



Roj: **SAP B 11713/2018 - ECLI: ES:APB:2018:11713**

Id Cendoj: **08019370182018100733**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **27/11/2018**

Nº de Recurso: **832/2018**

Nº de Resolución: **831/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

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.: 0801942120178200185

Recurso de apelación 832/2018 -B

Materia: Oposición acuerdo entidad pública

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Oposición medidas en protección menores 5/2018

Parte recurrente/Solicitante: Gustavo

Procurador/a: Nuria Tor Patino

Abogado/a: Luisa Pilar Moreno Cuerva

Parte recurrida: MINISTERI FISCAL, SERVEI D'ATENCIO A LA INFANCIA I A LA ADOLESCENCIA DE BARCELONA

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 831/2018

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez (ponente)

D^a Myriam Sambola Cabrer

D^a Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 27 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 2 de enero de 2018 la defensa del menor llamado Micaela formuló oposición a la Resolución administrativa de 27 de noviembre de 2017, que cierra el expediente de desamparo por no localización del



menor. Sostiene que la DGAIA no ha realizado ninguna actuación dirigida a localizarlo y conocer la situación en que se encuentra. Recibido el expediente, formaliza demanda y reitera su tesis.

El Ministerio Fiscal contesta, dice que el menor se había fugado previamente de un centro en Granada, se fugó de nuevo y el hecho fue denunciado por la guardadora del menor. Pide que se dicte sentencia en razón de los hechos que resulten probados.

La DGAIA contesta y sostiene que, habiendo dejado la plaza asignada por fuga voluntaria, sin que regresara en un tiempo prudencial, se aprovechó la plaza para otro menor necesitado.

La Sentencia recurrida, de fecha 4 de junio de 2018, considera que se desconoce el paradero del menor por su exclusiva voluntad, sin que la policía lo haya localizado, por lo que desestima la demanda y confirma la Resolución de 24 de noviembre de 2017, con expresa condena en costas.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

El recurrente sostiene que se vulnera el protocolo de protección de menores, refiere el riesgo de posible trata de menores e invoca el interés superior del menor. Añade que no se valora la situación de vulnerabilidad del muchacho e insiste en que se deben adoptar medidas para su localización.

La DGAIA se opone y dice que no se ha vulnerado ningún derecho, ni precepto legal. Defiende la actuación de la Administración sostiene que si el menor reaparece se le protegerá.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 3 de octubre de 2018. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala ha tenido lugar el día 20 de noviembre de 2018. Esta resolución no se ha dictado en el plazo previsto en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), lo que se hace constar a los efectos del art. 211.2 LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. EL PRESUPUESTO DE PRESENCIA

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 fijar 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.

2. EL RESULTADO DE LA PRUEBA

Se dio inicial protección al menor, considerándolo como tal y decretando la situación de atención inmediata. No estamos por tanto ante un supuesto de una persona que se ha considerado mayor de edad y respecto al cual haya cesado la atención inmediata porque se encuentre en paradero desconocido, ni tampoco ante un supuesto de declaración de desamparo, determinada la edad, en el que el afectado se haya dado a la fuga.

Notificada la DGAIA del Decreto del Ministerio Fiscal que considera al demandante menor de edad y que debe gozar de los beneficios que, para la protección de menores, establece nuestro ordenamiento, la Administración, que había ingresado al chico en un centro, debió decidir si se trataba de una situación de riesgo o de desamparo y protegerlo, o determinar de forma rotunda que no había situación de desprotección (porque algún familiar, en España o en otro país, se hacía cargo de Gustavo). Frente a ello, ha optado simplemente por cerrar y archivar el expediente de protección por no localización, lo que no parece correcto. El Ministerio Fiscal y la DGAIA en el inicio actuaron correctamente, protegiendo al menor pero la Resolución de la DGAIA de 24 de noviembre de 2017 se basa únicamente en la fuga y el ignorado paradero del menor.

Atendido de forma inmediata, a los 5 días el menor se marchó sin dar razón de su paradero, ni regresar. No se trata de una *probatio diabólica*, ni de una acción exacerbada en búsqueda de los menores, pero sí de exigir de la Administración actos que demuestren que vela por su protección a través de procesos adecuados de localización. La cuestión es que la DGAIA no practicó diligencia alguna de averiguación de paradero. Ello no priva para que gestione las plazas, en ausencia del menor, de la manera que entienda más adecuada.

Se pidió por Otrosí de la demanda y el Juzgado acordó librar oficio a la policía para la localización del menor, diligencia que ha resultado negativa. Declaró en Fiscalía el menor que tiene una tía materna en Francia y es posible que haya acogido al chico. En cualquier caso, no hay indicio alguno de que estemos ante una situación de las previstas en los arts. 59 y 59 bis punto 5 de la Ley de Extranjería y Capítulo IV del Protocolo, sobre redes organizadas y trata de menores, por lo que no es exigible una actuación protectora en tal línea, sin perjuicio de las competencias de las autoridades que combaten la delincuencia.

En suma, aunque parece que el menor ha sido un pasavolante, en tránsito hacia Francia, manifestó querer quedarse en Barcelona y no ha quedado suficientemente acreditado que se haya marchado de nuestro país. No es función de la Administración una actuación desafortunada 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. Ha estado aquí y no hay prueba, ni indicio de que ya no esté. Admitido que el menor nació el NUM000 de 2001, en NUM000 de 2019 alcanzará la mayoría de edad, pero hasta entonces la DGAIA debe seguir las pesquisas para su protección.

2. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC.

FALLO

1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos el Auto de instancia.
2. Estimamos en parte la oposición a la Resolución administrativa de 27 de noviembre de 2017 y la dejamos sin efecto, 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.
3. No nos pronunciamos sobre las costas el recurso.

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, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

Los Magistrados :