



Roj: **AAP VI 341/2021 - ECLI:ES:APVI:2021:341A**

Id Cendoj: **01059370012021200077**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2021**

Nº de Recurso: **789/2020**

Nº de Resolución: **59/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Auto**

Ponente: **SILVIA VIÑEZ ARGUESO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA-SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN ATALA

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004821 **Fax/ Faxes:** 945-004820

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s1.alava@justizia.eus /
probauzitegia.1a.araba@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-15/003406

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2015/0003406

Recurso apelación de autos LEC 2000 / Autoen apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 789/2020 - B - Upad Civil

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Servicio Común Procesal de Ejecución. Sección Civil-Social-Contencioso Administrativo. Vitoria-Gasteiz / Gasteizko Betearazpeneko Zerbitzu Erkide Prozesala. Arlo zibileko, lan-arloko eta administrazioarekiko auzien arloko atala

Autos de Ejecución forzosa con procesos de familia 1339/2020 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Ceferino

Procurador/a/ Prokuradorea:HAIZEA GONZALEZ BARREIRA

Abogado/a / Abokatua: FERNANDO AÑUA SALAZAR

Recurrido/a / Errekurritua: Zaira

Procurador/a / Prokuradorea: SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ

Abogado/a/ Abokatua: ESTHER SANTIAGO HERNANDEZ

A U T O N° 59/21

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE: D. EMILIO RAMÓN VILLALAIN RUIZ

MAGISTRADO: D. IÑIGO MADARIA AZCOITIA

MAGISTRADA SUPLENTE: Dª SILVIA VIÑEZ ARGÜESO

LUGAR: Vitoria-Gasteiz

FECHA: veintitrés de abril de dos mil veintiuno

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO- En el Procedimiento de Ejecución forzosa en procesos de familia número 1339/2020 el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de los de Vitoria- Gasteiz ha dictado el Auto núm. 3/20, de diecisiete de septiembre, cuya **PARTE DISPOSITIVA** es del tenor literal siguiente:

"SE **DENIEGA LA EJECUCIÓN** PROVISIONAL de la sentencia indicada en el antecedente primero de esta resolución, solicitada por el/la procurador/a Sr./Sra. GONZALEZ BARREIRA, en nombre y representación de Ceferino ."

SEGUNDO- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación el demandante de ejecución, **D. Ceferino** , asistido por el Letrado D. Fernando Añúa Salazar y representado por la Procuradora D^a Haizea González Barreira, recurso que se tuvo por interpuesto el once de noviembre, dándose traslado a la demandada. Evacuando dicho traslado, presentó escrito mostrando su oposición al recurso **D^a Zaira** , asistida por la Letrada D^a Esther Santiago Hernández y representada por la Procuradora D^a Soledad Carranceja Díez. Seguidamente, se mandó elevar los autos a esta Audiencia Provincial previo emplazamiento de dichas partes.

TERCERO- Personadas las dos partes y recibidos los autos en la UPAD de la Audiencia, el dieciocho de diciembre se mandó formar el presente Rollo, registrándose con el núm. 789/20, y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección Primera D. Iñigo Elizburu Aguirre. Por resolución de veintidós de enero de dos mil veintiuno se acordó la suspensión solicitada por la Sra. Santiago, levantándose la suspensión el diez de febrero. El cuatro de marzo la Ilma. Sra. Presidenta de la Audiencia dictó Providencia por la que asumió la ponencia la Sra. Víñez y se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso de apelación el once de marzo, teniendo lugar la deliberación en la fecha señalada.

CUARTO- El doce de marzo el Sr. Presidente del Tribunal dictó Providencia mandando devolver la causa al Juzgado para que diera traslado del recurso al **MINISTERIO FISCAL**. Cumplido dicho trámite y evacuado en el sentido de solicitar la desestimación del recurso, el Juzgado lo ha puesto en conocimiento de las demás partes y ha devuelto la causa a la Audiencia. Por resolución de diecinueve de abril se manda pasar la causa a la ponente, quien ha dado cuenta a los demás miembros del Tribunal, procediendo al dictado de la presente resolución.

QUINTO- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Planteamiento.

Traemos causa del proceso de divorcio contencioso núm. 233/2015 en el que el Juzgado de procedencia dictó el 26 de agosto de 2020 su Sentencia núm. 217/20, contra la cual se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia. Firme la denegación de prueba a practicar en segunda instancia, a día de hoy se encuentra señalada la deliberación, votación y fallo de dicho recurso para el día 18 de mayo de 2021 en el rollo núm. 772/20.

La Sentencia de divorcio acuerda en relación con el único hijo común menor de edad las siguientes medidas de carácter personal: otorgar la guarda y custodia al padre (a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en esta ciudad de Vitoria-Gasteiz); un régimen de visitas a favor de la madre, que deberá cumplirse en España; ratificar el pronunciamiento de declaración de ilicitud del traslado a Rusia y retención en Rusia por la madre; y la prohibición de salida del territorio nacional con la madre, salvo autorización judicial. Es la madre quien ha recurrido en apelación la Sentencia, teniéndose por interpuesto el recurso el 6 de octubre de 2020.

El 9 de septiembre de 2020 el padre había deducido demanda de ejecución de la Sentencia en cuanto a la guarda y custodia, dando lugar al procedimiento de ejecución núm. 1339/20, en el que, sin que conste en sus actuaciones hubiera trámite alguno, el Juzgado dictó directamente Auto de fin de procedimiento el 17 de septiembre, Auto contra el que se interpone el recurso de apelación que es el objeto de la presente resolución (rollo núm. 789/20).

El Auto recurrido, tras señalar en el Antecedente de Hecho Segundo que la Sentencia no es firme (pues todavía no había transcurrido el plazo de interposición del recurso contra la misma), dice en el Antecedente de Hecho Tercero que el padre "ha solicitado la ejecución provisional de la sentencia", y, tras dedicar el Fundamento de Derecho "Único" (debe entenderse Primero) a exponer cuáles son con carácter general los "requisitos necesarios para que pueda accederse a la ejecución provisional de una sentencia", en el Fundamento de Derecho Segundo dice que en el presente caso procede denegar la solicitud de ejecución provisional de la Sentencia, no porque no concurren los citados requisitos, sino porque, "encontrándose el menor en Rusia, este Juzgado no ostenta la jurisdicción para ejecutar la Sentencia".

SEGUNDO- Lo solicitado no es la ejecución provisional, sino la ejecución al amparo del artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El propio Auto recurrido, cita como uno de los requisitos necesarios para que pueda accederse a la ejecución provisional de una sentencia, "que no esté comprendida en alguno de los supuestos exceptuados de ejecución provisional del artículo 525 de la LEC".

Dentro del Libro III que regula con carácter general la ejecución - título II relativo a la ejecución provisional de resoluciones judiciales - capítulo I dedicado a las disposiciones generales - bajo el epígrafe " *Sentencias no provisionalmente ejecutables*", el art. 525.1.1ª LEC dispone taxativamente que:

"1. *No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional:*

1.ª Las sentencias dictadas en los procesos sobre... divorcio... salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso."

Pero la cuestión es que la ejecución de la Sentencia que ha solicitado el padre del menor en relación a una medida de carácter personal, no es la ejecución provisional, pues se trata de una sentencia no provisionalmente ejecutable en cuanto a dicha medida.

Dentro del Libro IV de los procesos especiales - título I - capítulo IV de " *los procesos matrimoniales*" - bajo el epígrafe de medidas definitivas, el art. 774.5 LEC establece con claridad para las sentencias dictadas en estos procesos que:

" 5. *Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta...";*

medidas entre las que en el apartado 4 el mismo artículo se refiere a las adoptadas " *en relación con los hijos*", sin excepción.

Y el padre basa expresamente la demanda de ejecución de la Sentencia en el citado art. 774.4 y 5, en relación con la reiterada y aquietada jurisprudencia sobre la eficacia y ejecutoriedad de las resoluciones judiciales en materia de familia, con los arts. 773.5, 776, 517, 699 y 705 LEC, y con el art. 91 del Código Civil.

En consecuencia, es de acoger el primer motivo del recurso de apelación mediante el que se interesa que se revoque el Auto recurrido en tanto que en su Parte Dispositiva deniega una ejecución provisional que ni ha sido solicitada ni cabía en el presente supuesto.

TERCERO- Sobre medidas adoptadas y ejecutorias en España, que pueden comportar actos de ejecución en otro Estado

En realidad, parece que lo congruente con el sentido y contenido de su Fundamento de Derecho Segundo, habría sido que en su Parte Dispositiva el Auto recurrido hubiera declarado la falta de jurisdicción del Juzgado para ejecutar su Sentencia.

Razona el Auto recurrido que, estando el menor en Rusia, el Juzgado no ostenta jurisdicción para ejecutar la Sentencia, porque interpreta que así lo dispone el Convenio hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 y ratificado por España (relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños), concretamente en su art. 26.1, según el cual:

" 1. *Si las medidas adoptadas en un Estado contratante y ejecutorias en el mismo comportan actos de ejecución en otro Estado contratante, serán declaradas ejecutorias o registradas a fines de ejecución en este otro Estado, a petición de toda parte interesada, según el procedimiento previsto por la ley de este Estado."*

Tanto la madre como el Ministerio Fiscal entienden de aplicación dicho Convenio e interesan la confirmación del Auto recurrido.

Sin embargo, y sin necesidad de entrar en este momento inicial del procedimiento a hacer mayores consideraciones, lo cierto es que a la luz del art. 3.1 CC no hallamos en las palabras del art. 26.1 del Convenio, fundamento para, sin realizar trámite alguno y directamente, dictar resolución de fin del procedimiento, ante una demanda de ejecución presentada en España, de medidas adoptadas " *y ejecutorias en*" España.

El hecho de que en su caso el niño o la niña a la que afecten tales medidas se encuentre en otro Estado contratante, no impide dar el debido trámite a la demanda en cuestión, dando efectivo inicio al procedimiento y a la ejecución, y debiéndose analizar, valorar y dilucidar en cada supuesto, cuáles son en concreto los " *actos de ejecución*" que comportan esas medidas, diferenciando los que son actos de ejecución en España y los que



deban ser actos de ejecución " *en (el) otro Estado*", y cuanto menos empezar por realizar los actos que son de ejecución en España.

CUARTO- Despacho de la ejecución requiriendo a la ejecutada para que cumpla.

Así lo anterior, teniendo en cuenta que al oponerse al recurso la madre dice que reside en Rusia, y visto que tiene representación procesal acreditada ante el Juzgado desde el proceso de divorcio, debe iniciarse la ejecución de la Sentencia, requiriendo a la madre a través de dicha representación para que cumpla voluntariamente mediante la entrega del menor al padre la medida adoptada que otorga la guarda y custodia del menor al padre.

También al oponerse al recurso, tras reconocer que no ha obtenido el **exequátur** de la sentencia de divorcio dictada por la autoridad judicial rusa, alega la madre que debido a la pandemia es imposible que el menor pueda salir de Rusia (donde dice que reside desde 2018). En este sentido, hemos de recordar que en el Auto dictado el 4 de marzo de 2021 en el citado rollo 772/20 ya ha apuntado esta Audiencia, después de valorar entre otras cosas el efecto pandemia, que la madre perfectamente podría poner el menor a disposición de la Administración de Justicia española. Y es que, el menor ha cumplido ya los 14 años de edad y las medidas restrictivas derivadas de la pandemia admiten excepciones debidamente justificadas como lo es el supuesto que nos ocupa, debiéndose obtener el salvoconducto que sea necesario para que el menor pueda viajar a España, máxime teniendo en cuenta que es para quedarse.

En consecuencia, es de acoger el segundo motivo del recurso de apelación mediante el que se sostiene que debe despacharse ejecución de la Sentencia. No obstante, no procede acogerlo con el amplio alcance interesado con carácter principal referido a todos los puntos del suplico de la demanda de ejecución, sino con el limitado alcance interesado con carácter subsidiario referido a los puntos del suplico de la demanda de ejecución que la Sala estime procedentes.

Ex art. 776, en relación con los arts. 699 y 705, LEC debe iniciarse la ejecución requiriendo el cumplimiento voluntario de la Sentencia dentro de un plazo razonable atendidas las circunstancias y con las garantías y apercibimientos debidos; y, caso de que se incumpla, será entonces el momento oportuno para valorar y decidir qué concretos actos de ejecución son necesarios para el cumplimiento forzoso, bien sean todos, algunos u otros de los concretados en el suplico de la demanda de ejecución.

QUINTO- En cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación, la estimación parcial del recurso es razón suficiente conforme al art. 398.2 LEC, para no condenar en las costas del mismo a ninguno de los litigantes.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Ceferino , contra el Auto núm. 3/20 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria-Gasteiz en el Procedimiento de Ejecución núm. 1339/20 y, en su virtud, **revocamos** dicho Auto, debiendo acordar el Juzgado conforme dispone el art. 699 y concordantes LEC, para **dar inicio a la ejecución de su Sentencia núm. 217/20 requiriendo a D^a Zaira a través de su Procuradora Sra. Carranceja** , el cumplimiento voluntario mediante la entrega del hijo común al padre, en el plazo y con las garantías y apercibimientos procedentes; todo ello, sin especial imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe interponer recurso ordinario de clase alguna.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman lo/as Ilmo/as. Sres. que lo encabezan.