



Roj: **AAP GI 1116/2017 - ECLI:ES:APGI:2017:1116A**

Id Cendoj: **17079370012017200222**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **551/2017**

Nº de Resolución: **247/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO LACABA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección 1a Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.1)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1716042120148044362

Recurso de apelación 551/2017 -1

Materia: Adopción

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Adopción internacional 149/2014

Parte recurrente/Solicitante: Gabriela

Procurador/a: Pere Ferrer Ferrer

Abogado/a: FELIP PUIG TIXE

Parte recurrida: MINISTERI FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 247/2017

Magistrados:

Fernando Lacaba Sanchez

Fernando Ferrero Hidalgo

Carles Cruz Moratones

Girona, dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 12 de septiembre de 2017 se han recibido los autos de Adopción internacional 149/2014 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Pere Ferrer Ferrer, en nombre y representación de Gabriela contra el Auto de fecha 25/04/2017 y en el que consta como parte apelada el MINISTERIO FISCAL.



Segundo . El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

" PARTE DISPOSITIVA

Se Acuerda, Denegar la constitución de la adopción de la menor Gabriela en favor de D^a Tomasa ."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 04/12/2017.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Visto siendo Ponente el Ilmo. Sr. **Magistrado Fernando Lacaba Sanchez**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes a considerar.-

D^a Gabriela , insto expediente de Jurisdicción Voluntaria de adopción respecto de la menor Tomasa .

La solicitante, de nacionalidad marroquí, nacida el NUM000 1967 en Marruecos (Ait Attab-Mar), se halla divorciada en su país de Genaro , con el que tuvo un hijo llamado Jacinto , que en la actualidad es mayor de edad.

En la demanda rectora se decía que dicha parte actora tenía el cuidado, de manera exclusiva de la menor Tomasa , con la que convive en la localidad de DIRECCION001 .

Dicha menor, nacida el NUM001 2003, en Tinghir (Marruecos) fue repudiada por su madre biológica, el mismo día de su nacimiento y otorgada en adopción con declaración jurada, a favor de la parte actora, mediante la institución de derecho islámico denominada "Kafala", que consiste en otorgar el cuidado de un menor a una persona distinta de sus padres biológicos.

El Juzgado de Menores de DIRECCION002 , con fecha 16-03-2003, concedió autorización para levantar acta de tutela (Kafala) de la menor a favor de la aquí actora y el Tribunal de Primera Instancia de DIRECCION002 , en fecha 13/04/2004, otorgó la tutela (Kafala) a la actora, en atención a la convivencia y cuidado tenidos con la menor desde su nacimiento.

Tanto la adoptante como la adoptada han prestado su consentimiento ante el Juzgado a los efectos previstos en el art. 235.40 CCC relativo al consentimiento a la adopción.

El Ministerio Fiscal, emitió dictamen en sentido negativo a la adopción dada la nacionalidad marroquí de las partes (adoptante y adoptada) y con fundamento en la legislación marroquí, aplicable por nacionalidad, que prohíbe la adopción y solo permite la "Kafala" o acogimiento.

Transcurridos casi cuatro años desde la presentación de la demanda, el Auto impugnado desestima la adopción con fundamento en el informe del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Examen del recurso. Concurrencia de los presupuestos materiales y legales para su estimación.-

1.- Es claro que la " Kafala" o adopción dativa constituida por la autoridad competente marroquí no produce los efectos jurídicos de la adopción española.

Establece la DGRN en Resolución de 29 marzo 2011, refiriéndose concretamente a la adopción dativa marroquí: *" La " adopción" constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el "adoptante" o "adoptantes" se hacen cargo del "adoptado" y han de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esta figura no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1º de la Ley del Registro Civil , so pena de producir graves equívocos sobre el alcance y efectos de la figura".*

"El hecho de que la repetida " adopción" marroquí surta determinados efectos conforme a esta legislación y conforme a las normas españolas de Derecho internacional privado, no implica en modo alguno que su eficacia haya de ser precisamente la de la adopción española. Así se desprendía ya del artículo 12-1 del Código Civil , y hoy más rotundamente del artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional , a cuyo tenor las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos que se exponen en dicho artículo".

2.- Según dispone el art. 34 de la Ley de Adopción Internacional 54/2007 de 28 diciembre : " *Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos siguientes:....4º Que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial*"; pues bien , estos requisitos se cumplen en el presente procedimiento según documentos aportados precisamente a instancias del Ministerio Fiscal (folios 40 a 46).

El art. 30 del meritado texto legal señala que: " *4. La adopción simple o no plena constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución*".

De acuerdo con el art. 18 de dicha Ley de Adopción Internacional (en vigor a partir del 18/8/2015 por su modificación por Ley 26/2015 de 28 julio): " *La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:*

- a) *Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.*
- b) *Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España "*

En el supuesto examinado, la adoptante reúne la capacidad necesaria, ha prestado su consentimiento y tiene a su cargo a la menor desde su nacimiento, hallándose la misma escolarizada y atendida debidamente.

3.- La reiterada Ley de Adopción Internacional, resulta, además, de aplicación en virtud de lo establecido en el art. 235 - 44 CCC relativo a la " *adopción internacional de menores*" cuyo párrafo primero dice : " *La adopción y el acogimiento internacionales deben respetar los principios de los convenios de derechos fundamentales relativos a los niños, las normas convencionales y las normas de derecho internacional privado que sean de aplicación*".

El párrafo 4 del meritado precepto reza:

" *La autoridad judicial puede disponer, de modo excepcional, respecto a menores en cuyos países de origen no exista la adopción ni ninguna otra institución equivalente, la constitución de la adopción en aquellas situaciones análogas al acogimiento o a la tutela, constituidas en el **extranjero** con finalidad protectora permanente. Son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, que lo permitan las normas de derecho internacional privado aplicables y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción.*"

En el presente caso consta, además de la escolarización de la menor, antes mencionada, que la adoptante viene trabajando en una empresa que le proporciona unos ingresos suficientes para mantenerse ella y la menor (certificado de documento nº 13). En ese mismo sentido, se aporta certificado de empadronamiento de la menor con la actora fechado en 28 setiembre 2011 (documento nº 4).

4.- Viene en apoyo de estimar la adopción, lo establecido en el art.20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989 que dice lo siguiente:

" *1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico."

El meritado precepto reseñado, se refiere al derecho de los menores privados de su medio familiar a obtener la protección estatal en la búsqueda de integrarlos en hogares o instituciones de protección y, como ya hemos visto, el Codi Civil de Catalunya exige el respeto de los principios de derechos fundamentales relativos a los niños, como requisito para su adopción internacional (Art. 235.44.1º).



5.- En cuanto al asentimiento de los padres, el art. 235-41,1º b) CCC requiere el de los progenitores del adoptado, " salvo que estén privados legalmente de la potestad o incurran en una causa de privación de esta, o, en el caso de acogimiento preadoptivo, que la resolución que lo acordó haya devenido firme".

En el presente caso, cabe apreciar la constitución de la tutela en su modalidad de "Kafala", otorgada por Tribunal competente marroquí en 2004, como equivalente a aquel acogimiento preadoptivo firme a que alude el precepto citado.

Además de dicho soporte legal, concurre una imposibilidad de identificación y citación de los mismos, por cuanto de los documentos aportados se desprende que se trata de menor cuya guarda y tutela fue cedida por las autoridades judiciales marroquíes a los ahora adoptantes, desde su nacimiento, por expresa y voluntaria renuncia de la madre al ejercicio de la patria potestad, siendo la menor declarada en situación de abandono o desamparo en resolución dictada por el Juzgado de menores marroquí en fecha 16 de marzo de 2003 (folio 40).

En consecuencia, se está en la situación de aprobar la adopción solicitada, al resultar de los informes aportados la positiva integración de la menor en el seno de la familia adoptante.

TERCERO.- Costas.-

De acuerdo con las consideraciones expresadas, el Auto recurrido ha de ser revocado, sin hacer imposición de las costas en ambas instancias.

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D^a Gabriela contra el Auto de fecha 25 de Abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 , dictado en proceso nº 149/2014, el que se **REVOCA** y deja sin efecto y, en su lugar, se acuerda la adopción de la menor Tomasa , quien será tenida como hija adoptiva a favor de la actora.

Firme este Auto, expídase testimonio del mismo, a solicitud de los interesados, al Registro Civil español competente para su inscripción.

No procede hacer imposición de costas.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno (art.495.3 LEC).

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados: D. Fernando Lacaba Sanchez, D. Fernando Ferrero Hidalgo y D. Carles Cruz Moratones.