



Roj: **AAP B 7912/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7912A**

Id Cendoj: **08019370182018200601**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **27/11/2018**

Nº de Recurso: **952/2018**

Nº de Resolución: **667/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ TORMO**

Tipo de Resolución: **Auto**

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.: 0801942120188163109

Recurso de apelación 952/2018 -B

Materia: Otros supuestos no contemplados

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 520/2018

Parte recurrente/Solicitante: Vicente

Procurador/a: Roman Villalba Rodriguez

Abogado/a: Mary Helen Pino Vera

Parte recurrida: Sara

Procurador/a: Silvia Garcia Vigne

Abogado/a:

AUTO Nº 667/2018

Magistrados:

D Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Mª José Pérez Tormo (ponente)

Dª Myriam Sambola Cabrer

Barcelona, 27 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 21 de septiembre de 2018 se han recibido los autos de Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 520/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Roman Villalba Rodriguez, en nombre y representación de Vicente contra el auto de fecha 8/8/2018 y en el que consta



como parte apelada la Procurador/a Silvia Garcia Vigne, en nombre y representación de Sara .; siendo parte el Ministerio Fiscal

Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Desestimando la demanda interpuesta por el Sr. Vicente , acuerdo la no ilicitud de la retención del menor Juan Ramón .

Sin imposición de costas"

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 13/11/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada M^a José Pérez Tormo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el Sr. Vicente el Auto de primera instancia que ha desestimado su demanda de restitución de su hijo menor de edad, Juan Ramón , que considera que, si bien ha sido trasladado a España con su consentimiento inicial, es retenido posteriormente en este país por la madre, la demandada Sra. Sara , sin su consentimiento, por tanto, de forma ilícita.

La resolución recurrida ha considerado no se aprecia la oposición total del hoy recurrente a la permanencia del menor en este país por lo que ha denegado la restitución solicitada del menor.

La Sra. Sara y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El artículo 1 del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, dispone que la finalidad de este Convenio es: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; y b) velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

Debe determinarse en primer lugar qué se entiende por traslado o retención ilícita, lo que viene recogido en el artículo 3 del Convenio al indicar que tendrán esta consideración: 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"; se añade que el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

TERCERO.- La resolución apelada ha declarado probado que la residencia habitual del hijo menor de las partes era Corea del Sur, criterio con el que esta Sala coincide, pues ambas partes reconocen que en aquel país se casaron, allí nació Juan Ramón y allí estaba escolarizado.

Ambas partes reconocen asimismo, que el actor prestó su consentimiento inicial al traslado de madre e hijo a este país en marzo 2017, incluso el padre les acompañó a madre e hijo al aeropuerto el día 14 de marzo 2017 para pasar un período de tiempo determinado a fin de que la Sra. Sara visitara a su familia y a su abuela que estaba enferma; y una vez aquí, la demandada que tenía la idea inicial de retorno a Corea del Sur, posteriormente, sin haber sido muy clara en un inicio con el Sr. Vicente sobre sus intenciones de permanencia o retorno, según reconoció en su interrogatorio, retrasa su retorno a Corea, y en septiembre 2017 es cuando le manifiesta de forma clara y contundente que su intención es permanecer en España.

En un primer momento el Sr. Vicente , mediante comunicación con la demandada a través de comunicación telemática, kakaotalk, el día 6 de septiembre 2017 le dice textualmente "... enviaré un email a la embarajada de Korea en España mañana...Ellos te harán y te darán lo que necesites...Creo que necesitas algunos papeles para hacerlo legal en España (refiriéndose al hijo común), ... Es mas rápido que si lo hago yo aquí y lo envío... Como muy tarde esta semana enviaré un email a la **embajada** y así ellos te darán cualquier copia que necesites del niño o mío para inscribir al niño..."



La resolución recurrida ha considerado acreditado el consentimiento inicial del padre para la permanencia del hijo común en este país con su madre, considerando el recurrente que se ha producido error en la valoración de la prueba pues solo estaba facilitando que el menor mientras se hallara en España tuviera cubierta su necesidad de cobertura sanitaria y escolar.

CUARTO.- El Art 12 del Convenio de La Haya establece que cuando un menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente y no ha trascurrido un año desde que se produjo el traslado o retención ilícitos en el momento en que se presente la petición de restitución, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

Debe examinarse si concurre la excepción contemplada en el artículo 13 del Convenio, lo que ha sido el objeto del debate del presente procedimiento y del recurso del actor, pues en caso de confirmarse la resolución recurrida no se autorizará la restitución del menor que el Convenio contempla como una medida dotada de automatismo salvo concurrencia de excepciones.

Y a este respecto, considera esta Sala que la valoración de la prueba que ha efectuado el Juzgado de 1ª Instancia es correcta, pues del texto debidamente traducido que obra a los folios 77 y 78 de las actuaciones, que se ha transcrito en el anterior fundamento de derecho, y de las manifestaciones del actor en su interrogatorio, que fueron asimismo objeto de traducción, se constata que efectivamente, el Sr. Vicente estuvo de acuerdo en el traslado de madre e hijo en marzo 2017, incluso les acompañó al aeropuerto. En julio 2017 vino a verles y no manifestó a la madre su oposición a la estancia en este país del menor, y en septiembre 2017 cuando la Sra. Sara le comunica que su intención es de no retorno a Corea, él le contesta por medio telemático que él iría a la **Embajada** para que le facilitaran toda la documentación necesaria para legalizar al menor en España; aunque posteriormente se informa de la legislación vigente y entonces decide oponerse a la permanencia de su hijo en este país.

Se acredita pues, el consentimiento paterno tanto en un momento inicial de traslado del hijo común con la madre en marzo 2017 a España, como a la permanencia del menor en julio 2017 en este país, así como la facilitación de documentación necesaria para que el menor permanezca en España con la madre, sin que en ningún momento el padre objetara que tal documentación se proporcionaría para un tiempo limitado y determinado, con lo que no está mostrando el hoy recurrente una oposición clara y rotunda a la permanencia del menor en este país.

Debe por todo ello, confirmarse la resolución recurrida.

QUINTO.- No procede hacer especial imposición de costas del presente recurso habida cuenta la situación fáctica planteada en este caso, una vez examinados los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Vicente contra la resolución de fecha ocho de agosto de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.