



Roj: **AAP LE 1342/2019 - ECLI: ES:APLE:2019:1342A**

Id Cendoj: **24089370022019200102**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **2**

Fecha: **20/11/2019**

Nº de Recurso: **517/2019**

Nº de Resolución: **107/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DEL PILAR ROBLES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

AUTO: 00107/2019

Modelo: N10300

C., EL CID, 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 987233159 **Fax:** 987/232657

Correo electrónico:

Equipo/usuario: APS

N.I.G. 24089 42 1 2019 0007113

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000517 /2019

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

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

Recurrente: Delia

Procurador: ANA BELEN NOVOA MATO

Abogado: RAMSÉS ABAD ROSET

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

AUTO Nº. 107/2019

Iltno s./a Sres./a

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

Dª. Mª DEL PILAR ROBLES GARCÍA.- Magistrada.

D. FERNANDO MORANO SECO.- Magistrado

En León, a veinte de noviembre de 2019.

VISTO S en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de LEON, los Autos de RESTITUC/RETORNO MENORES.SUSTRACCION INTERNAC 436/2019, procedentes del JDO. DE PRIMERA INSTANCIA N.11 de LEON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 517/2019,



en los que aparece como parte apelante, D^a Delia , representada por el Procurador D^a. Ana Belen Novoa Mato, asistida por el Abogado D. Ramsés Abad Roset, sobre inadmisión demanda convenio, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA PILAR ROBLES GARCIA.

HECHOS

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de 1^a Instancia n^o. 11 de León dictó Auto de 5 de agosto de 2019 en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: " En atención a lo expuesto,

ACUER DO: Inadmitir la demanda de restitución de la menor Inmaculada presentada por DOÑA Delia y en su acreditada representación por la Procuradora Sra. Novoa Mato.

Se habilita el mes de agosto para la tramitación del presente expediente. "

SEGUN DO.- Contra el relacionado auto se interpuso recurso por la parte apelante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, ante la que se personaron dentro del término del emplazamiento y en legal forma las partes litigantes y seguidos los demás trámites se señaló para la deliberación y fallo el día 13 noviembre.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de D^a Delia se formuló demanda de restitución de menor, que fue inadmitida a trámite por Auto de fecha 5 de agosto de 2019, resolución frente a la que se interpone recurso de apelación, interesando se dicte nueva resolución por la que se estime el recurso interpuesto y, en consecuencia, se revoque el auto objeto de recurso ordenando admitir a trámite la demanda.

Por el Ministerio Fiscal se interesa la estimación del recurso de apelación interpuesto, con revocación de la resolución recurrida para su admisión y celebración de la correspondiente vista al amparo del art. 778 quarter 3 de la LE Civil en relación con el Convenio de La Haya de 1980.

SEGUNDO.- El auto objeto del presente recurso inadmite a trámite la demanda razonando que, de acuerdo con el art. 778 quáter, párrafo tercero, de la LE Civil, la recurrente, tía paterna de la menor, no tiene legitimación activa para reclamar la restitución de la niña porque ni tiene la custodia de la menor, que correspondería de hecho a la madre, ni existe una resolución judicial que le haya reconocido un régimen de visitas o estancias que la madre haya infringido.

Para promover el procedimiento previsto en el art. 778 quarter de la LE Civil, se encuentra legitimado, conforme al párrafo tercero, "la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancias 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.

Dicho precepto debe interpretarse a la luz del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre sustracción internacional de menores, que partiendo de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, y de que se debe proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado, así como de asegurar la protección de visitas, tiene como finalidad, entre otras, "velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (art. 1.b)". Debiendo adoptar los Estados Contratantes todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. (art. 2). Siendo de aplicación el Convenio, a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita, el Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

Tal y como se desprende de la documentación que se aporta con la demanda, la menor Inmaculada nació el día NUM000 de 2015 en DIRECCION000 , Columbia Británica (Canadá), hija de Justino , de **nacionalidad** canadiense, y Virginia , de **nacionalidad** española. La residencia habitual de la menor desde su nacimiento hasta su traslado a España con su madre, en torno al día 1 de octubre de 2018, estuvo en la población de DIRECCION000 , Columbia Británica (Canadá), donde sus progenitores convivieron como pareja de hecho desde de julio de 2012, hasta que rompieron la relación años más tarde. El padre de la menor antes de su fallecimiento, como se acredita del documento de fecha 26 de mayo de 2018 denominado "designación de tutor en reserva o testamento", designo a la demandante como tutora de su hija para el caso de enfermedad terminal y a su fallecimiento, contando con las mismas responsabilidades parentales que el progenitor que realiza la designación. En fecha 4 de junio de 2018, el padre de la menor otorga Codicilo en el que designa



como tutor de su hija a su hermana la ahora recurrente. Dichas designaciones se llevan a cabo conformes con la Ley de Derecho Familiar, Estatutos de la Columbia Británica, 2011 capítulo 11 que como derecho extranjero se aporta con la demanda, en cuyos art. 53, 55 o 41 se regula la designación de tutor para el caso de fallecimiento de tutor que realiza la designación y la designación de un tutor en reserva para el caso de que el tutor se enfrente a una enfermedad terminal o incapacidad mental permanente para que al cumplirse las condiciones de la designación, dicho tercero se convierta en tutor del niño junto con el tutor que realiza la designación. Encontrándose entre las responsabilidades parentales, conforme al art. 41, a) tomar decisiones diarias que afecten al niño y el cuidado, control y supervisión diarios el niño, b) Tomar decisiones sobre el lugar de residencia del niño. Que conforme al art. 53 b), se transmiten al tutor en caso de fallecimiento, al señalar. Si hubiera más de un tutor supérstite, que además son padres del niño, cada uno de los tutores supérstite tendrá las obligaciones parentales del tutor difunto con respecto al niño, salvo disposición en contrario de un acuerdo o una orden.

Sera preciso pues determinar, si la custodia a que se refiere el derecho canadiense y que en principio según dichas disposiciones correspondería también a la demandante, se puede incluir en los supuestos de guarda y custodia, visitas, relación o comunicación a que se refiere el art. 778. Quarter.3 de la LEC que otorga legitimación para demandar, considerando este Tribunal, que dicha norma procesal ha de ser interpretada, tal y como señala el Ministerio Fiscal en su informe, en el sentido de hacer real la tutela judicial efectiva y de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que en su art. 5 dispone que la custodia comprende el cuidado del menor y decidir sobre su residencia y el art. 3 que dice que la custodia puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

De conformidad con el derecho canadiense, existe una atribución de tutela a favor de la demandante-recurrente realizada conforme a aquél derecho, que le atribuye el cuidado de la menor por lo que entendemos de acuerdo el art. 778 Quarter.3 y el Convenio de la Haya de 1980, que existe legitimación de la misma para interponer la demanda sin perjuicio de lo que proceda decidir sobre el fondo del asunto.

TERCERO.- Al ser estimado el recurso de apelación, no procede hacer condena en relación a las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de aplicación general.

PARTE DISPOSITIVA

Que **estimando como estimamos** el recurso de apelación presentado por la Procuradora D^a Ana Belen Movoa Mato, en nombre y representación de D^a Delia , contra el Auto de fecha 5 de agosto de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de León, en el Procedimiento de Restitución/Retorno de Menores, Sustracción, seguido con el nº 436/2019, debemos **revocar y revocamos** dicha resolución, acordando la admisión a trámite de la demanda de restitución de la menor Inmaculada , debiendo seguirse el procedimiento por sus trámites, sin que proceda hacer condena en relación a costas de esta alzada.

Al ser estimado el recurso de apelación, se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno en la jurisdicción ordinaria.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

Así por este nuestro auto, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIG ENCIA: Seguidamente se cumple lo ordenado, doy fe.-