



Roj: **AAP HU 177/2018 - ECLI: ES:APHU:2018:177A**

Id Cendoj: **22125370012018200176**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huesca**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **478/2018**

Nº de Resolución: **103/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO ANGOS ULLATE**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO nº 000103/2018

SECCION ÚNICA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA

PRESIDENTE

SANTIAGO SERENA PUIG

MAGISTRADOS

GONZALO GUTIERREZ CELMA

ANTONIO ANGOS ULLATE (PONENTE)

En Huesca, a 10 de diciembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO: Ante esta Audiencia provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos de guarda, custodia y alimentos número 83/2017 seguidos ante el Juzgado de primera instancia e instrucción número 2 de DIRECCION000 . Candido los promovió, como demandante, dirigido por la letrada Montserrat Viladrosa Clúa y representado por el procurador Ramiro Navarro Zapater, contra **Celestina** , como demandada, en situación procesal de rebeldía. El Ministerio Fiscal es asimismo parte en este procedimiento, con arreglo a la función que la ley le otorga. Se hallan pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 478 del año 2018, e interpuesto por el actor, **Candido** . Es ponente de este auto el Magistrado ANTONIO ANGOS ULLATE.

SEGUNDO: El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el auto apelado el día 30 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" SE ACUERDA: DECLARAR la falta de competencia internacional de este órgano judicial para conocer de la demanda de guarda, custodia y alimentos respecto del menor de edad **Emiliano** interpuesta por el procurador Don Ramiro Navarro Zapater, en nombre y representación de Don **Candido** frente a Doña **Celestina** , y en consecuencia para decidir de modo definitivo sobre las pretensiones planteadas en ella, quedando a salvo el derecho de la parte para deducir sus pretensiones ante la Jurisdicción de la República de Polonia, sin que proceda realizar especial declaración sobre las costas causadas en este proceso ".

TERCERO: Contra el anterior auto, la representación del demandante, **Candido** , interpuso recurso de apelación mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó a esta Sala lo siguiente: se acuerde que el Juzgado de primera instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 es el competente para seguir conociendo del procedimiento . A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por el término legal, remitió los autos a esta Audiencia, en donde quedaron registrados al número



478/2018. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para todo lo cual señalamos con carácter preferente el pasado día 5.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El auto apelado funda sustancialmente la declaración de competencia judicial internacional en el apartado 12 y en el artículo 8.1 del Reglamento (CE) del Consejo 2201/2003, de 27 de noviembre, *relativa a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (llamado "Bruselas II" o "Bruselas II bis") y teniendo en cuenta al mismo tiempo que " *la residencia habitual del menor Emiliano (nacido el NUM000 -2013, doc.1 de la demanda) se encuentra desde el 28 de diciembre de 2.016 en el país de procedencia de su madre, Polonia [...], habiéndose presentado la demanda en el Decanato de los Juzgados de DIRECCION000 el 30 de marzo de 2.017 [...], más de 3 meses después del cambio de domicilio del menor*".

SEGUNDO: 1. Como argumenta la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18, de 3 de octubre de 2017 [ROJ: SAP B 10784/2017 - ECLI:ES:APB:2017:10784 Sentencia: 785/2017 Recurso: 919/2017] siguiendo la jurisprudencia comunitaria allí citada (como la desarrollada últimamente en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2018 [ROJ: STJUE 279/2018 - ECLI:EU:C:2018:835 - Sentencia: 62018CJ0393 - Recurso: C-393/18]), *el Reglamento no contiene ninguna definición del concepto de "residencia habitual" -el cual tiene carácter autónomo dentro del Derecho de la Unión-; y su determinación debe realizarse atendiendo al contexto en el que se insertan las disposiciones del Reglamento y al objetivo por él pretendido, en especial el que resulta de su duodécimo considerando [citado por el auto aquí apelado], según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Tratándose esencialmente de una cuestión de hecho, para determinar si la residencia es habitual se vincula la estabilidad o regularidad con la duración al señalar que del uso del adjetivo "habitual" solo puede inferirse cierta estabilidad o regularidad de la residencia; y también se exige integración del menor en el entorno familiar y social.*

2. En el presente caso, aun partiendo de un concepto de residencia habitual "de hecho", que implicaría que la residencia habitual del menor se encuentra actualmente en Polonia, lo cierto es que *el apartado 1 del artículo 8 [Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional] está sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12, según aclara el apartado 2 del mismo artículo 8, de manera que la " competencia general" regulada en ese artículo 8 tiene como excepciones las desarrollados en los indicados preceptos.*

3. El artículo 10 regula precisamente la " *Competencia en caso de sustracción de menores*" o " *en caso de traslado o retención ilícitos de un menor*" en los siguientes términos:

"En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que *residía habitualmente* el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos *conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro*:"

a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención,

o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,



iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor".

4. De los documentos unidos a los autos y de las alegaciones de las partes se desprende que el niño salió lícitamente de España con dirección a Polonia el 28 de diciembre de 2016 en compañía de su madre, pero solo para pasar allí la Navidad, dado que su residencia habitual y la de sus progenitores se encontraba en España hasta ese momento. A partir de finales de enero de 2016, se puede decir que el padre no consintió que el menor permaneciera con la madre en Polonia -situación que se ha mantenido hasta la fecha-.

5. Desde entonces, debemos hablar de retención ilícita a los efectos previstos en el artículo 10 del Reglamento, de acuerdo con la definición dada en el apartado 11) del artículo 2 del Reglamento del concepto "traslado o retención ilícitos de un menor", en donde se habla de *infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial o por ministerio de la ley*, entre otros supuestos, en este caso, por ministerio de la ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 63 y siguientes del Código del Derecho Foral de Aragón.

6. Con arreglo al principio de *perpetuatio fori* (y al cual se refiere expresamente la "Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II" elaborada por los servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, según lo que consta en la base de datos del CENDOJ, como ya dijimos en nuestro auto de 13-IX-2013), los Tribunales españoles han conservado en este caso la competencia judicial internacional (llamada competencia *prolongada*) porque se cumplen los requisitos previstos para ello en el transcrito artículo 10, aun partiendo de que el menor tiene ahora su residencia habitual en Polonia (presupuesto previsto en el párrafo primero del artículo 10), puesto que el cese de la competencia judicial internacional del Estado miembro en donde residía el menor (España) a favor del Estado miembro de la nueva residencia habitual (Polonia) requeriría, además, en lo que ahora nos interesa:

- que el padre hubiera dado su conformidad al traslado o a la retención [apartado a) del artículo 10], lo que no es el caso;

- O, conforme al apartado b), que el menor hubiera residido en Polonia durante un año y "esté integrado en su nuevo entorno", lo que hipotéticamente podríamos asumir, pero se exigen los requisitos señalados a continuación;

- Y, además, se cumpla alguna de las condiciones referidas en el mismo artículo 10, entre las que se encuentran:

- la i), que no concurre (tampoco las demás), porque el padre, titular de la custodia, presentó la demanda de restitución solo dos meses después de conocida la retención en Polonia del menor, mucho antes del plazo de un año previsto en el artículo 10-b)-i).

7. El "interés superior del menor" y el "criterio de proximidad" aludidos en el considerando (12) del Reglamento consisten en criterios interpretativos que no pueden alterar las conclusiones anticipadas, al fundarse en el propio texto legal contenido en el artículo 10, aunque quizá tengan una aplicación directa en el supuesto contemplado en el artículo 15 del mismo Reglamento ("Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto"), pero que aquí no se ha aplicado en el auto objeto de recurso, y sin perjuicio obviamente de lo que pueda ser decidido sobre el fondo del asunto.

8. Debemos aclarar siguiendo lo señalado en el mismo auto de 13-IX-2013 y en la indicada "Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II", que la obligación de alimentos también reclamada con la presente demanda está excluida específicamente del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 [apartado 3-e) del artículo 1], pero tiene carácter secundario, por lo que también podría ser analizada por el Tribunal competente de la pretensión principal -guarda y custodia-, como corrobora el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento (CE) n.º **44/2001** del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ("Bruselas I"), sin perjuicio de su reconocimiento y ejecución bajo las normas del Reglamento "Bruselas I".

9. Sobre la base de todo ello, procede **estimar** el recurso y acordar como diremos a continuación.

TERCERO: Debemos omitir toda declaración especial sobre las costas que se hubieran podido devengar en esta segunda instancia, dado que el recurso ha sido estimado (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, procede disponer la devolución del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA HA RESUELTO: 1. ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto la representación del demandante, **Candido** , contra el auto referido dictado por el Juzgado de primera instancia e instrucción número 2 de DIRECCION000 en fecha 30 de enero de 2018; y REVOCAR dicha resolución a fin de declarar que la competencia judicial internacional para conocer del presente asunto (autos de guarda, custodia y alimentos número 83/2017) recae en los Tribunales españoles a través del Juzgado de primera instancia e instrucción número 2 de DIRECCION000 .

2. No hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta alzada.

3. Disponer asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir.

El presente auto es firme porque contra él no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho de las partes a intentar la interposición de cuantos medios de impugnación consideren legalmente procedentes.

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así lo acuerda y firma la Sala. Doy fe.