Roj: **STS 3863/2021** - **ECLI:ES:TS:2021:3863**

Id Cendoj: **28079110012021100689**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **19/10/2021**
Nº de Recurso: **5993/2020**
Nº de Resolución: **705/2021**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Salamanca, núm. 8, 20-11-2018 (proc. 1537/2017),**
SAP SA 184/2020,
STS 3863/2021

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 705/2021

Fecha de sentencia: 19/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5993/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/10/2021

Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA. SECCIÓN 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5993/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 705/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 19 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.ª Piedad , representada por el procurador D. Rafael Cuevas Castaño y bajo la dirección letrada de D. Luis Seoane Lorenzo, contra la sentencia n.º 176/2020, de 15 de mayo, aclarada por autos de 8 de julio y 3 de agosto de 2020, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca en el recurso de apelación n.º 493/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1537/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca, sobre modificación de medidas. Ha sido parte recurrida D. Mateo , representado por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente y bajo la dirección letrada de D.ª Marina Sanjuán Abad. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Mateo interpuso demanda en solicitud de modificación de medidas contra D.ª Piedad , en la que solicitaba se dictara sentencia en virtud de la cual se acuerde:

"1.º Que se proceda a la MODIFICACIÓN de la medida relativa a la guarda y custodia de los hijos menores siendo más beneficioso para los menores establecer un RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA exclusiva a favor del padre:

"1.º Por lo que se acordará que los menores vivan con el padre en Italia provincia de Varese.

"2.º Que la madre abone al padre una pensión de alimentos de 500 euros mensuales pagaderos los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que el padre designe.

"Los gastos extraordinarios serán por mitad, entendiendo siempre como gasto extraordinario los sanitarios no cubiertos por la seguridad social, psicólogo, gafas, plantillas, ortopedia, clases de apoyo y actividades extraescolares y deportivas.

"3.º Que se establezca un régimen de visitas y de estancias a favor de la madre similar al que tiene en estos momentos el padre, incorporando la posibilidad de juntar dos fines de semana en visitas largas de jueves a martes y flexibilizando el calendario según los horarios de transporte.

"4.º Que se mantengan el resto de las medidas acordadas en la sentencia cuya modificación se insta. Dado que el padre quiere fomentar estancias de los menores con la madre, este ofrece que los desplazamientos de los menores en vacaciones de Navidad y verano a España serán por cuenta de éste.

"5.º Con expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda".

2. La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca, fue registrada con el n.º 1537/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D.ª Piedad contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que:

"se desestime íntegramente la demanda que se ha contestado y acuerde:

"- No modificar el actual régimen de guarda y custodia de los menores Edurne y Julián .

"- No procediendo modificación con respecto al régimen de guarda y custodia, no deben estimarse tampoco las pretensiones referentes a pensión de alimentos, gastos extraordinarios ni régimen de visitas".

4. Junto con el escrito de contestación D.ª Piedad interpone demanda reconvencional fundamentada en el art. 720 LEC y solicita que se dicte sentencia que establezca las siguientes medidas:

"1.º- Que las visitas de fines de semana alternos a favor del padre tengan lugar en A Coruña, lugar de residencia de los menores, ello en aras al mantenimiento de la estabilidad de los mismos y sus expresos deseos.

"2.º- Que los menores puedan viajar fuera de A Coruña, exclusivamente en puentes escolares que le correspondan al padre y en periodos vacacionales. Dichos viajes deberán realizarse por persona previamente designada e identificada y conocida por los menores.

"3.º- Reparto por mitades entre los progenitores, de los puentes escolares, periodos vacaciones de Navidades, Semana Santa y Verano, ello también por expreso deseo de los menores".

5. D. Mateo contestó a la demanda reconvencional y solicitó se dictara sentencia:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"por la que con estimación de la demanda interpuesta por esta representación y desestimación de la reconvención, acuerde haber lugar a la reducción de régimen de visitas planeado por la contraparte, manteniéndose en todo caso el régimen de visitas acordado en la sentencia cuya modificación se pretende a favor del padre".

6. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y se opuso a la demanda principal y a la reconvención.

7. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca dictó sentencia de fecha 20 de noviembre de 2018, con el siguiente fallo:

"DESESTIMO la demanda presentada por D. Mateo , representado por el procurador D. Diego Sánchez de la Parra y Septién, frente a D.ª Piedad representada por el procurador D. Rafael Cuevas Castaño y DESESTIMO la demanda reconvencional presentada por la demandada frente al demandante, en ambos casos siendo parte el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, NO HA LUGAR a ninguna modificación de las medidas vigentes.

"No ha lugar a expresa imposición de costas".

8. La parte demandante solicitó aclaración de dicha sentencia que fue denegada mediante auto de 22 de febrero de 2019.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Piedad e impugnada por D. Mateo .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 493/2019 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 15 de mayo de 2020, con el siguiente fallo:

"Estimando el recurso o impugnación interpuesta por el demandante-principal, D. Mateo , representado por el procurador D. Diego Sánchez de la Parra y Septién, y desestimando el recurso de apelación formulado por la demandada-reconviniente, D.ª Piedad , representada por el procurador D. Rafael Cuevas Castaño, revocamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia número 8 de esta ciudad, con fecha 20 de noviembre de 2018, en el procedimiento de modificación de medidas núm. 1537/2017, del que dimana el presente rollo en el sentido que pasa a concretarse y, en su consecuencia, se acuerda:

"1.º- Atribuir la guarda y custodia de los hijos menores de los litigantes (Edurne y Julián), establecida en sentencia de divorcio de 10-10-2016 de dicho Juzgado, al citado Sr. Mateo , con el que pasarán a convivir en Varese (Italia), a partir del 10 de septiembre de 2020, y durante los cuatro años siguientes a dicha fecha;

"2º- Señalar como régimen de visitas y estancias en favor de la demandada, Sra. Piedad , aquel que vino fijado en favor del otro litigante en la dicha sentencia de octubre de 2016, sin perjuicio de que el mismo pueda venir flexibilizado, de común acuerdo, por ambos padres respecto a la posibilidad de juntar dos fines de semana en visitas largas, de jueves a martes, o de adaptar el calendario, según los horarios de transporte, y corriendo con los gastos de transporte y de desplazamiento de los menores en las vacaciones de navidad, semana santa y verano, en exclusiva, el padre, el Sr. Mateo ;

"3º- Decretar que, en concepto de pensiones alimenticias en favor de sus hijos, la demandada Piedad deberá abonar a su ex marido la suma total de 350 euros mensuales (175 euros por cada hijo), pagaderos en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que el padre designe; pensiones actualizables, anualmente, conforme al IPC o índice que los sustituya.

"En cuanto a los gastos extraordinarios de los menores, éstos se habrán de satisfacer por mitad por ambos progenitores, quedando comprendidos como tales, los que se mencionan en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

"4º- En lo que no se oponga a lo dispuesto en el presente fallo o parte dispositiva, se mantiene lo ya decretado en la sentencia de 10-10-2016 del Juzgado a quo.

"Y, todo ello, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada, por sus respectivos recursos; ...".

3. D.ª Piedad presentó escrito solicitando aclaración de la anterior sentencia, que fue resuelta mediante auto de fecha 8 de julio de 2020 con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Estimar, en parte, la solicitud de aclaración, subsanación y/o complemento de sentencia, deducida por el procurador D. Rafael Cuevas Castaño, en nombre y representación de la demandada-reconviniente, D.ª Piedad , frente a la sentencia dictada por esta Audiencia en fecha 15 de mayo de 2020,

en el Rollo de Apelación n.º 493/2019, aclarando ésta última en el exclusivo sentido de señalar: 1.º- que el cumplimiento de los pronunciamientos que contiene el fallo de la dicha sentencia comenzará desde el mismo momento en que alcance firmeza legal; y 2.º- que el demandante D. Mateo , como padre de los menores Edurne y Julián , garantizará el desplazamiento de los mismos custodiándolos hasta el medio de transporte, avión, etc., desde el que se desplacen de forma directa y sin riesgos hasta La Coruña, cuando corresponda a su madre tenerlos en su compañía, siendo recogidos por esta, personalmente, o por persona por ella autorizada en el lugar del territorio español que le sea indicado por el padre para evitar retrasos en las entregas..., siendo preavisada por aquel con antelación suficiente...; rechazándose el resto de pedimentos que se contienen en dicha solicitud de aclaración y complemento".

4. D. Mateo presentó escrito interesando se procediera a la aclaración del anterior auto aclaratorio. En fecha 3 de agosto de 2020 se dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Aclarar la parte dispositiva del auto dictado en las presentes actuaciones, en fecha 8 de julio pasado, en el sentido de que, si bien el cumplimiento de los pronunciamientos que contiene el fallo de la sentencia dictada por esta sala el 15 de mayo anterior pueda comenzar desde el mismo momento en que alcance la misma firmeza legal, ello lo es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 774.5 de la LEC".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. D.ª Piedad interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto de los arts. 214.4 de la LEC y 267.1 de la LOPJ.

"Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º de la LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución incurriendo la Audiencia en error en la valoración de la prueba, con infracción del canon de la racionalidad con respecto al informe psicosocial obrante en autos y jurisprudencia interpretativa".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del art. 92 del C.C., al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor (SSTS nº 426/2013, de 17 de junio; nº 660/2014, de 28 de noviembre; nº 500/2019, de 27 de septiembre, nº 599/2014, de 6 de noviembre; nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014; nº 26/2013, de 5 de febrero de 2013; nº 2926, de 7 de junio de 2013; nº 579/2011, de 22 de julio y STS nº 578/2011, de 21 de julio), por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de las pruebas practicadas.

"Segundo.- Vulneración del art. 91 del CC, en tanto en cuanto no se ha producido una alteración sustancial de circunstancias, que posibilite el cambio de la custodia materna por la paterna, con infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, expresada entre otras en las SSTS 529/2017, de 27 de septiembre y 346/2016, de 24 de mayo".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por D.ª Piedad contra la sentencia dictada, con fecha 15 de mayo de 2020, aclarada por autos de 8 de julio y 3 de agosto de 2020, por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 493/2019, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 1537/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca".

3. Ambas partes presentaron varios escritos en los que alegaban hechos nuevos y aportaban documentación conforme a los arts. 286 y 752 LEC en relación con el desarrollo del régimen de visitas y evolución del menor en sus estudios.

4. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

5. Por providencia de 13 de septiembre de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de octubre de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Son antecedentes necesarios para la decisión del presente recurso los siguientes.

El procedimiento tiene su origen en la demanda de modificación de medidas interpuesta por D. Mateo , por la que solicitó que se le atribuyese a él la guarda y custodia exclusiva de sus dos hijos, Edurne (nacida el NUM000 de 2006) y Julián (nacido el NUM001 de 2008), modificando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.° 8 de Salamanca, de 10 de octubre de 2016, en la que se atribuyó la guarda y custodia de los menores a la madre, D.ª Piedad , con visitas amplias a favor del padre.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia n.° 8 de Salamanca mediante sentencia de 20 de noviembre de 2018.

Interpusieron recurso de apelación las dos partes. La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca desestimó el recurso interpuesto por la madre (que, en línea de lo solicitado en su día en su demanda reconvencional, interesaba la reducción de visitas a favor del padre) y estimó el recurso interpuesto por el padre. Tras oír a los hijos, la Audiencia revocó la sentencia de instancia y atribuyó la guarda y custodia a D. Mateo por cuatro años, con autorización para trasladar a los hijos a Italia.

Se reproduce el razonamiento de la sentencia:

"TERCERO.- Así las cosas, partiendo de la premisa de que el juez a quo en la sentencia de instancia rechaza que haya habido un cambio significativo que justifique la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de 10- 10-2016 (de ahí, la desestimación de las pretensiones de ambas partes), la sala no debe tener reparo en anticipar que la pretensión del demandante-principal Sr. Mateo , ha de venir estimada, por cuanto este tribunal de alzada, a la postre, ha contado con elementos probatorios novedosos con los que no contó el juzgador a quo, que le llevan a la convicción de que sí que desde octubre de 2026 a la fecha de esta resolución se producen una serie de circunstancias que han generado una variación de la precedente situación contemplada en aquella sentencia y que hacen más conveniente, a día de hoy, para los menores afectados, la guarda y custodia en favor de su padre, el citado demandante-principal; sin que ello suponga decir, ni mucho menos, que la hasta ahora progenitora custodia (la Sra. Piedad), no venga desarrollando adecuadamente su rol, o no reporte estabilidad, cuidados, y una buena formación a sus citados hijos.

"Hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que, en nuestro caso, realizada y practicada, sucesivamente, la diligencia judicial denominada "exploración judicial del menor" (sobre su alcance, es significativa la STS, 1ª, de 20 de octubre de 2014), tanto la hija (Edurne , al explorarla, con 13 años de edad) como el hijo (Julián , de 11 años), de forma clara y terminante, manifestaron su deseo de irse a vivir con su padre a Varese (Italia), deseo que no merece ser calificado como un capricho, sino como una fuerte decisión de estar mayor tiempo con dicho progenitor, dadas las buenas relaciones existentes con el mismo, ya destacadas por la anterior sentencia.

"En este caso, efectivamente, el informe o informes elaborados por los equipos psicosociales, en especial el del Juzgado a quo, no es coincidente con la opinión prestada por los hijos a quienes afecta la medida de la guarda y custodia; y el propio informe parece motivar que se debe esa discrepancia a factores que en, definitiva, llevan a que la opinión de los hijos no debe entenderse como la más idónea para su propio beneficio. Sin perjuicio de lo que se vendrá argumentando más adelante, es de reseñar que lo que el informe del Equipo, de 1-8-2018, no muestra o patentiza es en qué alteraría la estabilidad de los menores, ya adolescentes, el cambio de guarda y custodia, y el que tras cuatro años (cuando Edurne tendrá 17 años, en el límite de la mayoría de edad; y Julián , 15) sufran algún tipo de perjuicio en su estabilidad por ese cambio de residencia, aun lo sea a Italia, siendo así que tanto uno como otro adolescente no han puesto de manifiesto ninguna clase de resentimiento o rechazo hacia su madre. Como, tampoco, consta que el padre haya inmiscuido a los menores en el propio conflicto existente entre los padres, haciendo que sus hijos, especialmente la mayor de ellos, tomen partido por él, fomentando o, cuanto menos, mostrándose pasivo ante los supuestos sentimientos de poco aprecio hacia la madre.

"Señala el juzgador a quo que no se ha probado que los hijos le hayan manifestado que querían irse a Varese con su padre; pero lo cierto es que, aparte de que dicho juzgador a quo no ha considerado oportuno explorarlos personalmente, frente a lo que dicha la trabajadora social en el informe psicosocial en que aquel juzgador fundamenta sus acuerdos, consta los que ambos adolescentes han trasladado a los tres integrantes de esta Sala, tras una exploración amplia; y lo que han trasladado es que quieren irse a Varese con su padre, explicando el círculo de amigos que mantienen en La Coruña, cómo le van sus estudios, etc., sin, en ningún momento, como se ha anticipado, desacreditar o hacer el más mínimo reproche hacia su madre.

"Es decir, lo transmitido por los adolescentes a los miembros de este tribunal, antes del dictado de esta sentencia, no se corresponde con lo que se refleja en el informe psicosocial, aun haya de tenerse en cuenta

que lo comunicado por dichos menores es en el tiempo posterior a lo que pudieron aquéllos indicar a los redactores del informe psicosocial.

"De otra parte, no consta que, en aras de la protección del interés prioritario de los menores, la estabilidad emocional de los mismos se haya visto comprometida gravemente con la actitud y conducta del padre involucrando improcedentemente a los hijos - sin recursos psicológicos propios suficientes para afrontar aquella situación conflictiva - en la crisis conyugal y alentando los comportamientos de los hijos frente a quien ha venido teniendo y tiene, en estos momentos, encomendado su cuidado, atención y asistencia, que es la madre.

"No está la sala valorando grabaciones de los menores manifestando sus opiniones o deseos, y que pudiera entenderse que son producto de manipulaciones o influencias externas, valora lo que ha oído directamente y con inmediación, sin filtros algunos. Y, no desconociendo la eficacia de futuro de tal manifestación y lo que se decidiera sobre ellos, por habérseles explicado...

"Comprender, verdaderamente, lo que desean los menores, sobre todo cuando son adolescentes, y lo que para ellos es más conveniente para su desarrollo personal y evolutivo, etc., sin duda, puede obtenerse mediante técnicas o el apoyo y auxilio externo de técnicos y peritos en la materia, pero eso no significa, que directamente los miembros que integran un Tribunal (que, muchas veces, además de Jueces técnicos son padres), no alcancen a saber e interpretar si los dichos o expresiones de los adolescentes responden a realidades, a manipulaciones, y si lo que dicen los menores se asienta en serias decisiones, las propias que son exigibles a tales edades.

"Y, lo que han manifestado Edurne y Julián resulta razonable, por lo que entiende la sala que debe ser acogido, pues, acomodar su situación personal a lo que estos razonablemente quieren y manifiestan incide en su propia estabilidad y desarrollo adecuado, tanto emocional como psicológico; sin que el resultado de la prueba psicosocial vincule al Tribunal como si de una prueba de valoración tasada se tratase.

"Debemos recordar, como hace la jurisprudencia, que no es el psicólogo quien determina las decisiones que han de fijarse en sentencia, ni el Juez está obligado a plasmar como tal decisión simplemente lo determinado por el psicólogo, como si fuera un mero transcriptor el Juez de las conclusiones de aquel, sino que ello depende de la valoración judicial de la prueba que constituye su informe, en relación con las demás obrantes en autos. Por ello, siendo el informe relevante, no implica que el Juez no pueda tomar decisión distinta tras oír a los hijos con suficiente juicio y atendiendo, por tanto, a las demás pruebas.

"No quiere este tribunal desconocer la trascendencia de los informes técnicos obrantes en el proceso, pero, tampoco, es de recibo seguir a rajatabla lo que digan esos especialistas en psicología infantil, etc., -que mediante su exploración de hace bastantes meses o años, dicen conocer los deseos y sentimientos de los menores afectados-, pero tampoco cabe poner en entredicho la experiencia de miembros de un Tribunal, con más de treinta años de experiencia en la resolución de este tipo de casos, y que puedan verse "engañados" al valorar los expresados deseos de los tales menores y el que estos coinciden en lo que es más conveniente y beneficioso para su futuro.

"Se insiste en que, partiendo de que la prueba obrante no determina una inaptitud del padre para la custodia (lo que, de partida, no excluye que no pueda concedérsele la misma), la sala valora que los menores sí presentaban suficiente juicio para manifestarse razonablemente sobre la cuestión, al manifestar preferir ir a vivir con su padre, revelando en ello serenidad y consciencia de su trascendencia actual y futura.

"Así, en su situación actual con dos núcleos familiares distintos, el de su padre (en Varese-Italia-) y el de su madre (en La Coruña), optan por convivir con su padre y ello con intención de ausencia de conflictos, a lo que sería deseable que atendieran los adultos de su entorno no trasladando a este ámbito de los menores antiguos agravios, y ello fundando los niños esta preferencia en un criterio que a la sala le parece de merecida consideración: que quieren vivir con su padre, que quieren estar juntos, habiendo relatado un régimen de vida adecuado para su edad, tanto con su padre como con su madre.

"Esta es una circunstancia nueva, con entidad suficiente y bastante, para que proceda la modificación pretendida en la demanda principal.

"CUARTO.- Abunda la sala en que no considera todo ello mero capricho de los menores, ni fruto exclusivamente de espurias influencias de su padre que impliquen la inexistencia de una voluntad propia y decidida de aquellos en lo que manifiestan, todo lo contrario, los adolescentes se explican con fundamento que es entendible y razonable para cualquiera, y no como el simple resultado de haber sido inducidos a decir lo que han dicho.

"Se anticipó que la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (art. 9.2, último inciso), el propio CC (art. 92.6) y la LEC (arts. 770. 4, 2º y 777.5) establecen su derecho a ser oídos cuando tengan suficiente juicio, -

aunque cierto es que sea cual sea la edad del niño, se establece como premisa fundamental que judicialmente "se estime necesario" la práctica de la audiencia del menor, juicio de valor que se constituye en cláusula general para el juez-, lo que los menores han demostrado, y ello no es algo meramente formal o testimonial, sino que el espíritu de nuestro Derecho es pretender la consideración de su voluntad, y aunque ello no determine el que deba esta imponerse en todo caso dejándoles la decisión, sí que el espíritu de las leyes es que se decida atendiendo a dicha voluntad, aunque no sea vinculante, cuando no se revele lo interesado por el menor perjudicial, y si aparezca razonable, como ocurre en este caso.

"Razonable, porque, el grado de madurez de los menores Edurne y Julián , se revela incluso superior al que su edad pudiera indicar.

"En realidad, si bien con carácter general, hasta los doce años la opinión de los menores suele tener escasa relevancia, sin embargo, cuando se trata de adolescentes y éstos presentan un grado de madurez psicológica suficiente y tienen capacidad de comprender y actitud para distinguir las consecuencias de sus actos, es obligado valorar la opinión de los mismos, con mayor peso, siempre que se expresen con libertad de criterio.

"En este sentido, se pondera que los deseos de Edurne y Julián , están en consonancia con el principio del interés superior del menor que ha de presidir este tipo de decisiones tan relevantes; al repetirse que no es de apreciar que sus opiniones y deseos obedezcan a una voluntad no autónoma o sometida a presiones externas, a puros caprichos o a manipulaciones de uno de los progenitores.

"Y, del informe psicosocial o informes (el de Salamanca y el de La Coruña anterior), no se deduce que los deseos y opiniones de los menores estén mediatizados, que respondan a esos caprichos, a frivolidades o a una tolerancia excesiva del progenitor con el que pretenden convivir...

"En conclusión: no considerándose todo ello mero capricho de Edurne y Julián , ni fruto exclusivamente de espurias influencias de su padre o de situaciones puntuales de conflicto o falta de entendimiento con su madre, que impliquen la inexistencia de una voluntad propia y decidida de los adolescentes en lo que manifiestan, intentando, por ello, un cambio infundado de custodia, pues, antes al contrario, estos se han explicado con fundamento, no estamos ante el supuesto contemplado, por ejemplo, en la STS de 9 de octubre de 2015, en la que se mantuvo la custodia de la madre, a pesar que los menores manifestaron querer irse con el padre y éste estaba capacitado para asumir la custodia...

"En segundo término, se añade otra circunstancia muy relevante, cara a definir y conseguir el mejor interés de ambos adolescentes y de la forma más adecuada, cuál es el logro de una formación y estudios más completa y lograda. Es decir, no se puede desdeñar el factor de que con el padre obtendrían una superior formación y educación a todos los niveles (especialmente en idiomas), en el DIRECCION000 de Varese; aspecto de beneficio eventual futuro para los menores, como creación de unas oportunidades de todos órdenes que, acaso, en La Coruña no tendrían, que no se debe minimizar o devaluar.

"De modo que, lo que los menores quieren en esto puede coincidir con lo que se considera es lo más beneficioso para ellos y para su desarrollo normalizado.

"Finalmente, no constan objeciones serias en lo que toca a que la agenda de trabajo del padre no comporte la disponibilidad para brindar a sus hijos el cuidado que necesitan, o que no tenga capacidad económica suficiente para poder mantenerlos y, el vínculo afectivo previo parece bien asentado, esto es, que el nexo que han establecido los hijos con su padre es fuerte por razón del tiempo compartido, favorecimiento de la autoestima y la comunicación, etc.

"Debe, por tanto, al resultar clamorosamente inviable el sistema de custodia compartida, estimarse el recurso que analizamos y ello con otorgamiento al recurrente de la custodia de sus dos hijos, para que no queden separados los hermanos.

"De todas las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer el sistema de guarda y custodia de los menores, una de ellas es la existencia de hermanos, y, en este sentido, el CC supedita el problema al respeto al interés superior de los menores.

"Así, el art. 92.5 CC es claro: la regla o mandato general es el de no separar a los hermanos y, en nuestro caso, aparte de que no concurren datos excepcionales para adoptar la medida de separarlos, -manteniendo la custodia de Julián con su madre-, resulta que ex art. 9, apartado 1º, de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, ambos adolescentes expresaron su voluntad de convivir juntos y no separados. Advierte la STS de 25-9-2015 que, aunque es cierto que los hermanos pueden separarse en caso imprescindible, lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos; por lo que, sólo se puede dar, con carácter excepcional, la medida de la separación entre hermanos, siempre que sea lo más beneficio para los hijos como marco de convivencia más adecuado para su desarrollo integral...

"Aquí, no se considera que los perjuicios de convivir con solo uno de los padres sean mayores que los de convivir separados.

"En cuanto al tiempo del otorgamiento de la custodia ha de serlo por el que, además, viene solicitado (4 años), -principio dispositivo-, eso sí, dejando terminar el curso académico actual, en lo que se pueda, a los menores, por lo que el cambio y entrega de los mismos para que pasen a convivir con su padre, no se materializará hasta el 10 de septiembre del presente año 2020, a fin de que no sea inmediata y brusca la modificación aludida.

"Por otro lado, en lo que se refiere al régimen de visitas a establecer en favor de la demandada-reconviniente, para la Sala, es asumible (véase el fundamento 5º de la sentencia impugnada) el traslado, más o menos *in toto*, del régimen amplio de visitas y estancias concordado en la sentencia de octubre de 2016 en favor del otro progenitor (el padre) -fines de semana alternos, semana santa entera, vacaciones de navidad enteras, puentes enteros, y 1 mes y 3 meses (sic) en verano-, etc.

"Unos matices en este apartado, se imponen: si como la demandada expone en su escrito de recurso, le parece este régimen excesivo y muy perjudicial para sus hijos, por verse éstos sometidos, con demasiada asiduidad, a un desmesurado trasiego de viajes, con el consiguiente cansancio para ellos, etc., está en su mano, con el concurso de su ex marido, de flexibilizar y acomodar tal régimen a las circunstancias concretas de cada momento, decidiendo si alguna de las visitas les perjudican y no pueden hacerse o cambiarlas para otras fechas, etc."

D.ª Piedad interpone recurso de casación y recurso por infracción procesal y solicita que se deje sin efecto la sentencia de la Audiencia y se confirme la sentencia del juzgado.

SEGUNDO.- Después de la interposición del recurso, D.ª Piedad ha presentado ante la sala varios escritos acompañados de documentación en los que alega hechos nuevos al amparo de los arts. 286 y 752 LEC. D. Mateo se ha opuesto mediante varios escritos acompañados de otra documentación. Por su parte el Ministerio Fiscal aunque entiende que no es determinante para resolver los motivos del recurso, no se opone a su admisión.

La sentencia 598/2019, de 7 de noviembre, recuerda que la sala, aun reconociendo que es posible la modificación de medidas definitivas por el cauce del art. 775 LEC, ha sido flexible en la interpretación del art. 286 LEC en los procesos que afectan a menores (sentencia 420/2010, de 5 de julio, por lo que se refiere a la cuantía de los alimentos), pero ello siempre que tenga relación con la cuestión jurídica del recurso de casación (sentencia 409/2015, de 17 julio, por lo que se refiere a la custodia compartida). Igualmente, que la sala ha venido negando la aplicación del art. 286 LEC en el ámbito de los recursos por infracción procesal y de casación, en atención a su naturaleza extraordinaria (entre otros, sentencia 564/2015, de 21 de octubre, y auto de 3 de octubre de 2018, rec. 1860/2016, en el que se citan autos anteriores). Ello no ha impedido, sin embargo, al amparo del art. 752 LEC, admitir la documental presentada en fase de casación (en la sentencia 350/2016, de 26 de mayo, un auto de incoación de procedimiento abreviado en el que se concretaban indicios de un delito de violencia doméstica, en un caso en el que se discutía el sistema de guarda de los menores).

Esta jurisprudencia de la sala está en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha reiterado que "el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2)", tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad.

En el presente caso, lo alegado como hechos nuevos con la documental que se aporta se dirige, en esencia, a poner de relieve tanto cómo se ha desenvuelto el régimen de visitas establecido en la sentencia recurrida como la evolución del hijo en sus estudios durante el tiempo transcurrido desde la atribución de la custodia al padre por la sentencia recurrida, al ser precisamente el dato de la mejor formación de los adolescentes un argumento esencial en el que se basó la decisión.

Ambas cuestiones se refieren a hechos posteriores a la sentencia recurrida por lo que, obviamente, no pudieron formar parte de los hechos que pudo tener en cuenta la Audiencia para fundar su decisión. En la medida en que permiten valorar la adecuación del sistema establecido al mejor interés de los menores, criterio rector y preferente que rige las decisiones en esta materia, nos referiremos a ellas al dar respuesta al recurso.

TERCERO.- D. Mateo invoca causas de inadmisibilidad del recurso de casación: por entender que se introducen hechos nuevos, que se pretende una nueva valoración de la prueba, que no hay interés casacional y porque la sentencia recurrida motiva adecuadamente conforme al interés de los hijos menores de edad.

Puesto que no se trata de causas de inadmisibilidad de las que, de acuerdo con la doctrina de la sala, podamos calificar como absolutas, daremos respuesta al resolver el recurso partiendo de que, de acuerdo con la doctrina de la sala, el interés del menor presenta interés casacional (sentencia 348/2018, de 7 de junio).

Ello sin olvidar, como concretaremos al resolver el recurso, que el mismo habrá de ser desestimado cuando la sentencia recurrida haya valorado adecuadamente el interés del menor (sentencias 400/2018, de 27 de junio, 413/2018, de 3 de julio, 393/2017, de 21 de junio, 84/2018, de 14 de febrero, entre otras muchas).

Como bien explica la sentencia 318/2020, de 17 de junio, en los casos en que se discute la guarda y custodia es reiterada la doctrina de que "en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio 578/2011, de 21 julio y 3 *23*/2012, de 21 mayo). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370 /2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia".

CUARTO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso por infracción procesal y del segundo motivo de casación y la estimación del primer motivo de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

QUINTO.- El primer motivo se ampara en el art. 469.1.2.º LEC y denuncia la "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto los arts. 214.1. y 4. de la LEC y 267.1 y 8. de la LOPJ".

En el desarrollo del motivo se explica que por D.ª Piedad se presentó escrito de solicitud de aclaración de la sentencia de la Audiencia que fue resuelto por auto de 8 de julio de 2020, que estimó parcialmente la solicitud y acordó "que el cumplimiento de los pronunciamientos que contiene el fallo de dicha sentencia comenzará desde el mismo momento que alcance firmeza legal". D. Mateo presentó nuevo escrito de aclaración al que se opuso D.ª Piedad con el argumento de que, en su literalidad, el pronunciamiento del auto era claro y que lo que se pretendía era variar un pronunciamiento del que no resultaba que la sentencia fuera inmediatamente ejecutiva, sino que el auto "establece con contundente claridad que los pronunciamientos no deberán cumplirse hasta que la misma no sea firme, es decir, hasta que transcurra el plazo para recurrir en casación o, interpuesto el citado recurso, el mismo sea inadmitido, o en su caso desestimado, por el Tribunal Supremo". En el recurso se añade que, sorprendentemente la Audiencia admitió el escrito y lo estimó por auto de 3 de agosto de 2020, en el sentido de "aclarar la parte dispositiva del auto dictado en las presentes actuaciones, en fecha 8 de julio pasado, en el sentido de que, si bien el cumplimiento de los pronunciamientos que contiene el fallo de la sentencia dictada por esta sala el 15 de mayo anterior pueda comenzar desde el mismo momento en que alcance la misma firmeza legal, ello lo es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 774.5 de la LEC", añadiendo que "no cabe recurso alguno, ni más aclaraciones o rectificaciones", lo que a juicio de la recurrente supone un agravio comparativo generador de indefensión y que atenta al principio de igualdad.

La parte recurrente considera que el auto de 3 de agosto de 2020 ha infringido "las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto los arts. 214.1 y 4 de la LEC y 267.1 y 8 de la LOPJ, que norman que los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan, y que no cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del Tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia". Cita una abundante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la invariabilidad de las sentencias, los límites de la aclaración de sentencia y el principio de seguridad jurídica y termina trascribiendo varios fundamentos de la sentencia de esta sala 393/2016, de 9 de junio.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

SEXTO.- Por lo que ahora interesa, el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, de fecha 15 de mayo de 2020, establece:

"1.º- Atribuir la guarda y custodia de los hijos menores de los litigantes (Edurne y Julián), establecida en sentencia de divorcio de 10-10-2016 de dicho Juzgado, al citado Sr. Mateo , con el que pasarán a convivir en Varese (Italia), a partir del 10 de septiembre de 2020, y durante los cuatro años siguientes a dicha fecha;

"2.º- Señalar como régimen de visitas y estancias en favor de la demandada, Sra. Piedad , aquel que vino fijado en favor del otro litigante en la dicha sentencia de octubre de 2016, sin perjuicio de que el mismo pueda venir flexibilizado, de común acuerdo, por ambos padres respecto a la posibilidad de juntar dos fines de semana en visitas largas, de jueves a martes, o de adaptar el calendario, según los horarios de transporte, y corriendo con los gastos de transporte y de desplazamiento de los menores en las vacaciones de navidad, semana santa y verano, en exclusiva, el padre, el Sr. Mateo ".

Es decir, de una parte el fallo dispone que el nuevo régimen de custodia a favor del padre debe comenzar el 10 de septiembre de 2020, de manera coherente con lo que afirma en su fundamento jurídico cuarto cuando razona que el cambio y entrega de los menores para que pasen a convivir con su padre no se materializará hasta el 10 de septiembre del presente año 2020, a fin de que no sea inmediata y brusca la modificación. De otra parte, se establece como régimen de visitas y estancias con la madre el mismo que se estableció a favor del padre en la sentencia que anteriormente atribuía la custodia a la madre.

D.ª Piedad solicitó aclaración de la sentencia, por lo que ahora interesa, por lo que se refiere al momento a partir del cual debía entrar a cumplirse el fallo de la sentencia, en particular por lo que se refiere a cómo debían desarrollarse las visitas de los menores en el período estival de 2020, pues razonó que poco sentido tendría que pasaran todo el verano en compañía del padre, conforme a la sentencia anterior a la sentencia cuya aclaración se instaba, y posteriormente se trasladasen a Italia el 10 de septiembre con el padre, pues de ser así quedaría mermado y vulnerado el derecho de visitas y estancias con la madre. A continuación incluyó unas amplias consideraciones acerca de cómo debía completarse la sentencia por lo que se refiere al régimen de visitas.

En este contexto, el auto de aclaración de 8 de julio de 2020, que expresamente reitera en sus razonamientos la fecha de 10 de septiembre de 2020 para el comienzo de la custodia ordenada a favor del padre, en su intento de dar respuesta a lo planteado por la solicitante de aclaración, explica que en el período estival de 2020 le corresponde a la madre lo que le hubiera correspondido al padre en el anterior régimen de guarda y custodia, y en este contexto se entienden con facilidad sus alusiones a la firmeza de la sentencia, que es lo único que se traslada expresamente al fallo del auto cuando declara que "el cumplimiento de los pronunciamientos que contiene el fallo de la dicha sentencia comenzará desde el mismo momento en que alcance firmeza legal".

En el auto de 3 de agosto de 2020, de aclaración del anterior auto de 8 de julio, se declara, como ya hemos señalado, que lo declarado en el auto de 8 de julio es "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 774.5 de la LEC", conforme al cual, en los procesos de menores: "Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Letrado de la Administración de Justicia la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio". El auto de aclaración de 3 de agosto de 2020 expresamente razona:

"(...) no se esta modificando o variando ahora ningún pronunciamiento del Auto anterior, simplemente, se esta especificando y aclarando lo que es la regla general obvia, y la concurrencia de la excepción correspondiente.

"Y ha de añadirse y tener en cuenta que el único pronunciamiento de la sentencia objeto de esa aclaración de concreción de fecha, lo fue el del citado régimen de visitas para el año 2020, y no desde luego el del inicio de la efectividad de la custodia en favor del padre para el próximo 10 de septiembre; momento temporal y pronunciamiento que ni en la sentencia, ni en el auto de 8 de julio que se dice, se vinculó a la declaración de firmeza alguna de la citada sentencia de alzada.

"De modo que, para el inicio de la tal custodia monoparental por el padre, el mencionado 10 de septiembre, para nada hay que esperar a que transcurra un eventual plazo de interposición de recurso de casación, ni a que el mismo se haya interpuesto, o el que el mismo sea inadmitido o, en su caso, desestimado por la Sala 1.ª del TS, por una razón añadida: dicha cuestión no fue objeto del escrito de aclaración de la Sra. Piedad ".

Esta sala considera que, contra lo que sostiene la recurrente, el auto de 3 de agosto de 2020 no modificó el pronunciamiento del auto de 8 de julio de 2020 por lo que se refiere al momento en el que desplegaba sus efectos la custodia por el padre, y solo de manera artificial y forzada se puede sostener que se alteró lo decidido fuera del cauce de los recursos, en contra de la profusa doctrina citada del Tribunal Constitucional. Lo que hace el auto de 3 de agosto de 2020 es aclarar, por si hiciera falta, el sentido de su fallo, que al no recoger por error material lo que se expresaba en su fundamentación podía dar lugar a dudas en su interpretación en un caso de claro conflicto y enfrentamiento entre las partes. No se corrigió un error de derecho o sustantivo del auto de 8 de julio de 2020 y no existe inconveniente alguno en que se utilice la aclaración para "la modificación

de pronunciamientos que deban reputarse erróneos por ser contrarios a la fundamentación de la resolución", respetando siempre el principio de intangibilidad, que integra el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE (autos de esta sala de 17 de marzo de 2021, rec. 1062/2019; 9 de marzo de 2021, rec. 5312/2018; 20 de enero de 2014, rec. 1414/2011). A falta de disposición que lo excluya, tampoco hay razón por la que deba negarse la posibilidad de solicitar la aclaración de un auto de aclaración, cuando concurran los presupuestos genéricos que permiten tal resolución, tal y como ha sucedido en el caso.

No existe tampoco contradicción con la doctrina de la sala que ha venido reiterando, de acuerdo con la doctrina constitucional, la inmodificabilidad de las sentencias. En particular, el supuesto a que se refiere la sentencia 393/2016, de 9 de junio, extensamente transcrita en el recurso, se refiere a un supuesto en el que la sentencia de la Audiencia, al no apreciar que el juzgado se había extralimitado al aclarar su sentencia, dio lugar a indefensión de las partes respecto de la posible impugnación de la sentencia de primera instancia tal y como fue dictada, sin el auto de aclaración. Obviamente, nada tiene que ver con lo sucedido en el presente caso en el que, en definitiva, por todo lo explicado, no advertimos que se haya infringido el principio de intangibilidad de la sentencia, ni lesionado la seguridad jurídica ni el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva con infracción de los artículos invocados en el motivo del recurso.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo del recurso por infracción procesal, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4° LEC, se denuncia vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, al entender la recurrente que la Audiencia incurre en error en la valoración de la prueba, con infracción del canon de la racionalidad con respecto al informe psicosocial obrante en autos y jurisprudencia interpretativa.

El argumento central de la recurrente es que se produjo un error notorio en la apreciación del interés superior de los menores y en la valoración de la prueba psicosocial, así como con respecto a las manifestaciones rendidas por la técnico en el acto del juicio, al prescindir de las consideraciones de dicho dictamen. También añade de pasada que la sentencia se fundamenta en la opinión de los niños expresada en su exploración judicial, "de la que no se nos dio traslado, produciéndonos indefensión igualmente vedada por el art. 24 CE, señalando la STC de 9 de mayo de 2019, que la entrega a las partes del acta detallada de la exploración de los menores no vulnera el derecho a la intimidad de los mismos".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

OCTAVO.- El motivo segundo introduce cuestiones heterogéneas pues, si bien tiene por objeto el error en la valoración de la prueba, alude también a la indefensión que se habría generado a la parte por no darle traslado del acta de la exploración de los menores. Esta alegación debió articularse mediante un motivo independiente y, de ser cierta, y haberse intentado su subsanación mediante denuncia previa al dictado de la resolución, la consecuencia de su estimación sería la retroacción de las actuaciones al momento procesal en que se omitió tal traslado, solicitud que tampoco es formulada por la recurrente.

Por lo demás, puesto que la recurrente alega indefensión, añadiremos que no la ha habido, pues en el presente recurso la parte ha podido ampliamente y ante esta sala exponer todo lo que ha tenido por conveniente sobre la exploración de los menores, en la medida en que la sentencia recurrida ha procedido a recoger el contenido de la exploración o audiencia, reflejando las manifestaciones de los niños o adolescentes imprescindibles por significativas, y por ello relevantes, para la decisión sobre la guarda.

Ciertamente, la STC, Pleno, 64/2019, de 9 de mayo, en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de Primera Instancia 14 de Barcelona respecto del art. 18.2.4.ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria declaró que la entrega a las partes del acta "detallada" (tal como establecía la redacción del mencionado art. 18.2.4.ª LJV, recientemente modificado por la disp. final 15 de la LO 8/2021, de 4 de junio) atendía a la exigencia del principio procesal de contradicción consagrado en el art. 24 CE y que "el acceso de las partes a todos los documentos del proceso es una consecuencia obligada del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en la noción acuñada por la doctrina del Tribunal Constitucional, como "privación del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos", que "tiene su manifestación más trascendente, cuando por el órgano judicial se impide a una parte el ejercicio de este derecho a la defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable principio de contradicción" (STC 8/2009, de 12 de enero, FJ 3). En el mismo sentido, la STC 278/2006, de 25 de septiembre, afirma que "en ningún caso pueden ser privadas las partes de la oportunidad de alegar sobre la cuestión que, a juicio del órgano judicial, resulta determinante de la decisión del recurso, pues de otro modo sufre la confianza legítima generada por los términos en que fue conformada la realidad jurídica en el proceso, que no puede desconocerse por los órganos judiciales (STC 53/2005, de 14 de marzo, FJ 5)" [FJ 3 b)]".

Esta misma STC, Pleno, 64/2019, en el marco del conflicto constitucional que se le plantea entre los derechos del menor, y en especial su intimidad, y los derechos garantizados a las partes por el art 24 CE, desestima el

recurso de inconstitucionalidad del mencionado art. 18.2.4.ª de la Ley 15/2015 mediante la interpretación de que: "El momento crucial para garantizar los derechos de audiencia y a la intimidad del menor, conciliándolos con los derechos que asisten a las partes en el proceso no se desencadena con el traslado del acta, sino que se sitúa en un momento anterior, en el desarrollo del acto del que dicho documento da fe. Es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la administración de justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1 párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente".

Si en el presente caso, de paso que se denuncia error en la valoración de la prueba, se menciona que no se puso en conocimiento de la parte el contenido del acta generadora de indefensión, debemos decir que no existe tal, pues además de que tampoco se dice por la recurrente que pidiera la subsanación de la falta de traslado, la posible indefensión habría quedado subsanada ante esta sala, dada la constancia en la sentencia recurrida de las manifestaciones de los menores imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión sobre la guarda. Ello ha permitido a esta parte, como ha quedado dicho, efectuar en su recurso ante esta sala todas las alegaciones que ha tenido por conveniente sobre el contenido y el resultado de la audiencia.

Por otra parte, y en relación con la valoración de la prueba, que es verdaderamente el motivo del recurso, es jurisprudencia reiterada que mediante el recurso extraordinario por infracción procesal no se puede cuestionar la valoración jurídica que deriven de los hechos probados, pues la valoración jurídica solo es susceptible de ser examinada en casación (entre las más recientes, SSTS 61/2021, de 8 de febrero, 43/2021, de 2 de febrero, 330/2020, de 22 de junio, y 325/2020, de 22 de junio).

La recurrente plantea como cuestión fáctica lo que en realidad es una discrepancia con las conclusiones jurídico-sustantivas que condujeron a la sentencia recurrida a modificar el régimen de custodia. En efecto, en realidad no se discrepa de un concreto fallo en la valoración de las pruebas sino de las consecuencias que, en relación con qué sea el interés de los menores, se extrae de las mismas.

También es jurisprudencia reiterada que la revisión de la valoración probatoria del tribunal de apelación solo es posible mediante el recurso por infracción procesal "por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que la arbitrariedad o el error patente sean inmediatamente verificables de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución lo que implica que ha de tener incidencia en el fallo" (SSTS 199/2021, de 12 de abril; 681/2020, de 15 de diciembre).

En el presente caso no existe un error patente en la valoración de la prueba sino, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, una valoración conjunta de todos los elementos probatorios, así como de la resultancia de la audiencia de los menores, de la que se extrae una conclusión netamente jurídica, la de que el interés de los mismos aconseja la modificación postulada.

La vía adecuada para atacar tal conclusión es a través de la vía del recurso de casación, que por lo demás ha sido utilizada simultáneamente por la recurrente. Por ello, si la resolución se adapta al interés de los menores deberá analizarse en el correspondiente motivo de casación, y el motivo segundo del recurso por infracción procesal se desestima.

Recurso de casación

NOVENO.- Por razones de coherencia, procede analizar en primer lugar el motivo segundo del recurso, en el que se denuncia la vulneración del art. 91 del CC, "en tanto en cuanto no se ha producido una alteración sustancial de circunstancias, que posibilite el cambio de la custodia materna por la paterna".

El motivo, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, debe ser desestimado.

El art. 90.3 CC, desde la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, establece que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, "cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges".

Esta sala ha insistido en que para promover la modificación de las medidas es suficiente con probar un cambio significativo, sin que se precise un cambio sustancial. Las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que

basarse en "un cambio sustancial, pero sí cierto", tal y como reiteran, entre otras muchas, las sentencias 211/2019, de 5 de abril, 567/2017, de 19 de octubre; 242/2016, de 12 de abril.

En el presente caso, la nueva residencia del progenitor y la voluntad de los menores de trasladarse con el mismo justifican ese cambio significativo. Cuestión distinta es la de si las nuevas medidas son acordes con el preferente interés de los menores, lo que corresponde analizar al estudiar el primer motivo de casación.

Por lo demás, el motivo introduce una serie alegaciones en las que plantea múltiples cuestiones heterogéneas, pues se hace referencia a que i) no han sido analizados y cuestionados jurídicamente los informes psicosociales; ii) a que la sala se ha adherido incondicionalmente a la "cuestionable, inducida y poco madura opinión, [de los hijos] despreciando otros elementos de juicio para determinar si el cambio de custodia respondía a una cierta o sustancial alteración de circunstancias que así lo justificase"; iii) la sentencia recurrida no aprecia extremos tan importantes como los relativos a las dificultades de adaptación a un país extranjero, nuevo idioma y cambio de sistema educativo, en un momento crucial en el desarrollo escolar de los niños; iv) pérdida sensible de la comunicación con la madre; v) El padre tampoco probó las condiciones de la vivienda en la que habitarán los menores en el extranjero, así como quien atenderá a los niños cuando se ausente por razón de trabajo; es el padre el que voluntariamente optó por sacrificar el contacto con sus hijos para desarrollar su carrera profesional.

Todas estas alegaciones son ajenas al motivo segundo del recurso de casación, pues se refieren a la valoración del interés del menor, que debe ser analizado en el motivo primero del recurso.

Por todo ello, el motivo segundo del recurso de casación se desestima.

DÉCIMO.- El primer motivo del recurso de casación, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, impugna la decisión de atribución de la custodia al padre al considerar que es contraria al interés de los menores por haberse basado exclusivamente en su opinión, sin tener en cuenta que son inmaduros y están afectados por un conflicto de lealtades, como se puso de relieve en el informe psicosocial que sí fue seguido por la sentencia del juzgado. En el recurso se reprocha también a la sentencia que prescinde de la estabilidad que para los menores reportaba la guarda de la madre y su residencia en Coruña, donde, se dice, los menores tienen su arraigo y donde vive la familia extensa de la madre.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante acerca de la precisión establecida en el auto aclaratorio de fecha 8 de julio de 2020 y relativa a si la atribución de la custodia al padre lo es o no exclusivamente para residir en Varese, la sala no comparte este razonamiento y considera que, por el contrario, la sentencia recurrida decide el cambio de custodia y la atribuye al padre teniendo en cuenta el interés superior de Edurne y Julián de manera motivada, fundada y razonable a la vista del conjunto de circunstancias que concurren en el caso.

DECIMOPRIMERO.- El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020, FJ 3, y 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, entre las más recientes). Como dice la STC 178/2020, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos.

Dado el carácter de principio general, de "cláusula general" y "principio jurídico indeterminado" que puede atribuirse a la protección del interés del menor es preciso llenar su contenido. En cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias. El art. 2 LOPJM recoge algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. Se trata de criterios que habían venido siendo tenidos en cuenta en las decisiones de los tribunales.

En particular, el art. 2.2.b) LOPJM menciona "la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior". El art. 9 LOPJM reconoce el derecho del menor a ser oído y escuchado en el ámbito familiar y en cualquier procedimiento en que esté afectado y conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Además, el art. 92 CC reitera este derecho del menor que tenga suficiente juicio a ser oído cuando el juez vaya a adoptar cualquier medida de guarda y custodia.

En la línea de los desarrollos del Tribunal Constitucional, el art. 2.3 LOPJM, además, añade que los criterios deben ponderarse teniendo en cuenta de manera conjunta, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, una serie de elementos generales, entre los que se encuentran: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Es decir, una lista abierta que permite considerar cualquier elemento que sea relevante en cada ocasión y respecto del menor que se vaya a ver afectado por la medida.

Lo dice el art. 2 LOPJM, y no podía ser de otra manera, estos criterios generales lo son sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto. Porque en definitiva, el "interés del menor" es en cada caso y en cada situación el interés del concreto menor al que va a afectar la medida o decisión que se va a adoptar.

El interés del menor, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

DECIMOSEGUNDO.- En el presente caso, contra lo que alega la recurrente, la Audiencia no ignora la existencia del informe psicosocial sino que explica, de acuerdo con la doctrina de esta sala, que no le vincula.

Así, dice la Audiencia que ha oído directamente con inmediación y sin filtros algunos a los menores, y que lo transmitido por los adolescentes no se corresponde con lo que refleja el informe psicosocial, lo que justifica razonablemente atendiendo al tiempo transcurrido desde lo que pudieron comunicar los menores a los redactores del informe (fechado a 1 de agosto de 2018, meses antes de que la Audiencia oyera a Edurne y Julián , respectivamente el 27 de enero y el 3 de febrero de 2020, según consta en la fecha de la grabación).

La Audiencia, reconociendo la trascendencia de los informes técnicos obrantes en el proceso, explica por qué el juez no está obligado a plasmar en la sentencia el informe del psicólogo, sino que debe tomar su decisión a la vista de todas las pruebas practicadas, y rechaza las alegaciones acerca de que por no ser psicólogos los jueces puedan verse "engañados" al valorar los deseos de los menores y el que estos coinciden con lo que es más conveniente y beneficioso para su futuro.

Este razonamiento se ajusta perfectamente a lo que ha dicho esta sala que, como sintetiza la sentencia 318/2020, de 17 de junio, ha destacado que tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; y 135/2017, de 28 de febrero). En definitiva, asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional.

Hay que observar que en el informe psicosocial de fecha 1 de agosto de 2018, y así se recalcó en el acto del juicio por la técnico que lo elaboró, se considera relevante para mantener la custodia a favor de la madre y la consiguiente residencia en Coruña, la satisfacción manifestada por los niños sobre su vida, de donde resultaría el argumento favorable a la estabilidad que les reporta continuar allí y lo desaconsejable que resultaría un cambio en la guarda, también en atención a los cambios anteriores vividos por la familia en razón del trabajo del padre. Pero, precisamente por la relevancia que en el informe se dio a lo manifestado por los niños en ese momento, no es contradictorio que los magistrados de la Audiencia, al dictar sentencia casi dos años más tarde, tengan en cuenta la opinión contraria manifestada por los menores de manera inmediata ante ellos.

La valoración de las manifestaciones y la voluntad expresada por el menor deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica, según la lógica y la experiencia del juzgador. Además, esa voluntad debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de esta sala, "no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el

desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales" (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas).

En el caso que juzgamos, la Audiencia tiene en cuenta, además por supuesto de la aptitud del padre, que la voluntad expresada por los hijos (nacidos el NUM000 de 2006 y el NUM001 de 2008) de que quieren estar con su padre y que quieren estar juntos, en un relato que efectúan de un régimen de vida adecuado para su edad, no es "un capricho de los menores ni fruto de espurias influencias del que impliquen la inexistencia de una voluntad propia y decidida de aquellos en lo que manifiestan, todo lo contrario, los adolescentes se explican con fundamento que es entendible y razonable para cualquiera, y no como el simple resultado de haber sido inducidos a decir lo que han dicho". La Audiencia conoce que la opinión de los menores no es vinculante, pero también que debe respetarse si lo revelado es razonable, se expresan con libertad de criterio y conocen las consecuencias de sus actos, lo que valora que sucede en el caso a la vista de la edad de los menores y de las manifestaciones que realizan ante la situación actual de los núcleos familiares existentes.

Este razonamiento es conforme con la doctrina de la sala, que ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.

En el caso presente la Audiencia no considera probado que en el momento en que oyó y escuchó a los menores concurriera ninguna de las circunstancias que se valoraron en las sentencias 633/2012, de 25 de octubre (manipulación derivada del propio conflicto matrimonial, que en el caso la Audiencia expresamente rechaza), y 206/2018, de 11 de abril (detección de factores convivenciales altamente negativos para la formación de la menor en su relación con la madre, con la que la menor quería continuar). No advertidas circunstancias semejantes, se valora que la opinión que manifiestan tampoco obedece a una mayor comodidad de los menores, cuando saben que implica cambios de colegio y de residencia y son conscientes de que en ocasiones anteriores han afrontado situaciones semejantes.

La Audiencia, en la valoración motivada y conjunta de la prueba, sin que sea exigible que se pronuncie sobre todos y cada uno de los argumentos invocados por la madre en contra del cambio, ha tenido en cuenta de manera razonable la opinión de los menores. A este respecto debemos señalar que, del visionado de las grabaciones, resulta con evidente claridad la madurez de Edurne y de Julián , la sencillez y espontaneidad de sus respuestas acerca de que querían ir a Italia. No se trata solo de su opinión acerca de su futuro atendiendo a la mejor formación académica o profesional que les podría reportar el estudiar en el colegio al que irían de trasladarse con el padre, que siendo importante no sería definitiva para valorar su interés. En el caso estamos ante un conjunto de manifestaciones realizadas por Edurne y Julián acerca de cómo han vivido y les han afectado los anteriores cambios de residencia y de centros escolares; en el caso de Edurne incluso viviendo en Coruña y, en el caso de Julián , de las perspectivas de cambio de centro para el curso siguiente aun de seguir en esa ciudad. A lo anterior se suma la valoración, breve pero significativa, que ellos mismos efectúan, de sus relaciones con iguales, de sus relaciones con ambos progenitores, de sus relaciones entre sí como hermanos, y de cómo se apoyan en esta decisión de ir a Italia, así como de la situación cotidiana que en ese momento viven en Coruña. En el caso, sus manifestaciones muestran una coherencia con lo que ha sido su vida pasada como consecuencia de los traslados de la familia (Salamanca, Amsterdam, Salamanca, Coruña), sin que del precedente de tales cambios resulte que su mejor interés exija permanecer en esa ciudad cuando pueden estar protegidos, cuidados, atendidos por el padre en el lugar de su nuevo destino profesional y ellos, con 11 y 13 años cumplidos en el momento de la exploración, manifiestan ese deseo con claridad.

La estabilidad que los menores tenían con la madre no es un argumento definitivo que permita rechazar una modificación del sistema de custodia cuando, ante un cambio cierto de circunstancias, es preciso valorar nuevamente el interés del menor en el momento en que se debe tomar una decisión sobre su guarda y custodia (sentencia 433/2016, de 27 de junio). Siendo lo deseable que los menores convivan con ambos progenitores, se impone la realidad de la separación y de su residencia efectiva en lugares diferentes, por lo que se trata de la adopción de lo más conveniente sin que quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad, el contacto con progenitores y hermanos.

Por supuesto que en el régimen de guarda atribuida al padre la relación diaria con la madre necesariamente se ve reducida. Sucede sin embargo que en la sentencia recurrida se asumió en interés de los menores en favor de

la madre "el traslado, más o menos *in toto*, del régimen amplio de visitas y estancias concordado en la sentencia de octubre de 2016 en favor del otro progenitor (el padre) -fines de semana alternos, semana santa entera, vacaciones de navidad enteras, puentes enteros, y 1 mes y 3 meses (sic) en verano-, etc.", añadiendo matices del siguiente tenor: "si como la demandada expone en su escrito de recurso, le parece este régimen excesivo y muy perjudicial para sus hijos, por verse éstos sometidos, con demasiada asiduidad, a un desmesurado trasiego de viajes, con el consiguiente cansancio para ellos, etc., está en su mano, con el concurso de su ex marido, de flexibilizar y acomodar tal régimen a las circunstancias concretas de cada momento, decidiendo si alguna de las visitas les perjudican y no pueden hacerse o cambiarlas para otras fechas, etc.". Luego, en el fallo se estableció: "Señalar como régimen de visitas y estancias en favor de la demandada, Sra. Piedad , aquel que vino fijado en favor del otro litigante en la dicha sentencia de octubre de 2016, sin perjuicio de que el mismo pueda venir flexibilizado, de común acuerdo, por ambos padres respecto a la posibilidad de juntar dos fines de semana en visitas largas, de jueves a martes, o de adaptar el calendario, según los horarios de transporte, y corriendo con los gastos de transporte y de desplazamiento de los menores en las vacaciones de navidad, semana santa y verano, en exclusiva, el padre, el Sr. Mateo ". En aclaración de sentencia, a instancias de la madre, el auto de la Audiencia de 8 de julio de 2021 ya insistió en que los gastos de transporte y desplazamiento de los menores en las vacaciones de navidad, semana santa y verano los pagaba exclusivamente el padre, y que respecto de las visitas propiamente dichas que hiciera la madre se contemplaba la posibilidad de que se juntaran fines de semana en visitas largas, de jueves a martes, o de adaptar el calendario en función de las vacaciones escolares y las posibilidades económicas y laborales de la madre.

Como hechos nuevos reveladores de la inidoneidad del sistema establecido por la Audiencia, mediante escritos de 9 y 25 de febrero de 2021, después de interponer recurso de casación, la madre ha presentado una documentación acreditativa a su juicio del incumplimiento por el padre de sus obligaciones de garantizar los desplazamientos de los menores. Cumple advertir, sin embargo, que frente a la profusa documental aportada por la madre, consta el auto 179/2021, de 5 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia 8 de Salamanca en el que se estima la oposición del padre a las pretensiones de la madre en ejecución de sentencia y se reitera que, a falta de acuerdo entre lo progenitores, de acuerdo con lo establecido en la sentencia, el padre solo debía sufragar los viajes mencionados, y no los de las "visitas ordinarias", lo que ya tuvo en cuenta la Audiencia al admitir la posibilidad de introducir flexibilidad en los viajes de la madre.

Para evidenciar lo inadecuado que resulta la guarda por el padre, la madre destaca el apoyo con que ella cuenta en Coruña con su familia, frente al dato de que el padre no tiene a su familia en Italia. Sin embargo, en atención a la edad de Edurne y de Julián , tal apoyo con el que cuenta la madre no es preciso para el cuidado y la atención diaria que requieren los hijos y, sin desconocer el indudable beneficio que para los adolescentes supone la relación con la familia extensa, paterna y materna, este factor no puede condicionar la adopción del sistema de custodia. En todo caso, la falta de relación diaria debe paliarse, como sucede en el caso de tantas familias, con un fomento del contacto durante las visitas y estancias.

La madre trata de convencer igualmente del desacierto de la decisión de la sentencia recurrida aludiendo al fracaso académico de Julián , introduciendo como hecho nuevo mediante escrito de 26 de abril de 2021 la posibilidad de que el menor tuviera que repetir curso, de acuerdo con un informe del Colegio de Varese de 19 de abril de 2021. Frente a ello, cumple observar, sin embargo, que de la documental aportada, resulta que, con su esfuerzo y capacidad, Julián ha remontado superando con holgura el curso académico, tal y como resulta de las notas finales. De ello resultaría que, superadas las lógicas dificultades que comporta todo cambio, especialmente complejas en el caso por las malas relaciones existentes entre los padres, según se relata por ambas partes al explicar sus respetivas posturas, Julián habría alcanzado una estabilidad adecuada en Varese. Por la misma razón, tampoco son decisivos los mensajes que aporta la madre como hecho nuevo y en los que los hijos le manifiestan que tienen deseo de verla, lo que no es sino la lógica manifestación del cariño que sienten por ella; los mensajes aportados que envió el hijo, el mismo día antes del viaje a Italia (10 de septiembre de 2020), unos días después (13 de septiembre de 2020) y otro sin concretar fecha, pero por la referencia a sus ganas de que llegue "halloween" y poder ver a sus amigos parece que de forma muy cercana a su llegada a Italia, son fácilmente reconducibles al momento inicial del desplazamiento.

Por otra parte, no se exponen por la recurrente otros datos nuevos que a modo de circunstancias sobrevenidas determinen que el régimen instaurado es contrario al interés de los menores. De la documental aportada, en especial las comunicaciones con el colegio, se desprende el interés y la preocupación del padre por la situación de sus hijos y, si bien, como advierte la recurrente, es lo que le corresponde como padre, no por ello deja de ser acreditativo de la intervención activa, ocupación y preocupación del padre por el cuidado de los menores.

La madre trata igualmente de cuestionar la idoneidad de la custodia por el padre haciendo referencias genéricas al estilo profesional de vida del padre, y se citan estancias lejos de su familia durante meses de duración. Tales alegaciones se hacen con tal generalización y falta de concreción que no resulta acreditado

que haya dado lugar a una falta de protección ni a un descuido de los mismos durante el tiempo transcurrido en Italia, y sin duda esta sala debe valorar la situación de los menores en el momento actual.

Finalmente, no es admisible la introducción en el recurso de aserciones interesadas acerca de la repercusión negativa que tendrá en el desarrollo de la personalidad de los menores el desprecio del padre hacia la madre. Constan en las actuaciones ejemplos de mutuos reproches y descalificaciones sobre la educación, dedicación a los hijos y estilos de vida del otro progenitor, lo que sin duda nunca puede revertir en interés de los hijos, sin que haya ningún atisbo en la sentencia recurrida de una situación como la que sugiere la recurrente.

Por todo lo anterior debemos concluir que nada hay de arbitrario ni ilógico en la decisión de la Audiencia ni en la valoración del interés de Edurne y Julián por lo que se refiere al cambio de custodia y su traslado a Italia, ni que la misma se haya traducido en una situación contraria a su interés, sin perjuicio de lo que decimos a continuación.

DÉCIMOTERCERO.- Si bien por las razones expuestas la guarda adoptada por la sentencia recurrida a favor del padre protege los intereses y necesidades de los hijos menores, se ajusta a los criterios legales y coincide además con la voluntad expresada por los hijos, debemos matizar que no se aprecia tal interés en la precisión que se introdujo en la aclaración de la sentencia mediante el auto de 8 de julio de 2021.

El fallo de la sentencia de la Audiencia, literalmente acordó "atribuir la guarda y custodia de los hijos menores de los litigantes (Edurne y Julián), establecida en sentencia de divorcio de 10-10-2016 de dicho Juzgado, al citado Sr. Mateo , con el que pasarán a convivir en Varese (Italia), a partir del 10 de septiembre de 2020, y durante los cuatro años siguientes a dicha fecha".

En el fundamento de derecho primero del auto de 8 de julio de 2021, en respuesta a la solicitud de aclaración presentada por la madre, y aunque la concreción no se llevó a la parte dispositiva, se dice que la atribución de la custodia al padre por cuatro años lo es aunque durante ese tiempo se trasladara a vivir, por razones laborales, a otro lugar.

Esta sala considera que en este punto no puede mantenerse el criterio de la Audiencia, pues el art. 2.3 d) de la LOPM establece como elementos a tener en cuenta para ponderar los criterios que determinan el interés del menor "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro". Esa estabilidad no queda comprometida, por el conjunto de razones expuestas en el anterior fundamento de esta sentencia, por la atribución de la custodia al padre en atención a su residencia en Varese, dato relevante en función del cual se valoró el interés de los menores. Por el contrario, no es posible valorar *a priori*, sin conocer las circunstancias que pueden concurrir en otro escenario, cuál será el mejor interés de los menores si el padre cambia de lugar de residencia, ni cómo se organizarían las estancias o visitas con la madre, lo que también es decisivo en la ponderación del beneficio de los menores.

De ahí que resulte indeseable el sistema que resultaría de la aplicación del criterio del auto. En atención al principio del interés superior del menor, con arreglo al cual debe decidir este tribunal, procede declarar que, reconociendo el derecho de libertad de residencia del padre, en el supuesto de que fuera a trasladar su residencia de Varese a otro lugar, inmediatamente deberá ponerlo en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca para que este, o el que resulte competente si fuese distinto, decida sobre la guarda y custodia.

DECIMOCUARTO.- La desestimación del recurso por infracción procesal determina que se impongan las costas de este recurso a la recurrente.

En la medida en que lo razonado en el auto de aclaración se integra en la sentencia, al rechazar el matiz introducido por el auto de 8 de julio de 2020, estimamos en parte el recurso de casación, lo que determina que no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

Se mantiene la no imposición de costas de las instancias de acuerdo con lo declarado en la sentencia recurrida, en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas y los derechos e intereses en conflicto.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso por infracción procesal interpuesto por D.ª Piedad contra la sentencia dictada, con fecha 15 de mayo de 2020, aclarada por autos de 8 de julio y 3 de agosto de 2020, por la Audiencia Provincial de

Salamanca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 493/2019, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 1537/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca.

2.º- Estimar parcialmente, exclusivamente en el sentido que detallamos a continuación, el recurso de casación interpuesto por D.ª Piedad contra la misma sentencia y, en consecuencia:

Ratificamos la atribución a D. Mateo de la guarda y custodia de sus hijos Edurne y Julián , establecida en la citada sentencia, a partir del 10 de septiembre de 2020, y durante los cuatro años siguientes a dicha fecha. En el supuesto de que el Sr. Mateo fuera a trasladar su residencia de Varese (Italia) a otro lugar, inmediatamente deberá ponerlo en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca para que este, o el que resulte competente si fuese distinto, decida sobre la guarda y custodia.

3.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso por infracción procesal y no imponer las costas de casación ni las de las instancias.

4.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso por infracción procesal y la devolución del depósito para interponer el recurso de casación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ