



Roj: **AAP L 382/2017 - ECLI:ES:APL:2017:382A**

Id Cendoj: **25120370022017200101**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **2**

Fecha: **16/08/2017**

Nº de Recurso: **558/2017**

Nº de Resolución: **152/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA CRISTINA SAINZ PEREDA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE LLEIDA

Sección Segunda

Rollo nº. 558/2017

Guarda y custodia contencioso núm. 309/2016

Juzgado Primera Instancia 1 DIRECCION000

AUTO núm. 152/2017

Ilmos./as. Sres./as.

PRESIDENTE

ANA CRISTINA SAINZ PEREDA

MAGISTRADOS

VÍCTOR MANUEL GARCÍA NAVASCUÉS

LUCÍA JIMÉNEZ MÁQUEZ

En Lleida, a dieciséis de agosto de dos mil diecisiete

La sección segunda de esta Audiencia Provincial, constituida por los señores anotados al margen, ha visto en grado de apelación, los autos de Guarda y custodia contencioso nº 309/2016 seguidos ante el Juzgado Primera Instancia 1 DIRECCION000 , rollo de Sala número 558/2017, en virtud del recurso de Guarda y custodia contencioso apelación interpuesto contra el auto de fecha 24 de mayo de 2017 dictada en el referido procedimiento. Es apelante Luis Andrés , representado por la procuradora M^a JOSE CASASNOVAS CAPDEVILA y defendido por la letrada Carme Simon Fornes. Es apelada Natividad , representada por el procurador IGNACIO BARTRET GUTIERREZ y defendida por la letrada ANA MARIA VIDAL CARDONA. Es parte el Ministerio Fiscal.

Es ponente de este auto la Magistrada Doña ANA CRISTINA SAINZ PEREDA.

VISTOS,

HECHOS

PRIMERO. La parte dispositiva del indicado auto dice literalmente así:

" PARTE DISPOSITIVA

Este tribunal ACUERDA ABSTENERSE de conocer del presente procedimiento promovido por D. Luis Andrés , frente a Dña. Natividad , sobre guarda y custodia contenciosa.



Procédase al desglose y devolución de los documentos originales aportados con la demanda y al archivo de los autos previa nota de baja en los libros correspondientes. [...]"

SEGUNDO. Contra el anterior, Luis Andrés formalizó recurso de apelación, que el Juzgado admitió y dio traslado del mismo a la otra parte, que lo impugnó. A continuación, remitió los autos a esta Audiencia Sección segunda.

TERCERO. Una vez recibidos los autos, el Tribunal acordó formar rollo y designó Magistrado ponente, al que se entregaron las actuaciones para que, previa deliberación, propusiera a la Sala la resolución oportuna. Se señaló el día 14 de agosto de 2017 para la votación y decisión.

CUARTO. En la tramitación de esta segunda instancia, se han observado las prescripciones legales esenciales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La representación del Sr. Luis Andrés interpone recurso de apelación contra la resolución dictada en primera instancia que acuerda abstenerse de conocer del procedimiento, por falta de competencia internacional. El recurrente expone los antecedentes del caso y alega como motivo de apelación la incorrección jurídica de los motivos aducidos en el auto apelado para apreciar la falta de competencia internacional para seguir conociendo del procedimiento de adopción de medidas paterno-filiales, solicitando que se revoque la citada resolución y, en su lugar, se acuerde que el Juzgado es competente para seguir conociendo del procedimiento.

El Ministerio Fiscal y la representación de la Sra. Natividad se oponen al recurso, interesando la íntegra confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO. Para la debida resolución del recurso es preciso determinar en primer lugar cual es el objeto del presente procedimiento pues sólo así podrá resolverse debidamente sobre la competencia, por lo que se hará un breve resumen de las actuaciones.

- En el mes de julio de 2016 el demandante Sr. Luis Andrés presentó contra la Sra. Natividad, ante los Juzgados de DIRECCION000, demanda de "adopción de medidas paterno-filiales por sustracción internacional de la hija común menor de edad, en virtud del art. 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)", refiriendo los antecedentes del caso y el viaje a Uruguay de la madre y la hija menor (nacida el NUM000 -2012) en el mes de abril del mismo año 2016, sin haber regresado en la fecha prevista al efecto, acreditando el actor haber presentado ante la Autoridad Central Española (Ministerio de Justicia) solicitud de restitución de la menor, conforme al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Interesaba en su demanda que con arreglo al art.778 sexies de la LEC se declare la ilicitud del traslado y retención de la menor Lorenza, se decrete la restitución inmediata de la menor requiriendo a las autoridades de Uruguay al amparo del art, 12 del Convenio de la Haya de 1980, y se acuerden las medidas solicitadas por esta parte para evitar un nuevo desplazamiento y retención ilícita de la menor (prohibición de salida de España salvo autorización judicial, prohibición de duplicado del pasaporte, autorización judicial para cambio de domicilio, etc.), interesando igualmente la atribución del ejercicio individual de la potestad parental, guarda individual de la menor por su padre, fijación de régimen de visitas maternofilial y pensión alimenticia a cargo de la madre, solicitando igualmente, por otrosidigo, la adopción de medidas provisionales urgentísimas (las mismas de la demanda principal) a fin de reponer a la menor a España y garantizarle el máximo bienestar y estabilidad emocional, interesando también su adopción como medida cautelar inaudita parte.

- El Juzgado de Primera instancia de DIRECCION000 se declaró competente para conocer del asunto conforme al art. 769 de la LEC y admitió a trámite la demanda, acordando seguir los trámites del juicio verbal, con las especialidades del art. 770 LEC, y mediante auto de 7-7-2016 denegó la procedencia de acordar las medidas urgentes solicitadas inaudita parte, sin perjuicio de la resolución que proceda en el procedimiento de medidas paterno-filiales incoado. Este auto fue recurrido en apelación, decretándose posteriormente la terminación del trámite, por carencia sobrevenida de objeto (auto de 24-1-2017).

- Tras las diversas incidencias que constan en autos, en fecha 17-10-2016 tuvo entrada en el Juzgado el oficio remitido por la Ministerio de Justicia, a través de la Autoridad Central española, junto con el exhorto remitido por el Juzgado de Familia nº8 de DIRECCION001 (Uruguay) y escrito de la Autoridad Central Uruguay solicitando el reconocimiento de las medidas de protección dictadas por el referido Juzgado de Familia nº8 en fecha 6-9-2016, al amparo de lo dispuesto en el art. 11 del Convenio de la Haya de 1996, 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. Todo ello en el marco de la resolución (y exhorto) de fecha 6-9-2016 dictada en el expediente de Restitución Internacional de menores de 16 años instado por el Sr. Luis Andrés. En dicha resolución de 6-9-2016 se homologa el acuerdo al que han llegado las partes en orden a la restitución



de la niña a España, y se acuerda disponer como medida de protección de la niña y de su madre, la prohibición de acercamiento del Sr. Luis Andrés por un radio de 200 metros a ambas, y de comunicación de éste por cualquier medio con las mismas, indicando también que estas medidas de protección dejarán de tener efecto desde que las autoridades competentes adopten las medidas exigidas por la situación, todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 11 del Convenio de la Haya de 1996, al tratarse de un caso de urgencia en virtud de la restitución convenida.

- Por diligencia de ordenación de 20-10-2016 el Juzgado de primera instancia de DIRECCION000 acordó dar traslado del referido exhorto recibido del Juzgado de Familia de DIRECCION001 a las partes, para que en el plazo de cinco días presentaran las alegaciones oportunas. En fecha 26-10-2016 se dictó providencia acordada que a la vista del oficio remitido por la Autoridad Central designada por España para el cumplimiento de las obligaciones impuestas con el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, procede citar a las partes para su comparecencia y ratificación en las medidas adoptadas en el plazo de 10 días para su notificación, a efectos de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 11 del convenio de la Haya de 1996.

-La representación del Sr. Luis Andrés presentó sendos escritos evacuando el traslado conferido por una y otra resolución, poniendo de manifiesto, entre otros extremos, que no procedía ninguna ratificación del acuerdo alcanzado por las partes y homologado por la resolución dictada el 6-9-2016 por el Juzgado de familia de DIRECCION001.

- Por providencia de 17-11-2016 se acordó que debe estarse a la resolución de 26-10-2016 dado que no consta en el Juzgado demanda de procedimiento de exequatur o reconocimiento de resolución **extranjera** presentada por ninguna de las partes, y que la resolución dictada por el Juzgado de Familia nº8 de DIRECCION001 precisa para su homologación, a efectos de reconducir a las partes a un mutuo acuerdo, el traslado y audiencia tanto de ambas partes como del Ministerio Fiscal, y para ello el precisa la citación a la demandada Sra. Natividad, y dado que la parte actora no conoce su actual domicilio, requiérase de cooperación judicial al Juzgado de DIRECCION001 a efectos de poder citar válidamente a la demandada.

- Mediante escrito presentado el 29-11-2016 compareció la Sra. Natividad manifestando que se ratifica en las medidas acordadas en la resolución del Juzgado de DIRECCION001, dictándose a continuación providencia de 30-11-2016 en la que se acuerda que habiendo transcurrido el plazo señalado en la providencia de 17-11 sin que las partes se ratificaran en las medidas adoptadas de común acuerdo ante el Juzgado de Familia nº8 de DIRECCION001, no ha lugar a su adopción en este Juzgado toda vez que el Sr. Luis Andrés no se ha ratificado en las mismas, debiendo continuar su tramitación conforme a las normas del régimen contencioso, citando a las partes para la celebración de la vista de medidas provisionales solicitadas en la demanda.

-La representación del Sr. Luis Andrés interpuso recurso de reposición contra dicha providencia, y posteriormente escrito presentado el 13-12-2016 indicando que ha caducado aquel acuerdo al que las partes habían llegado en el Juzgado nº8 de DIRECCION001 pero que se ha dictado sentencia de 9-12-2016, adjuntado copia del Decreto 6735/2016, de fecha 5-12-2016 dictado en el Juzgado de DIRECCION001 en el que declara la caducidad del convenio acordado en la audiencia de 6-9-2016, convocando a las partes para la continuación de dicha audiencia. También aporta copia de la sentencia nº 232/2016, de 9-12-2016 (que aún no era firme) dictada por el mismo Juzgado nº8 de Familia de DIRECCION001, que desestima las excepciones opuestas por la Sra. Natividad y mantiene en todos sus términos el proveído inicial de restitución internacional de la niña, y a efectos de practicar la restitución segura se ordena la restitución viajando la niña en compañía de un familiar diverso del padre.

-Tras diversos escritos de una y otra parte mediante escrito presentado el 28-12-2016 por la representación de la Sra. Natividad se puso en conocimiento la sentencia de apelación dictada por el Tribunal de DIRECCION001 en fecha 22-12-2016 en la que acuerda la restitución de la menor a España, condicionada a que se tomen las medidas de protección acordadas en dicha sentencia, de la que aporta copia, solicitando por ello que conforme al Convenio de la Haya de 1996, el art. 158 del Código Civil y art. 236-6 del Código Civil de Cataluña, y conforme al art. 44 y concordantes de la Ley de cooperación jurídica internacional que permite el reconocimiento incidental y el reconocimiento directo, se acuerden por el Juzgado, inaudita parte, las medidas solicitadas por esta parte en su escrito de fecha 16-12-2016 dado que las mismas darían cumplimiento de manera incluso más concreta a las medidas de protección establecidas en Uruguay, y de forma subsidiaria, si no se acuerdan tales medidas inaudita parte, se deben reconocer mientras se continúa con la tramitación del presente procedimiento, igualmente inaudita parte, las medidas que impone la sentencia de Uruguay, que son las que garantizarán el retorno de la menor a España, y no las que propuso el Sr. Luis Andrés.

-Por providencia de 2-1-2017 se acordó unir dicho escrito a los autos y dar traslado para al Ministerio Fiscal para que informe sobre lo solicitado en el mismo y en razón del contenido de la resolución de 22-12-2016



recaída en Uruguay sobre la posible existencia de un delito de abusos sexuales sobre la menor Lorenza . Y por providencia de 9-1-2017 se acordó unir los escritos de las partes y estar a la fecha celebrada para la celebración de la vista de medidas provisionales, proveyendo en el mismo sentido en la de 11-1-2017, indicando que no procede la adopción de ninguna medida inaudita parte, fijando nuevo señalamiento para la celebración de la vista de medidas provisionales.

- El día 25-1-2017 se celebró la vista de medidas provisionales y el 8-2-2017 se citó el auto nº13/2017 de medidas provisionales reguladoras de la situación familiar hasta el pronunciamiento de sentencia en el proceso contencioso de medidas paterno-filiales, acordando, resumidamente, la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre, manteniendo ambos progenitores la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad; derecho de visitas paternofilial de fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio y hasta el lunes con entrega en el centro; pensión alimenticia a cargo del padre de 200 euros al mes y mitad de los gastos extraescolares; prohibición de salida de España de la menor, salvo autorización de ambos progenitores o autorización judicial; la menor deberá regresar a España y ser escolarizadas en un centro de la provincia de Lleida en el plazo de un mes desde la notificación de la presente resolución.

- En fecha 8-2-2017 consta el sello de entrada en el Juzgado del Oficio remitido por la Autoridad Central española, junto con el escrito Muy Urgente remitido por la Autoridad Central Uruguaya informando de la sentencia recaída en segunda instancia en el procedimiento de restitución de la menor al amparo del Convenio de la Haya de 1980, y exhorto del Juzgado Letrado de Familia nº8 de DIRECCION001 adjuntando la resolución recaída en apelación que ordena el retorno de la menor a España, condicionado a las medidas de protección acordadas en las misma. En dicha resolución del Tribunal de Apelaciones de Familia, de fecha 22- 12-2017 se acuerda confirmar parcialmente el fallo apelado de la sentencia nº 232/2016, de 9-12-2016 y en su mérito: "Impónese al requirente Sr. Luis Andrés la prohibición de acercamiento a un radio de 500 metros respecto de la niña de autos, Lorenza , y de su madre, quien ejercerá la tenencia provisional de su hija, así como el contacto por cualquier medio. Todo, a regir desde el dictado de la presente y durante el retorno al Reino de España y asimismo en aquél país hasta su reconocimiento, rogándose al Sr. Juez naturalmente competente de aquella jurisdicción, dicho reconocimiento, al amparo del artículo 11 del Convenio de la Haya 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 de 1996, exhortándose, cometiéndose a la sede a quo. Condicionase la restitución efectiva de la niña de autos a la acreditación por parte del requirente, en los presentes autos y en ante la sede a quo: A) del efectivo reconocimiento de la presente orden por el autoridad judicial competente del Reino de España previsto en el artículo 11 del Convenio. B) de que se encuentra firme el fallo de sobreseimiento de la Sra. Natividad en la causa penal en su contra". Se confirma el fallo apelado en lo demás.

- Mediante providencia de 14-2-2017 se tuvo por recibido el oficio y la documentación acompañada por la Secretaría de Estado de Justicia, y se acordó remitir testimonio del auto de medidas provisionales dictado el 8-2-2017, quedando pendiente de resolver las medidas definitivas de guarda y custodia una vez finalice el tiempo concedido a la demandada para su emplazamiento.

- El Sr. Luis Andrés presentó escrito en fecha 21-2-2017 solicitando que a la vista del contenido del oficio remitido por la Secretaría de Estado de Justicia y del exhorto del Juzgado nº8 de familia de DIRECCION001 , y con el fin de garantizar la restitución de la menor a España, se dicte por el Juzgado, con la máxima urgencia, resolución por las que adopte las medidas cautelares acordadas por el Tribunal de apelación de Uruguay, que deberán regir durante el retorno a España y hasta que por este juzgado se consideran necesarias.

- Por providencia de 23-2-2017 se tuvo por presentado el escrito y se acordó que, rigiendo el principio dispositivo en el procedimiento civil por el que las partes pueden llegar a acuerdo de las medidas solicitadas en cualquier momento del mismo, y a pesar de sus negativas previas, dése traslado a la representación de la Sra. Natividad y del Ministerio Fiscal a fin de que se pronuncien sobre la posible adopción del acuerdo planteado consistente en la adopción en España de las medidas presentadas en la sentencia del tribunal de Apelaciones de Uruguay.

- La representación de la Sra. Natividad presentó escrito de fecha 3-3-2016 oponiéndose a la adopción de acuerdo alguno y, subsidiariamente, en caso de entrar a resolver la petición de la parte adversa, se acuerden las medidas acordadas en Uruguay y se mantengan las mismas en España, dejando sin efecto las medidas previas acordadas en los presentes autos.

- Por providencia de 21-3-2017 se resolvió en el sentido que "no ha lugar a las medidas ahora solicitadas toda vez que no existe conformidad por todas las partes del presente procedimiento". Contra esta resolución interpuso el Sr. Luis Andrés recurso de reposición mediante escrito de 30-3-2017, si bien, por providencia de 20- 4-2017 se acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posible apreciación de oficio de la falta de competencia internacional prevista en el art. 38 de la LEC para conocer de los temas de responsabilidad



parental de la menor conforme al Convenio de la Haya de 1996, al denegarse por Uruguay la restitución de la menor y consolidar su residencia la menor en DIRECCION001 . En cuanto a los escritos de las partes (entre ellos el de interposición de recurso de reposición contra la providencia de 21-3-2017) se acordó que una vez se resuelva la cuestión de competencia se resolverá sobre los mismos.

- La representación de la Sra. Natividad y el Ministerio Fiscal informaron en el sentido que el Juzgado de DIRECCION000 no es el competente para el conocimiento del asunto, mientras que el Sr. Luis Andrés lo hizo en el sentido de que el Juzgado sigue siendo competente para resolver, negando que los Tribunales de Uruguay hayan denegado la restitución y que la niña haya consolidado su residencia en DIRECCION001 , solicitando siga el curso de las actuaciones y se resuelva el recurso de reposición acordando la adopción de las medidas cautelares decretadas por el Tribunal de apelaciones de Uruguay que permita la restitución de la menor a España.

- En fecha 24-5-2017 se dictó la resolución que es objeto del presente recurso, transcribiendo el art. 36 de la LEC y los artículos 5 y 7 del Convenio de la Haya de 1996 , argumentando que, tal como indica el Ministerio Fiscal y la parte demandada, el domicilio de la menor sobre cuyas medidas de protección recaen (sic) se encuentra actualmente en Paraguay (sic), constando en el documento nº1 de los aportados por el actor en fecha 19 de mayo de 2016 la ratificación de la negativa a la restitución de la menor a territorio español por parte del Estado de Uruguay, sin que se hayan podido adoptar las medidas requeridas en el plazo inferior a una anualidad, por constar la negativa en dos ocasiones a su ratificación por la parte actora y no mantener dichas pretensiones en el acto de la vista de las medidas cautelares celebradas, sin que haya lugar a su adopción posterior sin el previo acuerdo de los progenitores. Y concluye que tal causa de abstención del conocimiento es apreciable de oficio, según el art. 36 de la LEC , y debe acordarse tan pronto se advierta, como es el caso en el que la residencia de la menor se encuentra establecida en Uruguay, manteniéndose su oposición a la restitución por dicho Estado.

TERCERO. Reexaminadas las actuaciones no comparte la Sala las apreciaciones de la resolución recurrida, considerando en cambio que, conforme a lo dispuesto en los Tratados Internacionales que resultan de aplicación al caso -Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, y Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, 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- así como a los artículos 36-1 y 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), 158 del Código Civil y art. 236-5 del Código Civil de Cataluña , procede estimar el recurso de apelación al no apreciar en el presente caso la concurrencia de las circunstancias en que se funda la resolución dictada en primera instancia, compartiendo en cambio -en lo sustancial- las alegaciones del recurrente .

En primer lugar cabe destacar que no consta en las actuaciones resolución alguna dictada por el Juzgado nº8 de Familia de DIRECCION001 ni por ningún otro Juzgado o Tribunal de Uruguay que haya decretado o manifestado la negativa a la restitución de la menor a territorio español por parte del Estado de Uruguay. La única decisión respecto de la que consta la caducidad (por Decreto 6735/2016, de 5-12-2016) es la relativa al convenio al que llegaron las partes en la audiencia del día 6-9-2016, acuerdo que había sido homologado por la inicial resolución judicial del mismo día 6-9-2016 del Juzgado nº8 de Familia de DIRECCION001 , al que se refería el primer exhorto remitido a través de la Autoridad Central de Cooperación jurídica Internacional. Como consecuencia de dicha caducidad se acordó continuar la audiencia, dictándose en primer lugar por el Juzgado nº8 de Familia la sentencia 232/2016, de 9-12-2012 , y después la sentencia de segunda instancia del Tribunal de apelaciones de 22-12-2016 , que devino firme. Ciertamente es que en el escrito remitido por la Autoridad Central de Uruguay al Ministerio de Justicia español en fecha 30-1-2017 se indicaba que "téngase presente que de no acreditarse tales extremos dentro de un plazo razonable -teniendo en cuenta la especial naturaleza del proceso- la sentencia de restitución de la menor quedará sin efecto", y también que cuando la Autoridad Central española remite en el mes de febrero dicho escrito y exhorto al Juzgado de DIRECCION000 le ruega que le informe "a la mayor brevedad , y en cualquier caso antes de 30 días, las medidas que ese Juzgado haya tenido a bien acordar".

Ahora bien, a diferencia de lo que sí sucedió respecto de aquella inicial resolución de 6-9-2016, no sólo es que no consta ninguna otra resolución posterior a la sentencia firme de 22-12-2016 disponiendo lo que dice la resolución aquí recurrida sino que, por el contrario, del propio documento al que expresamente se refiere el auto recurrido - documento nº1 aportado por el actor en fecha 19 de mayo de 2016- se infiere precisamente lo contrario. Se trata de un correo electrónico remitido por la Autoridad Central uruguaya a la Autoridad Central española, en el que acusa recibo de la documentación que le ha sido enviada electrónicamente y que ha sido inmediatamente remitida al Juzgado que entiende de la restitución, añadiendo que "no obstante, de la documentación aportada por Uds. no surge acreditado el cumplimiento de las condiciones impuestas en la sentencia de restitución, al no haberse reconocido las medidas de protección dispuestas por dicha Sede en



virtud del art. 11 del Convenio de la Haya, de 1996 . Por tal motivo, y hasta tanto no se acredite el completo cumplimiento a lo dispuesto por la sentencia, la menor no será restituida".

En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito de aplicación de este Convenio de la Haya de 1996 (art. 1 , 2 y 3), el art. 7 del Convenio de 1996 dispone que:

"1.- "En caso de desplazamiento o retención, el término "retención" es sustituido en algunos Estados por "no retorno". ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y :

a) toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención; o

-

b) el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio".

Y el art. 7-3 establece que: "Mientras las autoridades mencionadas en el párrafo primero conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el art. 11"

No cabe duda de que estamos ante una retención ilícita, porque así se ha acordado en las resoluciones ya mencionadas, y consta claramente en los documentos obrantes en autos que es precisamente este artículo 11 del Convenio de la Haya 1996 el que sirve de base para adoptar las medidas de protección acordadas en la sentencia del Tribunal de Apelaciones de 22-12-2016 , cuyo reconocimiento ha sido reiteradamente solicitado, tanto por la vía de la cooperación internacional a través de la Autoridad Central competente de cada uno de los dos países como por una y otra parte.

Conforme a dicho art. 11: "1. En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.

2. Las medidas adoptadas en aplicación del párrafo precedente respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación.

3. Las medidas adoptadas en aplicación del párrafo primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante".

La resolución recurrida argumenta que la residencia de la menor está consolidada en Uruguay, conclusión ésta con la que disentimos dado que no puede apreciarse la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 7-1 del Convenio de la Haya de 1996 a la vista del iter procedimental que ha quedado someramente reseñado en el Fundamento anterior, no existiendo en este caso duda alguna -porque así está dicho en las resoluciones de los Tribunales de Uruguay- de que estamos ante un supuesto de retención ilícita de una menor conforme al Convenio de la Haya de 1980, y también conforme al art. 7-2 del Convenio de 1996, y del mismo modo puede afirmarse que la documental incorporada a los autos acredita que la residencia habitual de la menor antes de su traslado a Uruguay estaba en España (en concreto, en la localidad de DIRECCION000) y que el Sr. Luis Andrés procedió en su día con celeridad al instar, por un lado, la restitución de la menor conforme al Convenio de la Haya de 1980 y, por otro lado, la adopción de medidas conforme al art. 778 sexies de la LEC .

Siendo esto así, teniendo en cuenta el contenido de las resoluciones dictadas en Uruguay y de los exhortos remitidos, difícilmente podrá entenderse que la menor ha consolidado su residencia en Uruguay cuando la misma ha venido ilícitamente impuesta por la madre y existen reiteradas resoluciones de aquél país que acuerdan su retorno a España (en los términos y condiciones señalados en ellas) e incluso se ha dictado en España un Auto (el de medidas provisionales de 8-2-2017) que acuerda que la menor debe regresar a España y ser escolarizada en un centro de la provincia de Lérida en el plazo de un mes desde la notificación de dicha resolución.

CUARTO. Por otro lado, tampoco parece acertado el argumento de que no se han podido adoptar las medidas requeridas en el plazo inferior a una anualidad, por constar la negativa en dos ocasiones a su ratificación por



la parte actora y no mantener dichas pretensiones en el acto de la vista de las medidas cautelares celebradas, sin que haya lugar a su adopción posterior sin el previo acuerdo de los progenitores.

Es preciso destacar que en la presente resolución únicamente procede resolver el recurso de apelación contra el auto que aprecia la falta de competencia internacional (arts. 218 , 459 y 465 de la LEC) sin que resulte procedente analizar ninguna otra cuestión sobre el fondo de las cuestiones planteadas en primera instancia. Recordemos que aún está en trámite el recurso de reposición planteado por el Sr. Luis Andrés contra la providencia de 21-3-2016 en el que se acordó "no ha lugar a la adopción de las medidas ahora solicitadas toda vez que no existe conformidad entre las partes del presente procedimiento". Por tanto, las apreciaciones que ahora efectuamos sobre este concreto extremo lo son a los solos efectos de resolver sobre la competencia, sin perjuicio de lo que en definitiva pudiera acordarse al respecto.

Al parecer, la confusión podría venir determinada por un interpretación poco acertada tanto de los Convenios Internacionales de continua referencia como de las reiteradas solicitudes de las partes, no sólo del actor, sino también de la demandada en sus escritos de 16 y 28-12-2016, y en el de 3-3-2017, dictándose sucesivas providencias en las que se subordinan sus peticiones a la necesidad de lograr un acuerdo entre las partes sobre las medidas a adoptar (como si se tratara de reconducir el procedimiento a un mutuo acuerdo en materia de guarda y custodia) cuando, en realidad, lo que reiteradamente se estaba interesando ya desde el primer exhorto (derivado de la resolución del Juzgado nº8 de Familia de DIRECCION001 de 6-9-2016) era que se reconocieran las medidas de protección acordadas en base al art. 11 del Convenio de 1996, sin que se advierta motivo alguno por el que, a tal efecto, habría de ser necesario ningún acuerdo o convenio entre las partes.

El inicial acuerdo de aquella audiencia de 6-9-2016 ya había sido homologado en la misma resolución de 6-9-2016 y, en cualquier caso, una vez que se acordó la caducidad del referido convenio lo procedente era la continuación del trámite (así consta en dichas resoluciones) y lo acordado en sentencia , primero la sentencia 232/2016, de 9-12-2016 , que mantuvo el proveído inicial de restitución internacional de la niña, y a efectos de practicar la restitución segura ordenó la restitución viajando la niña en compañía de un familiar diverso del padre, y después la sentencia de apelación de 22-12-2016 que confirmó parcialmente la anterior, condicionando la efectiva restitución al reconocimiento de dicha resolución y de las medidas de protección acordadas al amparo del art. 11 del Convenio de la Haya de 1996 .

QUINTO. El art. 23 del Convenio de la Haya de 1996 establece que las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes. No obstante, el reconocimiento podrá denegarse por los motivos que enumera el párrafo 2 del mismo art. 23, y el art. 24 dispone que sin perjuicio del artículo 23, párrafo primero, toda persona interesada puede solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante. El procedimiento se rige por la ley del Estado requerido. Y el art. 25 del mismo Convenio añade que la autoridad del Estado requerido está vinculada por las constataciones de hecho sobre las que la autoridad del Estado que ha adoptado la medida haya fundado su competencia.

En el presente procedimiento ninguna de las partes se ha opuesto al referido reconocimiento ni ha alegado la concurrencia de alguno de los motivos de denegación previstos en el art. 23-2. Antes al contrario, a la vista de los escritos de las partes ya mencionados.

A su vez, el art. 1 del Convenio de la Haya de 1980 , sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, establece que la finalidad del Convenio es: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratante, disponiendo en su art. 2 que los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio, y para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

El art. 6 se refiere a la actuación de la Autoridad Central de cada uno de los Estados contratantes, encargadas del cumplimiento de las obligaciones que impone el Convenio. El art. 10 establece que la Autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor, y tras referirse en el art. 11 a la actuación con urgencia en estos procedimientos por parte de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes, dispone en el art. 23 que no se exigirán en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas.

Si a todo ello se añade, siquiera a efectos meramente interpretativos, la modificación de la LEC derivada de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que introdujo los art. 778 ter , 778 quater y art. 778 sexies (que sirvió de base a la demanda planteada por el Sr. Luis Andrés) en cuanto a las "Medidas relativas a la restitución o



retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional", y la finalidad de esta reforma, a la que se refiere el Preámbulo de dicha Ley 15/2015, la conclusión que conjuntamente se deriva -a los únicos efectos dichos de resolver el presente recurso- es la de considerar que no puede reprocharse a la parte actora la falta de ratificación a que se refiere el auto recurrido ni su posición adoptada en sede de medidas provisionales, debiendo incidir en las sucesivas peticiones de reconocimiento de la resolución de 22-12-2016 dictada por el Tribunal de apelación y de las medidas de protección acordadas al amparo del art. 11 del Convenio de la Haya de 1996 que, en definitiva, impiden apreciar la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 7-1 del mismo Convenio a efectos de poder concluir que la niña ha consolidado su residencia habitual en Uruguay y que los Tribunales Españoles, inicialmente competentes conforme al art.5 del Convenio de la Haya de 1996, y también del art. 778 sexies de LEC (Juzgado de primera instancia de DIRECCION000) han perdido la competencia para resolver sobre el presente procedimiento.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación y revocar la resolución recurrida, dejándola sin efecto, debiendo continuar con la tramitación del procedimiento. Y como se ha dicho, todo ello sin perjuicio de lo que en definitiva pudiera acordarse en cuanto a las resoluciones dictadas resolviendo las peticiones de las partes, que aún no son firmes, y de lo que, en su caso, pudieran finalmente acordar las autoridades judiciales de Uruguay.

SEXTO. Dada la especial naturaleza de las cuestiones debatidas no procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Luis Andrés** contra el Auto de fecha 24 de mayo de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 en los autos de Guarda y Custodia nº 309/2016, y **REVOCAMOS la citada resolución, dejándola sin efecto**, debiendo continuar con la tramitación del procedimiento.

No procede efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta sentencia, a los oportunos efectos.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACIÓN: En aplicación de lo establecido por la Disposición Final Decimosexta, artículo 466 y artículo 467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra los autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales, no cabe interponer recurso extraordinario alguno