



Roj: **SAP B 1638/2018 - ECLI:ES:APB:2018:1638**

Id Cendoj: **08019370182018100153**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **21/02/2018**

Nº de Recurso: **118/2018**

Nº de Resolución: **147/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Barcelona, núm. 17, 14-12-2017,  
SAP B 1638/2018**

**Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178138669

**Recurso de apelación 118/2018 -J**

Materia: Otros supuestos no contemplados

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 687/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Juliana

Procurador/a: Merce Pijoan Badia

Abogado/a: Javier Garbayo Garcia

Parte recurrida: Baltasar

Procurador/a: Iris Maria Vega Cantero

Abogado/a: JULIO ANTONIO ESTRADA RODRÍGUEZ

**SENTENCIA N° 147/2018**

**Magistrados:**

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Mª José Pérez Tormo

Ana Mª García Esquiús

Barcelona, 21 de febrero de 2018

**Rollo de Apelación n.: 118/2018**

Objeto del recurso: sustracción internacional de menores ( art. 778 sexies LEC )



Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

## ANTECEDENTES DE HECHO

### 1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 18 de octubre de 2017 el Sr. Baltasar presentó demanda en la que solicita la presentación de la madre al juzgado y restitución del menor a su padre y a su lugar de residencia, medidas cautelares para evitar nuevos traslados ilícitos y si fuese necesario un régimen de contactos del hijo con ambos progenitores. Relata que, de **nacionalidad** búlgara todos los implicados, su hijo Jaime, nacido el NUM000 de 2012, después de vagar con su madre por diversos países, se encuentra en Barcelona. En escrito posterior pide la prohibición de salida de territorio español y el Juzgado la ha acordado por Auto de 20 de octubre de 2017 (prohibición de salida, entrega de pasaporte y demás documentos y requerimiento ante posibles cambios de domicilio).

Consta en autos escrito del padre en el que se compromete, si la madre regresa a Bulgaria, a aceptar el lugar de residencia del menor y la madre, renuncia a actos de perturbación mientras se resuelve por el Juzgado competente sobre custodia y respetar las decisiones de la madre mientras éste resuelva y el régimen de custodia y visitas que se establezca por el juez búlgaro.

El día de la vista, el padre se ratifica y la Sra. Juliana contesta y sostiene que ha habido procesos de violencia doméstica en Bulgaria y que está a la espera del juicio de divorcio. Niega legitimación activa al padre.

La Sentencia recurrida, de fecha 14 de diciembre de 2017, considera que el menor tenía su residencia en Bulgaria, la madre se trasladó con él al extranjero sin que conste que el padre diera su consentimiento y no consta ninguna de las circunstancias para entender que haya adquirido residencia habitual en España. Atribuye a los juzgados búlgaros la competencia, entiende que se infringió el derecho común de custodia y que no hay suficientes hechos indicativos de la existencia de un peligro grave físico o psíquico para el menor o una situación intolerable para él. En suma, la Magistrada declara ilícito el traslado y acuerda la restitución del menor, para que prosiga el procedimiento de divorcio y los tribunales competentes determinen las medidas, sobre potestad parental. Establece una comparecencia para determinar la forma y plazo de ejecución.

### 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La parte recurrente, la madre, sostiene que hasta que no resuelva el juez del divorcio no debe acordarse una restitución que será evidentemente (sostiene) en compañía del padre. Niega legitimación activa porque el art. 778, 4º, 3º LEC la concede solo a quien tenga atribuida la guarda y custodia. Dice que es libre de circular por Europa. Añade que el padre no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia. Concluye que el niño está bien y que volver a Bulgaria supondría ponerlo en una situación intolerable.

La parte apelada se opone. Defiende su legitimación activa, derivada de la Ley, y la procedencia de la restitución. Concluye que no se alegó episodio de maltrato, ni queda acreditado.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la resolución. Entiende que la custodia corresponde a ambos progenitores, que el traslado de la madre es ilícito y que no concurre causa del art. 13 del Convenio de la Haya.

### 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 12 de febrero de 2018. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala ha tenido lugar el día 20 de febrero de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. EL RESULTADO DE LAS PRUEBAS

El Tribunal Regional de Sofía dictó orden de protección el 11 de noviembre de 2016, a favor del padre, a quien concedía la guarda del niño y en contra de la madre (con visitas segundo y cuarto sábado de mes de 10 a 18 horas). Se expidió el formulario previsto en el Anexo del Reglamento (UE) n. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

Sin embargo, antes, el 5 de septiembre o de octubre de 2016 la madre había salido con el niño del territorio nacional búlgaro, con burla del control policial de fronteras (f.10).

Además, según consta en autos, el Juzgado de Instancia constató por vía telefónica que esta orden fue dejada sin efecto y, aunque el padre dijo estar pendiente de recurso de apelación, este extremo no se ha corroborado.



El 1 de septiembre de 2017 el Tribunal Regional denegó orden de protección para padre e hijo y contra la madre (dice que no consta necesidad de protección del padre, ni abuso mental, físico o emocional del menor por parte de la madre y que sus capacidades, son objeto de otro proceso). El recurso de apelación del padre contra esta resolución fue inadmitido por extemporáneo.

En octubre de 2017 la madre declara ante la policía que lleva tres meses en Barcelona y admite que el menor no está escolarizado, ni ha necesidad de médicos. Por los Juzgados de Instrucción n. 4 y 12 de Barcelona se han seguido actuaciones penales.

Por tanto, antes y después de la salida del territorio nacional búlgaro, la titularidad de la guarda correspondía, por Ley, en defecto de resolución judicial vigente, a ambos padres.

El art. 122 del Código de familia búlgaro establece la potestad conjunta de los hijos y del 127 que el traslado al extranjero debe ser acordado y es evidente que una decisión unilateral de la madre para salir del lugar habitual de residencia del menor sin permiso paterno no está amparada.

## 2. LA LEGITIMACION ACTIVA

No hay discrepancia alguna entre el art. 778, 4º, 3º LEC y el art. 3 de Convenio de la Haya y la interpretación de la juez de instancia es plenamente ajustada a Derecho. La titularidad conjunta de la patria potestad, conforme al Código civil búlgaro, implica la legitimación activa del padre para instar la restitución, sin que sea preciso un pronunciamiento judicial.

## 3. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA

Pese a la cita inicial de la demanda, no es de aplicación específica el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, sino el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

La recurrente tiene libertad de desplazamiento por el espacio europeo común, pero no puede llevar consigo al hijo alejándolo de su lugar de residencia, de sus relaciones con su padre y de la competencia de los tribunales búlgaros para resolver sobre la guarda y el régimen relacional de ambos padres con el hijo común.

No queda probado que el padre no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia ( art. 13 b) del Convenio de la Haya ). El que se haya dejado sin efecto la custodia asignada como medida de protección no supone, de forma automática, que pierda el derecho de custodia que, como padre, la legislación le reconoce en términos generales. No ejercer el derecho de custodia no es lo mismo que haber sido revocada la guarda como medida de protección. Es cierto que en nuestra SAP, Civil sección 18 del 13 de julio de 2017 (ROJ: SAP B 7565/2017 - ECLI:ES:APB:2017:7565) hemos analizado en detalle el no ejercicio efectivo del derecho de custodia, pero no concurren aquí los mismos elementos fácticos, absolutamente diversos.

No hay, por último, prueba de que el retorno sitúe al menor en una situación intolerable. Las agresiones que pueda haber sufrido la madre no están suficientemente definidas como supuesto de violencia doméstica, ni consta que la esposa lo denunciase, y no incluyen consideración alguna sobre riesgo para el menor. De forma objetiva el regreso al país de origen no supone colocar al menor en situación de peligro y en todo caso corresponde a los órganos judiciales búlgaros velar por la protección del menor si aprecian que la actitud de alguno de los progenitores le puede perjudicar.

En todo caso, tanto el escrito de manifestaciones del padre (que se compromete, si la madre regresa a Bulgaria, a aceptar el lugar de residencia del menor y la madre, en el que renuncia a actos de perturbación mientras se resuelve por el juzgado competente sobre custodia y asume respetar las decisiones de la madre mientras éste resuelva y el régimen de custodia y visitas que se establezca por el juez búlgaro), como la prevención de la resolución recurrida sobre una comparecencia en ejecución del Auto para determinar la forma y plazo de ejecución impiden apreciar que la restitución se lleve a cabo en todo caso y en forma evidente como supone la madre en su recurso *manu militari* y a través del padre y estableciendo *de facto* una custodia a su favor por el solo hecho de encargarse el padre de la repatriación.

## 4. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC .

## FALLO

1. Desestimamos el recurso de apelación.
2. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.



Contra la presente resolución no cabe recurso. Confirmada la resolución recurrida dese el destino legal al depósito constituido (disp. 15ª L.O.1/2009), en su caso.

Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ