Roj: **AAP GR 520/2021 - ECLI:ES:APGR:2021:520A**

Id Cendoj: **18087370052021200047**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Granada**
Sección: **5**
Fecha: **15/01/2021**
Nº de Recurso: **136/2020**
Nº de Resolución: **1/2021**
Procedimiento: **Nulidad LOPJ**
Ponente: **JOSE MANUEL GARCIA SANCHEZ**
Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AAP GR 1209/2020,**
AAP GR 520/2021

FONDO DOCUMENTAL

A U T O Nº 1/2021

TRIBUNAL QUE LO DICTA: SECCION Nº 5 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

ILMO SR PRESIDENTE: D. JOSE MANUEL GARCIA SANCHEZ

ILMO SR.MAGISTRADO: D. FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ

ILMO SR.MAGISTRADO: Dª SONIA GONZÁLEZ ÁLVAREZ

SIENDO PONENTE SR: D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ

LUGAR: GRANADA

FECHA: quince de enero de dos mil veintiuno.

HECHOS

PRIMERO.- Que por el Procurador D. Manuel Evangelista Izquierdo en nombre y representación de Dª Apolonia , se presentó ante este Tribunal escrito interponiendo incidente excepcional de nulidad de auto resolutorio del recurso de apelación interpuesto.

SEGUNDO.- Incoadas estas actuaciones en fecha 12 de noviembre de 2020, se admitió a tramite el incidente, nombrándose ponente y dando traslado por 5 días a las demás partes personadas.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Que por la actora se plantea incidente extraordinario de nulidad del auto resolutorio del recurso de apelación interpuesto contra el dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Granada, sobre inadmisión a trámite, por falta de competencia internacional, de la solicitud de suspensión cautelar de la patria potestad, custodia y régimen de visitas de D. Ricardo sobre los hijos habidos del matrimonio que formó en su día con dicha recurrente. Se tenían en cuenta por la Juzgadora de instancia los artículos 8 y 12 del Reglamento de la CEE nº **2201/2003**, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como la doctrina del TJUE que se citaba en dicho auto. La apelante, en su recurso, insistía en la presentación de la circunstancia de urgencia requerida por el art. 20 del citado Reglamento, para la adopción de las medidas solicitadas, en contra de la competencia internacional de los tribunales italianos, dada la residencia habitual de los menores en Italia, bajo la responsabilidad parental del padre, según resolución acordada en dicho foro; ello, en razón a lo que tachaba de inacción de las autoridades

administrativas y judiciales, tanto españolas como italianas, ante las sucesivas solicitudes deducidas en relación con los mismos hechos, a raíz de acontecimientos ya puestos de manifiesto desde la anterior estancia de los menores con la madre en el período vacacional de las fiestas de la Navidad de 2019. Habiéndose dictado por esta Sala auto de fecha 11 de septiembre de 2020, por el que se declaraba la inaplicabilidad de este último precepto, por rechazo de la situación de urgencia denunciada, en valoración de la prueba documental aportada en relación con la STJUE de 23 de diciembre de 2009; razonándose, además, la improcedencia de la intervención de las autoridades de otro estado no competente para el conocimiento de la cuestión de fondo cuando, como es el caso y así se hacía constar en el escrito de recurso, la misma cuestión ya había sido suscitada ante el Tribunal de Menores de Calgliari. La promotora del presente incidente, al amparo de los art. 241 de la LOPJ y 228 de la LEC, invoca la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la CE y en los convenios internacionales en materia de protección del interés del menor; insiste en la inaplicación de normas internacionales determinante de incongruencia de la resolución impugnada con la jurisprudencia existente sobre el interés superior del menor; y, por último, alega la indefensión por inacción de la justicia ante lo que se considera situación de grave riesgo para los menores, en razón a la documental aportada.

Así pues, y ante tal planteamiento, no le queda a la Sala sino volver a poner de manifiesto que la vía incidental extraordinaria intentada, en ningún caso puede considerarse como una nueva instancia en la que volver a reiterar los mismos argumentos, por más que formalmente se invoque infracción de los preceptos relativos a la protección de derechos fundamentales. Así, como establece la STC 200/2012 de 12 de noviembre de 2012 *"...en el mismo Auto que acabamos de citar (FJ 2) declarábamos "que, con arreglo a lo dispuesto en elpárrafo primero del art. 241.1 LOPJ (en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), el incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso más, sino un remedio al que se puede acudir 'excepcionalmente' para reparar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en elart. 53.2 CE, 'siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario"*. Dicho lo cual, lo que se plantea por la parte promotora no es sino el mero desacuerdo con los razonamientos de la resolución dictada por la Sala, omitiendo toda alegación relativa a desconocimiento de normas esenciales de derecho formal, en la resolución de la cuestión competencial objeto de la alzada; insistiendo, por el contrario, en la misma cuestión que ha guiado su argumentación en el recurso, como es la protección del interés de los menores ante lo que presenta como desentendimiento por los tribunales respecto a exposición prolongada de los menores a graves riesgos mientras se encuentran en compañía del padre. Olvidando que la cuestión nuclear que informa la actuación del tribunal de segundo grado en el presente recurso, se reduce a la competencia internacional para conocer de la materia planteada; respecto de la que, por demás, no se formula argumento contradictorio con el sentido del pronunciamiento emitido.

Téngase en cuenta, al respecto, que, como dicta el TC en sentencia de 14 de octubre de 2002, el derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a la obtención siempre y en todo caso de una resolución favorable a los intereses de la parte que litiga, cuando afirma que " *el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en elartículo 24.1 de la Constitución Españolacomprende primordialmente el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de diciembre , FJ 1 ; 211/1996, de 17 de diciembre , FJ 2 ; 36/1997, de 25 de febrero , FJ 3 ; 132/1997, de 15 de julio , FJ 2), por lo que se erige en elemento esencial de su contenido el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. No obstante, este derecho resulta satisfecho también con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial...*".

SEGUNDO: Que, llegados a este punto, y a diferencia de la posición mantenida en el recurso, resulta ser la propia recurrente la que incurre en incongruencia argumental, al pretender excluir del objeto de la alzada la razón de decidir de la resolución impugnada, derivando el debate hacia una cuestión para la que, en este caso con mayor rotundidad si cabe, sí que carecen de competencia los tribunales españoles; como lo es la de proporcionar una respuesta jurisdiccional, no a la competencia internacional para conocer de la pretensión de amparo a los menores en términos de medidas cautelares, sino a la falta de actuación de los tribunales y autoridades competentes ante los que se han formulado las correspondientes solicitudes. En planteamiento que pasa por hacer un uso de la jurisdicción a modo de policía, o como mecanismo residual, para la resolución de un conflicto en el que, a su parecer, no se da la respuesta requerida por las autoridades competentes. Y en clara contravención del carácter imperativo de la norma procesal y, muy especialmente, del de igualdad de los Estados miembros de la UE, en los términos que contempla el art. 4.2 del Tratado Fundacional, según el cual, *"la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente*

a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro". Así, resulta de todo punto improcedente la alegación que pretende tener por infringidos, a efectos de nulidad de actuaciones, preceptos cuya aplicación no está al alcance del tribunal ante el que se formula la pretensión, precisamente por la falta de competencia internacional profusamente razonada y ni siquiera discutida por la parte promotora del incidente. Siendo así que, si lo que se plantea por dicha recurrente se limita a la falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo nacionales y comunitarias relativas a la protección del interés superior del menor, ante solicitudes sucesivamente deducidas en torno a un estado de cosas que se presenta como de riesgo para sus hijos, lo que debió hacer era acudir o bien a los mecanismos de derecho interno propios de la soberana potestad legislativa del Estado italiano, en el control de la actuación de sus tribunales y demás autoridades competentes; o bien, al instrumento de fiscalización, control y cooperación que contempla el art. 55 del citado Reglamento CEE nº **2201/2003**, del siguiente tenor:

"Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental.

A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para:

a) recabar e intercambiar información:

i) sobre la situación del menor,

ii) sobre los procedimientos pendientes, o

iii) sobre las resoluciones adoptadas que conciernan al menor;

b) proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en su territorio, en especial en materia de derechos de visita y de restitución del menor;

c) facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial para la aplicación de los apartados 6 y 7 del artículo 11 y del artículo 15;

d) proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56;

e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza".

En definitiva, considera la Sala que, a los efectos de los invocados art. 341 de la LOPJ y 228 de la LEC, ni concurre, en términos de contradicción de derechos fundamentales, infracción de norma de contenido formal rectora de la resolución por la que se acordó y, posteriormente, se mantuvo en la alzada la falta de competencia internacional del órgano jurisdiccional ante el que se presentó la solicitud de medidas cautelares; ni, en todo caso, cabe aquí apreciar indefensión, dado que no existe constancia documental en autos de la solicitud dirigida al Tribunal de Menores de Calgliari, a que se aludía en aquél escrito, como así tampoco de cualquier queja, protesta o solicitud de impulso de actuaciones relativas a pretensiones promovidas ante la jurisdicción italiana competente.

Por todo lo cual, se desestima la pretensión de nulidad.

TERCERO: Que, de conformidad con el art. 398 de la LEC, y en atención a las circunstancias que concurren, no procede hacer declaración con relación a las costas del presente incidente.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal

ACUERDA

Se desestima la solicitud de nulidad de actuaciones deducida por Dª Apolonia , a través de su representación procesal, con respecto a la resolución definitiva recaída en el rollo del que se deriva el presente incidente extraordinario. Sin declaración con relación a las costas.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ