



Roj: **SAP B 3018/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3018**

Id Cendoj: **08019370182020100188**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **12/05/2020**

Nº de Recurso: **11/2020**

Nº de Resolución: **232/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MYRIAM SAMBOLA CABRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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.: 0801942120198251283

Recurso de apelación 11/2020 -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 695/2019

Parte recurrente/Solicitante: Cesareo

Procurador/a: Eduardo Hernandez Hernandez

Abogado/a: Carmen Gonzalez Moreno

Parte recurrida: Consuelo , MINISTERI FISCAL

Procurador/a: Irene Sola Sole

Abogado/a: Silvana Otín Ölkers

SENTENCIA N° 232/2020

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Myriam Sambola Cabrer Dª Ana Mª García Esquiús

Barcelona, 12 de mayo de 2020

Ponente: Myriam Sambola Cabrer

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 7 de enero de 2020 se han recibido los autos de Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 695/2019 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Eduardo Hernández Hernández, en nombre y representación de Cesareo contra Sentencia de fecha 26/11/2019 y en el que consta



como parte apelada la Procuradora Irene Sola Solé, en nombre y representación de Consuelo, siendo parte el MINISTERI FISCAL.

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

" **DISPONGO:** NO declarar ilícito a los efectos del Convenio de la Haya de 1980 la retención del menor Ezequiel "

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 24/03/2020 por videoconferencia por causa del estado de alarma declarado por RD 463/2020 de 14 de marzo para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19

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

Se designó ponente a la Magistrada Myriam Sambola Cabrer .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución apelada y ,

PRIMERO.- El apelante reitera en su escrito de apelación que el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. errores BOE de 30 de junio de 1989 y BOE núm. 21 de 24 de enero de 1996), en vigor en España y Venezuela es aplicable en este supuesto al incardinarse en sus ámbitos de aplicación, temporal, material y espacial.

Afirma y reitera que se ha producido una retención ilícita de un menor de uno de los Estados miembros "con infracción" de un derecho de custodia atribuido legalmente -por sentencia judicial- al padre quien la estaba ejerciendo de manera efectiva. Reitera que el menor tenía su residencia habitual en Venezuela y se le retuvo indebidamente en España vulnerando - cuando ha de retornar a Venezuela tras el mes de vacaciones en España- la guarda y custodia que tenía atribuida legalmente al padre no devolviéndolo al lugar de su residencia habitual

El Ministerio Fiscal y la contraparte se oponen al recurso y piden la confirmación de la resolución dictada.

SEGUNDO.- El artículo 3 de la norma citada recoge una serie de circunstancias en las que se considera que el traslado o la retención del menor es ilícito, así:

- a) cuando se haya 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 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. El derecho de custodia 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.

En este caso se trata de un menor, Ezequiel nacido en fecha NUM000 de 2011 en Venezuela. Sus progenitores D. Ezequiel y Dña. Consuelo, son de nacionalidad venezolana, e iniciaron una relación de pareja en 2007 de la que nació el menor, Ezequiel. En el mes de diciembre de 2014 deciden poner fin a la convivencia y a su unión estable de hecho, según el derecho **venezolano**, asumiendo la madre la guarda exclusiva del hijo, todo ello de mutuo acuerdo. En fecha 5 de septiembre de 2016, Dña. Consuelo y D. Cesareo, realizaron una comparecencia, ante la fiscalía Décimo Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con Competencia en materia Civil, Instituciones Familiares y Protección del Niño y del Adolescente, **a fin de realizar una audiencia conciliación por Cesión temporal de custodia, en beneficio del niño, Ezequiel de 4 años de edad**. Dicha audiencia se inicia por **solicitud de la madre**, quien pide la **modificación temporal** de custodia de su hijo, debido a que, ella, se marcha a España a realizar curso de formación y eventualmente buscar trabajo. Este acuerdo que establece una guarda provisional y prorrogable es homologado judicialmente y comenzó a regir el 6 de noviembre de 2016.

Como expone y argumenta con detalle la resolución de instancia, de lo actuado en el presente procedimiento no ha resultado acreditado que la madre haya retenido al menor en territorio español. Como se expondrá a continuación, los hechos acreditados son los consignados en el auto recurrido y no pueden subsumirse en el artículo 3 precitado. No ha habido una infracción del derecho de custodia paterna.



Es importante resaltar en primer lugar, como lo hace la resolución apelada y también el Ministerio Fiscal en los sucesivos informes emitidos en el procedimiento, que al tiempo del cese de convivencia las partes pactan la guarda materna del hijo y el acuerdo de cesión de la guarda al padre, homologada judicialmente, se realiza de forma temporal por el plazo de seis meses prorrogables a instancia de uno u otro progenitor, lo que no ha ocurrido.

Asimismo es un hecho admitido por ambas partes que la cesión se acuerda antes de viajar la madre a España para completar sus estudios y encontrar trabajo lo que ha conseguido, arraigando en este país donde tiene trabajo estable, vivienda y una nueva pareja. La madre no ha visto al hijo durante este tiempo pero ha mantenido contacto frecuente con él por todos los medios telemáticos posibles.

En este contexto conocido y aceptado por ambos se producen los hechos que el apelante pretende subsumir en el artículo 3 de la Convención de la Haya y este es el punto de partida para analizar la secuencia de lo ocurrido en este caso.

En segundo término la valoración de la prueba practicada se estima correcta. El auto apelado consigna de forma extensa, muy detallada y pormenorizada todas las circunstancias concurrentes en el supuesto objeto de examen. La resolución valora y pondera con acierto todo el material probatorio.

Para dar respuesta adecuada al recurso diremos ahora incidiendo en la argumentación contenida en el auto apelado que : El 17 febrero de 2019 el padre y el menor vienen a España, si bien, con billetes de vuelta a Venezuela el 13/3/19. Durante este mes el menor reside con la madre, se empadrona en el domicilio materno sito en DIRECCION000 , es escolarizado inmediatamente, asiste al CAP de la zona donde acude con asiduidad para el seguimiento de sus afecciones y ve al padre los fines de semana. El padre se instala en una población cercana, DIRECCION001 , donde igualmente se empadrona, se va a vivir a una habitación que le busca su pareja, comienza a buscar trabajo y admite realizar trabajos diversos como electricista. También realiza trámites administrativos para solicitar permiso de trabajo con ayuda de la apelada.

El recurrente declara que cuando pasó el día de vuelta a su país fue a los Mossos, espera a que transcurra la fecha de marcha para acudir a la Comisaría lo que no cuadra con el engaño que estima fue urdido por la madre para retener al hijo en España.

Al margen de ello el apelante en su interrogatorio se mostró vacilante, puso de manifiesto que quería volver junto a su hijo a Venezuela, pero al tiempo dio el consentimiento para que el menor residiera con la madre, se matriculara y acudiera aquí a la escuela, con incorporación plena al sistema reglado. Explica además que durante todo este tiempo ha visto a su hijo los fines de semana alternos. En relación al consentimiento para empadronar al menor, refiere que la madre le pasó unos papeles y él los firmó sin saber lo que decían porque estaban en catalán.

De los hechos acreditados puede decirse que estamos ante una situación nueva y, a la vista del devenir de los hechos, aceptada de facto por ambos. El padre y la madre durante todo este tiempo han tenido y tienen comunicación, el padre conoce el domicilio materno, el centro escolar del hijo y el centro médico al que asiste. Padre e hijo han ido viéndose durante los fines de semana. Las discrepancias existentes entre ellos dieron lugar al procedimiento instado por la madre en DIRECCION000 para regular el sistema de guarda y demás medidas donde el padre ha pedido la guarda y custodia para desarrollarla en España.

Consecuentemente no apreciamos error valorativo alguno y por ello tampoco infracción de la normativa invocada por el apelante.

En definitiva y como razona la resolución de instancia no estamos ante un supuesto de retención ilícita internacional sino ante una situación de hecho consolidada que, en cuanto a sus discrepancias, precisa ser dirimida en el marco del procedimiento de familia instado y seguido por ambas partes ante el juzgado de DIRECCION000 .

TERCERO.- Dada la resolución que se adopta no se imponen las costas.

FALLAMOS

Desestimar el recurso deducido por el Procurador Eduardo Hernandez Hernandez, en nombre y representación de Cesareo contra la Sentencia de fecha 26/11/2019 contra la resolución de fecha. 26/11/2019 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de Barcelona en autos de restitución de menores 695/2019 de que el presente rollo dimana y confirmamos plenamente la expresada resolución, sin imposición de costas.



Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, queda suspendido el plazo para la interposición de recurso hasta que pierda la vigencia este real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID- 19 en el ámbito de la Administración de justicia:

1. Los plazos y términos previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente.

2. Los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de recursos contra sentencias y demás resoluciones que, conforme a las leyes procesales, pongan fin al procedimiento y que sean notificadas durante la suspensión de plazos establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a los procedimientos cuyos plazos fueron exceptuados de la suspensión de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :