

D. Daniel T. B. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Uriarte González y dirigido por la Letrada D^a. Altamira Gonzalo Valgañón y como parte recurrida D^a. Inga L. representada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Isern Longares y dirigida por la Letrada D^a. Nicoleta Irina Condulai, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Uriarte González, en nombre y representación de D. Daniel T. B., presentó demanda de guarda y custodia y alimentos, frente a D^a. Inga L., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que “con estimación de la demanda, se acuerden los siguientes efectos:

1º.- Que la guarda y custodia de la hija sea atribuida a la madre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores.

2º.- Mientras mi representado resida en Inglaterra y hasta que la menor cumpla un año de edad, las visitas consistirán, como mínimo, en un fin de semana al mes, desde el sábado a las 10 horas hasta las 20 horas y el domingo desde las 10 hasta las 17 horas, recogiendo siempre a la niña en el domicilio materno y reintegrándola a él.

Cuando la menor cumpla un año de edad, la visita incluirá la pernocta con el padre la noche del sábado al domingo.

El padre podrá, siendo potestativo de él, visitar a su hija otro fin de semana al mes, siempre que preavise a la demandada con una semana de antelación, en los mismos horarios anteriores.

Dado que los abuelos paternos de la niña residen en Zaragoza y hasta la fecha han venido visitándola, se interesa que la tarde intersemanal que el padre podría estar con su hija de vivir en Zaragoza, puedan tenerla ellos. Por ello, se solicita que las tardes de los miércoles, la abuela o el abuelo paterno o

ambos, puedan recoger a la niña del domicilio materno o de la guardería a las 17 horas y tenerla con ellos hasta las 20 horas.

En cuanto a las vacaciones de Navidad para este primer año se solicita que la niña esté con el padre el día de Noche Buena y Navidad, con los horarios solicitados para los fines de semana. A partir de las Navidades siguientes, las vacaciones se dividirán por mitad entre ambos progenitores, eligiendo los periodos el padre los años pares y la madre los impares.

En cuanto a las vacaciones de verano, para el año 2015, se solicita que la niña pueda para con su padre una semana en el mes de agosto, a su elección, con pernocta con el padre no interrumpiéndose las visitas nada más que durante 15 días por si la madre desea salir de vacaciones. Las vacaciones de verano de años posteriores consistirán en dos quincenas alternas en los meses de julio y agosto, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares.

Para las vacaciones de Semana Santa, el padre podría estar con la niña dos días, desde las 10 hasta las 20 horas, cada día, coincidiendo con los días que tenga festivo en su trabajo.

Además el padre podrá ver a la niña siempre que venga a Zaragoza, a condición de preavisar a la demandada al menos con 24 horas de antelación.

3º.- Se acuerde el cierre de fronteras con la finalidad de que la hija común no pueda ser sacada de España sin la autorización escrita de ambos progenitores, en su defecto, sin la autorización judicial, salvo para ir a Inglaterra mientras el padre resida en ese país. Para la efectividad, deberán cursarse órdenes a las Comisaría de Policía y puestos fronterizos.

4º.- Como asignación por alimentos para el hijo, Don Daniel T. abonará a Doña Inga L. la cantidad mensual de 150 euros, pagadera en doce mensualidades al año. Dicha pensión se abonará en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta que designe la madre. Se revalorizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. elaborado por el I.N.E. u otro organismo análogo que en su día pudiera sustituirle. Los gastos extraordinarios de sanidad no cubiertos por la Seguridad Social serán abonados por mitad e iguales partes por ambos progenitores. Y los gastos extraordinarios de educación que acuden los

padres o que en su defecto fije el Juzgado, serán abonados por ambos progenitores por mitad e iguales partes.”

Por medio de otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo concedido contestó tanto el Ministerio Fiscal como la parte demandada, oponiéndose ésta a la planteada de contrario, y suplicando que, previo los tramites legales pertinentes, “dicte Sentencia por la que se declare y acuerde:

1º La atribución de la guarda y custodia de la menor Daniela T. L. a su madre, Doña Inga L., quedando la autoridad familiar de titularidad común. La posibilidad de que la madre establezca su residencia junto a la menor en cualquier país de la Comunidad Europea.

2º El establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, visitas que se hagan en un medio controlado por una tercera persona que salvaguarde la integridad de la menor en todo momento.

3º El pago de una pensión de alimentos por valor de 500 euros que el padre entregará a la madre mensualmente por anticipado y dentro de los primeros cinco días de cada mes. Esta cifra se actualizará anualmente según el IPC elaborado por el INE o índice que lo sustituya. Además el pago del 50% de los gastos.”

Por otrosí solicitó prueba anticipada.

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia nº Dieciséis de Zaragoza, se dictó sentencia en fecha 21 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que estimo en parte la demanda de ruptura de la situación de convivencia de pareja estable no casada interpuesta por D. Daniel T. B. contra D.^a Inga L. y en su virtud, debo fijar las siguientes medidas como reguladoras de sus efectos: 1) En lo que respecta a la guarda y custodia de la hija común Daniela se atribuye a la madre Sra. L. con mantenimiento de

la autoridad familiar compartida por ambos progenitores de manera que será necesario el acuerdo del consentimiento de ambos para todas aquellas cuestiones que afecten a la salud, educación y lugar de residencia de la menor.- 2) Se dispone el siguiente sistema de visitas, estancias y comunicaciones de la hija Daniela con el padre de la forma siguiente: Mantener el régimen de visitas y comunicaciones, así como de entregas y recogidas en el PEFZ establecido en los autos de 30 de Marzo y 30 de Abril de 2015 en su integridad hasta las fiestas de Navidad de 2015-2016 y en los términos contenidos en los mismos, precisando que en el caso de disponer de un número no superior a dos días entre semana para poder visitar el Sr. T. a la niña, estos no serán acumulables al fin de semana en que vaya a efectuar visita con la misma.- Una vez finalizadas las vacaciones de Navidad de 2015-2016 las estancias de fin de semana o de dos días entre semana (no unidos al fin de semana) se efectuarán con pernocta en el domicilio de los abuelos paternos y bajo la supervisión de estos y comprenderán desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo. – Se mantiene el mismo sistema de elección y comunicación anticipada, ejercicio en el domicilio de los abuelos, así como el de recogida y entrega de la niña a través del PEFZ siendo que además los horarios fijados coinciden con los de apertura de dicho centro.- Para el caso de que el padre trasladase su residencia a Zaragoza las estancias serán de dos fines de semana alternos en iguales condiciones y con supresión de los dos días adicionales intersemanales.- Si se produce dicho traslado se dispone a partir de entonces una visita durante la semana que habrá de tener lugar los miércoles desde las 17 horas hasta las 20 horas de la tarde con entrega y recogida en el PEFZ.- En cuanto a las vacaciones de Semana Santa de 2016, podrá la menor estar en compañía del padre en iguales condiciones a las que se acaban de exponer, durante tres días consecutivos con pernocta desde las 10 horas del primero hasta las 20 horas del último, siempre que coincidan con los días de vacaciones escolares, que comprenden (por hacer un símil), desde el último día de finalización de las clases, hasta el inmediatamente anterior al inicio de las mismas si bien deberá el padre comunicar los días de su elección a la madre con al menos un mes de antelación.- En las vacaciones de verano de 2016 tendrá el padre a la hija en su compañía una semana completa en el mes de

julio y otra semana completa en el mes de agosto, con pernocta y con compañía de los abuelos, que podrá tener lugar fuera de Zaragoza, si es deseo de aquel sin salida al extranjero, debiendo notificar de forma fehaciente a la madre el lugar en el que las misma habrán de llevarse a cabo y comunicado las semanas elegidas a la demandada antes del 15 de mayo.- En este caso de darse las visitas de entre semana dispondrá la madre de dos períodos quincenales no consecutivos al margen de las semanas seleccionadas por el padre para estar en compañía de la hija durante los cuales quedarían en suspenso aquellas así como las estancias de fin de semana.- Para las vacaciones de Navidad 2016-2017 se dispone que la menor estará en compañía del padre tres días, 23,24 y 25 de diciembre o 30 y 31 de diciembre y 1 de enero, en las mismas condiciones que las dispuestas para las vacaciones de Semana Santa de 2016.- Por lo que se refiere a las vacaciones de Semana Santa de 2017, en iguales condiciones de ejercicio y entregas y recogidas, estas se distribuirán en dos períodos, (haciendo el similar) el primero, desde la finalización de las clases del último día lectivo hasta la mitad de las mismas a las 17 horas, y el segundo desde este hasta el día inmediatamente anterior al inicio nuevamente de aquellas a las 20 horas.- Mientras el padre continúe desarrollando su actividad laboral en Inglaterra en tanto este período vacacional no existe en dicho país, le corresponderá al mismo la elección del período debiendo comunicarlo a la madre con un mes de antelación.- Esta distribución de vacaciones de Semana Santa se aplicará de forma automática para los años sucesivos.- Para el supuesto de que se hubiera trasladado a Zaragoza por razones de trabajo, corresponderá la elección a la madre los años impares y al padre los años pares.- A partir de las vacaciones estivales de 2017, incluidas estas, y para todas las que se produzcan en el futuro, se dispone que se dividirán en periodos que comprenderán, el primero, primera quincena de julio y primera quincena de agosto, y el segundo segunda quincena de julio y segunda quincena de agosto.- Los cambios de quincena tendrán lugar el día 1 de julio a las 10 horas de la mañana, el 15 de julio a las 20 horas de la tarde, el 31 de julio a las 20 horas de la tarde, el 15 de agosto a las 20 horas de la tarde, y el 31 de agosto a las 20 horas de la tarde.-De estos períodos la madre elegirá uno de los dos en los años pares y el padre en los impares.- Durante

estos periodos de vacaciones se producirá la suspensión del régimen ordinario de visitas.- Los periodos vacacionales el progenitor que tenga el derecho de elección deberá comunicarlo al otro al menos con un mes de antelación y no cumplido este requisito se entiende que renuncia al derecho.- Concluidas las vacaciones de verano de 2017 se aplicará el régimen ordinario que se acaba de exponer en cuanto a las vacaciones de Semana Santa, y de verano.- Las vacaciones de Navidad de 2017-2018 y todas las posteriores se distribuirán en dos partes que abarcarán desde el último día de clase a la salida del colegio o desde las 18 horas hasta el 30 de diciembre a las 17 horas de la tarde y desde este hasta el día inmediatamente anterior al reinicio del curso a las 20 horas de la tarde alternándose los progenitores en ellos cada año de forma que un año sea el padre quien tenga a la hija el primer período y otro año la madre. En cuanto al período de elección corresponderá a la madre los impares y al padre los años pares.- En cuanto a las estancias de fin de semana una vez introducido el régimen ordinario de visitas, mientras el padre desempeña actividad laboral en Inglaterra tendrán lugar de la misma manera ya establecida y para el supuesto de que trasladara a Zaragoza su residencia se habrán de consistir en dos fines de semana alternos al mes desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo.- 3) Se mantienen íntegramente las restantes medidas adoptadas en el Auto de 30 de marzo de 2015 en concreto los apartados 2º) y 3º) de la parte dispositiva relativos a la pensión por alimentos y cierre de fronteras.- 4) La efectividad de las medidas relativas al régimen de visitas y estancias de la hija común con el padre quedan condicionadas a la presentación por parte de este de informes médicos bimensuales (de los que entregará copia a la otra parte) que acrediten el seguimiento de su situación psicológica, su evolución y tratamiento pautado si es que ello fuera necesario.- Todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes.”

CUARTO.- Por la representación legal de ambas partes, se presentó sendos escritos interponiendo recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, solicitando en su escrito la parte demandada la práctica de prueba.

Conferido el traslado oportuno, las partes presentaron escritos de oposición al recurso presentado de contrario; por su parte el Ministerio Fiscal se opuso a ambos recursos.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba que fue admitida, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 4 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por **DON DANIEL T. B.** y **DOÑA INGA L.** contra la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 21 mayo 2015 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16, de los de Zaragoza, debemos revocar en parte la citada resolución que, autorizando como autorizamos el traslado a Bélgica de doña Inga L. y Daniela, la hija común, lo es en el sentido de a) suprimir con el alcance indicado en el FJ 2º la prohibición de salida del territorio nacional y la prohibición de expedición de pasaporte sin previa autorización paterna; b) señalar en Bruselas las visitas de fines de semana, desde el sábado a las 10 horas al domingo a las 20 horas, y los días intersemanales, con pernocta si tienen lugar bajo la supervisión de los abuelos y sin pernocta en otro caso. c) Mantener, además del informe medico bimensual que acredite el seguimiento de la situación psíquica del Sr. T. y del obligatorio desarrollo de las visitas en España en el domicilio de los abuelos paternos, la supervisión de las visitas padre / hija, ya por los abuelos paternos, en España en periodos vacacionales o en Bruselas si coincidiesen con las estancias de los mismos en esa Ciudad, ya por persona de su confianza que la Sra. L. designe o por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia. d) reducir a 10 días el plazo de preaviso establecido en sentencia para fines de semana y días intersemanales –un mes- manteniéndose para vacaciones el de un mes. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.”

A petición de ambas partes, con fecha 12 de mayo se dictó Auto Aclaratorio cuya parte dispositiva es la siguiente:

“LA SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA ACUERDA: haber lugar a aclarar la sentencia de 4 mayo 2015 dictada por esta Sección en este rollo en el único sentido de que los informes médicos requeridos deberán ser expedidos por Psiquiatra y de que la recogida y entrega de la niña tendrá lugar en el domicilio de la madre en Bélgica. Contra la presente resolución no cabe recurso.”

SEXTO.- La representación legal de D. Daniel T. B., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, en base a los siguientes motivos:

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal serán los siguientes:

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con los artículos 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la valoración de la prueba practicada, en relación con el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la valoración de la prueba practicada, en relación con el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al recurso de casación el primer y único motivo será:

Con apoyo procesal en el artículo 477.2ª.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 3.1 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, porque la sentencia recurrida infringe el apartado 2 del artículo 60 y el artículo 76.3 del Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 7 de septiembre de 2016, se acordó declarar la competencia y admitir a trámite el recurso interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo; asimismo, el Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación de los motivos del recurso extraordinario de infracción procesal y de recurso de casación, por entender que no se infringen los preceptos alegados por el recurrente.

En fecha 26 de octubre de 2016 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Hechos relevantes

PRIMERO.- Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso de casación:

1.- D. Daniel T. B., de nacionalidad española, y D.^a Inga L., ciudadana rumana, mantuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació una hija en Zaragoza, el día 21 de junio de 2014, llamada Daniela T. L.

2.- En fecha no determinada, pero dentro del año 2014, se produjo la ruptura de dicha relación. D. Daniel se trasladó a Inglaterra por razones laborales, pasando a ejercer su profesión de ingeniero en la localidad de Haverhill (Inglaterra), donde vive y trabaja.

3.- Al tiempo de presentarse la demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos (noviembre de 2014) D.^a Inga mantenía su domicilio en Zaragoza, ciudad en la que residía con su hija. En la demanda interpuesta, D. Daniel solicitó que la guarda y custodia de la hija fuera atribuida a la madre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores, y solicitaba que mientras él resida en Inglaterra se estableciera un régimen de visitas y periodos de vacaciones en los términos que constan en el suplico de la demanda, interesando también el cierre de fronteras con la finalidad de que la

hija común no pudiera ser sacada de España sin la autorización escrita de ambos progenitores o, en su defecto, sin autorización judicial. En su contestación D.^a Inga se mostró conforme con la atribución de la guarda y custodia de la menor Daniela, pero instó la posibilidad de fijar su residencia junto a la menor en cualquiera país de la Comunidad Europea, además de que las visitas a favor del padre se hagan en un medio controlado por una tercera persona que salvaguarde la integridad de la menor en todo momento.

4.- La sentencia del juzgado de primera instancia, tras analizar detalladamente las circunstancias concurrentes y, de modo especial, la prueba practicada respecto al estado de salud psíquica de D. Daniel, concluyó considerando que de ninguno de los informes se desprende el padecimiento de una seria y/o grave patología o una importante alteración que le sea invalidante para atender sus obligaciones paterno filiales en relación a la hija, concluyó decidiendo atribuir la guarda y custodia de la hija común Daniela a la madre Sra. L., con mantenimiento de la autoridad familiar compartida, confirmando igualmente el régimen de visitas y comunicaciones, con entregas y recogidas en el punto de encuentro familiar de Zaragoza (PEFZ), establecido en autos de 30 de marzo y 30 de abril de 2015, y fijó un régimen en cuanto a las vacaciones del año 2016 y posteriores.

5.- Recurrida dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial dictó su fallo en el que, estimando parcialmente los recursos de apelación deducidos, revocó en parte la sentencia impugnada y decidió: autorizar el traslado a Bélgica de D.^a Inga L. y Daniela; señalar en Bruselas las visitas de fines de semana desde el sábado a las 10 horas al domingo a las 20 horas y días intersemanales, con pernocta si tienen lugar bajo la supervisión de los abuelos y sin pernocta en otro caso; y mantener la supervisión de las visitas padre/hija, ya por los abuelos paternos, en España en períodos vacacionales o en Bruselas si coincidiesen con las estancias de los mismos en ese ciudad, ya por persona de su confianza que la Sra. L. designe o por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia.

6.- Dicha sentencia fue objeto de aclaración, a instancia del demandante Sr. T., por auto de 12 de mayo de 2016, en el sentido de que los informes médicos requeridos deberán ser expedidos por psiquiatra y de que la

recogida y entrega de la niña tendrá lugar en el domicilio de la madre en Bélgica.

7.- La sentencia de la Audiencia Provincial, aclarada en su fallo en los términos expuestos, es objeto de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Daniel, que se funda en los motivos reseñados en los antecedentes de hecho.

Admitido el recurso por todos ellos, la Sala debe examinar primeramente los motivos de infracción procesal conforme a la regla sexta de la Disposición Final 16^a.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el motivo de casación por infracción de preceptos legales sustantivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal. Examen del primer motivo

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso extraordinario por infracción procesal se funda en la infracción de las normas procesales reguladores de la sentencia, en relación con los artículos 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 214 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la modificación del fallo de la sentencia de 4 de mayo de 2016 operada mediante lo resuelto en el auto de aclaración de 12 de mayo siguiente. Explica el recurrente que el auto aclaratorio supone una variación del fallo, dado que no es lo mismo Bruselas que Bélgica, y al resolver que la entrega y recogida de la niña será en Bélgica está afectando a los periodos vacacionales que están establecidos en España, sin que se hubiera solicitado cambio sobre dicha situación por ninguna de las partes. Así, entiende el recurrente que el auto aclaratorio introduce *ex novo* un pronunciamiento que supone dos variaciones sustanciales: el de fines de semana y días intersemanales, que pasa de ser en Bruselas a ser en Bélgica en general, y de ser en Zaragoza para los periodos vacacionales para tener que realizarse en Bélgica, explicando que la madre reside en la población de Braine le Comte, situada a 40 kilómetros de Bruselas. También impugna que el auto aclaratorio haya exigido que el informe médico bimensual sea de un médico

psiquiatra, lo que supone una alteración importante de la sentencia, conculca el artículo 267.1 del Ley de Enjuiciamiento Civil (en realidad debe referirse a la Ley Orgánica del Poder Judicial) y ocasiona indefensión a su representado.

TERCERO.- El motivo por infracción procesal ha de ser estimado. Es de considerar que, dictada sentencia por la Audiencia Provincial, la representación de la parte actora solicitó su aclaración, como también lo hizo la demandada, y este fue el trámite seguido por la Audiencia, tras el cual dictó el auto que ha sido mencionado. No se utilizó el procedimiento para complemento de la sentencia, permitido en la legislación procesal vigente y regulado en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En estos términos, la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico para aclarar las sentencias únicamente contempla el esclarecimiento de algún concepto oscuro o la rectificación de errores materiales o aritméticos, pero sin alterar el fallo dictado.

En el caso de autos la sentencia había señalado en Bruselas las visitas de fines de semana, mientras que el auto de aclaración decide que las entregas y recogidas de la niña tengan lugar en el domicilio de la madre en Bélgica, que no se encuentra en la capital. Esto significa cambiar el contenido del fallo y, dados los términos generales en que se produce el auto de aclaración, ampliar el objeto de dicha entrega y recogida a todo el régimen de visitas.

La estimación del motivo afecta únicamente al régimen de visitas. Respecto al informe médico bimensual, la sentencia de la Audiencia Provincial únicamente decidía mantenerlo, para establecer además la supervisión de las visitas en los términos recogidos en el fallo. Por ello la concreción que se produce en este punto, a instancia de la parte demandada, no excede de la posibilidad de aclaración de las sentencias al afirmar que dichos informes deberán ser expedidos por psiquiatra.

Recurso extraordinario por infracción procesal. Examen del segundo motivo

CUARTO.- El segundo motivo denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender la parte recurrente que la sentencia incurre en falta de motivación respecto a la valoración de las pruebas relativas a la afectación psíquica que sufre el Sr. T.. En el desarrollo del motivo refiere que, si bien la sentencia expone cuales son los informes psicológicos y psiquiátricos obrantes en autos, no existe razonamiento alguno sobre la valoración de tales pruebas, de manera que se desconocen las razones que han llevado a la convicción de la Sala a revocar en este punto la de primera instancia, de manera muy perjudicial para su representado.

La sentencia impugnada, al abordar el tema de la supervisión de las visitas que podrá tener el Sr. T. con su hija, expresa que en autos hay cinco informes, describiendo los resultados de los realizados por el Dr. Ezquerro, Sra. Gracia, Dr. Corbet, Dra. Pedrejón y Dr. Rubio. Tras esta narración detallada, entiende el tribunal provincial que “hoy por hoy no existen garantías suficientes sobre la situación psíquica del apelante, por lo que procede mantener la supervisión de las visitas”, para a continuación determinar la forma en que dicha supervisión tendrá lugar.

La motivación de las decisiones judiciales viene exigida legalmente en el artículo 218.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual ordena que *“Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”*, como forma de exteriorizar las razones que justifican la decisión adoptada, de forma que las partes puedan conocerlas, y de este modo resulte posible articular el recurso que las leyes procesales previenen, además de evitar la arbitrariedad en la resolución.

Pero el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han mantenido reiteradamente que no es precisa una motivación amplia y exhaustiva, sino que se cumple la exigencia constitucional y legal mediante una motivación que sirva a los efectos antes expresados. Como indica la STS de 22 de abril de 2013, (Id Cendoj: 28079110012013100308), con razonamientos que son

trasladables al caso de autos, *“La sentencia recurrida cumple el deber de motivación, pues en ella se exponen los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios fácticos y jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 196/2003, de 27 de octubre, y 218/2006, de 3 de julio; SSTS de 17 noviembre de 2006 y 1 de diciembre de 2006, entre otras), se hace de forma comprensible y, como acto de aplicación del Derecho, permite su control jurisdiccional por medio del sistema de recursos (STS de 31 de enero de 2007, RC núm. 937/2000). Y añade el Tribunal Supremo: “La desestimación implícita de los argumentos del demandante no implica falta de motivación, pues el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo (SSTC 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS de 9 de marzo de 2010, RIPC núm. 2460/2005)”.*

En el caso de autos, la descripción de los resultados de los informes emitidos en el proceso pone de relieve que, frente a los informes psicológicos, existen otros realizados por psiquiatras de los que se desprende una personalidad de carácter antisocial, narcisista y obsesiva, inmadura y disfuncional, y la conclusión a la que llega el tribunal no es expresar que D. Daniel padece una enfermedad psíquica sino que, no existiendo garantías suficientes sobre su situación, procede mantener la supervisión de las visitas, decisión que adopta en interés de la menor, y que resulta suficientemente motivada.

Por ello el motivo de recurso ha de ser desestimado.

Recurso extraordinario por infracción procesal. Examen del tercer motivo

QUINTO.- En el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia que la sentencia recurrida ha realizado una valoración irracional de la prueba practicada en la instancia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 218.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil. En apoyo del

recurso sostiene el recurrente que el Sr. T. no está diagnosticado de ninguna psicopatología y que, en consecuencia, la supervisión de las visitas supone un doble control que no está justificado por la prueba practicada.

El motivo se desestima, por las siguientes razones: a) es sabido que la valoración de la prueba es función que corresponde a los tribunales de instancia, ya que la misma se ha practicado ante ellos, conforme a los principios de oralidad e inmediación, y no puede ser revisada en sede de recursos extraordinarios; b) únicamente resulta posible considerar dicha valoración cuando, a la vista de los fundamentos de derecho expresados en la sentencia, pueda concluirse que se ha llevado a cabo de forma absurda, arbitraria o ilógica –STS de 19 de octubre de 2010, nº 652/2010 y de 21 de septiembre de 2016, nº 554/2016, entre muchas otras; c) en el caso de autos lo que el recurrente sustenta es un punto de partida distinto a aquél que ha mantenido la Audiencia Provincial, ya que parte de que el Sr. T. no está diagnosticado de ninguna psicopatología, frente a los dictámenes de los psiquiatras antes mencionados.

En definitiva, trata el recurrente de sustituir su criterio valorativo por el imparcial del tribunal de segunda instancia, lo que no es admisible en el examen de un recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal. Examen del cuarto motivo

SEXTO.- El cuarto motivo de recurso extraordinario por infracción procesal es introducido por la misma vía, pero referido a la existencia de error palmario en cuanto a los lugares de residencia de los litigantes, pues ni el Sr. T. reside en Londres ni la Sra. L. reside en Bruselas. De este error estima el recurrente que dimana la decisión acerca del lugar en el que se ha de llevar a efecto las visitas, y entiende que el acuerdo sobre visitas de días intersemanales es, desde las condiciones fácticas realmente existentes, una quimera.

La sentencia recurrida no dice expresamente que los lugares de residencia de ambos progenitores sean los indicados, pero parte de ese dato para adoptar su decisión. Así, en el fundamento de derecho segundo indica

que “es claro que, ya producida la ruptura entre ambos, no cabe confrontar el derecho de la madre ni con el arraigo de una niña de año y medio en Zaragoza ni con los derechos de los abuelos paternos, sin que padezcan las visitas del padre, ni en Bruselas, dada la fácil, frecuente y rápida comunicación con Londres, ni en Zaragoza en los periodos vacacionales”. Por ello en el fallo, tras autorizar el traslado a Bélgica de D.^a Inga, señala en Bruselas las visitas de fin de semana y mantiene la supervisión de las mismas en dicha ciudad. El auto de aclaración expresa que la recogida y entrega de la niña tendrá lugar en el domicilio de la madre en Bélgica.

La STS de 21 de septiembre de 2016 ya enunciada, tras apoyarse en otras anteriores del mismo tribunal, indica que *“concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración”*.

Esta circunstancia se produce en el caso de autos. La decisión ha incurrido en error notorio en cuanto a los lugares en que tienen su residencia ambos progenitores litigantes y, a partir de dicha consideración, ha adoptado las decisiones sin tener en cuenta las distancias existentes entre las localidades en que cada uno de ellos reside y las capitales de los respectivos estados.

Por ello el motivo se estima.

Consecuencia de la estimación de motivos de recurso por infracción procesal

SÉPTIMO.- La estimación de dos de los motivos de recurso extraordinario por infracción procesal no conduce, sin embargo, a la devolución del proceso a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia, como insta la parte recurrente. La Disposición Final Décimo Sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene a estos efectos en su apartado 1, regla 7^a, que *“Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta,*

en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación”.

Conforme a dicho precepto la Sala habrá de entrar a considerar el recurso de casación partiendo de los hechos acreditados en las instancias y de las decisiones adoptadas estimando los motivos de infracción procesal, por lo que seguidamente hemos de entrar a considerar el motivo único de recurso de casación.

Recurso de casación. Determinación de la legislación aplicable

OCTAVO.- Aunque no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y ambas sentencias han aplicado el Derecho aragonés, es pertinente plantear la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable al caso porque en este concurre un elemento de extranjería en cuanto consta acreditado que la menor es hija de padre español y madre rumana.

La parte actora apoyo su demanda en lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil y 80 y 82 del Código de Derecho foral aragonés. La demandada en su contestación se mostró conforme con la fundamentación jurídica invocada en la demanda.

En este caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.4 segundo párrafo del Código civil a cuyo tenor *“La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”*. Porque lo relevante para la decisión del litigio no es la existencia de una relación de pareja a la que se refiere la sentencia de primera instancia, sino el ejercicio de la responsabilidad parental relativa a la hija común por parte de ambos progenitores, y en concreto en orden al derecho de visitas y de relación que corresponde al padre

respecto de la menor, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre y la ejerce en país extranjero.

El Convenio citado, del que tanto el Reino de España como Bélgica son parte, previene en su art. 15.1 la aplicación de la *lex fori*: “*En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley*”.

La menor es de nacionalidad española, conforme al artículo 17.1 a) del Código civil. En este caso la aplicación de la ley nacional española al caso debe llevar a la legislación aragonesa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 y 4 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, al tratarse de una niña nacida en Zaragoza, cuyo primer domicilio lo fue en esta ciudad, de modo que se mantiene un vínculo estrecho con el territorio de Aragón y, por tanto, con su ordenamiento jurídico.

Ello no impedirá que, en su caso, pueda aplicarse en la ejecución el ordenamiento jurídico del Estado en que reside actualmente, pues conforme al apartado 3 del art. 15 del Convenio, “*En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación*”. Aunque es de significar que en este proceso no se ha aportado el derecho de Bélgica que podría ser de aplicación ni ninguna de las partes lo ha reclamado.

Examen del motivo único

NOVENO.- Dicho motivo se articula, con apoyo procesal en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 3.1 de la Ley de Casación Foral aragonesa, por infracción de apartado 2 del artículo 60 y del artículo 76.3 del CDFA. Tras indicar el contenido de la autoridad familiar, que comprende como derecho-deber el de tener al hijo o hija en compañía, y que tras la ruptura de la pareja se respetará el derecho de los hijos a tener contacto directo con ambos progenitores, estima la parte recurrente en el desarrollo impugnativo que la sentencia de apelación, inexplicablemente, permite a la madre decidir a su arbitrio cuando hay pernocta y cuando no la hay, y que la designación de persona de su confianza para la supervisión de

las visitas supone de facto denegar al padre el derecho-deber de estar con su hija y tenerla en su compañía.

El art. 60 del CDFA previene que *“1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.*

2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija.

3. El Juez, a petición del menor, padres, abuelos, parientes o allegados, y atendidas las circunstancias, podrá suspender, modificar o denegar la relación con el menor si su interés lo requiere. También puede adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de esta relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados”.

Por su parte el art. 76 del CDFA, bajo la rúbrica de “derechos y principios” establece en su apartado 3: *“En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos:*

a) Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.

b) Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares”.

A la vista de la decisión adoptada en la sentencia y de las alegaciones de las partes, especialmente de los argumentos impugnativos del recurrente, el recurso ha de ser acogido, en la medida y con las precisiones que se dirán.

A tal efecto es de considerar:

A) La sentencia en su parte dispositiva mantiene la supervisión de las visitas padre / hija, ya por los abuelos paternos, en España en periodos vacacionales o en Bruselas si coincidiesen con las estancias de los mismos en esa Ciudad, ya por persona de su confianza que la Sra. L. designe o por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia.

B) La medida de supervisión de las visitas no vulnera el contenido normativo de los preceptos cuya infracción se denuncia, por cuanto en interés de la menor y a la vista de las circunstancias psíquicas que concurren en Don Daniel, y cuya valoración se ha realizado correctamente por la Audiencia, es posible establecer cautelas para asegurar que esas visitas tendrán lugar siempre en beneficio de la menor.

C) Tampoco es contrario a derecho ordenar que dicha supervisión pueda ser realizada por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia, Bélgica, lo que se fijará en ejecución de sentencia y por acuerdo de las partes, si a él llegasen, o en su defecto conforme a lo que es ha expresado en el último párrafo del fundamento anterior, es decir, acudiendo al derecho del Estado en que la menor reside con su madre.

D) Contraviene las disposiciones mencionadas el hecho de que pueda la madre decidir la persona de su confianza. En la medida en que la confianza es subjetiva y la decisión depende de forma omnímoda a la madre, los términos en que se expresa el fallo permiten que Doña Inga decida si existe o no, en cada momento, una persona de su confianza para que se lleve a efecto el régimen de visitas, lo que incluso puede dar lugar a la imposibilidad de ejercicio del derecho de visitas, y por consiguiente de la normal relación que la menor puede tener con su padre, lo que vulnera los preceptos del CDFA contenidos en el art. 60.2 y 76.3 a). El cumplimiento de los deberes no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso la que aparece como deudora u obligada a realizar actos que hagan posible el ejercicio del derecho de relación que en la sentencia se ha reconocido.

En este punto, por tanto, el recurso de casación es estimado.

Contenido del fallo

DÉCIMO.- El tribunal, constituyéndose como instancia, ha de dictar un fallo que sustituya al recurrido, en la parte afectada por el recurso que se estima. Ha de hacerlo conforme a lo que previene el derecho aplicable, ya citado, y a las pretensiones de las partes.

En este caso la parte recurrente en casación ha solicitado de la Sala que dicte sentencia “en el sentido interesado”, que no es la forma más clara y precisa de formular su pretensión.

A la vista del contenido de su escrito de recurso y de lo obrante en autos se decide: a) confirmar, como se ha indicado, el régimen de visitas establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial; b) que todas las visitas de Don Daniel con su hija Daniela se llevarán a efecto bajo supervisión, manteniendo la institucional en la forma fijada en el fallo citado, así como en los casos en que se realicen bajo en control de los abuelos paternos; c) alternativamente la supervisión podrá efectuarse por persona designada de común acuerdo por ambos progenitores; d) este sistema de supervisión se extenderá a los fines de semana y encuentros intersemanales fijados.

Respecto al Auto aclaratorio, y en coherencia con lo razonado en el fundamento tercero, ha de mantenerse la exigencia de informes periódicos expedidos por psiquiatra, pero debe quedar sin efecto la exigencia de que la recogida y entrega de la niña se produzca en el domicilio de la madre, pues el lugar dependerá de aquél en el que las visitas tengan lugar. Esta decisión no afectará a los periodos de vacaciones en España.

Costas

UNDÉCIMO.- La estimación del recurso de casación determina la no imposición de costas de este recurso, a tenor de los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. E igualmente se mantienen los pronunciamientos sobre no imposición que se contienen en las sentencias de primera y segunda instancia.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15^a de la LOPJ.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación.

Resolviendo el recurso de casación y por infracción procesal, interpuesto por la representación procesal de Don Daniel T. B.,

FALLAMOS

1º. Desestimar los motivos segundo y tercero interpuestos por infracción procesal.

2º. Estimar los motivos primero y cuarto del recurso, interpuestos por infracción procesal.

3º Estimar el recurso de casación, en su motivo único.

4º Casar la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección segunda, en fecha 4 de mayo de 2016 en el rollo de apelación 555/2015, y su auto aclaratorio de 12 de mayo siguiente, y modificar el Fallo en los siguientes apartados:

a) todas las visitas de Don Daniel con su hija Daniela se llevarán a efecto bajo supervisión, por establecimiento cuyo nombramiento sea promovido en su actual país de residencia, así como en los casos en que se realicen bajo el control de los abuelos paternos;

b) alternativamente la supervisión podrá efectuarse por persona designada de común acuerdo por ambos progenitores;

c) las visitas de fines de semana e intersemanales se realizarán en Bruselas, si el establecimiento designado tuviese su sede en la capital, o en la ciudad que acuerden las partes.

Se confirma la sentencia en todos los demás pronunciamientos.

6º. En cuanto al Auto de aclaración:

- mantenemos la exigencia de que los informes médicos requeridos sean emitidos por psiquiatra;

- queda sin efecto la necesidad de que la recogida y entrega de la menor tenga lugar en el domicilio de la madre en Bélgica, y en su lugar esta recogida y entrega se realizará, en cuanto a las visitas de fines de semana y encuentros intersemanales, en el lugar en que lleven a efecto.

5º. No hacemos imposición de costas del recurso.

6º. Acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvase las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.