



Roj: **SAP GC 1257/2017 - ECLI:ES:APGC:2017:1257**

Id Cendoj: **35016370032017100469**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **3**

Fecha: **13/09/2017**

Nº de Recurso: **854/2017**

Nº de Resolución: **449/2017**

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: 0000854/2017

NIG: 3501642120170013760

Resolución: Sentencia 000449/2017

Proc. origen: Sustracción internacional de menores Nº proc. origen: 0000784/2017-00

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

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Ministerio de Justicia Abogacía del Estado en LP

Apelante Ambrosio Santiago Jose Perez Sanchez Margarita Del Rosario Martin Rodriguez

SENTENCIA

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./Dª. RICARDO MOYANO GARCÍA (Ponente)

Magistrados

D./Dª. ROSALÍA MERCEDES FERNÁNDEZ ALAYA

D./Dª. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 13 de septiembre de 2017.

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 2 de agosto de 2017

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

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 2 de agosto de 2017, seguidos a instancia de D. /Dña. Ambrosio representados por el Procurador D. /Dña. MARGARITA



DEL ROSARIO MARTIN RODRIGUEZ y dirigidos por el Letrado D. /Dña. SANTIAGO JOSE PEREZ SANCHEZ, contra D. /Dña. MINISTERIO DE JUSTICIA representados por el Letrado D. /Dña. ABOGACÍA DEL ESTADO EN LP siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice:

Que estimando la demanda presentada por la Abogacía del Estado, en representación del MINISTERIO DE JUSTICIA, contra DON Ambrosio , se acuerda lo siguiente:

1.- La inmediata restitución de los menores Fausto y Ignacio , al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, Argentina. Con expresa advertencia al padre de que si se opusiere, impidiera u obstaculizara su cumplimiento, se podrán adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma inmediata, pudiendo recabarse la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2.- Se ratifican las medidas acordadas por auto 6 de julio de 2017, que continuarán vigentes hasta tanto se lleve a efecto la restitución de los menores a Argentina.

3.- Se propone a las partes una solución de mediación. No obstante, y estando en vigor procedimientos judiciales de orden penal vigentes en la República Argentina respecto de los familiares maternos de los menores, así como, la existencia de un control de régimen de visitas supervisado de la progenitora materna con los menores, la entrega de los menores no se realizará a favor de los mismos; por lo que en el presente caso, o bien el progenitor paterno viajará con los menores a la República Argentina o un familiar paterno podrá encargarse de la restitución de los menores en dicho país, para dar así cumplimiento de la presente Resolución. Y a estos efectos se acuerda requerir al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes lleve a cabo un proceso de mediación sobre las circunstancias del traslado o restitución del menor entre ambos progenitores, debiendo ponerse en contacto con el Servicio de Mediación del Gobierno de Canarias, y/o acudir a alguna de las organizaciones expertas en mediación internacional.

4.- Se condena al demandado al pago de las costas del presente procedimiento, así como de los gastos en que haya incurrido como consecuencia del mismo, incluidos los del viaje y los que se ocasionen por la restitución de los menores a la República de Argentina.

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 11 de septiembre 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.- Nos encontramos ante un procedimiento en que solicita la aplicación del Convenio de la Haya dd 25 de octubre de 1980, en un procedimiento de sustracción de menores del art. 778 quinquies de la L.E.C en la redacción dada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015.

El marco sustantivo es claro, y se limita al citado Convenio de 25/10/1980, cuya finalidad es la cooperación internacional entre Estados para impedir que mediante un traslado ilícito de menores de edad fuera de su lugar de residencia se vulneren derechos de custodia de tales menores, entendido el término "custodia" en el sentido amplio en que lo define el art. 3 y 5 del Convenio, comprensivo no sólo de la custodia exclusiva o compartida en el sentido del derecho español - art. 92 del C.C .- sino también del mero derecho a consentir el cambio de residencia del menor. Por tanto, el objeto del procedimiento especial se limita a definir si ha existido un traslado ilícito por vulneración de tales derechos de guarda y a acordar la restitución del menor al país de origen, salvo que concurran las excepciones tasadas del art. 12 y 13 del Convenio. La sentencia apelada recuerda con precisión dicho marco normativo. "El Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de 25 de octubre de 1980 , constituye derecho positivo español al ser ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987, para proceder a la restitución de los menores, o si por el contrario es posible apreciar alguna de las causas de no restitución previstas en el mismo. A tal efecto es preciso partir de las previsiones específicas del Convenio. Y así el artículo 1 establece que el mismo tiene por finalidad:



a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; 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 artículo 3 previene que el traslado o la retención de un menor se consideraran ilícitos: a) cuando se hayan 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 el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y 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 dicho traslado o retención.

En cuanto al concepto de custodia, el artículo 5 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. Asimismo el artículo 12 del Convenio de la Haya dispone la restitución inmediata del menor cuando no haya transcurrido un año desde la sustracción y se hayan iniciado los procedimientos pertinentes. Este párrafo debe ponerse en relación con el apartado segundo del citado artículo 12 que establece que "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, 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 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"

Al propio tiempo, en el artículo 13 recogen otra serie de excepciones a la obligación de acordar la restitución del menor señalando 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".

Finalmente, tal y como señalan entre otras la AAP Cádiz, sección 5ª, 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".

SEGUNDO: En el presente caso, el padre que ha efectuado el traslado de los menores desde Argentina a España desde el 11/11/2016, habiéndose iniciado el procedimiento en julio de 2017, por tanto antes de que haya transcurrido el año desde el cambio de residencia, lo que hace inaplicable la excepción de integración del menor en el nuevo entorno que contempla el art. 12 del Convenio. De hecho, la oposición del padre al retorno de los hijos a Argentina donde reside la madre de los menores, centrándonos en lo manifestado en la apelación del recurso, se debe únicamente a las siguientes causas, contenidas como excepciones al retorno en el art. 13 del Convenio: 1) Consentimiento de la madre al cambio de residencia por la autorización de viaje indefinido otorgada por la misma notarialmente el 11/5/2011, y no revocada, y no ejercicio real de la custodia. 2) Preferencia de los niños para la guarda paterna, y concesión provisional de ésta por los Tribunales argentinos al padre, por lo que el retorno a Argentina pondría a los menores en una situación de perjuicio intolerable de acuerdo con el Convenio internacional. 3) Por último se alega que los menores tienen suficiente madurez para ser oídos y se ha de estimar su oposición al retorno.

Tal como ha sido planteado el recurso, la desestimación del mismo es evidente.



1) En primer lugar, como ya señalamos, es irrelevante para el procedimiento quien ostente la custodia del menor, entendido como tenencia física principal de los menores. Ya que es suficiente para legitimar al progenitor que demanda el traslado ilícito que se haya vulnerado su derecho de custodia entendido como derecho de cuidado del menor, pero también derechos de visita, y en concreto, según expresa el art. 5 del Convenio, como derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor. Por lo tanto lo relevante es si la madre que reclama la resitución a Argentina tiene ese derecho a decidir sobre la residencia de sus hijos menores, por ejercer de modo efectivo sus derechos de custodia. Al respecto, el art. 645 del C. Civil argentino requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para "autorizar la salida de la República o para el cambio de residencia permanente en el **extranjero**". Llamamos la atención sobre la conjunción disyuntiva "o" empleada por el precepto. Y ello porque el apelante basa su oposición a la restitución en que la madre habría consentido la salida del país de sus hijos, confundiendo lo que es una mera autorización para viajar al **extranjero** -da igual si es temporal o indefinida, de acuerdo con las previsiones administrativas que invoca el apelante y los términos en que se concede la autorización notarial el 11/5/2011- y otra la autorización "para el cambio de residencia permanente en el **extranjero**", que no consta que haya sido concedida por la madre, y menos expresamente, como exige la norma sustantiva argentina.

Por tanto, procede analizar si la madre ejercía de manera efectiva sus derechos de relación, que le autorizan a consentir el cambio de residencia o no. Y no hay duda de que es así por el propio relato de hechos del ahora apelante, que detalla que se concedió a la madre un derecho de visitas provisional por el tribunal argentino competente el 1/9/2014, teniendo el padre la guarda provisional también, y que las visitas se cumplieron hasta diciembre de 2015, habiéndose interrumpido las visitas tuteladas por la resistencia de los menores a la visita materna, estando pendiente de reconsideración judicial tales visitas. Por tanto, aunque haya existido una cesación de facto durante 11 meses en la relación entre madre e hijos, en ningún momento han sido suspendidas tales visitas, por lo que no se puede considerar que la madre no ejerciera de facto sus derechos y deberes de parentalidad, que es lo único sobre lo que debemos pronunciar en este procedimiento.

2) En segundo lugar, se ha alegado que la devolución a Argentina colocaría a los menores en situación de peligro psíquico y físico y riesgo intolerable para los mismos, excepción para la estimación del retorno que contempla el art. 12 del Convenio. Como señala el auto de la A.P. de Barcelona de 23/4/2012, no basta una mera alegación de riesgo para el menor para eludir el cumplimiento del Convenio, sino que es preciso acreditar con pruebas un riesgo concreto y tangible, máxime cuando lo que se debate en el procedimiento no es la idoneidad para la custodia de uno u otro progenitor -cuestión residenciada en los Tribunales competentes- sino sólo la ilicitud del traslado y la necesidad del retorno de los menores para sustanciar en su país de residencia la responsabilidad parental: "no basta la mera mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada tanto de la exposición concreta del hecho o hechos en que se basa para denunciar esta situación y más aún, si no se acompaña de prueba eficaz que corrobore la alegación. Nada de ello ha tenido lugar en este caso, y puesto que el Derecho inglés establece que el cambio de residencia habitual precisa el consentimiento de ambos progenitores, es por lo que sin necesidad de mayores razonamientos deba desestimarse el presente recurso, sin que ello implica decisión alguna sobre la custodia, siendo únicamente finalidad del convenio que los menores sean trasladados al lugar de su residencia habitual para que las autoridades adopten las medidas oportunas y decidan a cual de los progenitores corresponde el cuidado de la menor".

En este caso, todos los alegatos del apelante van dirigidos no a acreditar un perjuicio para los hijos por el mero retorno a Argentina, sino la mayor idoneidad del padre para ostentar la custodia. Lo que no se está discutiendo aquí y ahora. Cierto es que el retorno de menores, cuando el custodio -siquiera provisional- ha abandonado el país de origen, y el demandante sólo ostenta un derecho de visitas tuteladas, e interrumpidas desde hace varios años ya, presenta problemas de ejecución, pues no cabe la entrega de los menores a la madre que ejerce las visitas; siendo una de las soluciones, ya señalada en la sentencia apelada, que retorne también el progenitor que ejecutó el traslado ilícito, y otra, también señalada en la sentencia, la apertura de un proceso previo de mediación a través del Ministerio de Justicia. Así pues, no siendo el retorno a Argentina en sí lo que causa el supuesto perjuicio a los menores, sino, según el apelante, una custodia materna que no se está atribuyendo en este procedimiento, procede desestimar el motivo de apelación igualmente.

3) Por último, se alega que los menores tienen suficiente madurez para tener en cuenta su voluntad, y que previa exploración pericial y constatación de su oposición al retorno, se debería estimar la excepción prevista en el art. 13 del Convenio. Sin embargo, los hijos tienen actualmente 10 años recién cumplidos el mayor, Ignacio (nacido en NUM000 de 2007) y 8 años el benjamín, edad de por sí insuficiente para apreciar esa madurez en una cuestión tan compleja como es la decisión sobre el retorno y el lugar de residencia que conviene a los infantes, ya que los menores acatan obviamente las decisiones unilaterales adoptadas por sus padres, y por el proceso de formación de la voluntad infantil en esa corta edad difícilmente puede considerarse relevante la opinión formada tras la larga convivencia en un país **extranjero** con un único progenitor, apartados del contacto con



el otro y de su país de origen. Será en el marco del proceso de determinación de la responsabilidad parental definitiva donde realmente se podrá articular ese tipo de pruebas en su caso, conjuntamente con otras, para con plena jurisdicción decidir sobre la custodia, visitas y lugar de residencia, mutada por la vía de hecho sin consentimiento judicial ni materno por el padre de los menores.

TERCERO: Subsidiariamente solicita el apelante que se declaren las costas de oficio por existir dudas de derecho. Sin embargo, el art. 778 quinquies 10º L.E.C . prevé la inexorable condena en costas al demandado cuando se declara la restitución de los menores, sin que tenga cabida en este tipo de procedimiento la excepción del art. 394 de la L.E.C . Pero aun cuando así fuera, en absoluto cabe apreciar que en este caso hayan existido dudas de hecho ni de derecho.

ULTIMO: En cuanto a las costas del recurso, dada la inexistencia de norma específica debe aplicarse el art. 398 de la LEC 1/00, y por tanto se imponen al apelante vencido.

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

FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. /Dña. Ambrosio , contra la sentencia de fecha 2 de agosto de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 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.

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.

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