



Roj: **SAP GI 1950/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:1950**

Id Cendoj: **17079370022019100476**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **13/12/2019**

Nº de Recurso: **774/2019**

Nº de Resolución: **495/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120198209196

Recurso de apelación 774/2019 -2

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7)

Procedimiento de origen:Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 1792/2019

Parte recurrente/Solicitante: Rafael

Procurador/a: Esther Sirvent Carbonell

Abogado/a: Narciso Palahi Garrido

Parte recurrida: Angustia , MINISTERI FISCAL

Procurador/a: Lluís Vergara Colomer

Abogado/a: Noemi Ouviaña Fuertes

SENTENCIA N° 495/2019

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

Dª. MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

D. JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, 13 de diciembre de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. En fecha 10 de diciembre de 2019 se han recibido los autos de Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 1792/2019 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. ESTHER SIRVENT CARBONELL, en nombre y representación de D. Rafael contra la Sentencia de fecha 15/11/2019 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. LLUIS VERGARA COLOMER, en nombre y representación de D^a. Angustia , y el MINISTERI FISCAL.

SEGUNDO. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"FALLO

ESTIMO la demanda instada por Dña. Angustia , representada por el Procurador de los Tribunales D. Lluís Vergara Colomer frente a D. Rafael , DECLARANDO que la retención en España de los menores Jesús Carlos y Juan Luis , por parte de su padre, hoy demandado, es ilícita. En consecuencia, ACUERDO el retorno y la restitución de los menores a su residencia habitual en el Reino Unido en un plazo máximo de 10 días a contar desde la fecha de firmeza de la presente resolución, debiendo ser entregados los menores por el padre a la madre en su domicilio en el Reino Unido. "

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 13/12/2019.

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

Se designó ponente al Magistrado D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Promovido por D^a Angustia procedimiento para la restitución de menores o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito, encontrándose estos en España, regulado en el Capítulo IV BIS, del Libro IV "De los Procesos Especiales", arts 778 quater y siguientes de la LEC, fue admitida a trámite la petición formulada, dándose traslado al Ministerio Fiscal y siendo requerida la parte demandada D Rafael a quien se imputa la sustracción o retención ilícita para que comparezca y manifieste si accede a su restitución o retorno, o se opone a ello, alegando en tal caso alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable.

Comparecido el requerido para celebrar la comparecencia prevista en el apartado 2º del art 778 quinquies de la LEC, se limitó a manifestar que se opone a la entrega o retorno de los menores, por lo que por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado se le concede el plazo de una audiencia para subsanar la falta de oposición en forma, haciéndolo así y alegando que actualmente existe en trámite un procedimiento de Medidas Provisionales nº 583/2019-E con objeto de ventilar la guarda y custodia de los menores, en el cual se planteó por la adversa DECLINATORIA por falta de jurisdicción de los Tribunales de DIRECCION000 , a la cual mostró su oposición, que todavía no ha sido resuelta de forma definitiva. Y añade que hasta que no se resuelva mediante resolución firme el incidente promovido en aquel procedimiento de medidas provisionales previas, ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de DIRECCION000 , no procede celebrar la vista en el presente procedimiento de medidas en supuestos de sustracción internacional, nº1792/2019-B.

Pero de manera subsidiaria o alternativa, se opone a la restitución porque dice que estamos ante un conflicto que se reduce a determinar el concepto de "residencia habitual", a tenor del art 8 apartado 1 de Reglamento **2201/2003**, interpretación que se suscita y se sustanciará, según el criterio del opositor, en el procedimiento de medidas provisionales previas, argumentando sobre la residencia habitual de los menores e incidiendo en la declinatoria planteada en el otro procedimiento como base de oposición a la restitución o retorno de los menores que constituye el objeto de este, solicitando por ello su suspensión hasta que se resuelva con carácter definitivo el incidente de declinatoria en aquel; y subsidiariamente, se desestimen las pretensiones de la parte contraria.

SEGUNDO.- Celebrada la vista señalada con comparecencia de las partes, en la cual se oyó a las mismas y se practicó la prueba correspondiente, incluida la exploración del menor Jesús Carlos , se dictó sentencia en la que el órgano "a quo" valora las diversas circunstancias concurrentes, desde la residencia de los menores en Reino Unido desde septiembre de 2015, que se trasladaron a vivir allí con la madre, con pleno conocimiento y anuencia del progenitor, que tenía previsto seguirles e instalarse allí una vez resolviera asuntos de negocios que tenía en España; hasta la escolarización de los menores en Reino Unido, donde venían desarrollando su vida con normalidad desde finales del 2015, recibiendo visitas paternas y cumpliendo el régimen pactado verbalmente entre los progenitores de residencia en el Reino Unido durante el curso escolar, que desarrollaban



allí conviviendo con la madre, y traslado a Catalunya durante los periodos de vacaciones, que estarían con el padre.

Régimen consensuado que se llevó a cabo con regularidad, recibiendo los menores visitas paternas cada dos o tres semanas, hasta que tras las vacaciones de verano de 2019, en que el padre tenía que devolver a los niños el 1 de septiembre, este no lo hizo, argumentando en justificación de su decisión, que rompía con el régimen consensuado verbalmente, problemas de salud mental de la madre, desatención y dejadez en relación al cuidado de los menores, malos hábitos higiénicos, problemas en la boca, suciedad, desorden...etc, que imputaba a la progenitora, pero sin que estos hechos hayan resultado demostrados, quedando por el contrario contradichos por la documentación aportada por la Sra. Angustia, en la cual se acredita que los menores están inscritos en un Centro de Salud del Reino Unido; que están escolarizados en el colegio DIRECCION001 de Preston desde el 5 de septiembre de 2016, con buenos resultados académicos y que debían haber comenzado el curso 2019 en el mismo Centro; constan informes de los médicos que atienden a los menores; y no obra prueba alguna de que la Sra. Angustia esté aquejada de alteración mental de ningún tipo, aunque en su momento sufriera un episodio depresivo reactivo a la crisis de pareja, que motivara atención psicológica y tratamiento farmacológico, lo que actualmente está superado.

Además, se acredita la existencia de una resolución del Tribunal de Familia de Preston, localidad del Reino Unido donde reside la madre con los hijos, de 14 de octubre de 2019, recaída en un procedimiento sobre custodia de menores y limitación de patria potestad, en el cual, tras declararse competente jurisdiccionalmente por tener los menores su residencia habitual en Reino Unido, existen diversos pronunciamientos que imponen al demandado aquí apelante la devolución de los menores para que queden bajo el cuidado de la madre, estableciendo una serie de limitaciones a los derechos de patria potestad y concediendo al progenitor la posibilidad de solicitar la variación o cancelación de esa sentencia en tiempo y forma.

TERCERO.- Frente a todas estas pruebas demostrativas de la inexistencia de riesgo para los hijos de los litigantes, derivado del pronunciamiento de retorno y restitución de los menores adoptado en la sentencia de primera instancia por retención ilícita por parte el padre, Sr. Rafael, que así se declara, en aplicación de los artículos 1, 3, 12 y 13 párrafo 2º, del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, suscrito tanto por España como por Reino Unido, interpone recurso de apelación el demandado alegando error en la valoración de la prueba, incidiendo por una parte en supuestos hechos que fueron alegados por el apelante en el acto de la vista, pero que no han venido avalados por la pertinente prueba.

Así, no se ha acreditado una mala salud de los menores, ni mucho menos que ésta fuera debida a la convivencia con la madre.

Tampoco se demuestra que las condiciones de vida de los menores en Reino Unido fueran deficientes o inadecuadas para el desarrollo de su personalidad, pues más allá de las manifestaciones vertidas al respecto por el Sr. Rafael en el acto de la vista, nada ha sido objetivado en tal sentido, siendo por el contrario la documentación acompañada con la demanda, contradictoria con las afirmaciones del progenitor, que quedan plenamente devaluadas.

Si tenemos en cuenta que el art 13 del Convenio de La Haya aplicado al caso, impone al progenitor que se oponga a la restitución, la prueba de las excepciones alegadas, que se contemplan en el mismo, se da la circunstancia de que ante la prueba acompañada con la demanda, el demandado no ha demostrado más que aquellos hechos que fueron admitidos por la actora en el acto de la vista, los cuales no comprenden ninguna de las imputaciones de desatención, dejadez, suciedad, desorden, falta de higiene... etc, en que el apelante apoyaría su oposición al retorno.

Por lo tanto, ello constituye un motivo de desestimación del recurso de apelación, pues que los hijos menores estén en la actualidad conviviendo con el padre en DIRECCION000, escolarizados y manteniendo un ritmo de vida normal, no puede ocultar el hecho de que era la madre la que ejercía la custodia de los menores; que estos residían en Reino Unido, con la madre, donde tenían la residencia habitual desde hacía cuatro años, desarrollándose allí su actividad vital y pasando en España y con el padre los periodos de vacación escolar.

Que siendo la madre quien asumía la guarda normal de los menores, ésta no consintió el no retorno de estos al final de vacaciones como habían convenido, ni aceptó la situación provocada unilateralmente por el padre, iniciando de inmediato las actuaciones precisas para obtener el retorno de los hijos.

No existe la menor prueba de que el retorno de los menores suponga un riesgo físico o psíquico para ellos ni los coloque en una situación perjudicial.



E incluso la exploración del menor Jesús Carlos, que por su edad de 9 años ya dispone de un cierto grado de discernimiento, ha revelado que está bien con ambos progenitores, que le gusta tanto vivir en España como en Reino Unido y que en Reino Unido estaba muy bien y le gustaba el colegio y la vida que llevaba en general.

Todo lo expuesto conduce al rechazo de este primer motivo de apelación.

CUARTO.- El siguiente motivo del recurso viene a suscitar la consideración del concepto de residencia habitual, se supone que con la finalidad de cuestionar que la residencia habitual de los menores fuera la del Reino Unido, para así tratar de devaluar el supuesto de sustracción y la pretensión de restitución.

Pero conviene indicar, que la cuestión de la residencia habitual se ha suscitado en sede del procedimiento de medidas provisionales previas promovido por el Sr. Rafael y ante el incidente de declinatoria planteado en el mismo, no en este procedimiento especial en el que las normas relativas a la restitución o retorno de los menores por sustracción internacional, tiene por objeto la restitución del menor, desde España donde se encuentra, al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícita, quedando fuera del ámbito de este proceso la decisión sobre las medidas definitivas en relación con los menores, que deberán sustanciarse en el procedimiento de familia correspondiente y por el Tribunal que resulte competente.

Y en el caso que nos ocupa, es evidente que el lugar de procedencia de los menores era Reino Unido, donde estaba su presencia física con la madre, se desarrollaba su actividad vital, recibían formación y estaban escolarizados, disponían de asistencia sanitaria en centro asignado al efecto, tenían su entorno familiar y social..., durante los últimos cuatro años, quedando integrados a todos los efectos hasta el punto de haber consolidado un estatus residencial que ha convertido Reino Unido en lugar de procedencia, constituyendo las estancias vacacionales con el padre en España, un elemento accesorio o secundario en el desarrollo vital, que no puede ser convertido en lugar de procedencia por conveniencia o interés del progenitor que convino en su momento el traslado de los menores con la madre a Reino Unido y aceptó y mantuvo un régimen de guarda, visitas y vacaciones, "de facto", que ha incumplido reteniendo a los menores en España e impidiendo su vuelta al lugar de procedencia.

Ello no contradice los criterios del TJUE sobre residencia habitual de los menores recogidos en la Sentencia de 17 de octubre de 2018, pues la protección del interés superior del menor mediante la utilización del procedimiento de urgencia; la presencia física de los menores en el lugar en que se alega la existencia de su residencia habitual, vinculado al principio de proximidad; y configuración técnico-jurídica de la residencia habitual, que informa el Derecho de la UE, no permite la abstracción de los elementos fácticos a valorar por el tribunal en el caso concreto, que en este, fuera del lugar de nacimiento de los menores, que se produjo en España, donde residían entonces los progenitores, concurren una serie de factores indiciarios para establecer cuál es la residencia habitual en cada caso, acogidos por la doctrina del TJUE, como la duración, regularidad, condiciones y razones de permanencia en el territorio de un Estado miembro, motivo del traslado al mismo, el lugar, las condiciones de escolarización de los menores, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en dicho Estado.

Pues bien, todo ello analizado en el caso presente, conduce a identificar el lugar de residencia habitual de los menores en Reino Unido, pese a la opinión subjetiva e interesada de quien recurre, que no ha logrado desacreditar que el lugar de procedencia de los menores era Preston, en el Reino Unido y la conducta del apelante constituye una retención ilícita de los mismos, procediendo por ello, y de acuerdo con todo lo aquí razonado, el pronunciamiento exclusivo sobre si la retención es ilícita y acordando en su caso la restitución y retorno de los menores al lugar de procedencia, tal y como hace la sentencia apelada, conforme a lo previsto en el art 778 quinquies, apartado 9 de la LEC, que por todo lo argumentado debe ser confirmada, rechazando por ello los pedimentos del recurso de apelación.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte apelante de las costas de esta apelación, de acuerdo con el art 778, quinquies, apartado 10 de la LEC, en relación con el art 398.1, todos ellos de la LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora D^a. ESTHER SIRVENT CARBONELL, en nombre y representación de D. Rafael contra la Sentencia de fecha 15/11/2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona dictada en el procedimiento de Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional nº 1792/2019, de los que el presente rollo dimana, **confirmamos** dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta apelación.



Dese al depósito constituido para recurrir el destino legal

Contra la presente resolución no cabe recurso, según criterio del TS establecido en el Auto de 31 de octubre de 2018, en el que a interpretar el art 778 quinquies de la LEC, concluye que contra la sentencia recaída en este procedimiento, no cabe recurso de casación ni recurso extraordinario por infracción procesal.

Notifíquese esta resolución a las partes y, una vez firme, remítanse las actuaciones originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así lo ha decidido la Sala, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación, firman.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ