



Roj: **AAP B 3237/2019 - ECLI:ES:APB:2019:3237A**

Id Cendoj: **08019370182019200237**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **28/05/2019**

Nº de Recurso: **172/2019**

Nº de Resolución: **235/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARGARITA BLASA NOBLEJAS NEGRILLO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188130170

Recurso de apelación 172/2019 -B

Materia: Adopción

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Adopción 412/2018

Parte recurrente/Solicitante: Hugo , Luisa

Procurador/a: Neus Riudavets Vila, Neus Riudavets Vila

Abogado/a: Enrique Fernando Leiva Vojkovic

Parte recurrida: MINISTERI FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 235/2019

Magistradas:

D^a Margarita B. Noblejas Negrillo (ponente)

D^a M^a José Pérez Tormo

D^a Dolores Viñas Maestre

Barcelona, 28 de mayo de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 8 de febrero de 2019 se han recibido los autos de Adopción 412/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Neus Riudavets Vila, , en nombre y representación de Hugo Y Luisa contra EL Auto de fecha 05/11/2018 y en el que consta como parte apelada/ oponente el MINISTERI FISCAL.



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

"Desestimo la solicitud de adopción formulada en nombre y representación de la Sra.Sra. Luisa y el Sr. Hugo "

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 21/05/2019.

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

Se designó ponente a la Magistrada Margarita B. Noblejas Negrillo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alzan los apelantes contra la resolución impugnada en cuanto desestima la constitución de la adopción del menor Norberto , nacido en Tánger el NUM000 -2013, interesando que se revoque dicho pronunciamiento y se devuelvan las actuaciones al juzgado de instancia a fin de que continuando el procedimiento requiera a la entidad pública en los términos del art. 235-44.4 CCC . El ministerio fiscal se opuso a tal pretensión.

SEGUNDO.- Para resolver el presente recurso hemos de hacer referencia a los siguientes antecedentes.

En fecha 3-4-2013 se dictó sentencia por el Tribunal de Primera Instancia de Tánger por la que se declaró el abandono del menor y el 5-8-2013 se emitió por el mismo Tribunal orden de otorgamiento de la tutela dativa (Kafala) a favor de los hoy recurrentes, autorizándose el cambio de apellidos originales por los de los apelantes el 30-5-2015 por Decreto del Ministerio de Interior de 3-12-2014, de Cheddadi a Harrandu.

El 30-3-2015 se autorizó por el Tribunal de Primera Instancia de Tánger la expedición de pasaporte y de abandono del territorio nacional para el turismo a favor del niño objeto de Kafala. Se le entregó el pasaporte el 16-4-2015 con una vigencia de hasta el 16-4-2019, renovado el 23-4-2018.La entrega del menor se hizo el 28-8-2013. Todo ello al amparo de los arts. 184 a 186 del Código de Procedimiento Civil aprobado por el Dahir nº 1-74-447 de 11 Ramadán 1394 (28/09/1974).

En la demanda origen de las presentes actuaciones alegaban que ambos nacieron en Marruecos y españoles por naturalización, casados el 12-8-1998 y empadronados en Barcelona; que el Sr. Hugo es patrón de una embarcación atracada en el Puerto de Larache (Marruecos) dedicada a la pesca en alta mar y que ingresaba unos 4.000 €/mes; que el menor vive con ellos desde su nacimiento, y que "se trasladaron a Marruecos ante la imposibilidad de poder convivir con su hijo en España al estarle vedada la entrada en este país por cauce alguno de los admitidos por la normativa de extranjería en concreta modulación y práctica del Ministerio de Asuntos Exteriores español y sus legaciones en el extranjero. Es decir, no ofrece cauce normativo y prácticamente transitable la legación española en Tánger para obtener la autorización de residencia española a favor del menor que le permita entrar y residir en España con sus padres, aún en condición de mero tutelado. Es por ese motivo por el que el menor, ya con cinco años, no ha podido viajar a España ni una sola vez.", con lo que solicitaban que se constituya la adopción en los términos expuestos, ello al amparo de lo dispuesto en el art. 235-44.4 CCC que confía una amplia capacidad de decisión por parte de la autoridad judicial, lo cual es desestimado por el auto que se recurre y contra el cual se alzan los apelantes alegando infracción de dicho precepto del CCC, de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989, art. 24 del Convenio de 29-5-1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, todos los cuales obligan a interpretar las disposiciones jurídicas de la forma más favorable al interés del menor e infracción del art. 12.3 CCC y art. 9 de la LJV y art. 6 del Convenio de Cooperación judicial entre España y Marruecos.

TERCERO.- Del examen de lo actuado vemos que el menor vive prácticamente desde su nacimiento con los actores en Marruecos, y ante la imposibilidad de ser trasladado a España al estarle vedada la posibilidad de obtención de residencia, solicitan su adopción una vez habiendo sido otorgada la tutela dativa (Kafala) en su favor.

Tal institución, --que según la DGRN en resolución de 15 de julio 2006 cumple una función semejante al acogimiento familiar, avalada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, art. 34 --, es institución propia del mundo islámico *por la que* el kafil (titular de la kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful), de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo, (...) que no crea un vínculo de filiación entre la persona que asume la kafala del menor y este último y se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación.



La ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una *Kafala* en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del artículo 34 LAI o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española. Ahora bien, el artículo 19 de la primera, la Ley de Adopción internacional de 28-12-2007, sobre capacidad del adoptando y consentimientos necesarios, establece literalmente:

"1. La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos:

a) Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción.

b) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la **nacionalidad** española, aunque resida en España.

2. La aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la **nacionalidad** del adoptando.

3. No procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con **nacionalidad** indeterminada.

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. (española)", con lo cual, fuera de este supuesto excepcional no cabe la adopción ex novo del makfoul ante la autoridad judicial española, ya que el art. 149 del Código de Familia marroquí establece que "La adopción será jurídicamente nula y no producirá ninguna de los efectos de la filiación legítima", lo que nos lleva a que debemos confirmar la resolución impugnada máxime cuando el precepto en el que los apelantes fundamentan su recurso, requiere la aportación del certificado de idoneidad de la entidad pública competente en el lugar de residencia de la familia en Cataluña, de imposible emisión, dado que su lugar de residencia es Marruecos desde el año 2011 con independencia de que continúen empadronados en Barcelona (cuya validez es únicamente a efectos administrativos), con lo que no se cumple uno de los requisitos que la legislación catalana considera imprescindible para la constitución de la adopción.

TERCERO.- No obstante la resolución que se adopta no procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dña. Luisa y D. Hugo, contra el auto de fecha 5-11-2018 dictado por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia 14 de Barcelona, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :