



Roj: **SAP LE 544/2020 - ECLI: ES:APLE:2020:544**

Id Cendoj: **24089370022020100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **2**

Fecha: **12/05/2020**

Nº de Recurso: **156/2020**

Nº de Resolución: **117/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

SENTENCIA: 00117/2020

Modelo: N10250

C., EL CID, 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 987233159 Fax: 987/232657

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MAM

N.I.G. 24089 42 1 2019 0007113

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000156 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. DE PRIMERA INSTANCIA N.11 de LEON

Procedimiento de origen: X57 RESTITUC/RETORNO MENORES.SUSTRACCION INTERNAC 0000436 /2019

Recurrente: María Rosario

Procurador: ANA BELEN NOVOA MATO

Abogado: RAMSÉS ABAD ROSET

Recurrido: Aida

Procurador: CARMEN DE LA FUENTE GONZALEZ

Abogado: ALEJANDRA ZAPATA SANCHO

SENTE NCIA Nº. 117/2020

ILMOS/A SRES./A:

D. ALBERTO-FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

Dª. Mª DEL PILAR ROBLES GARCÍA.- Magistrada.

En León, a doce de mayo de 2020.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de León, los Autos de Restituc/ Retorno Menores, Sustracción Internacional nº 436/2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº.11 de Leon, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº. 156/2020, en los que aparece



como parte apelante, **Dña. María Rosario**, representada por la Procuradora Dña. ANA BELEN NOVOA MATO, asistida por el Abogado D. RAMSÉS ABAD ROSET, y como parte apelada, **Dña. Aida**, representada por la Procuradora Dña. CARMEN DE LA FUENTE GONZALEZ, asistida por la Abogada Dña. ALEJANDRA ZAPATA SANCHO, con la intervención del **MINISTERIO FISCAL**, sobre restitución de una menor, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. ALBERTO-FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos, con fecha 27/02/20, cuya parte dispositiva, literalmente copiada, dice así: "**FALLO: DECIDO** : No ha lugar al retorno de la menor Clemencia ."

Sentencia que fue aclarada por Auto de fecha 02/03/20 cuya parte dispositiva, copiada literalmente, dice: **Acuerdo:** Rectificar la *sentencia dictada con fecha 2 de marzo de dos mil veinte, en el sentido de cambiar la fecha de la resolución, y donde pone "En León a 27 de febrero de 2020", debe decir "En León a 2 de marzo de 2020"*

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia, se interpuso por la parte demandante recurso de apelación ante el Juzgado, y dado traslado a la contraparte, por ésta se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación el pasado día 8 de mayo de 2020.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución recurrida desestima la demanda formulada por Dña. María Rosario contra Dña. Aida, tía y madre, respectivamente, de la menor Clemencia (nacida el NUM000 de 2015), que tenía por objeto se declarara ilícito el traslado de ésta a España desde la Columbia Británica (Canadá) y se acordara la inmediata restitución de la menor a su país de origen, mediante su entrega a la Sra. María Rosario en el plazo máximo de siete días desde la notificación de la sentencia.

La razón de dicha desestimación vino dada porque, siendo así que no existía decisión judicial o administrativa ni acuerdo vigente según el Derecho del Estado en el que la menor nació y tenía su residencia, la juzgadora dijo albergar serias dudas sobre la validez de la designación que, antes de fallecer, hizo el padre de la menor de su hermana (la demandante) como tutora. Argumento al que, en último término, sumó el que tampoco constaba hubiera habido un ejercicio efectivo de la custodia por parte de la Sra. María Rosario.

El recurso de apelación de ésta, al que se opusieron tanto la representación de la demandada como el Ministerio Fiscal, considera que las razones por las que se deniega el retorno de la menor se basan en una errónea valoración de la prueba practicada en el procedimiento, puesto que (i) según el Derecho de la Columbia Británica acreditado en la demanda, la ahora recurrente tiene derecho de custodia a los efectos del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, ya que existe una atribución de tutela a favor de aquélla realizada conforme a dicho Derecho que le atribuye el cuidado de la menor; (ii) pese a lo que se sostiene en la resolución recurrida, la Sra. María Rosario no solo tenía un derecho de custodia sobre Clemencia, sino que además lo ejercía efectivamente cuando la Sra. Aida la trasladó unilateralmente a España, considerando que se ha confundido la guarda y custodia de un menor con el derecho de custodia a los efectos del CH 1980, en cuyo marco el concepto de derecho de custodia es un concepto autónomo que comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; y (iii) no concurre en el caso ninguna de las excepciones previstas en el CH para denegar la restitución.

SEGUNDO.- Hechos a tener en cuenta.

Son hecho a tener en cuenta para la resolución del caso los siguientes:

- 1.La demandada Dña. Aida, de nacionalidad española y D. Salvador constituyeron una unión de hecho desde aproximadamente julio de 2012, de la que nació el NUM000 de 2015, en el lugar de su residencia habitual (DIRECCION000, en la Columbia Británica- Canadá), Clemencia.
- 2.En abril de 2017 se produjo la separación de ambos progenitores, si bien siguieron compartiendo la residencia familiar, propiedad del Sr. Salvador, hasta septiembre de 2017 en que madre e hija se mudaron a una vivienda de alquiler.
- 3.Si bien no suscribieron documento alguno en que se regulara el régimen de custodia sobre la menor ni el derecho de visitas del padre, se considera acreditado que aquélla pasaba parte de la semana con él (en la contestación a la demanda se reconoce que "las tardes de miércoles y jueves con pernocta y mitad de cada fin de semana").



4. En abril de 2018, el Sr. Salvador fue diagnosticado de una enfermedad terminal, otorgando testamento, ante dos testigos, el día 7 de dicho mes en el que solo se contienen disposiciones sobre sus bienes (documento nº 9 de la contestación).
5. En fecha 12.05.18, ambos progenitores suscribieron un "acuerdo de bienes", a modo de liquidación de su sociedad conyugal, con el fin de establecer la división de bienes/deudas privativas o comunes (documento nº 6 de la contestación).
6. En fecha 26.05.18, el Sr. Salvador otorgó un documento denominado <<designación de tutor en reserva o testamento>>, por medio del cual designaba a su hermana María Rosario, residente en DIRECCION001 (Columbia Británica), para que se desempeñara como tutora de su hija a partir de su fallecimiento o de que, como consecuencia de enfermedad terminal o incapacidad, fuera incapaz de cuidar a la menor (documento nº 7 de la demanda). En dicho documento se hizo constar que, cuando se hiciera efectiva la designación, la tutora contaría con las mismas responsabilidades parentales que él.
7. En fecha 04.06.18, ante dos testigos y en DIRECCION002 (Columbia Británica) otorgó un codicilo de su último testamento del 7 de abril anterior, introduciendo en el mismo diversas modificaciones y entre ellas la designación de su hermana como tutora de su hija Clemencia (documento nº 6 de la demanda.)
8. A los dos días, el 6 de julio de 2018, a los 48 años de edad, D. Salvador falleció en la indicada ciudad.
9. Tras el fallecimiento, la Sra. María Rosario se puso en contacto con la Sra. Clemencia informándole sobre su papel de tutora y de lo importante que era para su ex pareja que su hija conservara la relación con la familia paterna, razón de ser de su designación como tutora (entre otros, correo electrónico de 10 de julio de 2018, documento nº 8 de la demanda).
10. En fecha 16.07.18, los abogados de la Sra. María Rosario se pusieron en contacto, vía fax, con los de la Sra. Aida, haciéndoles saber su contratación y proponiendo un cronograma de contacto paulatino entre la pequeña Clemencia y sus abuelos paternos (Marcial y Marino, este último abuelastro), de los que se decía habían desempeñado un papel activo en la historia de su cuidado (documento nº 13 de la demanda).
11. En fecha 18.07.18, por Nemesio y Obdulio (Marcial y Marino) Rosendo se presentó en el Juzgado Provincial de la Columbia Británica solicitud para la obtención de una orden para poder mantener contactos (visitas de 4 horas y 2 pernoctas por semana, que pudieran tener lugar durante las horas de trabajo de la madre para que "no pierda tiempo con Clemencia y no tenga que pagar por el cuidado de la menor").
12. El 1 de octubre de 2018, la Sra. Clemencia, en compañía de su hija, se trasladó a España, empadronándose ambas en el domicilio de sus padres en esta ciudad.
13. En fecha 20.12.18, la Sra. María Rosario dirigió a la Autoridad Central de la Columbia Británica solicitud de restitución de la menor, bajo el Convenio de la Haya de 1.980 (documento nº 2 de la demanda) a la que adjuntó la correspondiente declaración, fechada el 04.12.18 (documento nº 3). Remitida la misma a la Autoridad Central Española (Subdelegación General de Cooperación Jurídica Internacional, del Ministerio de Justicia), por ésta, en fecha 12.07.19, se contestó, a través de correo electrónico, señalando que el Abogado en Canadá de la Sra. Aida consideraba nulo y sin validez el nombramiento de la tutora, lo que desataba serias dudas sobre que el nombramiento fuera una fuente válida de derechos de custodia del artículo 3 de la Convención (documento nº 23 de la contestación a la demanda).
14. El 18 de julio de 2019 por la representación de Dña. María Rosario se formuló contra Dña Aida la demanda de restitución de la menor Clemencia que dio ocasión a la incoación del procedimiento de que dimana el presente recurso.

TERCERO.- Regimen Jurídico aplicable.

El régimen jurídico aplicable al caso viene dado por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que prevé un sistema de cooperación entre Estados y una acción directa puesta al servicio del retorno del menor en caso de sustracción, sin entrar en la cuestión de fondo del derecho de custodia e intentando que éste y el derecho de visitas sean respetados (art. 1), por lo que puede decirse que su objetivo es doble: por un lado, el establecimiento de un sistema de cooperación Internacional de Autoridades Judiciales y Administrativas para la consecución de la inmediata restitución del menor de 16 años que hubiera sido ilícitamente trasladado o retenido en cualquier Estado contratante, y, por otro, el de velar por el respeto y cumplimiento de los derechos de custodia y visitas imperantes en el Estado de origen del menor.

Para que el mismo resulte aplicable es preciso que el traslado o, en su caso, la retención sean "ilícitos".



A tales efectos, para que pueda predicarse la ilicitud de uno u otra, el artículo 3 establece dos requisitos: 1. La existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; y 2. El ejercicio efectivo de dicho derecho en el momento previo al traslado o retención.

En relación con el derecho de custodia, del artículo 5 se infiere que engloba todo lo relativo al cuidado del menor y muy especialmente, el derecho a decidir acerca del lugar de su residencia.

Las fuentes de las que puede proceder o las formas en que dicho derecho puede atribuirse, se enuncian, mas no con carácter exhaustivo, en el apartado 2 del artículo 3, que refiere como tales la ley, es decir, el Derecho del Estado de la anterior residencia habitual del menor; la existencia de una resolución judicial o administrativa ejecutable en el Estado de origen; y la existencia de un acuerdo, normalmente de los progenitores, que surte efectos legales en el Estado de origen.

Por otra parte, de conformidad con dicho artículo, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, sola o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio. Posibilidad que, según la doctrina, obedece a los tiempos que corren en que las legislaciones internas introducen progresivamente la modalidad de custodia conjunta, considerada como la más adaptada al principio general de la no discriminación por razón de sexo (véase el Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de la jurista y Catedrática de Derecho Internacional Dña. Margarita , reiteradamente citado en el escrito de interposición del recurso de apelación que nos ocupa), informe en el que, al respecto, expresamente se recoge que "En la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procederá de una acción contraria a la Ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del **otro progenitor**, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal. La verdadera naturaleza del convenio aparece más claramente en esta situaciones: el Convenio no pretende determinar a quién corresponderá en el futuro la custodia del menor, ni si será necesario modificar una resolución de custodia conjunta dictada sobre la base de datos que han sido alterados posteriormente; mas simplemente se trata de evitar que la resolución posterior se vea influenciada por un cambio de las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes". Obviamente, en dicho informe no parece contemplarse otro posible supuesto de custodia compartida que aquél en que los que la comporten son los progenitores o, más exactamente, los padres (padre y madre, padre y padre o madre y madre) de un menor, lo que no obsta a que, conforme al Derecho de otros países, pueda ser posible que la custodia la comparta un progenitor con un tercero.

En relación con el ejercicio de forma efectiva de la custodia por su titular (segundo de los requisitos que han de concurrir para que el traslado o, en su caso, la retención de un menor, puedan considerarse ilícitos), solo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor, si bien del conjunto del Convenio (arts. 3,8,13) se deduce que está basado en la presunción de que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia, recayendo sobre el "secuestrador" la carga de probar que no es así.

No obstante, el Convenio incluye expresamente en su ámbito de aplicación la situación que se plantea cuando la custodia no ha podido hacerse efectiva debido precisamente al traslado del menor (último inciso de la letra b del artículo 3).

Supuesto, este último, en relación con el cual la citada jurista, en su citado informe, refiere que los supuestos que tal previsión trata de cubrir se refieren a dos situaciones posibles, "de las que una estaría claramente dentro del ámbito de protección del Convenio mientras que la otra exigiría probablemente una interpretación excesivamente forzada de las disposiciones convencionales. Se trata, por una parte, de los casos planteados cuando una primera resolución respecto de la custodia no puede hacerse efectiva por el traslado del menor (en la medida en que dicha resolución siga, dentro de un plazo razonable, a la ruptura de la vida familiar común, se puede considerar que el titular de la custodia la había ejercido previamente). Por el contrario, en el caso de que una resolución relativa a la custodia dictada por los tribunales de la residencia habitual del menor que modifique una resolución anterior, cuya aplicación haya resultado imposible debido a la acción del secuestrador, puede suceder que el mero titular de la custodia no la haya ejercido en un plazo dilatado: las dificultades que se plantearían en semejantes situaciones, y tal vez en otras no recogidas en estas líneas, para invocar el Convenio, son obvias. En conclusión, aún cuando cabe esperar que el recurso a esta disposición no sea frecuente, hay que reconocer que su inclusión en el Convenio puede resultar útil".

Finalmente, para acabar con el régimen jurídico aplicable al caso, de lo dispuesto en los artículos 12, 13, y 20 CH se deduce la posibilidad de aducir ciertos motivos que, de ser probados, podrían dar lugar a que la autoridad (judicial o administrativa) denegara la restitución del menor, distinguiendo entre aquellos casos en que hubiese transcurrido menos de un año entre el traslado y la formulación de la demanda de retorno, que es nuestro caso



y aquellos otros en que hubiese transcurrido más de un año, incluyendo entre los primeros el que la custodia no se estuviese ejerciendo efectivamente en el momento en que el menor fue trasladado o retenido.

El Convenio no incluye ninguna definición de lo que se debe entender por "ejercicio efectivo de la custodia", pero la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor, lo que es posible aún en supuestos de no convivencia.

Por lo demás y como ya hemos dicho, la prueba de que la custodia no era efectiva no constituye una excepción a la obligación de entregar al niño, cuando el titular desposeído de la custodia no la ejercita de forma efectiva debido precisamente a la acción del "secuestrador".

CUARTO.- Aplicación del Derecho al caso concreto.

Ciñéndonos al caso que ocupa nuestra atención, el Derecho canadiense no contempla una atribución de la custodia a los hermanos del progenitor fallecido de un menor, no existe una resolución judicial o administrativa sobre la custodia de la pequeña Clemencia que sea ejecutable en Canadá y Dña. Aida y el padre de su hija nada convinieron al respecto.

Ahora bien, existe una designación de tutora en reserva o testamentaria otorgada por el Sr. Salvador que, en principio, pudiera ser acorde a la Ley de Derecho Familiar de la Columbia Británica, conforme al cual:

-Mientras los padres de un niño cohabitan y luego de la separación, cada uno de ellos es tutor del niño, salvo que otra cosa acordaren o se ordenare (art. 39.1 y 2).

-El padre o madre que nunca ha cohabitado con su hijo, en principio, no goza de la tutela (art. 39.3).

-Si el tutor de un niño contrae matrimonio o comienza una relación similar a la matrimonial con un tercero, dicho tercero no se convierte automáticamente en tutor (art. 39.4)

-Únicamente los tutores pueden tener responsabilidades parentales y tiempo de crianza con un niño (art. 40.1)

-Salvo acuerdo u orden en contrario, cada uno de los tutores puede ejercer todas las obligaciones parentales con respecto al niño consultando a los otros tutores (art. 40.2).

-Entre las responsabilidades parentales con respecto a los niños, entre otras, se incluyen la toma de decisiones diarias que los afecten, incluido el cuidado, control y supervisión diarios, la toma de decisiones sobre con quién vivirá y se relacionará el niño, la toma de decisiones sobre su educación y participación en actividades extracurriculares, así como sobre su crianza y tradiciones culturales, lingüísticas, religiosas y espirituales (art. 41).

-El tutor de un niño puede designar a una persona para que actúe como su tutor en caso de fallecimiento del tutor que realiza la designación y lo puede hacer bien en testamento bien mediante la forma reglamentaria (con la firma del tutor y de al menos dos testigos) (art. 53.1)

-El tutor que enfrenta una enfermedad terminal o incapacidad mental permanente puede designar a un tercero para, al cumplirse las condiciones de la designación, dicho tercero se convierta en el tutor del niño, junto con el tutor que realiza la designación (art. 55.1).

-En el cumplimiento de sus obligaciones parentales, en la medida de lo posible el tutor designado debe consultar al tutor que lo designa sobre el cuidado y la crianza del niño (art. 55-4).

-El tutor designado conforme a tales disposiciones continuará desempeñándose como tutor del niño luego del fallecimiento del tutor que lo designó (art. 55.5)

-Las designaciones efectuadas no serán efectivas hasta que sean aceptadas, sea de forma expresa o implícita en su conducta (art. 57).

Ciertamente la declaración jurada hecha por una Abogada canadiense aportada por la parte demandante para acreditar el Derecho vigente de La Columbia Británica, fue realizada por una profesional (la Sra. Bárbara) en la que concurre la doble condición de haber recibido (del Sr. Salvador) y ejecutado el encargo de elaborar los documentos necesarios para designar a la Sra. María Rosario como tutora de su sobrina Clemencia, por lo que, es de suponer, que aquél habrá actuado conforme a las indicaciones de dicha letrada, y de formar parte de la firma (Carlos Miguel, Luis Angel, Torcuato & Luis Andrés) a la que la Sra. María Rosario confió la defensa de sus intereses en DIRECCION002, al menos en relación con las visitas de los abuelos paternos a su nieta (véase dicha declaración jurada y la carta remitida por dicho Despacho de Abogados a la Sra. Aida -documento nº 13 de la demanda-), por lo que se le puede presumir un cierto interés en defender en este tema los intereses de dicha familia canadiense; mas, con independencia de las interpretaciones que del mismo puedan hacer los tribunales de dicho país (Ganapathi Law Group, Abogados en DIRECCION002



de la Sra. Aida , consideran que el Sr. Salvador no podía proceder unilateralmente a nombrar un tutor a su hija, sin el conocimiento de su clienta, por lo que consideran nulo el nombramiento) (véase documento nº 23 de la contestación a la demanda), lo cierto es que el artículo 14 CH faculta a las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido para tener en cuenta directamente la legislación del Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación, verdadera flexibilización de la prueba del Derecho extranjero que es consecuencia lógica de la necesidad de tener en cuenta dicho Derecho para decidir sobre el retorno pretendido, no albergando duda este Tribunal sobre la veracidad y vigencia del Derecho invocado e incluido en referida declaración jurada.

Sí las puede suscitar, por el contrario, la capacidad del Sr. Salvador para tomar decisiones tan importantes en relación con su hija como la que tomó al nombrarle una tutora días antes de su fallecimiento, ocurrido el 6 de junio de 2018, teniendo en cuenta que sufría un tumor cerebral, que cuando otorgó testamento en fecha 09.04.18, con la enfermedad ya diagnosticada, se limitó a disponer sobre sus bienes y que tanto en los meses previos al fallecimiento como en los posteriores la tía y los abuelos paternos pudieron hacer gala de una cierta obsesión por conservar la relación con la pequeña Clemencia en la que, quizás, esté el origen de todos los problemas y que pudo influir en la "decisión" del padre de modificar su testamento; mas, como se razona por la representación recurrente, la capacidad de las personas se presume y no es éste el procedimiento adecuado ni éste el Tribunal competente para dilucidar tal cuestión.

No puede ser, pues, por ninguna de estas vías (dudas sobre el Derecho de la Columbia Británica y sobre la capacidad de D. Salvador) que se puede negar el retorno demandado

QUINTO.- Sobre el ejercicio de la custodia por parte de la demandante.

No existiendo base, pues, por más que nos pueda chocar desde el punto de vista de nuestro Derecho y de los principios que inspiran el Derecho de Familia en particular, para en el presente procedimiento denegar validez a la designación de la demandada como tutora de su sobrina ni para afirmar la inexistencia de un derecho de custodia por la Sra. María Rosario a los efectos del artículo 3 CH, nos queda por analizar si ha habido un ejercicio efectivo del mismo por parte de su titular en el momento previo al traslado.

Por más que la misma, tras el fallecimiento de su hermano, se haya dirigido a la Sra. Clemencia por correo, incluso presencialmente, para informarle de su designación como tutora y, sobre todo, para negociar un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos, la custodia efectivamente no se ejerció ni estamos seguros se hubiera podido llegar a ejercer al menos durante un tiempo, vista la actitud de la Sra. Clemencia , respaldada por el bufete de abogados que representaba sus intereses en Canadá.

Estamos, sin duda, ante un caso parecido al contemplado por la prestigiosa internacionalista antes citada de una posible modificación de una situación anterior, que devino imposible debido a la decisión de la Sra. Clemencia de trasladarse a España junto con su hija, supuesto en el que, como la misma analizaba en el párrafo de su informe que transcribimos, las dificultades para invocar el Convenio de la Haya son obvias.

Por otra parte, aún reconociendo como legítimos los deseos de los abuelos y de la tía paterna, lo que sí está probado es que ésta ha tenido una muy escasa relación con su sobrina y no ya porque así lo haya declarado en la vista la Sra. Clemencia , sino porque, partiendo de la base de que reside en DIRECCION001 , a varias horas de viaje de DIRECCION000 , en la declaración que adjuntó a su solicitud de restitución, fechada el 4 de diciembre de 2018, (documento nº 3 de la demanda), ella misma dice que su relación con Clemencia se intensificó cuando su hermano Salvador enfermó, debido a que ella y su esposo aumentaron la frecuencia, que pasó a ser semanal y la duración de las visitas, lo que es tanto como reconocer que antes la relación era escasa y que los fines de semana en que tuvo mayor contacto con Clemencia no fueron muchos, puesto que a aquél se le diagnosticó su enfermedad en abril de 2018 y su fallecimiento se produjo el 6 de junio siguiente.

Ciertamente, a lo largo del articulado del Convenio de la Haya no se contiene alusión alguna al interés del menor; pero ello no significa que lo ignore desde el momento en que en el Preámbulo se recoge que son los Estados contratantes los que manifiestan encontrarse "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia" y es precisamente esto lo que los ha conducido a realizar el Convenio "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos".

No cree este Tribunal que el retorno de la menor, junto con su madre, no con su tía, a Canadá le fuera a resultar a aquélla perjudicial, por más que lleve en España más de un año y siete meses, pues la capacidad de adaptación de los niños, niña en este caso, a la edad de cinco años es grande; pero convencidos estamos también que tampoco lo fue su traslado a este país, teniendo en cuenta que su madre, con la que convivía y es lógico siga haciéndolo, parece que en exceso presionada por la familia paterna de la niña, soportaba altos niveles de ansiedad, insostenibles y nada saludables tanto para ella como para la pequeña Clemencia , lo que llevó a su



Médico de Salud Mental a aconsejarle que buscara el apoyo de su propia familia y su traslado a España (véase documento nº 18 de la demanda), opinión con la que parecen coincidir los amigos de la pareja, antes de D. Salvador , María Rosario Valeriano y Soledad en el escrito dirigido "a quien pueda interesar" y adjuntado a la contestación a la demanda como documento nº 13, en el que también consta que "en los 6 meses anteriores a su fallecimiento le era casi imposible pensar y no podía trabajar", siendo testigos de como "su relación con todo el mundo se deterioró drásticamente durante este tiempo".

Por lo tanto, consideramos que al no concurrir el requisito de que el derecho de custodia se viniera ejerciendo de manera efectiva por la demandante en el momento del traslado y al no encontrar encaje el caso analizado en el supuesto, expresamente incluido en el ámbito de aplicación del Convenio, de que la custodia no haya podido hacerse efectiva debido precisamente al traslado, se está en el caso de desestimar la demanda de retorno y, como consecuencia, de desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que así lo acordó.

SEXTO.- Costas procesales.

Por las mismas razones que no se impusieron a ninguna de las partes las costas de la primera instancia (naturaleza del procedimiento y dudas que plantea el caso), tampoco deben ser impuestas a ninguna de ellas las costas del recurso derivadas (artículo 398 en relación con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.)

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

FALLA MOS

Que, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Ana Belén Novoa Mato, en nombre y representación de Dña María Rosario , contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Familia) de León, en fecha 27 de febrero de 2020, con Auto de aclaración de 2 de marzo siguiente, en Procedimiento de Sustracción Internacional de Menores nº 436/2019 de dicho Juzgado, que fueron elevados a esta Audiencia Provincial el 20 de abril, la **confirmamos** en todos sus pronunciamientos, sin hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas procesales de la presente alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

La presente **resolución es firme** y no cabe contra la misma recurso de casación ni extraordinario por infracción procesal

Notifíquese esta resolución a las partes y remítase todo ello al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para su ulterior sustanciación.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.