



Roj: **AAP ML 75/2018 - ECLI: ES:APML:2018:75A**

Id Cendoj: **52001370072018200075**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Melilla**

Sección: **7**

Fecha: **10/05/2018**

Nº de Recurso: **46/2018**

Nº de Resolución: **16/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FEDERICO MORALES GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA, SECCION SEPTIMA, MELILLA**

Modelo: N10300

EDIF. V CENTENARIO TORRE NORTE PLAZA DEL MAR Nº 3, 2ª PLANTA

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Tfno.: 952698926/27 Fax: 952698932

Equipo/usuario: MRR

**N.I.G.** 52001 41 1 2017 0001185

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000046 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de MELILLA

**Procedimiento de origen:** X08 TUTELA 0000180 /2017

Recurrente: Alejo , Adelina

Procurador: CRISTINA DEL PILAR FERNANDEZ ARAGON, CRISTINA DEL PILAR FERNANDEZ ARAGON

Abogado: JOSE IGNACIO GAVILAN MONTENEGRO, JOSE IGNACIO GAVILAN MONTENEGRO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador:

Abogado:

**AUTO Nº 16/18**

**ILTMOS. SRES**

**Don FEDERICO MORALES GONZÁLEZ**

**Presidente**

**Don MARIANO SANTOS PEÑALVER**

**Don JUAN RAFAEL BENÍTEZ YÉBENES**

**Magistrados**

En Melilla, a 10 de Mayo de 2018

Dada cuenta;

**ANTECEDENTES**



**PRIMERO.-** Por la procuradora doña Cristina Fernández Aragón, en representación de don Alejo y doña Adelina , se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra auto de 8/1/18 por medio del cual se acordó desestimar la petición de constitución de tutela en la persona de Tania , sobrina de la nombrada Adelina .

**SEGUNDO.-** Conferidos los oportunos traslados con el consiguiente resultado, se remitieron los autos a este Tribunal, en el que se incoó el correspondiente Rollo, designándose ponente y señalándose día para su deliberación, votación y fallo.

Es ponente el lltmo. Sr. FEDERICO MORALES GONZÁLEZ.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** El Juez de instancia ha denegado la constitución de la tutela que se pretende sobre la menor mencionada en los antecedentes de esta resolución porque no se ha acreditado cuál es la Ley marroquí que se aplica en la materia.

En efecto, siendo la menor Tania de **nacionalidad** marroquí, según se expone en el escrito rector del expediente y se desprende de su certificado de nacimiento, el Juez de 1ª Instancia estima que debe aplicarse la ley personal de la menor, de conformidad con lo que establece el artículo 9 del Código Civil , que literalmente dice: "*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su **nacionalidad**. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*".

Contra este argumento se alzan los recurrentes reclamando la aplicación del principio *lura novit curia* y alegando que en el auto recurrido se menciona cuál es la Ley aplicable, concretamente el Código de Familia o "Moudawana", e manera que no debería existir inconveniente para su observancia.

Sin embargo, la parte se confunde en el uso de este argumento en tanto la cita contenida en el auto recurrido no ha sido realizada con la intención de dar por acreditado cuál es el Derecho que rige la materia, sino para discernir entre el distinto régimen a tener en cuenta según se trate de la norma sustantiva a aplicar o del proceso a seguir.

Y es que en materia de prueba de la norma de derecho extranjero aplicable ha de seguirse lo que prescribe en el artículo 281 de la LEC cuyo apartado 2 dispone: "*También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*".

Y dado que ninguna prueba se ha propuesto ni practicado sobre el particular, es de rigor concluir como lo hace el auto recurrido.

**SEGUNDO.-** Pero aún en el caso de poderse aplicar la ley española, cuya invocación reiteran los recurrentes, existiría una razón que impediría el éxito de la petición deducida.

El artículo 239 del Código Civil dispone que " *1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.*

*2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste.*

*En estos supuestos, **previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso** .*

En relación con este fundamental requisito decía la Audiencia Provincial de Álava en auto de 15 junio 1992 (AC 1992\845) que "*la existencia física de unos padres que ostentan obligadamente, por imperio de la ley, la patria potestad, cuya existencia vigente obviamente es incompatible con la constitución de la pretendida tutela, únicamente viable legalmente de intentarse y obtenerse judicialmente previamente la privación de la patria potestad (...)*".

Y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), argumentaba en auto núm. 395/2012 de 11 diciembre (JUR 2013\34585):

*" La problemática jurídica en tal modo suscitada ha de encontrar respuesta del Tribunal mediante la proyección al caso de las previsiones al efecto contenidas en el artículo 222-1º del Código Civil , conforme al cual estarán sujetos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. Declara, al respecto, el Tribunal Supremo que si la tutela es un organismo supletorio de la patria potestad, cuyo nacimiento se opera por la*



*inexistencia de ésta, es evidente que si la misma existe, el instituto tutelar carece de razón de ser ( Sentencia 12 de julio 1985 ).*

*En definitiva, nos encontramos ante dos figuras legales que, por su propia naturaleza y finalidad, resultan incompatibles entre sí, de modo que existiendo una de ellas no es posible su subsistencia simultánea con la otra ".*

Finalmente, la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) -Auto núm. 132/2008 de 29 octubre (JUR 2009\49458) afirma que " *Basta, en efecto, una simple lectura del escrito que abre las actuaciones, para negar toda viabilidad a la petición deducida por el Sr. Alberto , pues a la luz de lo dispuesto en el artículo 222 del Código Civil cuando de menores se trata, estarán sujetos a tutela en tanto se hallen en situación de desamparo o sin estar emancipados no se encuentren bajo la patria potestad; y dado que precisamente la iniciativa tutelar pone de manifiesto que el menor Eloy tiene padre y madre, esta última oída incluso en autos, de modo que el supuesto habría de residenciarse en la pérdida o claudicación definitiva de la patria potestad, que en absoluto consta respecto del menor, tal y como acertadamente se razona en el pronunciamiento de instancia ".*

Dado que, como se expone en la solicitud inicial, lo que sucede en este caso es que no se tiene noticia del paradero de la madre -al padre, al parecer, nunca se le identificó-, sería de rigor colegir que en este caso la patria potestad subsiste, de manera que no sería posible compatibilizarla con la tutela.

**TERCERO.**- Pese a lo que se dice en el recurso al respecto, tampoco podrían operar en este caso las previsiones contenidas en el apartado 4º del citado artículo 222 del Código Civil , que hace extensiva la institución tutelar a los menores que se hallen en situación de desamparo, pues tal precepto ha de ponerse en necesaria relación con el 172 del mismo texto legal que asigna, no por decisión judicial sino por ministerio de la ley, la tutela de los menores desamparados a la correspondiente entidad pública, que no a los parientes más cercanos de aquéllos, considerando el mismo precepto que situación de desamparo es la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio, de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los citados menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Como se desprende de las propias alegaciones de los apelantes, en el supuesto examinado ni se produce tal situación, en cuanto, según se alega, la menor se encuentra debidamente atendida, en su cuidado y formación, por aquéllos. En consecuencia, las condiciones en que se encuentra la menor no permitirían activar el mencionado mecanismo de protección, concebido para supuestos distintos.

Ello, sin embargo, no excluye la posibilidad de adopción de otro tipo de medidas para la protección de los intereses de la referida menor pues el artículo 158 del Código Civil permite que el Juez, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas que estime oportunas para evitar perjuicios a aquél, "*siendo inclusive viable la atribución de la custodia a personas distintas de sus progenitores (vid Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 )*, y ello, entre otros supuestos, cuando los mismos, como en el caso se expone, no puedan hacerse cargo de las funciones de cuidado directo, alimentación y educación inherentes a la patria potestad, en los términos prevenidos en el artículo 154 del Código Civil " ( Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) núm. 395/2012, de 11 diciembre , anteriormente citado).

Visto los preceptos y doctrina citadas y los demás de general y pertinente aplicación al caso, el Tribunal

#### **ACUERDA**

Desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Cristina Fernández Aragón, en representación de don Alejo y doña Adelina , contra auto de 8/1/18 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 en los autos al margen indicados.

Con testimonio de este Auto, para su cumplimiento, devuélvanse en su momento, los autos originales al Juzgado de su procedencia, interesando acuse de recibo.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. al margen indicados. Doy fe.