



Roj: **SAP MA 19/2026 - ECLI:ES:APMA:2026:19**

Id Cendoj: **29067370062026100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **28/01/2026**

Nº de Recurso: **2151/2025**

Nº de Resolución: **106/2026**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STIC, Málaga, núm. 16, 16-10-2025 (proc. 783/2024),
SAP MA 19/2026**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DIECISÉIS DE MÁLAGA.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES NÚMERO 783/2024.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 2151/2025.

SENTENCIA Nº 106/2026

Il'tmos. Sres.:

Presidente:

Don José Javier Díez Núñez

Magistrado/as:

Doña Gloria Muñoz Rosell

Don Luis Shaw Morcillo

En la Ciudad de Málaga, a veintiocho de enero de dos mil veintiséis. Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos número 798/2024, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis (Familia) de Málaga, sobre retención ilícita de menores (sustracción internacional de menores), seguidos a instancia de doña Gregoria, representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales don Ángel Rafael Castillo Segura y defendida por la Letrada doña Monika Malgorzata Marczewska Byc, contra don Juan Carlos, representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Guerrero Claros y defendido por la Letrada doña Ana Isabel Izquierdo Martínez; actuaciones procesales en las que habiendo intervenido el Ministerio Fiscal se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis (Familia) de Málaga se tramitó procedimiento especial número 873/2024, sobre restitución o retorno de menores en supuesto de sustracción internacional, del que trae causa el presente Rollo de Apelación, en el que con fecha 16 de octubre de 2025 se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Se desestima la demanda de medidas de restitución internacional de menores formulada por Dña. Gregoria frente a D. Juan Carlos. No se impone condena en costas".



SEGUNDO.-Contra la expresada resolución, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación las representación procesal de la parte demandante, oponiéndose a su fundamentación la adversa demandada y Ministerio Fiscal, remitiéndose seguidamente las actuaciones originales, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia, en donde al no solicitarse práctica probatoria y considerarse innecesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación del tribunal la audiencia del pasado día 26 de enero, quedando a continuación concluidas las actuaciones para el dictado de sentencia.

TERCERO.-En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores hecho en La Haya en 25 de octubre de 1980 tiene por objeto adoptar medidas urgentes para que el menor retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y así, en su artículo 3, apartado a), se considera, a los efectos de la aplicación del Convenio, que el traslado o retención de un menor es ilícito *"cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención"*, añadiendo, en su último párrafo, que dicho derecho de custodia puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado, estableciendo sobre dicha base el artículo 1, apartado a), que la finalidad del Convenio es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, tendiendo, efectivamente, a reponer la situación del menor al momento anterior a la actuación ilícita, estableciendo en su contenido que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata, terminología imperativa que se reitera en el párrafo 2º del mismo precepto, con el importante matiz de su inciso final *"salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio"*, cuando el procedimiento se inicie después de la expiración del plazo de un año desde que se produjo el traslado o retención ilícita, por lo que, como se desprende de lo expuesto la finalidad del Convenio de La Haya, es la de garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente, en los términos del artículo 3, y por ello, una vez determinado que el traslado o retención ha sido ilícito, el artículo 12 del Convenio de La Haya ordena la restitución inmediata del menor si hubiese transcurrido un período inferior a un año, desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícito y la fecha de iniciación del procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, pero para ello la primera premisa que ha de cumplirse es que la retención deba ser calificada de ilícita, debiendo dejarse claro que el Convenio de la Haya sobre sustracción de menores no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes las que en su caso resuelvan sobre la custodia, pues, como recoge el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, de 22 de febrero de 2011 *"los órganos jurisdiccionales del estado requerido, en este caso España, solo podrán denegar la restitución del menor en base de alguna de las excepciones tasadas y recogidas expresamente en los artículos 12 y 13 del reiterado Convenio. No se trata pues en el presente procedimiento de determinar a que progenitor corresponde la custodia del menor, ni de establecer reglas respecto a esta cuestión, esa competencia la conservan los Tribunales que sean competentes de conformidad al derecho interno del estado requirente. Se trata exclusivamente de decidir si se da o no en nuestro estado eficacia directa y automática a una resolución judicial de otro de los estados firmantes una vez reconocidos los requisitos esenciales de la misma, o si por el contrario, esa eficacia automática queda diferida por concurrir a juicio de los tribunales del estado requerido alguna de las mencionada causas de oposición"*, estableciendo el artículo 3 del Convenio que *"[el traslado o la retención de un menor se consideraran ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención"*, añadiendo el precepto que *"[el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado"*, por lo que vemos pues que el artículo 3 del Convenio exige la concurrencia de un doble elemento, de un lado, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de residencia habitual del menor, y de otro, el ejercicio efectivo de dicha custodia antes del traslado o retención, disponiendo el artículo 5 que, *"[a] los efectos*

del presente convenio: a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia" y el artículo 13, por su parte, que, aun antes del año, "la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable"; a lo que cabe añadir que, para calificar un traslado o retención como ilícito es preciso que se haya producido una infracción del "derecho de custodia" que es un término con perfiles propios en el ámbito del Convenio, por ello, es necesario clarificar qué se entiende como derecho de custodia en los instrumentos internacionales.

SEGUNDO.-El concepto de custodia y guarda en los convenios de La Haya y en el Reglamento (UE) 2019/1111 es más amplio que el concepto de guarda y custodia recogido en nuestro ordenamiento interno, ya que para el Convenio de La Haya de 1980, la custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor (artículo 5), pronunciándose en el mismo sentido el Reglamento (UE) 2019/1111 cuyo artículo, 2.9 nos dice que "derecho de custodia", incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia, en tanto en nuestro ordenamiento interno, la guarda y custodia viene referida a la guarda, como realidad jurídica separada a la facultad de decidir el lugar de residencia habitual del menor y esta última facultad se integra en la potestad parental que, por regla general, y salvo decisión judicial en contra, corresponde ejercer a ambos progenitores, que son los que tienen la facultad de decidir de mutuo acuerdo sobre el lugar de residencia del menor, con recurso a la decisión judicial en caso de discrepancia, de modo que en los convenios de La Haya y en el Reglamento 2019/1111, el concepto custodia y guarda equivale a lo que nosotros entendemos como patria potestad o, más modernamente, responsabilidad parental, por lo que, el traslado o sustracción de un menor es ilícito cuando se ha producido sin el consentimiento de una de las personas que tenga la potestad; es decir, el derecho de custodia, conforme al Convenio, comprende expresamente "en particular", el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, bastando que el traslado o retención de un menor se lleve a cabo con infracción de dicho derecho para que haya de considerarse ilícito, generando las consecuencias previstas en el Convenio, salvo que se probara la concurrencia de alguna causa de exclusión que el propio Convenio establece.

TERCERO.-Efectuadas las anteriores consideraciones, procede resolver el tribunal colegiado de alzada partiendo de estar en presencia de procedimiento judicial que tiene un objeto muy concreto, cual es decidir si procede o no la restitución o retorno de las menores Amalia y Joaquina, nacidas el NUM000 de 2013 y NUM001 de 2015, respectivamente, que se dice haber sido trasladadas ilícitamente por el progenitor paterno de Polonia a España, a fin de que decida sobre las medidas relativas a la responsabilidad parental, tratándose con ello evitar que el traslado efectuado pueda crear lo que doctrinalmente se califica de "vínculos artificiales" de competencia judicial internacional para resolver sobre las medidas de custodia, debiendo resaltarse que el comentado Convenio de la Haya de 1980, sobre sustracción de menores, insistimos, no es un convenio de custodia, sino un convenio de "restitución", teniendo como finalidad esencial la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y, de ese modo, salvaguardar el respeto de los derechos de guarda y visita, vulnerados por el secuestro del menor, sin que el Reglamento que lo complementa cambie dicha finalidad, cabiendo precisar que la resolución que ordene la restitución en ningún caso se debe pronunciar sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia (artículo 19), de modo que, como nos dice la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) en auto de 5 de septiembre de 2005, es esencial evitar que a través de este procedimiento se pretenda decidirse quien tiene mejor derecho para ser guardador del menor, afirmando el Tribunal Constitucional en sentencia 16/2016, de 1 de febrero que "[e]ste Tribunal ha tenido ocasión de recordar la finalidad del Convenio y que, en aras a esta finalidad, el ordenamiento español arbitra un procedimiento cuya duración no debería ser superior a seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19)"; a lo que añade a renglón seguido que "[d]e ello se sigue que nos hallamos ante un procedimiento de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso" (STC 120/2002, de 20 de mayo), siendo de destacar que los principios rectores de esta normativa, pasan por ser (i) el principio superior del interés del menor (la STEDH de 13 de julio de 2010), el cual viene a decirnos que, generalmente, se identifica con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres, siendo necesario evitar a los menores el denominado "conflicto de lealtades" (STEDH de 17 de enero de 2012), (ii) la aplicación del Convenio por los Jueces y Tribunales españoles debe inspirarse, de un lado, en "la amplia discrecionalidad que caracteriza

los procedimientos en materia de familia", teniendo en cuenta como criterio básico y preferente el interés de los hijos (ATC número 127/1986, de 12 de febrero), (iii) el principio de celeridad (la jurisprudencia del TEDH ha llegado a acuñar el denominado principio de diligencia excepcional), con el que subraya la obligación de los Estados de resolver los procedimientos sobre menores con celeridad, teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede derivar en una resolución "de facto" de la cuestión y, (iv) en cuarto lugar, el de "prohibición de decisión sobre el fondo", siendo en el ámbito reducido de la Unión Europea de aplicación el Reglamento 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que regula la restitución del menor con remisión al Convenio de la Haya de 1980 que complementa y, por último, es preciso que la autoridad judicial o administrativa que decida acerca de la restitución confíe en que los Tribunales del Estado requirente tomarán en su momento y teniendo en cuenta todas las circunstancias, una decisión adecuada acerca de los derechos de custodia, siendo esta confianza en los Tribunales del Estado requirente el punto de partida del Convenio, principio de confianza en los Estados que se refuerza en el Reglamento 2019/1111 (artículo 27.3), por tanto, reiteramos, la competencia para las medidas de responsabilidad parental continúa siendo del Estado de última residencia legítima del menor y el Estado a dónde ha sido llevado o retenido ilícitamente sólo es competente para decidir el retorno, sin que el Convenio puede ser interpretado para limitar el retorno, de manera que las excepciones al principio de la entrega inmediata no pueden interpretarse en sentido amplio sino restrictivo, debiendo aplicarse sólo en casos excepcionales y siguiendo pautas interpretativas restrictivas tanto para calibrar qué debe entenderse por "peligro físico o psíquico" como por "situación intolerable" (artículo 13.b), en el bien entendido sentido de que la situación de riesgo debe ser objetivable (AAP de Tarragona número 82/2005, de 3 de mayo) y el peligro debe ser serio (AAP de Lugo (Sección 1ª) número 272/2005, de 18 de julio), siendo exigible que existan claros, serios y fundados indicios de esa posible eventualidad (AAP de Lleida (Sección 2ª), número 10/2012, de 27 de enero), pronunciándose el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en varias sentencias reiterando la necesidad de llevar a cabo una aplicación combinada y armoniosa de normas internacionales considerando su objeto y el impacto que tienen en la protección de los derechos de los niños y de los padres y la necesidad de mantener el justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego -los del niño, los de los padres y los del orden público-, teniendo en cuenta, en todo caso, que el primer elemento a considerar es el "interés superior del menor" y que los objetivos de prevención y de retorno inmediato obedecen a una determinada concepción del "interés superior del niño", siendo esta la idea que subyace en el Convenio de La Haya que liga este interés al restablecimiento del "statu quo" al acordar el retorno inmediato al país de residencia habitual en caso de sustracción ilícita, pero teniendo en cuenta que el que no se restituya a un menor solo puede estar justificado basándose en razones objetivas que obedezcan al interés del niño, lo que explica la existencia de excepciones, especialmente en el caso de que el retorno le exponga a un peligro físico o psíquico, o de que de alguna manera se le coloque en una situación intolerable (artículo 13.1.b), afirmando, por un lado, la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015 que el Convenio de La Haya asume que "en principio y con carácter general, debe entenderse por interés de los menores el derecho a no ser desplazados o retenidos en nombre de reclamaciones más o menos discutibles sobre su persona, con el fin de proteger su derecho al respeto de su equilibrio vital" y, de otro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "(...) el interés superior del niño no se puede entender de una manera idéntica cuando el juez deba resolver sobre una demanda de retorno en aplicación del Convenio de La Haya, que cuando lo haga sobre la cuestión de fondo, la custodia o la patria potestad, siendo este último caso objeto de un procedimiento ajeno al objeto del Convenio de La Haya (...)".

CUARTO.-Importa destacar que el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia número 16/2016, de 1 de febrero, resalta que, en consonancia con su objeto y fin, el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, en vigor para España desde el 1 de septiembre de 1987, incluye en su artículo 12 una previsión específica sobre la valoración de la integración del menor en el nuevo medio y determina que, ante un traslado o retención ilícitos, si "a la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor", mientras que "la autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio", lo que permite valorar "la integración del menor en el nuevo medio", a fin de rechazar la devolución, cuando ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento.

QUINTO.-Pues bien, efectuadas las precisiones anteriores, no podemos olvidar que la más adecuada solución del recurso de apelación interpuesto determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de toda la prueba que obra unida a las actuaciones y ha sido tenida en consideración por la juez de instancia, pues el carácter ordinario del recurso de apelación somete al tribunal que del mismo entiende el total conocimiento de la controversia suscitada, si bien siempre dentro de los límites del objeto o contenido del recurso y con respeto a la obligada congruencia, cabiendo señalar desde esta perspectiva que, en sintonía con el

criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2015, aún a pesar de las amplias facultades revisoras de que goza el tribunal *"ad quem"* solo será factible criticar la valoración que efectúe el/a juzgador/a *"a quo"* de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia fuese ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo y 11 de noviembre de 2010, entre otras), se hubiera incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 de noviembre de 1994, 18 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002, entre otras), se extrajeren de la misma conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 de diciembre de 2001, 8 de febrero de 2002, 13 de diciembre de 2003 y 9 de junio de 20204) o, finalmente, si se adoptasen en ella criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 de enero de 1995 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002, entre otras), por ello, este tribunal viene manteniendo en torno a la valoración probatoria tener presente que si bien es cierto que el recurso ordinario de apelación es concebido como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al órgano *"ad quem"* conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito (SSTS 1ª SS. de 6 de julio de 1962 y 13 de mayo de 1992), se presenta como impensable que el proceso valorativo de las pruebas realizado por Jueces y Tribunales de instancia pueda ser sustituido por el practicado por uno de los litigantes contendientes, habida cuenta que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses (SSTS 1ª SS. de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 18 de febrero de 1992, 1 de marzo y 28 de octubre de 1994, 3 y 20 de julio y 7 de octubre de 1995, 23 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003), debiendo, por tanto, ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el/a juzgador/a incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica (SSTS 1ª SS. de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 9 de febrero de 1998, entre otras), de ahí que sea posible que dentro de las facultades que se concedan a Jueces y Tribunales de instancia den diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance e, incluso, optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos, de lo que se colige que el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas haya de respetarse, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (SSTC S. de 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), debiendo únicamente ser rectificado cuando en verdad sea ficticio, bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones, ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador/a *"a quo"*, bien de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin riesgos de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada, sin que a nadie escape que el recurso de apelación queda configurado como un juicio revisorio sobre la ponderación probatoria y la aplicación del derecho realizada por el/la juzgador/a de instancia en orden a comprobar si ha cometido error en estos dos aspectos, sin que se trate, pues, de sustituir una valoración probatoria por otra, sino de comprobar si la ponderación realizada se aleja de las reglas de la lógica, de la experiencia o de los postulados científicos; más en concreto, como se ha dicho, de lo que se trata es de practicar comprobación sobre si el razonamiento fáctico y jurídico de la sentencia es absurdo, ilógico, arbitrario o manifiestamente erróneo, indicando la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 2003 que por el recurso de apelación se traslada al órgano superior ante el que se interpone plena jurisdicción sobre el caso, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, y en desarrollando de esos expuestos conceptos, el Tribunal Constitucional en sentencias de 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre, indica que *"(...) concurre 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"* y en la sentencia número 55/2001, de 26 de febrero, enumera los requisitos que deben concurrir para apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva, en particular, que el error debe ser patente, es decir, *"(...) inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia"*, por lo que de la interpretación de dicha jurisprudencia se deduce que no toda discrepancia respecto a la valoración probatoria realizada por el juez de instancia es subsumible en el concepto *"error"* de valoración que justificaría una sentencia revocatoria en la segunda instancia, sino que el apelante ha de acreditar que la discordancia entre su apreciación de la eficacia probatoria de un medio de prueba y la del juez de instancia se debe a una equivocación de éste *"patente, manifiesta, evidente o notoria"*, es decir, el juzgador de instancia y el recurrente ante la valoración de una prueba o de la fuerza probatoria de varias de ellas no se encuentran en una misma posición, de tal manera que sus conclusiones sean equivalentes y el

tribunal de segunda instancia deba decidir cuál es la más correcta (que evidentemente puede hacerlo al ser concebida la apelación como un "nuevo juicio"), sino que el juez de instancia goza de una presunción de acierto en su razonamiento probático que el apelante ha de destruir, no solo manifestando su discrepancia con el mismo, sino demostrando que esa disparidad nace de una equivocación o error con las características antes apuntadas, o, dicho con otras palabras, al apelante, siempre que alegue error en la valoración de la prueba como fundamento de su recurso, se le debe exigir un "plus", acreditar que su discrepancia valorativa está fundada en una equivocación del/a juez patente, evidente y contraria a la lógica por absurda, lo que obliga a la parte recurrente a exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error -T.S. 1ª S. 161/2018 de 21 de marzo-, pues de lo contrario debe prevalecer el convencimiento al que ha llegado el juzgador/a de instancia, resultando que en ese ámbito de actuación el tribunal colegiado de alzada llega a idéntica conclusión que la emitida por la juzgadora de primer grado, todo ello en base a las siguientes consideraciones: 1ª) Que, dispone el artículo 13, apartado a), del Convenio de La Haya que *"no obstante, lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención (...)"*, situación que se advierte en el caso, por cuanto que consta reconocido por la propia demandante en su interrogatorio en el acto del juicio haberse traslado en el año 2018 a residir en otra localidad, a 200 kilómetros de distancia de la residencia familiar, quedando las menores en compañía del progenitor paterno, habiendo una falta de convivencia madre-hijas desde hace siete años, no habiendo ejercido nunca la custodia, circunstancias que motivaron, entre otras, que el Tribunal de Varsovia-Praga de Varsovia en resolución de 23 de octubre de 2020 acordara que las menores continuaran residiendo con el padre durante el proceso judicial de divorcio en cualquier lugar de residencia suyo, lo que supone que, cuando menos, en esa polémica abierta acerca de si debe tratarse de guarda o patria potestad, el demandado vino asumiendo una guarda de hecho sobre sus dos menores hijas, 2ª) Que, dispone el artículo 13 del Convenio de La Haya que *"la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones"*, cual acontece en el caso, por cuanto que en las exploraciones judiciales practicadas se deja constancia sobrada de los deseos de las menores de continuar en la situación de arraigo en el núcleo familiar constituido en territorio español, escolarizadas ambas desde el año 2023, extremo que se corrobora con el informe pericial psicológico aportado a las actuaciones procesales elaborado por doña Camila de 8 de octubre de 2024; 3ª) El principio *"favor minoris"* justifica abiertamente el rechazo de la pretensión recurrente, de conformidad en este apartado del artículo 13, apartado b), del Convenio tratado, en referencia al grave riesgo de que la restitución de las menores las exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga a los menores en una situación intolerable, cual se desprende de la documental aportada en donde figura la existencia de procedimiento penal iniciado frente a la demandante-apelante, y otros, por sustracción y privación ilegal de libertad de las menores, pues sin entrar en que dicho proceso judicial se encuentre sobrepasado contra la aquí recurrente, en nuestro caso los episodios allí denunciados son valorados desde una perspectiva estrictamente civilista, suceso que ya, en informe pericial psicológico es valorado exponiendo el *"miedo"* padecido por las menores a tales comportamientos maternos y a un nuevo secuestro y, 4ª) Además, es de tener en cuenta que aunque la demanda rectora del procedimiento que nos ocupa consta presentada a fecha 23 de julio de 2024 y se abre debate acerca de haber o no transcurrido un año desde que se llevara a cabo el traslado que se califica como ilegal, ya que la demandante sitúa ese acontecimiento en septiembre/2023, mientras que el demandado lo retrotrae a junio/2023, pareciendo más certero estar a esta segunda hipótesis a la vista de que las menores quedaran escolarizadas para el curso 2023/24, según certificación expedida por el centro escolar, se presenta como hecho incuestionable que ambas menores, parte de sus deseos de continuar en España junto al padre, están plenamente integradas a nivel familiar y social, lo que se constituye como óbice al planteamiento de tesis defendido por la recurrente, consideraciones que, en definitiva, deben reconducirnos al dictado de una sentencia desestimatoria del recurso y, por ende, confirmatoria de la apelada por ser ajustada a derecho en todos y cada uno de sus apartados.

SEXTO.-De conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la desestimación del recurso de apelación, procederá imponer las costas procesales devengadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:



Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Gregoria , representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Castillo Segura, contra la sentencia de dieciséis de octubre de dos mil veinticinco, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis (Familia) de Málaga, en autos de juicio verbal número 783/2024, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer las costas procesales devengadas en esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo dispuesto en el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018. Devuélvanse las actuaciones originales, con certificación de la misma, al Juzgado de Primera Instancia de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/