



Roj: **SAP A 4024/2019 - ECLI: ES:APA:2019:4024**

Id Cendoj: **03014370042019100419**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **4**

Fecha: **16/10/2019**

Nº de Recurso: **12/2019**

Nº de Resolución: **341/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PALOMA SANCHO MAYO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Alicante. Sección cuarta. Rollo 12/19

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

ALICANTE

NIG: 03014-42-1-2017-0030474

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 000012/2019-**

Dimana del Divorcio contencioso Nº 002117/2017

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE

Apelante/s: Remedios

Procurador/es: ESTEFANIA RIPOLL GARRIGOS

Letrado/s: MARIA DOLORES DE CARDENAS PEREZ

Apelado/s: Teodulfo

Procurador/es : ALVARO GOMEZ DE RAMON PALMERO

Letrado/s: MARIA TERESA TIRADO PELAEZ

=====

Il'tmos. Sres.:

Presidente

D. Manuel B. Flórez Menéndez

Magistrados

D^a. Paloma Sancho Mayo

D. José Baldomero Losada Fernández

=====

En ALICANTE, a dieciséis de octubre de dos mil diecinueve

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N° 000341/2019**

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada D^a. Remedios , representada por la Procuradora Sra. RIPOLL GARRIGOS, ESTEFANIA y asistida por la Lda. Sra. DE CARDENAS PEREZ, MARIA DOLORES, frente a la parte apelada D. Teodulfo , representada por el Procurador Sr. GOMEZ DE RAMON PALMERO, ALVARO y asistida por la Lda. Sra. TIRADO PELAEZ, MARIA TERESA, contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 10 DE ALICANTE, habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. PALOMA SANCHO MAYO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 10 DE ALICANTE, en los autos de juicio Divorcio contencioso - 002117/2017 se dictó en fecha 27-09-2018 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Estimar íntegramente la demanda presentada por el/la procurador/a don/doña Álvaro Gómez de Ramón Palmero, en nombre y representación de don Teodulfo , contra doña Remedios , por lo que:

1º) Se declara la disolución, por divorcio, del matrimonio formado por ambos, con todos los efectos legales .

2º) Queda disuelto el régimen económico matrimonial existente.

3º) No se condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada D^a. Remedios , habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación 000012/2019 señalándose para votación y fallo el día 15-10-2019.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dos son los pronunciamientos que se cuestionan de la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2018 por la demandada Sra. Remedios , la denegación de las medidas económicas con relación a la menor María Rosario en régimen de tutela dativa concedida por auto de otorgamiento de Kafala por Marruecos y la también denegación de la pensión compensatoria a su favor al no haber sido pedida en forma. A esta solicitud se opone el demandante Sr. Teodulfo por considerara que la resolución es ajustada a derecho y las pretensiones de la apelante no ajustarse a la prueba practicada.

SEGUNDO.- La Sala comparte los fundamentos de derecho en los que se basa la sentencia para desestimar las pretensiones de la Sra. Remedios con relación a la pensión de alimentos o cargas del matrimonio solicitada a favor de la menor María Rosario .

Del examen de lo actuado y la prueba practicada a instancia de la demandada se deduce que los litigantes solicitaron la adopción de la menor nacida en Marruecos el NUM000 de 2016, habiéndoles sido concedida bajo el régimen de la tutela dativa (Kafala) en su favor el 24 de octubre de 2017 (folios 46 ss.).

Tal institución, que según la Dirección General de Registros y Notariado, 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, y según el artículo 34, es una 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, pero 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.

Por su parte, 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 Ley de Adopción Internacional 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 adoptados apátridas o con **nacionalidad** indeterminada."

Sin negar el valor jurídico que tiene la constitución de la kafala y las obligaciones que ello conlleva para con la menor, no puede desconocerse que los efectos que de ello se derivan en el presente procedimiento de divorcio no sean los que ha solicitado la apelante, pues esta institución jurídica marroquí, no tiene una correspondencia en nuestro derecho con los vínculos de filiación que regula el artículo 91 CC, y que a través del divorcio pretendido puede conllevar la constitución de una serie de medidas reguladoras de las relaciones paterno filiales y económicas pretendidas por la parte, ni como alimentos no tampoco como cargas del matrimonio. Por ello procede la confirmación íntegra de la sentencia en esta cuestión.

TERCERO.- En cuanto a la pensión compensatoria que igualmente es objeto de recurso de apelación por parte de la Sra. Remedios, debe ser estimada. Si bien es cierto como recoge la sentencia de instancia que no fue planteada por el trámite de la reconvenición de acuerdo con el art. 770 LEC, por lo que impediría a los Tribunales entrar a conocer de la misma, al no haber sido introducida la petición en el proceso de acuerdo a las necesidades legales establecidas en el citado precepto, es el propio demandante el que en su escrito inicial de demandada solicita en el punto segundo que la resolución que en su día ponga fin al procedimiento nada establezca "con respecto a contribuciones económicas, al no existir cargas del matrimonio, ni en cuanto a alimentos, al contar los cónyuges con ingresos propios, suficientes para atender sus necesidades económicas". Por tanto esta cuestión fue introducida en el propio proceso por el demandante.

En cuanto al fondo de la cuestión, dicha pretensión debe ser estimada de acuerdo con las pretensiones de la parte. A tenor del artículo 97 del Código Civil, el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial. Responde a un presupuesto básico, cual es el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio en uno de los cónyuges que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. El presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura.

No implica que haya que probar la existencia de necesidad en el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, sin que se trate de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre los mismos. Precisamente esta circunstancia, es la que se produce en el presente supuesto tras diecisiete años de matrimonio, se produce un desequilibrio económico por la diferencia de ingresos de la esposa apelante con el que fue su marido, ya que los ingresos económicos de la familia eran básicamente los procedentes del trabajo del esposo, el cual mantiene su capacidad económica en el momento actual frente a los trabajos esporádicos que realiza la esposa y se acreditan de su vida laboral aportada a los folios 71 y 72. La esposa, nacida en el año 1967, reúne las circunstancias que justifican el establecimiento de la pensión compensatoria solicitada de 180 euros mensuales por un periodo de dos años. Por ello esta Sala entiende que debe acordarse una pensión compensatoria desde la presente resolución, con cargo al esposo abonable en la cuenta que designe ella entre los primeros cinco días de cada mes, actualizable de acuerdo a índice que corresponda.

CUARTO.- Dada la estimación parcial del recurso no procede condena en cuanto a las costas de acuerdo con los arts. 394 y 398 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D^a. Remedios, representada por la Procuradora Sra. Ripoll Garrigós, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, con fecha 27 de septiembre de 2018, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su lugar acordamos establece una pensión compensatoria a su favor y con cargo a D. Teodulfo de 180 euros mensuales abonable entre los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que designe la misma, por un periodo de dos años, actualizable anualmente de acuerdo al índice que corresponda, manteniendo el resto de pronunciamientos acordados en la sentencia y sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia.



Dese al depósito constituido para el presente recurso el destino legal.

Esta sentencia será susceptible de recurso de casación por interés casacional, siempre que se cumplan los específicos presupuestos de este recurso que prevé el art. 477-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso deberá interponerse por medio de escrito presentado ante esta Sala en plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo.Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ