



Roj: **AAP SS 676/2019 - ECLI: ES:APSS:2019:676A**

Id Cendoj: **20069370022019200082**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **14/06/2019**

Nº de Recurso: **2614/2019**

Nº de Resolución: **77/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANE MAITE LOYOLA IRIONDO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA - UPAD
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA - ZULUP**

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL. : 943-000712 **Fax/ Faxes** : 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-19/003482

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2019/0003482

Recurso apelación de autos LEC 2000 / Autoen apelazio-errekurtsoa (2000ko PZL) 2614/2019 - MR

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Donostia - UPAD Civil / Donostiako Lehen Auzialdiko 6 zenbakiko Epaitegia - Zibileko ZULUP

Autos de Restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional 355/2019 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Amador

Procurador/a/ Prokuradorea:EVA APESTEGUIA RODRIGUEZ

Abogado/a / Abokatua: IÑIGO RUFINO GALICIA AIZPURUA

Recurrido/a / Errekurritua: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

A U T O N.º 77/2019

Tribunal QUE LO DICTA :

ILMO./ILMA. SR./SRA. PRESIDENTE/A : D./D.ª YOLANDA DOMEÑO NIETO

MAGISTRADO/A : D./D.ª ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

MAGISTRADO/A : D./D.ª FELIPE PEÑALBA OTADUY

LUGAR : DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN

FECHA : 14 de junio de dos mil diecinueve

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Sebastián se dictó Auto de fecha 25 de marzo de 2019 , cuya parte dispositiva dice así:

" **No ha lugar a la admisión de la demanda** presentada por la Procuradora Sra. Apesteguía Rodríguez en nombre y representación de D. Amador en solicitud de restitución de las menores, Casilda , y Clara , debiendo ser instada por el Ministerio de Justicia a través de la Abogacía del Estado."

SEGUNDO .- Por la representación procesal de Amador , se interpuso recurso de apelación contra el referido Auto de fecha 25 de marzo de 2019 . Admitido el mismo se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose para al Votación y Fallo el **día 11 de junio de 2019**.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han cumplido todas la formalidades prescritas en la Ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta Instancia la Itma. Sra. Magistrada Dña ANE MAITE LOYOLA IRIONDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-Por parte de Amador se ha interpuesto Recurso de Apelación contra el Auto de fecha 25 de marzo de 2019 dictado por el Juzgado de Instancia nº 6 de San Sebastián, solicitando el dictado de una resolución por la cual se resuelva el recurso, ordenando la admisión a trámite de su demanda.

Alega así, y para fundamentar su recurso, que se ha infringido el artículo 403 de la L.E.C ., por aplicación inadecuada ; que en su número 1 se determina que las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en la ley, y el motivo de desestimación en este caso, constituye una errónea aplicación en materia de derecho sustantivo .

En este sentido se invoca el art. 12 del Convenio de la Haya de 19/10/1996 (en relación al art. 5.2 y art. 7.3 del mismo texto legal) ordena que la persona que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención, podrá en el Estado donde se encuentre el niño, adoptar medidas de protección correctas y la LEC que en su artículo arts. 778.2 quáter establece la competencia del Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda.

Refiere la parte apelante que el Auto recurrido interpreta errónea y completamente al revés dicha regulación y precisa que la Sentencia de esa Audiencia Provincial nº 89/2015 de fecha 30/09/2015 (R. Apelación 2226/15)no es de aplicación al presente caso ya que está referida a un asunto con unos hechos totalmente inversos.

SEGUNDO -Normativa aplicable caso :

El Reglamento (CE) nº **2201/2003** del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 sienta las bases de actuación en los países miembros de la Unión Europea en relación a dichas materias ,siendo así que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015 ,en su disposición final tercera , la que ha venido a introducir la modificación de determinados artículos de la Ley1/2000, de Enjuiciamiento Civil en relación con la materia que nos ocupa y así añade un Capítulo IV bis en el Título I del Libro IV, integrado por los nuevos artículos778 quáter a 778 sexies, con el siguiente título:

"CAPÍTULO IV BIS

Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional"

Once. Se añade un artículo778 quáter, con la siguiente redacción:

"Artículo778 quáter. Ámbito de aplicación. Normas generales.

1. En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional.

2. En estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia.



3. Podrán promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad.

4. Las partes deberán actuar con asistencia de Abogado y representadas por Procurador. La intervención de la Abogacía del Estado, cuando proceda a Instancia de la Autoridad Central española, cesará desde el momento en que el solicitante de la restitución o del retorno comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador.

5. El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas Instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.

6. En ningún caso se ordenará la suspensión de las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal que venga motivada por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores.

7. En este tipo de procesos y con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y el Juez lo considerase necesario, podrá recurrirse al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace.

8. El Juez podrá acordar a lo largo de todo el proceso, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor que estime pertinentes conforme al artículo 773, además de las previstas en el artículo 158 del Código Civil .

Del mismo modo podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor."

Doce. Se añade un artículo 778 quinquies, con la siguiente redacción:

"Artículo 778 quinquies. Procedimiento.

1. El procedimiento se iniciará mediante demanda en la que se instará la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia e incluirá toda la información exigida por la normativa internacional aplicable y, en todo caso, la relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se considere que ha sustraído o retenido al menor, así como los motivos en que se basa para reclamar su restitución o retorno. Deberá igualmente aportar toda la información que disponga relativa a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone se encuentra.

A la demanda deberá acompañarse la documentación requerida, en su caso, por el correspondiente convenio o norma internacional y cualquier otra en la que el solicitante funde su petición—."

"Diecinueve. La disposición final vigésima segunda queda redactada de la forma siguiente:

" Disposición final vigésima segunda. Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

-Diecinueve. La disposición final vigésima segunda queda redactada de la forma siguiente:

" Disposición final vigésima segunda. Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Ahora bien , debemos indicar que el Art. 778 quater LECiv resulta aplicable a aquellos supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional y las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España.

En el supuesto de autos no resulta de aplicación el Reglamento Bruselas II Bis regulador de la responsabilidad parental, incluida la sustracción internacional de menores (Reglamento **2201/2003**, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000 DO [2003] L 338/1,) toda vez que Nicaragua , lugar de residencia habitual de las menores no es estado miembro de la Unión Europea.



Este Reglamento debe aplicarse en conjunto con el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores (Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores) y resulta preferente sobre el Convenio de La Haya cuando se trata de estados miembros (la letra e del artículo 60 dispone que el Reglamento Bruselas II Bis tiene precedencia sobre el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores en las relaciones entre Estados miembros.)

De la lectura conjunta de ambas disposiciones se desprende que cuando se sustrae a un menor de un Estado contratante del Convenio de La Haya no perteneciente a la UE y se le traslada a un Estado miembro de la UE, o se le sustrae de un Estado miembro de la UE para trasladarlo a un Estado contratante del Convenio de La Haya no perteneciente a la UE, se deberá aplicar el Convenio de la Haya con carácter prioritario y en este caso deberá estarse al criterio competencial establecido en el artículo 7 , determinado por el lugar de residencia habitual del menor .

El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores es un instrumento global cuyo objetivo es restituir a los menores sustraídos a sus países de origen lo antes posible. El Convenio no aborda el problema subyacente de la disputa entre los padres acerca de la responsabilidad parental de los menores ni la cuestión de la residencia de los menores. El Reglamento Bruselas II Bis, por otra parte, dispone una gama de normas más amplia: se aplica a las cuestiones de responsabilidad parental, independientemente de si los padres están casados o no, o divorciados; se aplica a todos los aspectos de la responsabilidad parental, incluyendo, entre otras cuestiones, la sustracción internacional de menores a otro Estado miembro de la UE. Al promulgar el Reglamento Bruselas II Bis, el objetivo de la Unión Europea era regular de manera exhaustiva la cuestión de la responsabilidad parental, incluyendo los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. No obstante, el legislador dejó intacto el Convenio de La Haya para las situaciones de sustracción de menores entre los Estados miembros de la UE y terceros países. y este es el caso de autos .

Por consiguiente ,y para el supuesto de que nos ocupa , será la residencia habitual el lugar que determina la competencia para conocer del asunto ,sin perjuicio de que la acción pueda plantearse ante la Autoridad Central donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la sustracción (Autoridad Central del Estado requirente) o pueda contactarse directamente con la Autoridad Central del Estado en el que el menor se encuentra presuntamente secuestrado, siendo así que .la Autoridad Central que reciba la solicitud, bien directamente de los interesados, o a través de la Autoridad Central del Estado requirente, deberá analizarla para comprobar si reúne los requisitos exigidos en cuyo caso intervendrá al efecto tratando de buscar una solución amigable, y si esa mediación no surte efecto, la Autoridad Central deberá instar el correspondiente procedimiento judicial, prestando asistencia jurídica al solicitante.

Cuanto ha sido expuesto debe llevarnos a concluir en idénticos términos a los consignados en la resolución apelada cuando declara que la solicitud prevista en el Convenio de la Haya, artículo 34 ,deberá sustanciarse ante la Autoridad Central por resultar competentes los Tribunales del lugar de residencia habitual del menor.

Por todo lo expuesto el recurso deberá ser rechazado.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Amador contra el auto de fecha 25 de marzo de 2019 dictado por el juzgado de Primera Instancia número seis de esta capital , se confirma dicha resolución en todos sus extremos y todo ello sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno relativo a las costas causadas en esta Instancia

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.