



Roj: **AAP IB 315/2017 - ECLI:ES:APIB:2017:315A**

Id Cendoj: **07040370042017200134**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **25/10/2017**

Nº de Recurso: **270/2017**

Nº de Resolución: **173/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00173/2017

Rollo: RECURSO DE APELACION Nº 270/2017

A U T O nº 173/2017

Ilmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE

D. ALVARO LATORRE LOPEZ

MAGISTRADOS

Dª. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO

Dª. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT

En PALMA DE MALLORCA, a veinticinco de Octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos de la **ADOPCION nº 824/2014** , procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca, a los que ha correspondido el ROLLO nº 270/2017, en los que aparece como parte *demandada-apelante* al **MINISTERIO FISCAL** , y como *actores-apelados* a D. Bernardo y Dª. Palmira , representados por la Procuradora **Dª. Mª DEL ROMERO GASPARD DEL L'HOTELLERIE DE FALLOIS** , asistidos de la Letrada Dª . MARGARITA PALOS NADAL.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada Dª. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia antedicho en el encabezamiento del presente, se dictó AUTO de fecha 7 de Abril de 2017 , cuya parte dispositiva dice:

"SE ACUERDA CONSTITUIR LA ADOPCIÓN del menor de edad *Ezequias* , nacido el día NUM000 de 2012, hijo de *Bernardo* y *Berta* , con todos los efectos inherentes a la misma.

Desde la constitución de la adopción el adoptado pasará a llamarse Pascual "

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso por el MINISTERIO FISCAL recurso de apelación, que fue admitido, y, seguido éste por sus trámites, sin que ninguna de las partes interesare el recibimiento del pleito a prueba, quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo, cuando por el turno establecido les correspondiere.



TERCERO.- El presente correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la oficina correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución apelada en lo que no se oponga a los que siguen.

PRIMERO.- En el Auto recaído en el primer grado jurisdiccional se acordó constituir la adopción del menor de edad Ezequias , nacido el NUM000 de 2012, hijo de Bernardo y Berta , con todos los efectos inherentes a la misma. Desde la constitución de la adopción el adoptado pasará a llamarse Pascual .

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el referido Auto y solicitó la revocación del mismo, en base que el menor adoptado conserva su nacionalidad de origen, no constando tampoco que se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la entidad pública, por lo que, inicialmente opera la limitación del art. 19.4 de la Ley de Adopción Internacional modificada por Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Habiendo quedado acreditado que en la legislación actual de Marruecos (art. 149 de la mudawana) la adopción no existe en los términos de esta Ley .

TERCERO.- Tal y conforme se indica correctamente en la resolución apelada, en el supuesto de autos, el menor convive y reside en España con el matrimonio solicitante desde el mes de Noviembre de 2013, tal y como se constata en el certificado de empadronamiento aportado en autos, justificándose a su vez con el acta de ejecución de una sentencia definitiva de la **Kafala** de un niño abandonado, en virtud de la cual se decretó la atribución de la **Kafala** del menor Ezequias , recibiendo los hoy promotores del expediente al menor y nombrándose al kafalista D. Bernardo tutor dativo del niño.

La "**Kafala**", tal y como se indica en la resolución apelada, viene regulada en Marruecos por la Ley 15/2001 y se define legalmente como la guarda de un menor abandonado con la obligación de encargarse de su protección, educación y sustento, del mismo modo que se haría con su hijo propio pero sin derecho a la filiación ni a la sucesión. Está expresamente recogida en el art. 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño como una institución para la protección y desarrollo armonioso del niño con efectos jurídicos para el menor así como para la persona encargada de él.

CUARTO.- Según se recoge el certificado expedido por la Cónsul General del Reino de Marruecos en Palma en fecha 31 de Enero de 2017, que obra unido al expediente del que dimana el presente Rollo, el artículo 149 de la mudawana (el Código del Estatuto Personal y Sucesiones) puesto en vigor por el dahir n ° 01.04.22 el 03/02/2004, la adopción no existe en los términos de esta Ley , sino es el término de la Kafala según la Ley n° 01-15 del 13/06/2002, y es el Juez de menores quién otorga la patria potestad en caso de menores abandonados por medio de un acta notarial.

QUINTO.- En base al contenido de dicha certificación y a lo establecido en el art. 19.4 de la Ley de Adopción Internacional , el Ministerio Fiscal en la primera instancia se opuso a la constitución de la adopción.

SEXTO.- En la resolución apelada el Juez "a quo" en relación a dicho motivo de oposición por parte del Ministerio Fiscal razona lo siguiente:

*En consecuencia, a pesar de la oposición formulada por el Ministerio Fiscal al entender que opera la limitación establecida en el artículo 19.4 de la Ley de Adopción Internacional en virtud de la cual se denegará la constitución de la adopción en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, extremo que a su entender viene corroborado con el certificado del Consulado de Marruecos que manifiesta que la adopción no existe en los términos de la mudawana, sino que se acuña el término de la **kafala**, se está en la situación de aprobar la adopción solicitada, al resultar del informe del IMAS la positiva integración del menor en el seno de la familia adoptante.*

SÉPTIMO.- Conforme hemos indicado antes el Ministerio Fiscal se alzó contra dicha resolución de la primera instancia reproduciendo en esta alzada dicho motivo de oposición.

OCTAVO.- Tal y conforme alega el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación, la Ley 26/2015, de 28 de Julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, dispone la modificación de la Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, de Adopción Internacional, añadiendo un apartado 4 en el artículo 19 que queda redactado de la siguiente manera: "4.- En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública".



NOVENO.- En el preámbulo de la referida Ley en su apartado IV se indica que se introducen importantes modificaciones en las normas de Derecho Internacional Privado que básicamente responden a las siguientes cuestiones: ... establecer la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, con alguna matización, para evitar la existencia de adopciones que atenten gravemente a la seguridad jurídica del menor (art. 19.4).

Según resulta del certificado del Consulado al que antes hemos hecho referencia, la adopción no existe en los términos de la Mudawana, sino que es el término de la **Kafala** según la Ley nº 01-15 del 13/06/2002.

Es decir, la ley nacional marroquí no prohíbe expresamente las adopciones; tan solo es una figura o institución que no existe en la Ley; siendo la **Kafala** la institución de máxima protección para los niños abandonados.

Atendiendo a la inexistencia de tal prohibición. Y teniendo en cuenta, además, por un parte, que en el Preámbulo, en su apartado II, de la L.O. 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se establece que es un principio general de carácter interpretativo de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; y que, por otra parte, en el apartado IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 se subraya el interés del menor como consideración fundamental en la adopción. Es por lo que consideramos que el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal no debe prosperar. Pues consideramos que en el supuesto de autos se debe optar por la interpretación que mejor responde a los intereses del menor, cuáles son: que reuniéndose en el caso de autos todos los requisitos exigidos en el Código Civil para la adopción no puede perpetuarse en España la situación de acogimiento del menor "Kafalado".

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , contra el Auto de fecha 7 de Abril de 2017, dictado por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de los de Palma , en el procedimiento del cual el presente Rollo dimana, y, en su consecuencia, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** el referido Auto.

Notifíquese este auto a las partes y verificado, una vez firme, remítase testimonio del mismo al Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca para su ejecución y cumplimiento, archivando seguidamente el presente rollo previa nota suficiente en el libro registro.

Así por nuestra resolución, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.