2014, D4 y solicitud de restitución 28-III-17, D5), vienen a abundar en la ausencia de consentimiento y su fechas no modulan ni desdican las anteriores razones. Por último, la afirmación de competencia de los Tribunales españoles en relación al Art. 21 LOPJ , articulada en base a la tramitación del Divorcio Contencioso N° 35/17, se refiere a las cuestiones de fondo, tema ajeno a lo que aquí se discute y decide, que es la licitud o ilicitud del traslado internacional del menor, resultando por ello inócuo el argumento, siendo además que el mismo Art. 21 LOPJ , en cuanto a competencia la refiere a los "tratados y convenios internacionales en los que España fuese parte, en las normas de la Unión Europea..." lo que remite, otra vez, en lo que nos interesa, al Reglamento UE N° 2201/03 de 27-XI.

QUINTO.- Se aduce en el recurso que lo acordado aquí conculca el apartado 9 del Art. 778. Quinquies de la LEC /00, al acordar restituir del menor a su padre cuando éste no tiene atribuida la guarda y custodia, remitiéndose a las atribuciones habidas en España (Autos de 3-III-17, Pieza N° 185/17 - 01 y Auto de 26-IV- 17 que prorroga las medidas del Divorcio Contencioso N° 35/17). No deja de ser esta una argumentación reiterativa y helicoidal, carente de razón, tal y como se sigue de lo hasta ahora razonado. Se objeta también en el recurso lo decidido, la restitución, por lo que supone y considerar que alcanza a la guarda y custodia, cuestiones de fondo, en las que no debería entrar, tachándola de contradictoria. Este planteamiento es un argumento engañoso o capcioso, porque prescinde y pretende obviar al real y efectivo objeto y alcance del trámite de litis y decisión tomada, declaración de "traslado ilícito" y decisión de retorno del menor a Londres con su padre, contenido entendible de la resolución de la instancia, en línea con el fin del trámite de restitución o retorno de un menor en caso de sustracción internacional (Art. 778 quarter y quinquies LEC /00 y normas internacionales continuadamente relacionadas).

SEXTO.- En un último ámbito del recurso hemos de analizar lo alegado, respecto a que no se han tenido en cuenta las circunstancias de desamparo y vulnerabilidad en que quedaría el menor en Londres, ni las decisiones de los Tribunales españoles dadas hasta ahora en los términos de los Arts. 13 y 17 del Convenio de la Haya . No es atendible lo argumentado toda vez que resulta evidente que la Juzgadora de la Instancia ha analizado y ponderado unas y otras razones al objeto de resolver la cuestión que se le plantea. En este sentido, la remisión a las decisiones previas carece de consistencia toda vez que las penales han resultado finalmente



dejadas sin efecto por sobreseimiento y archivo, tanto a la tomada en las Dilg. P. de P. Abreviado N° 185/17 (Auto 16-VI-17) como en el ulterior abierto por quebrantamiento D. Previa N° 201/17 (Auto de 13-VI-17), al no justificarse debidamente los delitos de violencia y quebrantamiento imputados, no pudiendo desconocerse que fueron éstos denunciados hechos y la protección subsiguiente los que determinaron las medidas tomadas en la Pieza y en el Auto de admisión del Divorcio Contencioso N° 35/17 (25-IV-2017), siendo que lo decidido en éste último se mantiene a la espera de lo que aquí se resuelva. También se cerró y archivó la denuncia hecha en Londres inmediata al traslado a España (D.6 y 7, traducidos a los f 68 a 71). En todo caso, no se justifica con ello la denegación del retorno y lo que es claro, como bien recoge la resolución recurrida, es que conforme al Art. 13 del Reglamento 2021 de la UE, no converge "grave riesgo" para el menor que le coloque en una situación "intolerable", pues solo se aducen cuestiones menores sobre la atención y bienestar del menor y porque el riesgo mayor que se destaca, relativo a un posible desplazamiento ulterior a Marruecos, aparte de su cuestionable verosimilitud, se enerva por el compromiso adquirido y tomado en la resolución de prohibición de tal actuar sin autorización judicial.

SÉPTIMO.- De todo lo anterior se sigue la desestimación de la apelación deducida con la imposición de las costas de la alzada a la apelante (Art. 398 LEC /00).

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLO:

Desestimamos el Recurso de Apelación formulado por la representación de Doña Sabina contra la Sentencia de fecha 27-XI-2017, dada en el procedimiento de Sustracción Internacional de Menor N° 961/17 seguido ante el J. de 1ª Instancia N° 5 de Pontevedra (Rollo N° 5/18) confirmando la misma con imposición de costas a la apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra la misma podrán las partes legitimadas optar por interponer el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal o el Recurso de Casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de 20 días, contados desde el día siguiente a su notificación, conforme disponen los Arts. 466 y ss y la Disposición Final 16ª LEC /00.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Notifíquese asimismo esta resolución al/los apelado/s rebelde/s, según dispone el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos