



Roj: **AAP T 960/2017 - ECLI:ES:APT:2017:960A**

Id Cendoj: **43148370012017200164**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2017**

Nº de Recurso: **393/2017**

Nº de Resolución: **215/2017**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **MANUEL HORACIO GARCIA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

TARRAGONA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUM . 393/17

SUSTRACCIÓN MENORES NUM. 410/2016

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 3 DIRECCION000

A U T O num. 215/17

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

Dª Mª Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Horacio García Rodríguez

Tarragona, 27 de julio 2017.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 393/2017 frente al auto de 31 marzo 2017, recaído en Sustracción menores nº 410/2016, tramitado por Juzgado Nº 3 de DIRECCION000, a instancia de D. Eulogio, como demandante-apelante, y Dña. Belen, como demandada, siendo parte el Ministerio Fiscal, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto antes señalado, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: "Se desestima íntegramente la oposición formulada por la parte ejecutada, ordenando la continuación del procedimiento por las cantidades objeto de despacho. Se imponen a la parte ejecutada las costas causadas en este incidente".

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el/la Ilmo/a Sr./a Magistrado/a Ponente D. Manuel Horacio García Rodríguez.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida deniega la atribución de la custodia exclusiva del hijo menor, Narciso , nacido el NUM000 -2009, a su padre D. Eulogio debido a que aquel se encuentra fuera del territorio español por lo que el cambio de custodia no puede hacerse efectiva, máxime sin haber oído a la madre, Dña. Belen , y al propio niño. El padre apela y el Ministerio Fiscal defiende la decisión.

SEGUNDO.- El recurso insiste en el cambio de custodia a favor del padre invocando lo dispuesto en el art. 158 CC y que la situación del menor con su madre no es la más aconsejable para su desarrollo integral viviendo en un BARRIO000 .

El itinerario procesal seguido hasta este momento es el siguiente:

1) Las progenitores, residentes en DIRECCION000 y de **nacionalidad** nicaragüense, se divorciaron por sentencia de 1 octubre 2012 en la que se atribuyo a la madre la guarda exclusiva del hijo menor, Narciso .

2) La madre solicito y obtuvo autorización del padre para viajar con el menor a Nicaragua del día 24 agosto 2016 al 12 septiembre 2016. Según le manifestó, iba a dar a luz a un nuevo hijo habido de una segunda relación y después sería mas complicado y caro viajar.

3) Ya antes de la fecha fijada para el retorno del menor, el 1 de septiembre 2016, la madre adelanto al progenitor que no regresaría a España con el menor, como así sucedió el día 12 septiembre 2016.

4) Al amparo del Convenio de La Haya 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del que España y Nicaragua son parte, se solicito por la Autoridad Central Española la restitución voluntaria del menor a lo que las autoridades requeridas no accedieron en base a que la madre alegó de impago de alimentos y maltrato, lo que supuso la judicialización de la restitución.

5) D. Eulogio solicito judicialmente la restitución del menor considerando que era ilícita al amparo del art. 3 del Convenio de La Haya 1980 , pero posteriormente manifestó que la solicitud de restitución la formularía en Nicaragua y pidió el cambio urgente de guarda y custodia al amparo del art. 158 CC , en realidad el art. 236-3 CCCat , para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial al menor, y es sobre esta última petición sobre la que se ha resuelto y versa el recurso.

TERCERO.- Si nos ceñimos al cambio de petición -indebido por suponer mutación de demanda y porque el Juzgado podía perfectamente tramitar la solicitud de restitución- formulada por el padre D. Eulogio , de atribución de guarda y custodia exclusiva como medida urgente para proteger a su hijo, Narciso , tenemos que señalar que carecemos de prueba sobre la situación en que se encuentra en menor en Nicaragua. Sabemos que está con su madre, tía materna, y un nuevo hermano, pero desconocemos su devenir vital, y más aun no se ha oído a la otra progenitora sobre la misma, y en este sentido el art. 236-11.4 CCCat es claro sobre la necesidad de audiencia del otro progenitor y al hijo con suficiente juicio, al margen de las dificultades que esa resolución sin audiencia tendría para ser reconocida en Nicaragua (art. 13 y 20 Convenio La Haya 1980).

CUARTO.- Al desestimar el recurso las costas al apelante (art. 398.1 LEC).

FALLO

El Tribunal decide:

1º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por D. Eulogio frente al auto de 31 marzo 2017 , dictado por el Juzgado Nº 3, de DIRECCION000 , en Restitución de Menor nº 410/2016, que se confirma.

2º.- Con imposición de costas al apelante.

Y perdida del depósito constituido.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.