



Roj: **AAP B 7514/2017 - ECLI:ES:APB:2017:7514A**

Id Cendoj: **08019370182017200347**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **02/10/2017**

Nº de Recurso: **708/2017**

Nº de Resolución: **389/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO N. 389/2017

Barcelona, 2 de octubre de 2017

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Margarita Noblejas Negrillo

María José Pérez Tormo

Ana María García Esquiús (Ponente)

Rollo n.: 708/2017

Restitución o retorno de menors en los supósitos s nº 902/2016

Procedencia: Juzgado Primera Instancia 15 Barcelona

Apelante: Luis Miguel

Abogado: Nielson Maycon de Souza Vilela

Procurador: Yolanda Rodríguez Silva

Apelado: Cecilia

Abogado: Sara Trinidad Mmeda Sala

Procurador: Helena Vila González

y el Ministerio Fiscal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva del auto apelado de fecha 1 de febrero de 2017 es del tenor literal siguiente: "**DECLARO la incompetencia** de este juzgado para el conocimiento de la demanda de restitución inmediata de la menor Miriam , interpuesta por la representación de Luis Miguel , contra Cecilia .

En atención al superior interés de la menor se mantiene íntegro lo dispuesto en el Auto de medidas cautelares de fecha 28-12-2016."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra el anterior auto por la parte actora, se dió traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal , presentándose escrito de oposición y se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial y tras los trámites legales se señaló para deliberación, votación y fallo el día 26/09/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La resolución de instancia declara la incompetencia del Juzgado para el conocimiento de la demanda de restitución inmediata de la menor Miriam , interpuesta por su padre Sr, Luis Miguel contra la madre

Estima la juzgadora de instancia que dada la **nacionalidad** de los intervinientes, lugar de celebración del matrimonio, y último domicilio familiar, no les es de aplicación el procedimiento previsto en el art. 778 quarter de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Los hechos relatados por el promotor del expediente , sucintamente expuestos, son los siguientes: El matrimonio formado por el Sr. Luis Miguel y la Sra. Cecilia , contraído en Republica Dominicana, son residentes en Laos, Nigeria y padre de Miriam , nacida el NUM000 de 2009 en Marruecos. Tras un viaje a la Republica Dominicana, madre e hija llegan a Barcelona donde se instalan en el mes de enero de 2016.

El Sr. Luis Miguel , ante el no retorno a Nigeria de madre e hija, presenta solicitud de restitución de la menor a su país de residencia habitual, Nigeria.

En fecha 28 de diciembre de 2016 el mismo Juzgado dicta Auto de adopción de Medidas cautelares sobre la menor acorando la prohibición de salida del territorio salvo autorización judicial, prohibición de expedición de pasaporte y entrega inmediata al Juzgado del vigente así como prohibición de cambio de domicilio.

SEGUNDO.- El art. 3 a) del Convenio de la Haya de 254 de octubre de 1980 , que sustancialmente establece que: "El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos, cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención". Este Convenio tiene entre otras finalidades las de : A) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante y B) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

Por su parte el artículo 2, apartado 11) del Reglamento 2201/2003 de la Unión Europea entiende por traslado o retención ilícita cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor"

Ahora bien, lo que aquí con carácter previo al examen de si existió un traslado ilícito lo que está claro es que ha de determinarse la competencia de los tribunales españoles para conocer de esta cuestión, como nos impone el art. 48.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y es entonces donde hemos de estar a lo dispuesto en el art. . 778 quarter de la LEC , introducido por la Ley 26/2015 de 28 de julio.

Este precepto dispone que "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."

Está claro pues que el precepto no será aplicable a aquellos supuestos en que el menor procediera : a) de un estado que no forme parte de la Unión Europea o b) que se trate de un estado que no sea parte de algún convenio internacional" .

Nigeria, país de residencia habitual de la menor , no forma parte de la Unión Europea.

Pero tampoco consta como país firmante del Convenio de la Haya ni de ningún otro Convenio internacional en materia de protección de menores de la que derive la competencia de los tribunales españoles, lo que nos lleva necesariamente a la desestimación del recurso, confirmando la resolución de instancia.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC que se remite en caso de desestimación del recurso, en materia de costas, al artículo 394 del mismo cuerpo legal , se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Yolanda Rodríguez Silva, actuando en representación de DON Luis Miguel , contra el Auto de 1 de febrero de 2017 del Juzgado de Primera Instancia n. 15 de Barcelona en autos de Restitución de Menor num. 902/2016, de los que el presente rollo dimana, SE CONFIRMA la expresada resolución, con expresa imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Contra esta resolución no cabe la interposición de recurso alguno.

Así lo acuerdan , mandan y firman las Sras. Magistradas que la suscriben

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ