



RESUMEN

de la

HERRAMIENTA DE MEJORES PRACTICAS ESPAÑOLA

para el reconocimiento y la ejecución de los
acuerdos de Derecho de Familia dentro de la UE
(Acuerdo de reubicación)



This project was funded by the European Union's Justice Program (2014-2020)

España - Herramienta de mejores prácticas para el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de Derecho de Familia con implicación de niños dentro de la Unión Europea

Autores:

Parte nacional española:

Prof. Dr. Mónica Herranz Ballesteros, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Parte general de la UE:

Juliane Hirsch, LL.M., Consultant on Private International Law and International Family Law

1ª Edición 2020
Berlín

(c) J. Hirsch & M. Herranz, all rights reserved

El proyecto AMICABLE es un proyecto cofinanciado por la UE concebido por el coordinador del proyecto MiKK - Centro Internacional de Mediación para Conflictos Familiares y Secuestro de Niños. El proyecto lo lleva a cabo un consorcio de socios de cuatro países diferentes de la UE: la Universidad de Milán-Bicocca (Italia), la Universidad de Wrocław (Polonia), la Universidad de Alicante (España) y MiKK (Alemania). Los asociados del Consorcio han elaborado cuatro instrumentos de mejores prácticas específicos para sus respectivos países. Para obtener más detalles sobre el proyecto AMICABLE, por favor consulte el sitio web del proyecto:

<https://www.amicable-eu.org/>



Consorcio:



Resumen



Paso 1

España

Resumen- Acuerdo de reubicación

(Para más información por favor consulte la Herramienta española de Buenas Prácticas)

Reubicación de menores entre Estados Miembros de la UE

Una pareja no casada, padres un menor de 10 años, con residencia en España decide romper su relación. Ambos ejercen de forma conjunta la patria potestad. De común acuerdo deciden que la madre puede reubicar al menor desde España a otro Estado miembro de la UE (Estado B). El padre permanecerá en España y mantendrá contacto con el menor cada cuatro semanas y durante las vacaciones escolares. El progenitor pagará mensualmente un derecho de alimentos en favor del menor de 200 euros. Las partes finalizan un acuerdo de mediación por escrito, todavía no hay un proceso judicial abierto.

Paso I: Instrumentos de la UE aplicables para identificar en qué Estado debe homologarse el acuerdo de mediación para hacer el mejor uso de los mecanismos de reconocimiento y ejecución incluidos en los textos de la UE y en el derecho internacional.

Para los supuestos de reubicación internacional de menores los acuerdos, como el descrito en el supuesto, que tratan sobre aspectos de responsabilidad parental, el lugar de residencia habitual del menor en el momento en el que el acuerdo se adopta es el criterio más adecuado para hacer el acuerdo legalmente vinculante y ejecutivo. En consecuencia, en un supuesto como el actual en el que los progenitores quieren hacer el acuerdo legalmente válido y ejecutivo antes de la reubicación del menor, España, como Estado de la residencia habitual del menor, es el criterio de competencia más adecuado para ello.



Paso 2: Opciones que ofrece el derecho español para hacer el acuerdo legalmente vinculante en España

Opción 1

Conforme al ordenamiento español los progenitores tienen que iniciar un proceso judicial para hacer que el acuerdo sea legalmente vinculante y ejecutivo (solo es posible bajo el Método A, véase la Herramientas española de Buenas Prácticas).

Pueden distinguirse dos situaciones:

(1) Si hay matrimonio:

a) Si hay mutuo acuerdo, el procedimiento seguirá el canal dispuesto en el Artículo 777 de la LEC.

b) Si no hay mutuo acuerdo, en virtud del Artículo 770 de la LEC, el procedimiento aplicable será la vista oral.

En el caso de una vista oral, es aconsejable remitir el caso a mediación entre el momento de la cita y la celebración de la vista. En consecuencia, la idea es que la reunión informativa tenga lugar antes de la vista porque, según han señalado algunos especialistas, ahorra tiempo.

Si las partes han alcanzado un acuerdo mutuo, es necesario que acudan al tribunal con los siguientes documentos: el documento que inicia el procedimiento, la documentación a la que se hace referencia en el Artículo 777 de la LEC, la propuesta de convenio regulador y el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación.

En ambas situaciones se exige la presencia de un

abogado y, además, en virtud del sistema español, la mediación será posible en cualquier etapa del proceso, incluyendo durante la ejecución.

(2) Si la pareja no está casada:

Dispondrán de procedimientos judiciales si las partes desean la aprobación de un acuerdo que trate de lo siguiente: Libro IV Título I de la LEC:

-responsabilidad parental, en particular si, como se propone, se debe decidir (en el contexto de patria potestad compartida) sobre la reubicación de un niño; en consecuencia, se establecerá tanto los derechos de custodia y de visita como el derecho de alimentos del niño.

En estos casos, deben iniciarse procedimientos relacionados con los menores para establecer tales medidas o para obtener la aprobación del acuerdo alcanzado en este sentido (Artículo 748.6 de la LEC, Artículo 777 de la LEC).

Las partes tienen que llevar el acuerdo al tribunal que lo aprobará, previo informe del Ministerio Fiscal, si considera que el acuerdo es conforme al interés del menor. El tribunal incorpora el acuerdo en su decisión judicial que pone fin al proceso.

¿Qué tribunal tiene la competencia territorial?:

(1) Si hay matrimonio:

1) El Juzgado de Primera Instancia del lugar de domicilio conyugal. En el caso de residir en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

2) Si el proceso se hace de mutuo acuerdo, será competente el tribunal del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes (Artículo 769.2 LEC).

Resumen

(2) Si la pareja no está casada:

Para:

- *responsabilidad parental (custodia y derechos de visita) -y obviamente en este caso se trata de una solicitud de reubicación de un niño -, o la reclamación de alimentos de un progenitor contra el otro en nombre de los niños.*

En relación con la competencia territorial, en todos los asuntos indicados antes, serán competentes los tribunales que se indica a continuación:

El Juzgado de Primera Instancia del lugar de la última residencia común de los progenitores. En el caso de residir en distintos partidos judiciales, el tribunal competente será el tribunal del domicilio del demandado¹ o de la residencia del menor, a elección del demandante (Artículo 769.3 LEC)².

¿Es obligatoria la representación a través de abogado?

- Un abogado y un procurador deben ayudar a las partes (Artículo 750.1 de la LEC).

¿Hay otros participantes cuya actuación sea obligatoria?

La participación del Ministerio Fiscal es obligatoria (artículo 749.2 de la LEC).

Tiempo requerido

No es fácil predecir el tiempo aproximado para conseguir un acuerdo legalmente vinculante y ejecutivo. Si se trata de un proceso consensuado (mutual agreement): en menos de 3 meses. Depende de la carga del tribunal que sea competente³.

1 En relación con el concepto de domicilio, véase el Artículo 40 del Cc.

2 Para la interpretación de esta disposición, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) del 16 de octubre de 2012. Interpretación del Artículo 769.3 de la LEC y el Tribunal Supremo favoreció la competencia del lugar de residencia habitual del menor en el interés del niño.

3 https://www.ine.es/en/infografias/infografia_divorcios_en.pdf

Costes que se incurren

No hay tasas judiciales⁴. El coste depende del abogado. Para el procurador sí existen tablas con las tasas oficiales⁵.

4 Real Decreto-ley 3/2013 de 22 de febrero por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita, BOE núm., 47 de 23 de febrero 2013.

5 A modo de ejemplo ratificación judicial del acuerdo de mediación: Honorarios abogado de 400 a 500 euros más IVA en función de que se esté en Madrid capital o en otras demarcaciones; Honorarios del procurador de 150 a 190 en función de que se esté en Madrid capital o en otras demarcaciones.



Resumen

Paso 3

Paso 3: Hacer que el contenido del acuerdo, que ya es legalmente vinculante y ejecutivo en España circule por en territorio de otro Estado miembro (no Dinamarca) con la ayuda de los textos jurídicos de la UE.

Conforme con el derecho español en la situación descrita más arriba, los procesos finalizan con una decisión judicial.

Opción 1 (es obligatorio cuando hay menores que el tribunal homologue el acuerdo, previo informe del Ministerio Fiscal) Método A.

El Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento 4/2009 sobre alimentos serán aplicables.

En la situación (1) cuando hay matrimonio se requerirá:

Bruselas II bis, artículo 39 Anexo I (materia matrimonial)

Bruselas II bis Artículo 39 Anexo II (responsabilidad parental)

Alimentos Reglamento 4/2009, Artículo 20 (Anexo I)

En la situación (2) parejas no casadas se requerirá:

Bruselas II bis Artículo 39 Anexo II (responsabilidad parental)

Brussels II (bis) Artículo 41 Anexo III, (derecho de visita)

Alimentos Reglamento 4/2009, Artículo 20 (Anexo I)

En relación con las situaciones (1) y (2):

1. La certificación relativa a las resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, prevista en el artículo 39 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, se expedirá por el secretario judicial de forma separada y mediante diligencia, cumplimentando el formulario correspondiente que figura en los anexos I y II del Reglamento citado.

2. La certificación judicial relativa a las resoluciones judiciales sobre el derecho de visita, previstas en el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, se expedirá por el juez de forma separada y mediante providencia, cumplimentando el formulario que figura en el anexo III de dicho Reglamento.

En relación con las situaciones (1) y (2) el tribunal que ha homologado el acuerdo tendrá que emitir el certificado incluido en el Anexo I del Reglamento 4/2009 (alimentos).



RESUMEN

de la

HERRAMIENTA DE MEJORES PRACTICAS ESPAÑOLA

para el reconocimiento y la ejecución de los
acuerdos de Derecho de Familia dentro de la UE
(Acuerdo de retorno)



This project was funded by the European Union's Justice Program (2014-2020)

España - Herramienta de mejores prácticas para el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de Derecho de Familia con implicación de niños dentro de la Unión Europea

Autores:

Parte nacional española:

Prof. Dr. Mónica Herranz Ballesteros, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Parte general de la UE:

Juliane Hirsch, LL.M., Consultant on Private International Law and International Family Law

1ª Edición 2020
Berlín

(c) J. Hirsch & M. Herranz, all rights reserved

El proyecto AMICABLE es un proyecto cofinanciado por la UE concebido por el coordinador del proyecto MiKK - Centro Internacional de Mediación para Conflictos Familiares y Secuestro de Niños. El proyecto lo lleva a cabo un consorcio de socios de cuatro países diferentes de la UE: la Universidad de Milán-Bicocca (Italia), la Universidad de Wrocław (Polonia), la Universidad de Alicante (España) y MiKK (Alemania). Los asociados del Consorcio han elaborado cuatro instrumentos de mejores prácticas específicos para sus respectivos países. Para obtener más detalles sobre el proyecto AMICABLE, por favor consulte el sitio web del proyecto:

<https://www.amicable-eu.org/>



Consorcio:



Resumen

Paso 1



España

Resumen - Supuesto de sustracción internacional de menores - acuerdo de retorno

(Para más información por favor consulte la Herramienta española de Buenas Prácticas)

Desplazamiento internacional de menores entre Estados Miembros de la UE

Una pareja no casada, padres un menor de 10 años con residencia en el Estado B, decide romper su relación. Ambos ejercen la patria potestad conjunta. En contra del deseo del progenitor la madre traslada al menor a España, su Estado de origen, con la intención de asentarse de nuevo en citado país. Dado que la madre no retorna al menor al Estado B de forma voluntaria el progenitor interpone, ante la autoridad española, una solicitud de restitución del menor conforme al Convenio de La Haya de 1980 de sustracción internacional de menores.

Al mismo tiempo en el se está resolviendo el proceso de retorno los progenitores deciden seguir un proceso especializado de mediación y llegan a un acuerdo en torno a la restitución del menor y en el que se incorporan los siguientes aspectos:

- La madre y el menor regresarán al Estado B, (se dan detalles de la modalidad de retorno y el pago del coste del mismo)
- Los padres ejercerán de forma conjunta la patria potestad. La progenitora tendrá el derecho de custodia.
- El menor vivirá con su madre en el Estado B; el menor y el progenitor mantendrán contacto regular (se incluyen en el acuerdo todos los detalles)
- El progenitor pagará una cantidad fijada mensualmente en concepto de derecho de alimentos (los detalles se establecen en el acuerdo)

Paso I: Instrumentos de la UE aplicables para identificar en qué Estado debe homologarse el acuerdo de mediación para hacer el mejor uso de los mecanismos de reconocimiento y ejecución incluidos en los textos de la UE y en el derecho internacional.

En supuestos de sustracción internacional de menores existen reglas de competencia judicial internacional especiales aplicables a la responsabilidad parental conforme con el artículo 10 de Bruselas II bis (su equivalente se encuentra en el Artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996). Estas reglas preservan la competencia de las autoridades de la

residencia habitual del menor antes del desplazamiento. Además el artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores bloquea (impide) que las autoridades del Estado al que el menor ha sido desplazado (Estado A) decidan en torno al derecho de custodia desde el momento que la autoridad es informada del desplazamiento ilícito del menor hasta que se determina bien que el menor no ha de ser retornado, bien no se ha presentado una solicitud de devolución dentro de un tiempo razonable.

Este conjunto de reglas tienen el propósito de proteger a los menores afectados por situaciones de sustracción internacional. Las reglas se asientan

sobre la noción de que el foro más apropiado para determinar el derecho de custodia es normalmente el Estado de la residencia habitual del menor (Estado B) (ver el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis), el desplazamiento o la retención del menor por uno de los progenitores violando el derecho de custodia del otro no debe conllevar un cambio en la competencia judicial internacional ni proporcionar ventajas procesales para el progenitor sustractor.

En consecuencia, uno podría verse tentado con enviar simplemente a las partes al Estado B para que estas hagan ejecutivo el acuerdo de retorno, mientras que las autoridades del Estado A (España) pierden la competencia judicial internacional en relación al derecho de custodia. Sin embargo, esta situación puede ser prejudicial en la práctica.

El tiempo es esencial en los supuestos de sustracción internacional de menores, por tanto el tribunal que tiene que resolver sobre la devolución del menor en el Estado A tiene la obligación de resolver rápidamente (en un tiempo de seis semanas impuesto por el artículo 11 (3) del Reglamento Bruselas II bis). Las autoridades del Estado B no tienen impuesta dicha obligación temporal para hacer el acuerdo legalmente vinculante y ejecutivo. Para las partes que han negociado el acuerdo es fundamental evitar que el mismo sea parcialmente vinculante.

Cuando el proceso de devolución termina con una orden de devolución y las condiciones del acuerdo para la devolución del menor -el derecho de custodia y el derecho de visita- que han de aplicarse tras el retorno del menor no son todavía legalmente vinculantes, el acuerdo será parcialmente válido (en lo relativo al retorno) lo que sin duda puede ser una fuente de nuevos conflictos. Incluso cuando las autoridades del Estado B están listas para actuar con rapidez y hacer el acuerdo legalmente vinculante en el marco del tiempo que el juez de la restitución tiene para intervenir, pueden surgir las dificultades cuando las autoridades del Estado B requieran la presencia del progenitor que ha sustraído al menor así como al propio menor.

Jueces especializados han desarrollado durante las últimas décadas una guía de buenas prácticas y herramientas (así como la cooperación judicial directa) para asistir a las partes en la defensa de una solución amistosa. En la práctica hay que agradecer a los Jueces de La Haya su compromiso personal, el esfuerzo de los jueces especializados de la Red Internacional de Jueces de La Haya, así como a la Red Judicial Europea, con el propósito de adoptar soluciones prácticas para lograr la fuerza vinculante de los acuerdos, a pesar de los desafíos impuestos por los sistemas nacionales involucrados.

El camino a seguir puede resumirse en dos posibilidades: (1) Hacer vinculante el acuerdo de retorno por parte del tribunal que resuelve la devolución del menor (Estado A); (2) Hacer lo que sea posible para que el acuerdo se haga vinculante lo más rápidamente posible en el Estado B, preferiblemente antes de que el proceso de devolución en el Estado A haya terminado.

Para procesos que comienzan después del 1 de Agosto de 2022 el nuevo Bruselas II a (refundido) permitirá una prórroga de la competencia judicial internacional en la misma línea que el artículo 10, [ver artículo 9 del Reglamento Bruselas II bis (refundido)]. En su Considerando 22 anima a los Estados miembros que han concentrado la competencia a: "(...) considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido la demanda de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental en caso de que el acuerdo entre las partes se haya alcanzado durante los procedimientos de restitución. Este tipo de acuerdos debe incluir tanto los acuerdos de restitución como los de no restitución del menor. Si se acuerda la no restitución, el menor deber permanecer en el Estado miembro del nuevo lugar de residencia habitual y la competencia para cualquier futuro procedimiento de custodia que se inicie allí debe determinarse sobre la base del nuevo lugar de residencia habitual del menor".

El siguiente resumen de la normativa nacional re-

Resumen

mite a la situación que hay en la actualidad con el Reglamento Bruselas II bis, pero también será útil para los casos a los que es aplicable el Reglamento Bruselas II bis (refundido) dado que resaltaré qué competencias tiene el tribunal que está resolviendo la sustracción del menor (el juez de La Haya) para, conforme a su derecho nacional, hacer legalmente vinculante y ejecutivas las decisiones adoptadas en materias contenidas en un acuerdo de retorno.



Paso 2: ¿Cómo puede el Tribunal que está resolviendo un proceso de retorno en España ayudar para que el acuerdo sea legalmente vinculante y ejecutivo? ¿Puede el tribunal que está decidiendo sobre el retorno del menor hacer el acuerdo de retorno legalmente vinculante en todos los extremos cuando la competencia judicial internacional la sigue teniendo las autoridades del Estado A? ¿Qué puede hacer el juez que está decidiendo sobre el retorno para ayudar a que el resto del acuerdo sea vinculante en el Estado B?

(1) ¿Qué tribunal español tiene competencia para resolver sobre el proceso de retorno/ está especializado/ está la competencia concentrada en supuestos de sustracción internacional de menores?

Será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda (artículo 778 LEC).

(2) *¿El derecho nacional español permite al tribunal que está resolviendo un supuesto de sustracción internacional de menores (asumiendo que la competencia judicial internacional ha cambiado) hacer legalmente vinculante y ejecutivo el acuerdo en todas sus partes (no retorno, derecho de custodia y de visita, derecho de alimentos)?*

Es verdad que la redacción del Artículo 778.12 (quinquies) está abierta en el sentido de que no delimita el asunto de la mediación y, en consecuencia, no limita la ejecución de los posibles acuerdos alcanzados.

Lo que parece claro es que los tribunales españoles, como la autoridad que entiende la restitución, tienen la competencia para aprobar todo acuerdo que las partes hayan acordado establecer: detalles de la restitución (día, hora, etc.), modos de resti-

tución del menor, pago del viaje de retorno, quién acompaña al menor, etc. (Artículo 778.9 quinquies y párrafo 10). Así, la autoridad española en su resolución de restitución puede aprobar que parte del acuerdo relativo a la forma y el límite temporal de la ejecución, ser capaz de adoptar las medidas necesarias para evitar una nueva retención o traslado ilícitos del menor después de la notificación de la sentencia.

Con relación a la posibilidad de aprobar otros aspectos con los que puedan haber podido tratar las partes, el Artículo 778.9 quinquies especifica de modo exhaustivo que: el juez emitirá una resolución en la que decidirá **únicamente** sobre si el traslado o la retención son ilícitos y decidirá si el menor debe restituirse a la persona, institución o cuerpo responsable de su custodia o devolverse al lugar de origen para permitir que el demandante realice los preparativos para la estancia, comunicación o relación con el menor, teniendo en cuenta los mejores intereses del menor y en las condiciones del convenio que proceda o de las disposiciones de la Unión Europea sobre el tema, según sea apropiado.

En consecuencia, en principio, creemos que el Tribunal carece de competencia para aprobar la parte del acuerdo que trate de otros aspectos.

- a. ¿Es obligatoria la representación a través de abogado?
Sí, es obligatoria.
- b. ¿Hay otros participantes cuya actuación sea obligatoria?
El Ministerio Fiscal
- c. ¿Se escucha en el proceso al menor?

El menor tiene que ser generalmente escuchado antes de que el tribunal adopte una decisión. El tribunal, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil así como con el Código civil, dependiendo de la edad y de la madurez del menor escuchará al menor. En el caso específico de sustracción el tribunal puede requerir que

Resumen

se utilice la video conferencia (expresamente se refiere a este medio el artículo 778.8 quinquies de la LEC).

- (1) ***¿Qué opciones tiene el tribunal que está decidiendo en torno a la devolución del menor,*** en consonancia con la normativa procesal interna, para asistir a las partes en hacer vinculante el acuerdo en el Estado B (cooperación judicial directa etc..)?

Para facilitar las comunicaciones judiciales directas entre los organismos jurisdiccionales en distintos países, si es posible y el juez lo considera necesario, puede recurrirse a la ayuda de las Autoridades Centrales, a las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, a los miembros de la Red Internacional de La Haya y a los jueces de enlace en la Red Judicial europea (Artículo 778.7 LEC).

Hay mucha información elaborada por el Consejo General del Poder Judicial en relación a la Red Judicial¹.

¹ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Redes-Judiciales/Red-Judicial-Espanola---REJUE/>

Cambio de perspectiva. Se asume que el menor ha sido desplazado o retenido en el Estado B. España es el Estado de retorno del menor (Estado de la residencia habitual del menor)

El proceso de retorno se lleva a cabo en el Estado B, ¿cómo pueden las partes que han finalizado un acuerdo sobre el derecho de custodia y de visita, hacer eficaz el acuerdo, antes de que el tribunal decida en torno a la devolución del menor, si la competencia sigue teniendo la autoridad española?

En el sistema español para hacer legalmente eficaz el acuerdo sobre el derecho de custodia y de visita solo es posible mediante una decisión judicial que lo homologue (véase la Herramienta española).

El acuerdo tiene que ser aprobado por el tribunal con el informe del Ministerio Fiscal. No existe un proceso específico al respecto.

a. ¿Que Tribunal tiene competencia?

En relación con la competencia territorial, en todos los asuntos indicados antes, serán competentes los tribunales que se indica a continuación:

El Juzgado de Primera Instancia del lugar de la última residencia común de los progenitores. En el caso de residir en distintos partidos judiciales, el tribunal competente será el tribunal del domicilio del demandado² o de la residencia del menor, a elección del demandante (Artículo 769.3 LEC)³.

b. *¿Es obligatoria la representación a través de abogado?*

Sí (artículo 750.1 LEC).

c. ¿Hay otros participantes cuya actuación sea obligatoria?

Ministerio Fiscal (artículo 749.2 LEC).

² En relación con el concepto de domicilio, véase el Artículo 40 del Cc.

³ Para la interpretación de esta disposición, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) del 16 de octubre de 2012. Interpretación del Artículo 769.3 de la LEC y el Tribunal Supremo favoreció la competencia del lugar de residencia habitual del menor en el interés del niño.

d. ¿Es necesario escuchar al menor? Si es así puede hacerse a través de una comunicación a larga distancia?

El Artículo 777.5 de la LEC establece la obligación de escuchar a los menores en los procedimientos si tienen suficiente juicio cuando se considere necesario ex officio o a solicitud del Ministerio Fiscal, de las partes o de los miembros del equipo técnico del tribunal, o del menor mismo.

Cualquier proceso que se haya comenzado en España exige la presencia del progenitor que haya realizado la sustracción y del menor. Esta situación se complica más si, como en el caso del sistema español, el secuestro es un delito. La posibilidad de usar el Reglamento 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 sobre la cooperación entre los tribunales de los Estados miembros en la obtención de pruebas en asuntos civiles o mercantiles permitiría al juez español usar videoconferencia.

El juez, de conformidad con diversos artículos de la LEC y del Cc, escuchará al menor, dependiendo de su edad y su grado de madurez, aunque como en el caso del secuestrador, puede solicitarse que se haga por videoconferencia (su uso en casos de sustracción se contempla expresamente en el Artículo 778.8 quinquies)⁴.

a. Tiempo requerido

Es muy complicado determinar el tiempo. Aproximadamente es posible en mes y medio o dos meses y medio.

b. Costes en los que se incurren

Derecho de familia no hay tasas judiciales. Si bien hay que contar con los gastos del abogado así como del procurador.

⁴ En el examen del menor, se garantizará que pueda oírsele en condiciones adecuadas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencia de otras personas, y excepcionalmente con la ayuda de especialistas en los casos necesarios. Esta acción puede realizarse por medio de videoconferencia o de otro sistema similar.



RESUMEN

de la

HERRAMIENTA DE MEJORES PRACTICAS ESPAÑOLA

para el reconocimiento y la ejecución de los
acuerdos de Derecho de Familia dentro de la UE
(Acuerdo de no-retorno)



Uniwersytet
Wrocławski



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



This project was funded by the European Union's Justice
Program (2014-2020)

España - Herramienta de mejores prácticas para el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de Derecho de Familia con implicación de niños dentro de la Unión Europea

Autores:

Parte nacional española:

Prof. Dr. Mónica Herranz Ballesteros, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Parte general de la UE:

Juliane Hirsch, LL.M., Consultant on Private International Law and International Family Law

1ª Edición 2020
Berlín

(c) J. Hirsch & M. Herranz, all rights reserved

El proyecto AMICABLE es un proyecto cofinanciado por la UE concebido por el coordinador del proyecto MiKK - Centro Internacional de Mediación para Conflictos Familiares y Secuestro de Niños. El proyecto lo lleva a cabo un consorcio de socios de cuatro países diferentes de la UE: la Universidad de Milán-Bicocca (Italia), la Universidad de Wrocław (Polonia), la Universidad de Alicante (España) y MiKK (Alemania). Los asociados del Consorcio han elaborado cuatro instrumentos de mejores prácticas específicos para sus respectivos países. Para obtener más detalles sobre el proyecto AMICABLE, por favor consulte el sitio web del proyecto:

<https://www.amicable-eu.org/>



Consorcio:



Resumen



Paso 1

España

Resumen - Supuesto de sustracción internacional - acuerdo de no retorno

en casos en los que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental ha cambiado en favor del Estado al que el menor ha sido trasladado

(Casos en los que la competencia judicial internacional no ha sido cambiada serán resueltos bajo el supuesto de Sustracción internacional -acuerdo de retorno del menor)

(Para los detalles, por favor, consulte la Herramienta española Buenas Prácticas)

Desplazamiento internacional de menores entre Estados Miembros de la UE

Una pareja no casada, padres un menor de 10 años con residencia en el Estado B, decide romper su relación. En contra del deseo del progenitor la madre traslada al menor a España, su Estado de origen, con la intención de asentarse de nuevo en citado país. Dado que la madre no retorna al menor al Estado B de forma voluntaria el progenitor interpone, ante la autoridad española, una solicitud de restitución del menor conforme al Convenio de La Haya de 1980 de sustracción internacional de menores.

Al mismo tiempo en el que se está resolviendo el proceso de retorno los progenitores deciden seguir un proceso especializado de mediación y llegan a un acuerdo en torno a la restitución del menor y en el que se incorporan los siguientes aspectos:

- La madre y el menor no regresarán al Estado B, ambos vivirán en España
- Los padres ejercerán de forma conjunta la patria potestad. La progenitora tendrá el derecho de custodia.
- El menor mantendrá con el progenitor un contacto regular (se incluyen en el acuerdo todos los detalles, así como se establece el pago de los gastos de los viajes).
- El progenitor pagará una cantidad fijada mensualmente en concepto de derecho de alimentos (los detalles se establecen en el acuerdo).

Paso I: Instrumentos de la UE aplicables para identificar en qué Estado debe homologarse el acuerdo de mediación para hacer el mejor uso de los mecanismos de reconocimiento y ejecución incluidos en los textos de la UE y en el derecho internacional.

En los supuestos de sustracción internacional de menores en los que ha cambiado la competencia judicial internacional para las materias de responsabilidad parental hacia el tribunal donde el menor

fue trasladado, conforme al artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis (su equivalente se encuentra en el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996), en este caso la competencia judicial internacional de la autoridad española, es la más adecuada para hacer el acuerdo de no retorno del menor legalmente vinculante y exigible.

Estos casos son más fáciles de solventar que aquellos en los que la competencia judicial internacional no ha cambiado. Sin embargo, las previsiones de la normativa nacional pueden dificultar que el acuer-

do sea legalmente vinculante en el plazo impuesto de seis semanas, tiempo establecido para resolver el proceso abierto de restitución del menor (artículo 11.3 del Reglamento Bruselas II bis). Para las partes que han negociado un acuerdo de no retorno es crucial evitar que el acuerdo sea parcialmente vinculante. Cuando el proceso de retorno finaliza con una orden de no devolución, mientras que en el acuerdo de mediación las partes acordaron tanto el no retorno del menor, como el establecimiento del derecho de custodia en favor de uno, así como el derecho de visita y tales medidas no son legalmente vinculantes aún, esto supone un acuerdo es legalmente vinculante pero solo parcialmente lo que puede ser de nuevo una fuente de conflictos.

do, el análisis será más útil para los casos a los que sea aplicable el Reglamento Bruselas II bis (refundido) dado que resaltaré qué competencias tiene el tribunal que está resolviendo la sustracción del menor (el juez de La Haya) para, conforme a su derecho nacional, hacer legalmente vinculante y ejecutivas las decisiones adoptadas en materias contenidas en un acuerdo de retorno.

Para procesos que comienzan después del 1 de Agosto de 2022 el nuevo Bruselas II a (refundido) permitirá una prórroga de la competencia judicial internacional en la misma línea que el artículo 10, [ver artículo 9 del Reglamento Bruselas II bis (refundido)]. En su Considerando 22 anima a los Estados miembros que han concentrado la competencia a: “(...) considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido la demanda de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental en caso de que el acuerdo entre las partes se haya alcanzado durante los procedimientos de restitución. Este tipo de acuerdos debe incluir tanto los acuerdos de restitución como los de no restitución del menor. Si se acuerda la no restitución, el menor deber permanecer en el Estado miembro del nuevo lugar de residencia habitual y la competencia para cualquier futuro procedimiento de custodia que se inicie allí debe determinarse sobre la base del nuevo lugar de residencia habitual del menor”.

El siguiente resumen de la normativa nacional remite a la situación que hay en la actualidad con el Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, aunque el foco de interés se centra en supuestos en los que la competencia judicial internacional ha cambia-

Resumen

Subtitle of Section



Paso 2: ¿Cómo puede el Tribunal que está resolviendo un proceso de retorno en España ayudar para que el acuerdo sea legalmente vinculante y ejecutivo? ¿Puede el tribunal que está decidiendo sobre el retorno del menor hacer el acuerdo de no retorno legalmente vinculante y ejecutivo de forma simultánea a la finalización del proceso judicial de retorno? En caso de que no sea posible, ¿qué puede hacer el juez que está decidiendo sobre el retorno para asistir en el proceso de hacer el acuerdo legalmente vinculante en el Estado A de forma más rápida?

(1) ¿Qué tribunal español tiene competencia para resolver sobre el proceso de retorno/ está especializado/ está la competencia concentrada en supuestos de sustracción internacional de menores?

Será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda (artículo 778 LEC). Esta competencia se encuentra especializada.

(2) **¿El derecho nacional español permite al tribunal que está resolviendo un supuesto de sustracción internacional de menores (asumiendo que la competencia judicial internacional ha cambiado) hacer legalmente vinculante y ejecutivo el acuerdo en todas sus partes (no retorno, derecho de custodia y de visita, derecho de alimentos)?**

Es verdad que la redacción del Artículo 778.12 (quinquies) queda abierta en el sentido de que no delimita el asunto de la mediación y, en consecuencia, no limita la ejecución de los posibles acuerdos alcanzados.

Lo que parece claro es que los tribunales españoles, como la autoridad que entiende la restitución, tienen la competencia para aprobar todo acuerdo que las partes hayan acordado establecer: detalles de la restitución (día, hora, etc.), modos de restitución del menor, pago del viaje de retorno, quién acompaña al menor, etc. (Artículo 778.9 quinquies y párrafo 10). Así, la autoridad española en su resolución de restitución puede aprobar qué parte del acuerdo relativo a la forma y el límite temporal de la ejecución, será capaz de adoptar las medidas necesarias para evitar una nueva retención o traslado ilícitos del menor después de la notificación de la sentencia.

Con relación a la posibilidad de aprobar otros aspectos con los que puedan haber podido tratar las partes, el Artículo 778.9 quinquies de la LEC especifica de modo exhaustivo que: el juez emitirá una resolución en la que decidirá **únicamente** sobre si el traslado o la retención son ilícitos y decidirá si el menor debe restituirse a la persona, institución o cuerpo responsable de su custodia o devolverse al lugar de origen para permitir que el demandante realice los preparativos para la estancia, comunicación o relación con el menor, teniendo en cuenta los mejores intereses del menor y en las condiciones del convenio que proceda o de las disposiciones de la Unión Europea sobre el tema, según sea apropiado.

En consecuencia, en principio, creemos que el tribunal carece de competencia para aprobar la parte del acuerdo que trate de otros aspectos.

a. ¿Es obligatoria la representación a través de abogado?

Sí, es obligatoria.

b. ¿Hay otros participantes cuya actuación sea obligatoria?

El Ministerio Fiscal

c. ¿Se escucha en el proceso al menor?

El menor tiene que ser generalmente escuchado antes de que el tribunal adopte una decisión. El tribunal, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como con el Código civil, dependiendo de la edad y de la madurez del menor escuchará al menor. En el caso específico de sustracción el tribunal puede requerir que se utilice la video conferencia (expresamente se refiere a este medio el artículo 778.8 quinquies de la LEC).