



Roj: **AAP B 190/2024 - ECLI:ES:APB:2024:190A**

Id Cendoj: **08019370182024200023**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **16/01/2024**

Nº de Recurso: **906/2023**

Nº de Resolución: **22/2024**

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.: 0809642120228330779

Recurso de apelación 906/2023 -E

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Granollers

Procedimiento de origen: Exequátur 795/2022

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012090623

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0970000012090623

Parte recurrente/Solicitante: Pablo

Procurador/a: Carlos Vargas Navarro

Abogado/a:

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 22/2024

Magistrados/Magistradas:

D. Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Margarita B. Noblejas Negrillo (Ponente) Dª Mª José Pérez Tormo

Barcelona, 16 de enero de 2024



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 28 de noviembre de 2023 se han recibido los autos de Exequátur 795/2022 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Granollers a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Carlos Vargas Navarro, en nombre y representación de Pablo contra Auto - 15/05/2023 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a , en nombre y representación de .

Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "SE DESESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales, el Sr. Carlos Vargas Navarro, en nombre y representación de la Sra. Pablo , y en consecuencia, NO ACUERDO reconocer la resolución de 18 de agosto de 2022 del tribunal de primera instancia de Tinghir (Marruecos), por la cual se dictaba Kafala de la menor Rosario a favor de la parte solicitante. Todo ello sin hacer expresa mención en costas."

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 16/01/2024.

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

Se designó ponente a D^a Margarita B. Noblejas Negrillo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto desestima el reconocimiento y ejecución de resolución extranjera de 18-18-2022 ,dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Tingir (Marruecos), que "dictó Kafala de la menor Rosario , nacida el NUM000 -2016 "a su favor, solicitando que se revoque dicho pronunciamiento y que se acuerde una guarda de hecho con funciones tutelares, incluida la representación legal de la menor.

SEGUNDO.- Sentado así el objeto del recurso, vemos que tal resolución consiste en un "acta notarial testifical de "Kafala" . Comparecen los progenitores de la menor y declaran que han entregado a su hija al Sr. Pablo , nacida el NUM001 -1977, de **nacionalidad** marroquí y residente en España, para que la acoja en régimen de Kafala y hacerse cargo de su educación en conformidad con el rito islámico.

En la demanda origen de las presentes actuaciones el hoy apelante dice que es reconocible y ejecutable en España por el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 30-5-1997. Entiende que la Kafala es asimilable a una tutela o figura similar de protección de menores, que él es tutor legal a todos los efectos o, subsidiariamente, ostenta la guarda del menor con funciones tutelares incluida la representación legal de la menor, la cual es hija de su hermana Elisenda y de su marido, pero por la situación de precariedad de ambos es por lo que él y su esposa Encarnacion , los cuales viven en España y son los que siempre se han ocupado de la menor; además, tiene una hija de ellos de edad parecida, Erica , nacida el NUM002 -2015 y finalmente que los padres de la menor no han renunciado a su potestad parental, sino que han hecho una delegación de la misma.

Con fundamento en el art.85.5 LOPJ sobre competencia, art. 23 del convenio bilateral, art. 44,4 de la Ley de cooperación jurídica **internacional** en materia civil, art. 18 , 45 y 46 del convenio de La Haya de 19-10-1996 relativo a la Competencia, Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de medidas de Protección de Niños y art. 236-5 y 6 CCC y auto de esta Sala de 14-5-2018 (sobre suspensión de la potestad parental), pide que se otorgue el exequátur "y de conformidad con la misma se adapte y se declare que el Sr. Pablo es el tutor legal de su sobrina, o subsidiariamente se determine que su tío Pablo ostenta la guarda y custodia de la misma con funciones tutelares incluida la representación legal del mismo".

A ello se opuso el Ministerio Fiscal por entender que la Kafala no existe en España. En Marruecos existen dos Kafalas, la notarial y la judicial. En el caso es notarial, como es el caso, los padres biológicos, por medio de un acta, consignan el cuidado del menor a una "Kafil" (generalmente del círculo familiar), transfiriendo a un kafil mediante un acta adoular (notario islámico) únicamente su guarda, no la representación del menor; no conlleva la atribución de la potestad parental, mientras que cuando nos encontramos ante una kafala notarial no resulta de aplicación la normativa alegada por la parte solicitante, sino la Ley de Adopción **Internacional**; se constituye a favor de niños huérfanos, o incluso padres desconocidos, el juez reconoce al menor en situación de desamparo o abandono, debe elegir la familia que se haga cargo y posteriormente procede a anotar esa "tutela" en el Registro Civil. Se asimila en España a un acogimiento permanente o tutela, según las circunstancias, porque existen unas garantías jurídicas, mientras que la notarial es un acto privado en el que en principio no tienen intervención las autoridades públicas administrativas o judiciales y como tal acto privado



no se entiende dentro de las medidas de protección de menores de la Ley de adopción **Internacional**, por la tanto, no es ni tutela ni acogimiento.

De lo anterior discrepa el Sr. Pablo e insiste en que lo que pide es una guarda con funciones tutelares incluida la representación legal, no la suspensión de la potestad parental, ello con fundamento en los arts. 233-10.4 CCC, 225-1 y 3 CCC.

El auto recurrido, tras referir los arts. 44 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica **Internacional** en Materia Civil, sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras, 56 de la misma y art.46 sobre las causas de exclusión del reconocimiento, estima que en el caso no se trata de una resolución judicial que atribuya la tutela ni la guarda, sino un acta notarial cuyo reconocimiento no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español; concurre la causa del art. 46, apartados a) y c), con lo cual desestima el reconocimiento y contra el mismo se alza el apelante en los términos mencionados.

TERCERO.- Vemos que la menor se encuentra bajo el cuidado de su tío materno en virtud de la institución de la denominada Kafala, que ha sido equiparada al acogimiento simple permanente de nuestro ordenamiento jurídico, (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de julio de 2006) con efectos diferentes según su constitución sea judicial, o notarial por concesión de los padres a favor de un tercero, como ocurre en este caso.

Tal y como dijo esta Sala en Auto de fecha 8 de julio de 2008, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de fecha 15 de julio de 2006, la Kafala es una institución de protección de menores equiparable al acogimiento familiar en España. Señala la referida resolución que "La "kafala" musulmana y otras instituciones de prohijamiento de menores que no crean vínculos de filiación entre los "kafils" -o persona que asume la "Kafala" del menor- y este último, pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneran el orden público **internacional** español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español (arts. 323 y 144 LEC 1/2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)).

En el presente caso se solicita que se reconozca el acta notarial de constitución de la kafala considerando que se trataría en nuestro derecho de una guarda de hecho con funciones tutelares, extremo que ya se acordó por esta Sala en diferentes resoluciones, como la sentencia de 11-6-2020.

Establece el art. 225-1 CCC que es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen. El art. 225-3:

1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta. Si asume la gestión patrimonial, debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria.
2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable.

A dicho precepto se refiere el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, en los siguientes términos: "cuando se ejerce la guarda de hecho de una persona que está en potestad parental o en tutela, también se ha considerado pertinente que la autoridad judicial puede conferir funciones tutelares al guardador, si existen circunstancias, como por ejemplo la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada, que lo hagan aconsejable. La atribución de funciones tutelares comporta la suspensión de la potestad o la tutela, y evita al guardador la carga, demasiado onerosa, sobre todo en un contexto familiar, de tener que instar la privación de la potestad o la remoción del tutor". Es decir, se refiere al guardador de hecho, el cual podría definirse como la persona que careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapaz o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiera encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio o gestión de sus intereses, figura de innegable importancia pues hay numerosas ocasiones donde hay menores que son protegidos por personas que no tienen título que les habilite para ello, siempre y en todo caso atendiendo al principio del interés superior del menor.

Por último diremos que el art. 233-10.4 establece que la autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.

A la vista de todo ello, teniendo en cuenta que la menor, nacida el NUM000 -2016, está viviendo con su tío, la esposa y la hija del mismo en España, al haber delegado sus progenitores la guarda, es por lo que debemos



autorizar el exequátur concretando que el contenido del documento se trata de una guarda de hecho con funciones tutelares.

CUARTO.- No procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D Pablo contra el auto de 15-5-2023 dictado por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia 9 de Granollers, debemos revocar la expresada resolución en el sentido de que se autoriza el exequátur concretando que el contenido del documento se trata de una guarda de hecho con funciones tutelares, 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.

Los Magistrados

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.