



Roj: **AAP LO 117/2018 - ECLI:ES:APLO:2018:117A**

Id Cendoj: **26089370012018200117**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **592/2017**

Nº de Resolución: **11/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARAUJO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

AUTO: 00011/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA

LOGROÑO

Modelo: N10300

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, MÓDULO C (**NO** RTE), 3ª PLANTA

-

Tfno.: 941 296484/ 486/ 487 Fax: 941 296 488

Equipo/usuario: IDO

N.I.G. 26089 42 1 2016 0002591

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000592 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: V90 TUTELA 0000686 /2017

Recurrente: Salvadora

Procurador: MARIA GEMA MUES MAGAÑA

Abogado: MARIA DEL CARMEN MARIN TERRAZAS

Recurrido: FUNDACION TUTELAR DE LA RIOJA FUNDACION TUTELAR DE LA RIOJA, MINISTERIO FISCAL

Procurador: ,

Abogado: AFRICA MARIA ELORZA DEL RIO,

AUTO Nº 11 DE 2018

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS

DOÑA CARMEN ARAUJO GARCÍA

DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

DON FERNANDO SOLSONA ABAD

En Logroño, a uno de febrero de dos mil dieciocho.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 19 de julio de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño, se dictó auto en procedimiento de Tutela nº 686/2017, en cuya parte dispositiva se recogía:

"PARTE DISPOSITIVA

1.- Se nombra tutor de Gabriel a LA FUNDACIÓN TUTELAR RIOJA, a quien se hará saber el nombramiento para que, una vez firme la presente resolución, sin demora comparezca en este Juzgado a fin de aceptar y jurar o prometer el cargo, darle posesión del mismo.

Verificado, inscribese la tutela en el Registro Civil de Logroño remitiéndole testimonio de esta resolución en el que conste la aceptación y juramento o promesa del cargo, y requiérase al tutor para que formalice el oportuno inventario de bienes y hágasele saber que deberá rendir cuentas anuales de su gestión."

SEGUNDO.- Notificado el anterior auto a las partes, por la representación de la parte demandada, se presentó escrito interponiendo recurso de apelación. Interpuesto éste, se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo el día 1 de febrero de 2017, habiéndose designado Ponente la Magistrada DOÑA CARMEN ARAUJO GARCÍA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Recurre la madre de Don Gabriel la designación de la Fundación Tutelar de La Rioja como tutora de su hijo, pretendiendo se revoque el auto que así lo dispone y se dicte resolución por la que se nombre a Doña Salvadora tutora de Don Gabriel .

Para la resolución del recurso, hemos de partir de que Don Gabriel reside en España y su madre en Cuba, sin que conste disfrute ésta de la doble **nacionalidad** que alega, en tanto no se acredita, ni que pueda desplazarse a España para atender las obligaciones del cargo de tutora que pretende, ni siquiera durante los siete meses que expresa su hijo permanece en España.

Tampoco podemos obviar que la remoción de la anterior tutora hermana del incapaz e hija de la recurrente se produjo a instancia del Ministerio Fiscal y fue acordada por auto de fecha 7 de junio de 2016 (a los folios 4 a 8 de las actuaciones) confirmado por el dictado en grado de apelación por este Tribunal nº 24/2017, de 9 de marzo (a los folios 9 y 10 de los autos) cuando el Juzgado a quo advierte en la rendición de cuentas que la tutora había adquirido una vivienda en Cuba con dinero del tutelado, sin obtener la preceptiva autorización judicial, y que la titularidad de dicha vivienda se atribuye a la madre del tutelado y de la propia tutora, lo que obviamente la ahora apelante hubo de consentir no cabe prescindir de que en la actuación de la tutora que determinó la remoción, intervino quien pretende ahora ser designada tutora.

SEGUNDO .- Como expresa el auto nº 283/2017, de 16 de junio, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba : "El Art. 234 Cc determina claramente el orden de preferencia en el nombramiento de tutor y hemos de destacar al respecto, cómo en primer lugar en dicho orden se coloca a la persona designada por el propio tutelado. Seguidamente, el mismo precepto se refiere al cónyuge que conviva con el tutelado y, a continuación los padres de éste, para colocar en cuarto lugar a la persona o personas designadas en el testamento. En el último escalón del orden de preferencia para la designación de tutor, la Ley coloca al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. También se prevé en nuestro Código la designación de una persona jurídica como tutor (Arts. 242 Cc). La única exigencia es la de que las personas jurídicas optantes al ejercicio de la tutela no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure expresamente la protección de los menores e incapacitados. Y si bien con carácter general, el Juez puede exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinando la modalidad y cuantía de la misma, igualmente y como excepción también señala que "No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza." (art 260 Cc). Resulta pues, que nuestra normativa deja una amplia discrecionalidad al Juez para la designación de la persona del tutor y habrá que examinar cada caso concreto para la proposición de una persona determinada, teniendo en cuenta no solo el orden de preferencia del 234 Cc, sino también y, en definitiva, como la propia Ley afirma, quien de mejor forma pueda ejercer el cargo para el que se le propone, siempre en beneficio del menor o del incapaz (Art. 235 Cc)." En similares términos el auto nº 229/2017, de 1 de septiembre , de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial



de Pontevedra expone que "En materia de nombramiento de tutor a un menor o persona mayor incapaz la Ley otorga al Juez amplias facultades, al punto de poder alterar el orden legal de llamamientos a que hace referencia el art. 234 CC e incluso prescindir de todas las personas en dicho precepto mencionadas, siempre que lo motive y se considere que ello redunde en interés de la incapaz toda vez que el beneficio de ésta es el principio rector que debe presidir toda actuación y decisión del Juez encaminada a la designación de tutor.

Hay que partir de que la sentencia apelada altera las previsiones del art. 234 CC , basándose en la última "Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere", lo cual es perfectamente factible pues así lo expresa la norma y lo desarrolla la jurisprudencia, por ejemplo la STS de 1 julio 2014 , al establecer que "en principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla".

El auto recurrido expresa como sustento del nombramiento de La Fundación Tutelar de La Rioja como tutora de Don Gabriel que "No se considera oportuno nombrar tutora a la madre de Gabriel , Salvadora , ya que el motivo por el que fue removida del cargo la anterior tutora, fue la compra de un inmueble en Cuba, con patrimonio de Gabriel , pero a nombre precisamente de la madre de éste, lo que hace presumir que la misma consintió dicha operación, lo cual supone un evidente perjuicio para su hijo.

Por ello, y a falta de otros parientes aptos para el desempeño del cargo de tutor, deberá nombrarse a la Fundación Tutelar de La Rioja, la cual desempeña en la actualidad el cargo de Tutora Provisional". Por tanto, la designación de la Fundación Tutelar de La Rioja como tutora responde al beneficio del incapaz, vista la conducta anterior de su madre y de su hermana en relación con el patrimonio de Don Gabriel , y no haber acreditado que la recurrente y madre del incapacitado tenga la disponibilidad y la posibilidad de instalarse en España para atender sus obligaciones caso de ser designada tutora de su hijo como pretende con carácter principal, ó si se la designará como tutora de la persona como pretende con carácter subsidiario, en base al artículo 236.1 del Código Civil .

Por lo expuesto, en suma, el recurso ha de ser rechazado y confirmada la resolución recurrida.

TERCERO .- Desestimado el recurso, han de imponerse a la parte apelante las costas procesales de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394- 1 y 398-1 de La Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda : La desestimación del recurso de apelación formulado por la Procuradora Doña Gema Mues Magaña, en representación de DOÑA Salvadora , contra el auto de fecha 19 de julio de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño (La Rioja) en autos de Tutela seguidos en el mismo al nº 686/2017, de que dimana Rollo de Apelación nº 592/2017, confirmando la resolución impugnada.

Se imponen las costas de la alzada a la parte apelante.

La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido para apelar al que se dará el destino legal, conforme a lo dispuesto en el ordinal noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de La Ley Orgánica del Poder Judicial , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Firme que sea esta resolución, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia, con testimonio de la presente resolución.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo acordamos, mandamos y firmamos.