



Roj: **SAP B 10393/2019 - ECLI: ES:APB:2019:10393**

Id Cendoj: **08019370182019100509**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **442/2019**

Nº de Resolución: **509/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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.: 0801942120188048633

Recurso de apelación 442/2019 -B

Materia: Oposición acuerdo entidad pública

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Oposición medidas en protección menores 147/2018

Parte recurrente/Solicitante: Florian Procurador/a: Marta Sagues Perez

Abogado/a: Carmen Vázquez Blánquez

Parte recurrida: DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA DGAIA, MINISTERI FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 509/2019

Magistrados:

D.Francisco Javier Pereda Gámez D^a Margarita B. Noblejas Negrillo D^a Ana M^a García Esquiús (ponente)

Barcelona, 18 de julio de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 5 de abril de 2019 se han recibido los autos de Oposición medidas en protección menores 147/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Marta Sagues Perez, en nombre y representación de Florian contra Sentencia de fecha 22/11/2018 y en el que consta como parte apelada/oponente la DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA DGAIA y MINISTERI FISCAL.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"DESESTIMO la demanda de Florian contra la resolución administrativa de 23 de enero de 2018.



No procede la condena en costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

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 09/07/2019.

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

Se designó ponente a la Magistrada Ana M^a García Esquiús .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la solicitud presentada por la representación letrada de Florian , al que por Resolución de la DGAI de 11 de Noviembre se había acordado prestar inmediata, al tratarse de un menor de edad, acordándose asimismo el ingreso en Centro de Acogimiento, atribuyéndosele como fecha y lugar de nacimiento el día NUM000 de 2001 en Algeria

Desafortunadamente, en la misma Resolución se hacía expresa mención a que el menor había desaparecido y no había sido posible su localización.

En base a esta situación, por nueva Resolución de DGAIA de 23 de enero de 2018 se acuerda el cierre del expediente por no localización del menor y notificar esta resolución a sus padres y a la letrada designada para su defensa.

Posteriormente, en resolución de 19 de junio de 2018, se corregía parcialmente la previa en el sentido de hacer constar que se había señalado como fecha y lugar de nacimiento cuando se carecía de documentación al respecto.-

Sobre el menor Florian se habían incoado diligencias preprocesales de determinación de la edad en expediente 136/17, y por Decreto de Fiscalía de 20 de febrero de 2017 se reconoció la minoría de edad y el archivo del expediente, por haberse dictado Decreto en el marco de Diligencias de Determinación de la edad 231/2016 por la Fiscalía de Menores de Ceuta por el que se declaró al joven menor de edad considerándose como fecha de su nacimiento el día NUM001 de 2000.

El Informe de la Clínica Forense de determinación de edad, efectuado el 10 de Noviembre de 2017 antes de que desapareciera, dice que el sujeto manifestaba ser originario de Orán, Argelia y haber nacido el NUM002 de 2001, es decir que en esa fecha contaba 16 años . Como conclusión se dictamina que los datos antropométricos, examen dental y desarrollo de los caracteres sexuales secundarios son compatibles con ser menor de 18 años, siendo el informe totalmente provisional porque faltaba informe de radiografías Oseas de muñeca y ortopantomografía .

No aportaba documentación y narraba haber llegado a España en patera .

La sentencia como se ha indicado desestima la demanda acogiendo a doctrina de esta misma Sala que se recoge en la Sentencia de 16 de octubre de 2018 .

Sin embargo, tratándose de supuestos con alguna diferencia, entiende la Sala que dicha doctrina no puede ser aplicada al caso sino la recogida en posterior sentencia de esta misma Sala de 27 de Noviembre del mismo año 2018.

SEGUNDO.- La Constitución (art. 39, 2 y 4) dice que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. El art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), estipula que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Las Observaciones Generales n.º 6 y n.º 14 del Comité de Derechos del Niño, adoptadas respectivamente el 1 de septiembre de 2005 y el 1 de febrero de 2013, y en las que se pone "de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados" y se establece que "el concepto de interés superior del menor es complejo y su contenido se debe determinar caso por caso". Es innegable que los mecanismos de protección de los menores desamparados se ponen en marcha en razón de la presencia física del menor en el territorio del Estado que debe protegerle, de modo que la intervención viene justificada por razones de presencia y de jurisdicción, las medidas deben ser adoptadas cuando el menor está en el Estado



que deba intervenir. Y, así, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 2.1 establece que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción. En cuanto a la jurisdicción, el art. 21 LOPJ remite a los Convenios Internacionales y es de aplicación, aunque se trata de menores de países extracomunitarios, el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que en su art. 13.1 concreta la competencia basada en la presencia del menor, al señalar que "cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor ..., serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor." El art. 6.2 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 establece también que las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran los menores son los competentes para adoptar medidas de protección y aplicarán su propia Ley (art. 15). La determinación de la jurisdicción por razón de la presencia en el territorio también se recoge en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 (arts. 2 , 11.1 y 12.1). El art. 2 de la LDOIA determina el ámbito de aplicación de la Ley a los menores domiciliados en Cataluña o que se encuentren eventualmente aquí. En la misma línea, el art. 14 de Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio , de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, regula la eficacia territorial de las normas al establecer que las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial. Conforme a las previsiones del art. 190.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, Capítulo I, Apartado Segundo, la protección se presta al menor que llegue a territorio español, y toda la regulación tiene por objetivo asegurar su protección en tanto permanezca aquí, de modo que si no es así no es posible adoptar medidas de protección. En suma, la competencia de protección no nace de la **nacionalidad** del menor, sino de su arribada, presencia y permanencia en España y, en concreto, en Cataluña. El sometimiento a la jurisdicción española nace del hecho de la presencia del menor en nuestro territorio. En tanto esta presencia no conste que ha cesado y no haya siquiera indicios de que se ha acabado, debe reclamarse tal protección. El recurrente está debidamente representado y defendido por procurador y letrado y no se entiende que tales profesionales, sin mantener contacto alguno con su cliente, puedan defender razonablemente sus intereses. Sin embargo, puede dar noticia de una situación de desprotección y en tal caso el Tribunal debe actuar incluso de oficio.

Tanto el Decreto de la Fiscalía, como la propia Resolución de la DGAIA reconocen que se trataba de un menor desprotegido, sin familia en España y sin arraigo. Por tanto precisado de la adopción de medidas de protección y de ahí que se acordará su ingreso en Centro.

El hecho de que el menor huyera no exime a la Administración de continuar ejerciendo su labor tutelar sobre el mismo. Al contrario, debe exigirse mayor celo tanto por la protección del propio menor como para evitar cualquier situación de riesgo o perjuicio para él o para terceros una vez que está acreditado que se encuentra en una situación de desamparo.

Y no discutiéndose que se trata de un menor, por bien que no se haya aportado documentación al respecto, en estos momentos , a diferencia de aquel supuesto contemplado en la sentencia de esta AP de 16 de octubre de 2018 , en que ya se había rebasado la mayoría de edad por el transcurso del tiempo, no podemos más que instar a la administración a mantener abierto el expediente y a continuar otorgando protección al menor, así como a que adopte cuantas medidas sean precisas para su localización. Como se recordaba en supuesto análogo en la sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2018 , " No es función de la Administración una actuación desahogada de localización si algún familiar se ha hecho cargo o si ha regresado a su país, pero sí una mínima diligencia cuando el menor, que consta sometido a expediente de desamparo, se ha ido sin dejar señas, sin perjuicio de la diligencia exigible a un menor supuestamente maduro que pide protección.", por lo que hasta la mayoría de edad la DGAIA debe seguir las pesquisas para su protección.

TERCERO.- No procede efectuar imposición de costas, visto lo que disponen los artículos 398.1 y 394 de la LEC .

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Florian y revocando la sentencia de instancia dictada en los Autos 147/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de los de Barcelona , se deja sin efecto la Resolución administrativa de la DGAIA de 23 de enero de 2018, debiendo la DGAIA averiguar el paradero del menor, en tanto no resuelva si se trata de una situación de riesgo o de desamparo o determine que no hay situación de desprotección.



No ha lugar a efectuar pronunciamiento de costas.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1. 3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el Derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días. Desestimado el recurso dese destino al depósito constituido, en su caso (V. disp. 15ª L.O. 1/2009). Una vez se haya notificado esta sentencia y firme , los autos se devolverán al Juzgado de Instancia

Lo acordamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ