



Roj: **SAP PO 2389/2020 - ECLI: ES:APPO:2020:2389**

Id Cendoj: **36057370062020100547**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **10/12/2020**

Nº de Recurso: **452/2020**

Nº de Resolución: **533/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00533/2020

Modelo: N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - DIRECCION000

Teléfono: 986817388-986817389 **Fax:** 986817387

Correo electrónico: seccion6.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: AP

N.I.G. 36057 42 1 2015 0007507

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000452 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 12 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: MHC MODI. MEDIDAS CON RELACION HIJOS EXT. SUP. CO 0000118 /2019

Recurrente: Encarnacion

Procurador: MARIA JOSE TORO RODRIGUEZ

Abogado: TERESA VICARIO FERNANDEZ

Recurrido: Federico

Procurador: MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ

Abogado: MARIA ALICIA TORRES CASTROMIL

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE DIRECCION000 , compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados JAIME CARRERA IBARZABAL, MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 533/20

En DIRECCION000 , a diez de diciembre de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de MODI. MEDIDAS CON RELACION HIJOS EXT. SUP. CO 0000118 /2019, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 12 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000452 /2020, en los que aparece como parte apelante, Encarnacion , representado por el Procurador de los



tribunales, Sr./a. MARIA JOSE TORO RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D. TERESA VICARIO FERNANDEZ, y como parte apelada, Federico , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ, asistido por el Abogado D. MARIA ALICIA TORRES CASTROMIL.

Ha sido Ponente la Ilma.Sra. Magistrada D^a. MAGDALENA FERNANDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 12 de DIRECCION000 , con fecha 6 de Marzo de 2020, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" Que desestimando la demanda formulada por la representación procesal de Encarnacion Frente a Federico acuerdo:

- No haber lugar a otorgar a Encarnacion autorización para tomar la decisión de trasladar la residencia de la hija común Mercedes a Japón y consecuentemente se deniega autorización para su matriculación en la Escuela Infantil " DIRECCION001 en DIRECCION002 .

- No modificar el régimen de visitas, comunicación y estancias paterno-filiales establecido en sentencia dictada por este juzgado el 2 de Junio de 2016 (auto 740/2015 Familia, guarda, custodia y alimentos de hijos menor no matrimonial) que regula las relaciones familiares en la forma establecida en su Fundamento Jurídico Segundo.

No procede hacer pronunciamiento sobre pago de costas procesales.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador MARIA JOSE TORO RODRIGUEZ , en nombre y representación de Encarnacion , se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede DIRECCION000 , señalándose para la deliberación del presente recurso el día 10/12/20

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Doña Encarnacion interpuso demanda de modificación de medidas, solicitando se autorizase a la misma a para tomar la decisión de trasladar la residencia de la menor Mercedes , nacida el NUM000 2014, a residir a la localidad de DIRECCION002 (Japón). Aducía en su demanda que la decisión de trasladarse obedecía a las siguientes razones, la progenitora nació en Japón, dado que su familia, que pertenece al CAMINO000 , se trasladó a ese país a desarrollar una labor misionera; tuvo una inmersión total en la cultura, idioma y costumbres del país, hasta que en 2002 toda la familia regreso a España, estableciéndose en Valladolid; en Japón reside Adrian con quien mantiene una relación sentimental, que también desarrolla una labor misionera; añadió que tiene una oferta de trabajo en Japón con posibilidad de incorporación inmediata y contrato indefinido, así como la posibilidad de alquilar una casa y que la menor seria admitida en la Escuela Infantil que señala.

Se opuso el demandando, quien tras esgrimir una serie de razones tendentes a desvirtuar las rendidas por la actora, hizo especial hincapié en que el interés que realmente se debe proteger es el de la menor, la cual ha nacido y se ha criado en España y que, al igual que sus dos progenitores y toda su familia paterna y materna, es española, estando plenamente adaptada a este país y a sus costumbres. Asimismo, se opuso a la autorización de traslado el Ministerio Fiscal.

La sentencia deniega la autorización solicitada, pronunciamiento frente al que se alza en apelación la representación de la demandante y el Fiscal.

SEGUNDO: La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del menor, reconociendo en el art. 18 el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño", y declarando en el art. 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño.



La jurisprudencia sobre la controversia aquí planteada establece que "El cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él" (STS 20 de octubre de 2014, RC 2680/2013 y 26 de octubre de 2012, RC 1238/2011). En concreto la primera sentencia dice lo siguiente: "Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio. [...] Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia". También expone la mencionada sentencia del Tribunal Supremo que el cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Por lo tanto, lo importante y relevante no es si se puede coartar la libertad de la progenitora a elegir residencia, sino sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que, como ya se ha dicho, le puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación.

Y, en cuanto al concepto de interés del menor, el mismo ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara" (STS 566/2017, de 19 de octubre).

La prueba practicada pone de relieve lo siguiente:

1. La menor Mercedes vive en España desde su nacimiento, y desde que se produjo la ruptura de sus progenitores vive en Valladolid, teniendo fijado por resolución judicial un régimen de visitas a favor del padre de un fin de semana al mes, que a partir de junio 2016 fue con pernocta, así como la mitad de las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad. No obstante, ha quedado acreditado, en base a las manifestaciones de ambos progenitores rendidas en juicio, que dada la delicada situación económica del progenitor -repartidor de profesión y actualmente en paro- que le impedía asumir un fin de semana completo en Valladolid, los progenitores decidieron de mutuo acuerdo compensar las visitas mensuales de fin de semana con estancias completas de la menor en DIRECCION000 durante las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, de forma que tales períodos vacacionales la menor los vino pasando en compañía de su padre y de la familia paterna -el progenitor convive con sus padres y hermana-, situación que se prolongó hasta diciembre de 2018 en que, tras comunicarle la progenitora por carta -cuyos términos imperativos y unilaterales, son altamente significativos- al padre su decisión de trasladarse a Japón y negarse éste último por considerar que no tenía ni tiene garantías de poder volver a ver su hija, la progenitora impidió dichas estancias.
2. También quedó acreditado que el padre mantiene contacto diario con su hija a través de video conferencia y que los lazos afectivos entre ambos son muy fuertes -la propia progenitora reconoce que la relación de Mercedes con su padre es muy importante-. Se trata, además, de una menor que está plena y perfectamente integrada con la familia paterna y su ámbito de relación. Factores esenciales a ponderar, para determinar el interés superior de la menor.
3. La familia directa -padres y hermanos- tanto de Doña Encarnacion como de Don Federico , residen en España, a salvo el esposo de la primera, con quien contrajo matrimonio después de interpuesta la demanda.
4. Es obvia la considerable distancia que existe entre DIRECCION002 (Japón) y Valladolid o DIRECCION000 (España) y que entre ambas ciudades no existe vuelo directo, con independencia que exista entre Tokio y Madrid. Como es obvia la enorme diferencia entre ambas culturas (costumbres, idioma, horario, comida, etc.).
5. En cuanto al invocado arraigo de la progenitora custodia con el país de destino, salvo que nació en él, no consta tenga vinculación personal, familiar -salvo su actual esposo-, laboral, social o económica alguna, de hecho volvió a su país de origen (España) cuando tenía diez años.



6. Respecto a la cuestión laboral, no la consideramos determinante, pues aunque presenta un precontrato en el que se dice que está prevista su contratación como esteticista, el mismo no representa una prueba sólida y determinante, especialmente cuando en España Doña Encarnacion ha venido compatibilizando, prácticamente de forma ininterrumpida, periodos de actividad laboral con el paro, de hecho la interesada reconoció en el acto del juicio que el último contrato fue de 9 meses y que actualmente percibía una prestación de desempleo.

Pues bien, no hay duda que el pretendido cambio de domicilio de la menor, con traslado de la misma a Japón, con distinta lengua y cultura, es un acto incardinable entre los de ejercicio extraordinario de la patria potestad, tanto por su trascendencia como por su falta de habitualidad y cotidianeidad, hasta el punto que lo convierten en un acto de carácter excepcional y de suma importancia para la vida de la propia menor y de su familia, especialmente de su padre, en tanto que conlleva una modificación sustancial de las condiciones de vida de la misma al suponer, más que una alteración, una transformación radical de su entorno relacional, familiar y social, especialmente, como sería el caso, cuando el traslado se pretende a raíz de una nueva relación sentimental de la madre con un tercero y a un país con el que, al margen de que en él reside el que ya es su esposo, la progenitora no tenía vinculación ni arraigo de ningún tipo desde hace diecisiete años, al menos no lo ha acreditado de una forma fundada y seria, país, en el que, a priori, la menor necesariamente tendría que realizar un sobreesfuerzo de adaptación e integración en una nueva cultura y forma de vida, que será especialmente difícil si la lengua del país de destino le resulta desconocida.

Pero hay más, en el caso concreto, de autorizar el peticionado cambio, la principal cuestión que se vería afectada sería la relación de la niña con su padre y su familia paterna y materna, así como con su entorno. Y es que, tanto el padre como su familia paterna, residen en DIRECCION000, de modo que el contacto con la menor se vería seriamente afectado si ésta se encuentra en Japón, pues nada garantiza unos traslados de tan elevado coste personal y económico, como tampoco, dada la diferencia horaria, nada garantiza los actuales contactos diarios por videoconferencia, y, lo más importante, lo que de sobremanera condiciona la autorización de traslado de residencia de la menor a DIRECCION002 (Japón) es la posible afectación de su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad y, desde luego, la más que previsible quiebra del necesario contacto con su progenitor y familia.

Por tanto, como ya concluyera la Sentencia de instancia, no aparece justificado el traslado de residencia del menor a Japón, pues consideramos que un cambio tan radical e importante no redundaría en beneficio de la menor.

TERCERO: Las costas de esta instancia se imponen a la parte apelante (art. 398 LEC).

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña María José Toro Rodríguez, en nombre y representación de Doña Encarnacion, frente a la sentencia dictada en fecha 7 de marzo 2020 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 12 (Familia) de DIRECCION000, en procedimiento de Modificación de Medidas núm.118/2019, la cual se confirma en su integridad, imponiendo las costas procesales a la parte apelante.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC, debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.