



Roj: **SAP P 217/2018 - ECLI:ES:APP:2018:217**

Id Cendoj: **34120370012018100217**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2018**

Nº de Recurso: **132/2018**

Nº de Resolución: **171/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00171/2018

Modelo: N10250

AVENIDA ANTIGUA FLORIDA 2-4º

Tfno.: 979.167.701 Fax: 979.746.456

Equipo/usuario: CIV

N.I.G. 34120 41 1 2017 0004551

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000132 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 2 de PALENCIA

Procedimiento de origen: SIM SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0001054 /2017

Recurrente: Ramona

Procurador: ISABEL ABAD HELGUERA

Abogado:

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, MINISTERIO DE JUSTICIA

Procurador: ,

Abogado: , ABOGADO DEL ESTADO

Este Tribunal, compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA NUM. 171/2018

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente :

D. JOSE A. MADERUELO GARCIA

Ilmos. Sres. Magistrados :

D. CARLOS MIGUÉLEZ DEL RIO

D. JUAN M. CARRERAS MARAÑA



En PALENCIA, a veinte de abril de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PALENCIA, los Autos de SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0001054 /2017, procedentes del JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 2 de PALENCIA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000132 /2018, en los que aparece como parte apelante, Ramona , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. ISABEL ABAD HELGUERA, asistida por el Abogado D.IGNACIO BRAGIMO ABEJON , y como parte apelada, MINISTERIO DE JUSTICIA, representado por el ABOGADO DEL ESTADO, con la intervención del MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN M. CARRERAS MARAÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: " ESTIMAR la DEMANDA DE PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENOR interpuesta por el ABOGADO DEL ESTADO en representación y defensa del MINISTERIO DE JUSTICIA frente a D^a Ramona , acordando la restitución del menor Jose Augusto a INGLATERRA junto con su padre D. Anibal .

La restitución deberá verificarse mediante la entrega del menor por D^a Ramona a D. Anibal en su domicilio en INGLATERRA en el plazo de TRES DIAS a contar desde la firmeza de la presente resolución.

Todo ello con imposición a la demandada de las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución del menor a INGLATERRA".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso la parte demandada en el procedimiento, el presente recurso de apelación, impugnado por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante este Audiencia, procediéndose a dictar sentencia.

TERCERO. - Por Diligencia de Constancia de fecha 9 de abril de 2018, se entregan las actuaciones al Magistrado-Ponente, a los efectos del art. 778 quinquies de la L.E.Cv. .

CUARTO .- Con fecha 12 de abril de 2018 se dicta Auto denegando el recibimiento del pleito a prueba en esta Alzada, interesado por la representación del apelante Ramona , la celebración de vista pública, así como elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Error en la valoración de la prueba y en la aplicación del concepto de residencia habitual. (Motivos segundo a cuarto).

Considera la parte apelante que se infringe el concepto de "residencia habitual" al aplicar lo certificado por el Consulado General de España sobre la residencia de Jose Augusto , en el que aparece el menor como residente en el Reino Unido desde mayo de 2017 en el Registro Consular. Así se considera que ese concepto debe de interpretarse en los términos del R-CE **2201/2003** del Consejo de 27-11-2003 y jurisprudencia aplicativa y en el sentido de que la residencia es un concepto autónomo a la normativa interna de cada Estado.

Es cierto que los Tratados internacionales, en la medida en que suponen una cesión de soberanía, no deben de ser interpretados conforme a la normativa interna de cada Estado-firmante; pues la cesión de soberanía quedaría vacía de contenido y la eficacia de los Tratados internacionales se vería comprometida por la actuación unilateral de los Tribunales de cada Estado-firmante. Ahora bien, ello no supone, a los estrictos y sumarios efectos de la puntual y concreta cuestión que nos ocupa, que la "residencia habitual" del menor cuya restitución se pretende no fuera el Reino Unido y que no hubiera obligación de restitución en Agosto de 2017; y ello por las siguientes razones (art. 218 LECv):

1^a.- Como se deriva de la resolución referente al fondo de asunto de 18-10-2107 del Tribunal de Familia competente en Inglaterra, el menor tenía su residencia en Inglaterra y bajo la jurisdicción de los Tribunales de Inglaterra y Gales los días 25-07, 23-08 y 7-08 de 2017.

2^a.- EL juzgado de primera instancia N^o 7 de Palencia entiende en diciembre de 2017 que la competencia para conocer de las medidas de responsabilidad parental sobre el menor corresponde a los Tribunales ingleses,



como viene acordado desde septiembre de 2017, y que los Tribunales españoles carecen de competencia y que la residencia el menor anterior al 23 de agosto era en el Reino Unido.

3ª.- En cuanto a los factores de integración, de arraigo y habitualidad de residencia en Reino Unido, debe significarse que el menor estaba dado de alta en el sistema nacional de salud inglés desde noviembre de 2016 y que estaba cursando estudios en el curso 2016 y 2017 en una escuela Inglesa y ya estaba matriculado para Septiembre de 2017 y para el curso 2017/2018, en cuya fecha no se pudo incorporar a su escuela dado que la madre no reintegro al menor en Agosto. Ello implica que el menor estaba integrado en el Reino Unido y que concurre el concepto jurisprudencial de "cierta integración" en función de las concretas circunstancias, pues vivía en Reino Unido con sus padres (tanto el padre como la madre) desde septiembre de 2016; y, en definitiva, está justificado su regreso, dada la indebida retención por no reintegración del menor a su residencia previa por parte de la madre en agosto de 2017.

4ª.- Ello supone que la fecha de alta del menor en el padrón de Palencia no es relevante a los efectos que nos ocupan; dado que, precisamente, la norma interna no puede alterar el concepto autónomo de "residencia habitual" de los Tratados internacionales y dado que se produce el cambio de empadronamiento después de la salida del menor de Inglaterra.

No se ha acreditado que concorra ese efectivo cambio de la residencia declarada por los Tribunales ingleses y derivada del proceso principal de divorcio y, además, no se justifica ese cambio; pues el menor estaba matriculado para el curso 2017-2108 en Inglaterra y el menor tenía billete de vuelta en agosto de 2017. Es decir, aún aplicado la tesis de la propia parte apelante de que lo relevante no es el padrón en si mismo, sino la "integración del menor" en su país de residencia, resulta que este vivía en Inglaterra antes de mayo de 2017 (desde septiembre de 2016) y que en el curso 2016-2107 estuvo matriculado en un colegio inglés y que lo estaba para el curso 2107-2018.

5ª.- Procede añadir que la cuestión que se debate no es la custodia definitiva del menor o si debe de estar bajo la custodia de la madre en España, sino el *mero deber de restitución* derivado de su previa residencia en R. Unido; y por ello no es relevante: ni el domicilio fiscal del padre, ni si el menor domina más o menos la lengua inglesa, pues consta a los efectos del Tratado de la Haya su residencia en R. Unido desde septiembre de 2016.

SEGUNDO .- Consentimiento del padre y situación del menor .

Examinado el contenido de la causa no se aprecia motivo alguno para que la madre sustrajera al menor en la modalidad de no reintegro el 23 de agosto de 2017 (art 3 del CV de la Haya de 25-10-1980 y Reglamento CE 2201/ 2003), en la medida en que estaba desde hacía al menos un año residiendo en Inglaterra sin problema (2016); que el menor venía residiendo con sus padres que habían trasladado a Dorset (Inglaterra) su residencia; dado que el padre tiene un buen trabajo de dentista en ese país y considerando que el menor tenía billete de vuelta para el 23 y estaba matriculado en septiembre en su escuela anterior. Con la unilateral actuación de la madre se producen dos efectos perniciosos y perjudiciales a los efectos de esta causa para el menor:

a.- En primer lugar, no se le retorna a su entorno previo y se rompe su cadena de escolarización, matriculándole en un colegio en España que no conoce y con el que no tiene arraigo y le hace perder su integración escolar previa y su profundización en el conocimiento del idioma Inglés.

b.- No podemos obviar que el menor está bajo la protección de los Tribunales Ingleses (Tribunal Superior de Justicia división de Familia, Juez MR Willians), manteniendo el padre la P. Potestad (Ley Inglesa de Menores de 1989 Cp 41), de la que se está privando al padre por la actuación unilateral de la madre al no retornar a su hijo y, además, los Tribunales Ingleses han declarado la retención del menor como "indebida", e "ilícita" y con vulneración de los derechos del menor; y bien entendido que solo a esos Tribunales, según resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Palencia corresponde el conocimiento del fondo del asunto.

A mayor abundamiento, y a los meros efectos del proceso urgente y sumario que nos ocupa, derivado del art 778 cuarter LECV y ss, procede añadir las siguientes consideraciones:

1ª.- No se aprecia que el reintegro del menor a su residencia de Inglaterra suponga riesgo, ni peligro alguno para su persona, ni para su salud; pues el padre tiene trabajo estable y la petición de reintegro de su hijo no es arbitraria, ni injustificada, ni infundada; dado que se basa no solo en que tiene la patria potestad, sino en que tiene un trabajo estable y bien remunerado de dentista y en que desea que su hijo, lo cual es muy razonable hoy en día, estudie y domine el idioma Inglés.

2ª.- Sobre las circunstancias de salud del menor y la excepción del art 13 del Convenio de la Haya , al margen de lo que se resuelva en el fondo de asunto, resulta que la revisión médica en España es anual y que sus padres se fueron a Inglaterra en el año 2016 y nada ha impedido la revisión en 2017, ni lo impide al día de hoy para



2018; y ello sin olvidar que la distancia entre Londres y Madrid no es excesiva e incluso semejante a alguna ciudad española.

3ª.- No obra consentimiento expreso, claro, terminante e indubitado del padre que desvirtúe su decisión de solicitud internacional reintegro del menor y que deje sin efecto la compra de billete de vuelta. Todo ello, bien entendido que no debe confundirse alguna posible oferta de acuerdo a la esposa con que se deje sin efecto esta causa o que se desista de la petición de aplicación del CV de la Haya y sin que la inicial oposición se fundara en un posible acuerdo; y bien entendido que las cuestiones de fondo no impiden la aplicación de la normativa internacional sobre reintegro de menores y sobre sustracción internacional de menores.

TERCERO .- Prueba.

Se dan por reproducidos los argumentos de esta Sala en el precedente Auto de 17-04-2018 sobre el "otrosi" del escrito de recurso y solo procede añadir que el art 24 CE no establece un derecho absoluto e ilimitado a la prueba, sino que *solo* refiera a las pruebas "pertinentes" y aportadas y solicitadas en tiempo y forma; pues el art 24 CE es un derecho de configuración legal, como todos los Derechos Fundamentales.

En el proceso civil solo son admisibles las pruebas adecuadas al art 283 CCV y en la segunda instancia las referidas en el art 460 LECV en relación con el art 270 LECV; y en ningún caso el "correo-e" electrónico esta amparado en alguno de esos preceptos, pues esa prueba, y las demás documentales solicitadas, estaban a disposición de la parte recurrente antes de la vista.

CUARTO .- Todo ello con expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, dada la desestimación de su recurso, en aplicación del artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Ramona contra la sentencia dictada el día 15 de enero de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Palencia , en los autos de que este Rollo de Sala dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la mencionada resolución. Todo ello con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.