



Roj: **AAP TF 120/2015 - ECLI:ES:APTF:2015:120A**

Id Cendoj: **38038370012015200002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2015**

Nº de Recurso: **343/2015**

Nº de Resolución: **133/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANTONIO MARIA RODERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

?

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 40

Fax.: 922 208644

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000343/2015

NIG: 3802841120150000229

Resolución:Auto 000133/2015

Proc. origen: Jurisdicción voluntaria. General Nº proc. origen: 0000048/2015-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Puerto de la Cruz

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Fiscal M.FISCAL

Apelado Dolores Francisco Javier Reyes Lopez Ana Isabel Estelle Afonso

Apelante Jose Ramón Maria Carmen Contreras Gonzalez Maria De Los Angeles Martin Felipe

**AUTO**

Rollo nº 343/2015

Autos nº 48/2015

Jdo. 1ª Instancia e Instrucción nº 2 del Puerto de la Cruz

Ilmos./a Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPARD PARDO DE ANDRADE

Magistrados:

Dª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA

En Santa Cruz de Tenerife, a 1 de octubre de dos mil quince.



Visto, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos./a Sres./a. Magistrados antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 del Puerto de la Cruz, en los autos de Jurisdicción voluntaria nº 48/2015, seguidos a instancia de D. Jose Ramón , representado por la Procuradora D.ª María de los Ángeles Martín Felipe y asistido por la Letrada D.ª María del Carmen Contrares González, contra D.ª Dolores , representada por la Procuradora D.ª Ana Isabel Estelle Afonso y asistida por el Letrado D. Francisco Javier Reyes López; han pronunciado en NOMBRE DE S.M. EL REY, el presente auto siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA, con base en los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento indicado la Ilma. Sra. Magistrada Juez D.ª Alicia Casañas Cabrera, dictó Auto el 9 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" DESESTIMAR la solicitud de don Jose Ramón , que actuó representado por la Procuradora doña María de los Ángeles Martín Felipe, y ESTIMAR LA SOLICITUD de doña Dolores , que actuó representada por la Procuradora doña Ana Isabel Estellé Afonso, AUTORIZANDO a doña Dolores a DECIDIR SOBRE EL CAMBIO DE DOMICILIO DE LA MENOR AL EXTRANJERO, sometida a la comunicación previa del nuevo domicilio al padre, así como cualquier cambio posterior.

No se efectúa condena en costas".

SEGUNDO.- Notificado el Auto a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 1 de octubre de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia que acordó autorizar la medida solicitada por la progenitora, esto es, a fijar el domicilio de la menor en el extranjero, interpone recurso de apelación el progenitor no custodio en el sentido que debe denegarse la autorización solicitada.-

Por la parte apelada, así como por el Ministerio Fiscal, han presentado escrito de oposición interesando la confirmación de la resolución recurrida.-

SEGUNDO.- Con carácter previo debe partirse de la normativa legal de aplicación, que esencialmente reside en el art. 158 que contempla y regula las medidas de protección de los menores, y que específicamente regula la adopción de medidas como la de prohibición de salir del territorio nacional o el sometimiento a autorización judicial para cambio de domicilio de un menor.- Así, el citado precepto sanciona en su número 3º que se adoptarán " Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor."

Este es el precepto, si bien, efectivamente en obligada relación con todos los preceptos reguladores de las relaciones paterno filiales de los arts. 154 y siguientes y de las de situaciones de crisis matrimonial, por el que debe resolverse la cuestión planteada, en obligada relación con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que exponente la sentencia de 20 de octubre de 2014 que expone: "Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación



de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, 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. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores.", y fija "como doctrina jurisprudencial la siguiente: 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."-

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto debe recordarse que en fecha 20 de diciembre de 2009, en la cual, y a los efectos que ahora interesan, se atribuía la custodia de la menor a la madre, con ejercicio conjunto de patria potestad, y un régimen de visitas en favor del padre.- Y como con total acierto se resalta en la resolución recurrida es el interés de la menor el único que debe guiar al Tribunal para conceder o denegar una autorización como la solicitada.- Y aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta en el precedente fundamento este Tribunal comparte plenamente la valoración probatoria realizada por la juzgadora a quo, atendiendo a lo que es más beneficioso para la menor, teniendo presente la siguientes circunstancias, a saber: a) que desde la ruptura de la convivencia la menor ha convivido con su madre, que es la persona que las ha atendido durante todo este tiempo, al menos desde hace ya 6 años, b) los graves problemas económicos de la madre, que razona exhaustivamente la resolución recurrida (ha sido objeto de ejecución hipotecaria su vivienda pendiente de lanzamiento, que se encuentra en situación de desempleo, o que solo ha desarrollado trabajos esporádicos).- c) Sus nuevas circunstancias personales, al haber contraído nuevo matrimonio, también con un ciudadano cubano, con un segundo hijo.- d).- La oferta de trabajo en una ciudad de Estados Unidos donde cuenta con apoyo familiar, y e) la postura procesal adoptada por el Ministerio Público, en la esencial función que cumple en estos procedimientos en salvaguarda de los derechos de los menores, cuando ha presentado escrito de oposición al recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida.-

Por último advertir que parte del contenido del recurso se centra en la falta de concreción del lugar exacto donde va a residir la menor, a cuyos efectos advertir que ya en la resolución recurrida se contemplaba un presupuesto previo, cual es que debe previamente comunicarse al recurrente el domicilio donde se va a fijar la residencia de la menor así como cualquier cambio posterior.-

En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida.-

CUARTO.- No se realiza especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada en atención a las especialidades que presentan estos procedimientos ( arts. 394 y 398 de la L.E.C .).-

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Jose Ramón , contra el auto de fecha 9 de abril de 2014 dictado en el presente Procedimiento, confirmando el mismo, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso.-

Procedase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y, demás efectos legales.

Así, por este nuestro Auto, que es firme, contra el que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN: El presente auto ha sido publicado, con arreglo a lo establecido legalmente, en la fecha de hoy, de lo que doy fe como Secretaria Judicial de esta Sección.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ