



Roj: **SAP PO 737/2019 - ECLI:ES:APPO:2019:737**

Id Cendoj: **36038370032019100137**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **14/03/2019**

Nº de Recurso: **100/2019**

Nº de Resolución: **116/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAIME ESAÍN MANRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00116/2019

N10250

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

-

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

MC

**N.I.G.** 36038 42 1 2019 0000264

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000100 /2019**

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

**Procedimiento de origen:** SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000058 /2019

Recurrente: Amelia

Procurador: JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ

Abogado: CELIA MARIA TIELAS AMIL

Recurrido: Damaso , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA SUSANA TOMAS ABAL

Abogado: ANA CLARA BELIO PASCUAL

**SENTENCIA Nº 116/2019**

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 catorce de marzo de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES 0000058 /2019, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido **el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 100 /2019**, en los que aparece como parte apelante, Amelia, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ, asistido por el Abogado D. CELIA MARIA TIELAS AMIL, y como parte apelada, Damaso, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA SUSANA TOMAS ABAL, asistido por el Abogado D. ANA CLARA BELIO PASCUAL; el MINISTERIO FISCAL, sobre sustracción internacional de menores, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. JAIME ESAÍN MANRESA.

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, se dictó sentencia de fecha 15 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Damaso, contra Dña. Amelia, y en consecuencia, procede DECLARAR que el traslado y retención, llevados a cabo en España por Dña. Amelia, de la menor Enma, es ILÍCITO, por lo que procede la restitución de la menor que deberá hacer la madre al padre que, en defecto de acuerdo, se fija el lunes inmediatamente después de la firmeza de la presente resolución, a las 11 de la mañana en la sede de este Juzgado, poniéndose en conocimiento de la parte demandada 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 a la menor los menos perjuicios posibles.

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 de la menor a México."

**SEGUNDO** .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo.

Solicitado por la parte apelante el recibimiento a prueba en esta instancia, por resolución de fecha 7 de marzo de 2019, se denegó dicha solicitud.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Se aceptan los contenidos en la resolución impugnada.

**PRIMERO**.- La sentencia apelada estimó la demanda interpuesta por el progenitor Damaso, declarando **ilícito el traslado y retención** de la hija menor común Enma -nacida el NUM000 .2018- efectuado por la progenitora demandada Amelia en fecha **5.10.2018** desde el lugar de residencia habitual de la menor en Ciudad de México a DIRECCION000, ordenando la **inmediata restitución** de la niña al padre, en aplicación principal de los arts. **778 quáter y quinquies LEC**, art. 2 del **Reglamento (CE) 2201/2003** de 27 de noviembre relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, arts. 3, 5, 12 y 13 del **Convenio de la Haya** sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de **25.10.1980**, y arts 412 ss. y concordantes del Código Civil del Distrito Federal de Ciudad de México.

**SEGUNDO**.- Revisada la prueba y atendidas las alegaciones de las partes en la alzada, procederá refrendar la declaración de ilicitud del traslado y consiguiente orden de restitución resueltas por la sentencia impugnada, en la sustancial consideración de que el debatido traslado se produjo sin consentimiento del padre o autoridad judicial, y de que no concurre grave riesgo físico o psíquico, situación intolerable o circunstancia en la menor que haga desaconsejable la inmediata devolución, de acuerdo a art. 778 quinquies LEC, en relación a lo dispuesto en Reglamento (CE) 2201/2003 de 27 de noviembre, Convenio de la Haya de 25.10.1980 y CC mexicano aplicable, y conforme a lo informado por el Ministerio Fiscal.

La sentencia debe pronunciarse y se pronuncia únicamente sobre si el traslado a la retención son lícitos, acordando si procede o no la restitución ( art. 778 quinquies. 9 LEC ), y lo hace atendiendo a los siguientes pronunciamientos fundamentales, demostrados y motivados con el debido rigor en el procedimiento:

a)El traslado el 5.10.2018 de la hija común Enma -de ocho meses- por la madre demandada a DIRECCION000 desde el lugar de residencia habitual de la menor en Ciudad de México.



b) La no acreditación de concurrencia de consentimiento -anterior, coetáneo o sobrevenido- por parte del padre o autoridad judicial, que justificaran la conducta unilateral de la madre. Ello se deduce del examen de la documental obrante -sobre todo, mensaje paterno denegatorio de 29.8.2018- y del comportamiento desarrollado en sucesivos momentos por la progenitora, posponiendo reunión de 4.10.2018 a sabiendas de la inmediata salida con la menor, y, ya en España, promoviendo actuaciones judiciales -internamiento no voluntario y solicitud de medidas protectoras del menor- frente al padre, en ambos casos objeto de rechazo por los Tribunales (art. 13 a) del Convenio).

c) La presentación de la demanda el 18.1.2019 por el padre, después de trasladarse a España el 7.10.2018, sin transcurrir, en consecuencia, un año desde el traslado, producido, como se dijo, el 5.10.2018.

d) La no concurrencia de situación intolerable o de grave riesgo físico o psíquico para la menor ( art. 13 b) del Convenio de La Haya ), a la vista del informe médico-forense de 7.2.2019, que descarta peligro o daño inminente para la salud de la niña con su traslado a México, ponderando controles, seguimientos y tratamientos recibidos por la anterior. Ello ponderándose también intervención quirúrgica programada para el 18.2.2019, en régimen ambulatorio y sin pernocta de menor relevancia.

**TERCERO.-** Contestando a puntuales alegaciones recurrentes, se entienden intrascendentes, frente a lo antes razonado, las argumentaciones referidas a la **nacionalidad** española de la niña, o al comportamiento desarrollado por el padre posterior al traslado, considerándose razonable el desplazamiento efectuado a España en acercamiento físico a la hija, manteniendo clara voluntad de recuperación de la menor y demostrando adecuado ejercicio de patria potestad autorizando intervención quirúrgica sobre Enma .

No cabe colegir de lo dicho el consentimiento tácito aducido por la apelante, ni la vulneración en sentencia de los arts. 312.1 LEC y 156 CC citados en el recurso.

Tampoco se acredita, como ya se indicó, grave riesgo físico o psíquico para la menor con el traslado, habida cuenta el mencionado informe médico-forense emitido en febrero de 2019 (fs. 165 ss), y teniendo presente la obligada interpretación restrictiva del art. 13 b) del Convenio invocado.

Poca relevancia reviste la actual corta edad de la niña cuando, ya de dos meses, tuvo lugar el primer traslado con la madre a México, confirmándose plenamente el razonamiento de la sentencia que centra el interés superior de la menor en la permanencia en su residencia habitual.

Con acierto extiende la sentencia el pronunciamiento condenatorio al abono por la demandada de los gastos de viaje del progenitor y los desembolsos ocasionados por la restitución o retorno de la menor a México, en aplicación de concreta previsión contenida en el art. 778 quinquies.10 LEC , y sin necesidad de hacer constar el control sobre prueba y justificación del gasto razonable por el órgano judicial, en labor sobreentendida correspondiente a fase de ejecución.

Se descarta, en definitiva, el error de valoración probatoria, infracción del principio de carga probatoria ( art. 217 LEC ) o concurrencia de fraude de ley, alegados en el recurso, imponiéndose su plena desestimación, con íntegra confirmación de la sentencia impugnada cuyos fundamentos se dan por reproducidos, conforme a lo informado en la alzada por el Ministerio Fiscal.

**CUARTO.-** Tales conclusiones conllevarán la imposición de costas en la alzada a la parte apelante vencida, según arts. 398.1 , 394.1 y 778 quinquies.10 LEC .

**QUINTO.-** Contra la presente sentencia no cabrá recurso, con arreglo a art. 778 quinquies apartado 11 LEC , y de acuerdo a reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo - AA.24.5.2017 y 18.5.2018 inadmisivos de recursos, AA. 17.5.2017 y 6.6.2018 desestimatorios de queja, y AA. 22.1.2018 y 30.5.2018 también resolutorios de la inviabilidad.

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 plenamente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales José Vicente Gil Tranchez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Amelia , confirmamos íntegramente la sentencia impugnada, dictada en fecha 15 de febrero de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pontevedra , con imposición de costas de la alzada a la parte recurrente.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que esta sentencia **es firme** y contra la misma no cabe recurso.



Expídase testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ