

A/A CARMEN TORRES

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 2ª/2.

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxa: 943-000701

N.I.G. / IZO: 20.05.2-10/002265

R.apelación L2 / 2207/2010 - R

O.Judicial origen / Jotamiko Epaitegi: Jdo. 1ª Instancia nº 3

Familia (Donostia) / Lehen Auzitegiko 3 zentabako Epaitegia.

Familia (Donostia)

Autos de 158/2010 (e)ko autok

Recurrente / Errekurtsibogilea: DIPUTACION FORAL DE
GIPUZKOA

Procurador / Prokuradorea: MARTA AROSTEGUI LAFONT

Abogado / Abokatu:

Recurrido / Errekurritua: MINISTERIO FISCAL y [REDACTED]

[REDACTED] Procurador / Prokuradorea: MARSA ZABALETA D ANJOI

Abogado / Abokatu: CARMEN TORRES ARETA

AUTO Nº 70/2010

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

MAGISTRADA: D^{MA} TERESA FONTCUBERTA DE LATORRE

MAGISTRADO: D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

MAGISTRADA: D^A ANA ISABEL MORENO GALINDO

LUGAR: DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

FECHA: diecisiete de junio de dos mil diez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia-San Sebastián, se dictó auto de fecha 25 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva dice así:

"ACUERDO - QUE ESTIMANDO la solicitud de medidas cautelares interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, SRA ZABALETA, en representación de [REDACTED] frente a la DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, representada por la Procuradora SRA AROSTEGUI, acuerdo que la DIPUTACION FORAL asuma la tutela del actor, realizando su guarda en un Centro de Menores Extranjeros no Acompañados, con efectos retroactivos desde la fecha del cese y hasta su mayoría de edad el 31 de diciembre de 2011.

Requírase a la parte demandada para que cumpla lo acordado de manera inmediata.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de la Diputación Foral de Gipuzkoa, se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 25 de febrero de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia-San Sebastián. Admitido dicho recurso se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose día para Votación y Fallo el 8 de junio de 2010.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas en la ley,

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. FELIPE PEÑALBA OTADUY, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto de fecha 25 de febrero de 2010 dictado por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián en los términos reseñados en el primer antecedente de la presente resolución, se alza el recurso de apelación interpuesto por la Excmo. Diputación Foral de Gipuzkoa solicitando el dictado de una nueva resolución revocatoria de la impugnada que declare no haber lugar a la adopción de la medida cautelar acordada.

Los motivos alegados por la parte impugnante son, en síntesis, los siguientes:

1.- Infracción del art. 158 C.C.: las medidas solicitadas no pueden ser, como sucede en el presente caso, el propio objeto de procedimiento.

2.- Infracción del art. 780 LEC: la tramitación efectuada supone el diseño *ex novo* de una vía procesal no prevista. La parte actora está combatiendo la Orden Foral nº 1991/2009, de 2 de noviembre, por lo que cabría en el seno de un procedimiento de impugnación de la citada Orden Foral la apertura de una pieza separada de medidas cautelares, pero lo que sucede en el caso de autos es que la acción de oposición ha caducado.

El Ministerio Fiscal se "adhiera" al recurso interpuesto mostrándose conforme con la argumentación desarrollada por la parte apelante y añadiendo como motivos para combatir la resolución impugnada que la documental aportada en la comparecencia no puede ser tenida en cuenta por cuanto que, además de no constar debidamente traducida, la misma hallaba expedida a nombre de **[REDACTED]**, es decir, a persona distinta de

aquella que solicita se declarada menor de edad; y que, por otra parte, existe un certificado de empadronamiento referido a [REDACTED] en el que se hace constar como fecha de nacimiento el día 17/9/1991 y un decreto del Ministerio Fiscal de fecha 13/11/2008, que no ha sido impugnado, en el que se hace constar, como edad del menor, a fecha de 13/11/2008, la de 17 años.

La representación de [REDACTED] se opone al recurso de apelación interpuesto por la Excmo. Diputación Foral de Gipuzkoa e interesa que se confirme en todos sus extremos la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de fondo del recurso planteado, debe recordarse que en la vigente Ley procesal civil no existe la adhesión al recurso. Como se deduce de lo dispuesto en el artículo 461.1 y 2 LEC, ante el traslado del recurso de apelación interpuesto por otra parte, cabe la oposición al mismo, o la impugnación de la sentencia, que sólo puede formular quien no ha apelado, como se dice expresamente en el art. 461.2 LEC. Ahora bien, también debe precisarse que solamente puede impugnar la sentencia quien, además de no haberla apelado en su día defiende intereses opuestos a quien sí interpuso el recurso, pues mediante el instrumento procesal de la impugnación de la sentencia se le da ocasión de atacar la misma desde una perspectiva opuesta a quien sí la recurrió y para pretender una finalidad diferente y aun contraria a éste. Así lo clarifica el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dice que la nueva ley "prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable". Por ello, consideramos que no puede impugnar la sentencia quien, en su condición de codemandado, como es el caso del Ministerio Fiscal en el presente supuesto, ocupa una posición procesal y defiende los mismos intereses que la apelante, y aprovecha el cauce abierto por ésta para abundar en sus alegaciones y terminar formulando la misma petición, cual es la revocación de la resolución recurrida declarándose no haber lugar a la medida cautelar adoptada, lo que en todo caso hubiera exigido, para garantizar el principio de contradicción y evitar que se produzca una vulneración del derecho de defensa del apelado que le genere indefensión, dar traslado a la parte apelada del escrito del ministerio público con el fin de que dispusiera de un cauce procesal en el que rebatir contradictoriamente los nuevos argumentos impugnatorios. En todo caso, el Juzgado de instancia se limita a unir a las actuaciones el escrito del ministerio público dándole curso como si se tratara de un escrito de oposición. En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto el Ministerio Fiscal, una vez que no recurrió, podía atacar el recurso ó manifestar su acuerdo con el mismo -como hace al decir que se adhiere-, pero no añadir nuevos argumentos a los de la parte recurrente para terminar pidiendo lo mismo que la codemandada apelante, lo que comporta que esta Sala no vaya a pronunciarse sobre los mismos.

TERCERO.- Igualmente, se estima de interés efectuar las siguientes consideraciones:

1.- El artículo 780 LEC establece un procedimiento para articular en el ámbito de la jurisdicción civil la oposición a las resoluciones administrativas dictadas por las instituciones públicas correspondientes en materia de protección de menores en el marco de sus respectivas competencias, determinando expresamente que la oposición a las resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación, que se amplía a tres meses en el caso de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo.

2.- La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, que recoge el espíritu del art. 39 de la Constitución y de cuantas convenciones internacionales vinculan a España (así, por ejemplo, Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), sienta como principio general la primacía del interés de los menores como superior sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (arts. 2 y 11.2 a)). Así lo declara expresamente, por ejemplo, la STS de 21 de noviembre de 2005, y lo reiteran otras sentencias del mismo Tribunal declarando que el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al Juez, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse a aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias (así, SSTs de 17 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1998 y 12 de julio de 2004). Y en este sentido el mandato contenido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor obliga tanto al Juez como al Ministerio Fiscal a actuar de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas.

A estos efectos, como consecuencia de la reforma del art. 158 C.C. operada por la citada LO 1/1996, sobre Protección del Menor, se confirió a los jueces unas facultades discrecionales amplias para adoptar las medidas que contempla dicho precepto, ampliándolas a todos los menores y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, por lo que no rigen en esta materia los principios procesales clásicos de la rogación de parte, la preclusión o la cosa juzgada, debiendo estar presidida la actividad jurisdiccional por la realización concreta y la garantía del principio del interés del menor.

En definitiva, como se expresa en la exposición de motivos de la LO 1/1996, sobre Protección del Menor, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez para evitar los perjuicios innecesarios que puedan derivarse de la rigidez de los procedimientos judiciales y administrativos.

De esta manera, los jueces de oficio o a instancia del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictarán, entre otras, las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios (158.4º C.C.).

Constituyen antecedentes de interés para la resolución del presente recurso los siguientes:

1.- La Diputación Foral de Gipuzkoa mediante Orden Foral nº 159/2009 de fecha 9/9/2009 resolvió confirmar la situación de desamparo (ratificando una declaración provisional anterior) de **Kabe Kazib** con fecha de nacimiento 13/11/1991.

2.- La Diputación Foral de Gipuzkoa mediante Orden Foral nº 199/2009 de fecha 2/11/2009 resolvió cesar la tutela respecto de **Kabe Kazib** por mayoría de edad del mismo.

3.- Esta última resolución fue notificada a **Kabe Kazib** por medio de la Sra. Quero, Trabajadora Social del Centro de Protección de Menores "Santa Elena" de Córdoba, el día 25/11/2009. La citada resolución contiene la mención de que es recurrible, sin necesidad de presentar reclamación previa en vía administrativa, ante el Juzgado de Primera Instancia (Familia) de San Sebastián, en el plazo de dos meses desde su notificación.

4.- Con fecha 19/2/2010 **Kabe Kazib** presentó solicitud interesando que la Diputación Foral de Gipuzkoa asumiera su tutela, realizando su guarda en un Centro de Menores Extranjeros no acompañados con efectos retroactivos desde la fecha de cese (2/11/2009) y hasta la fecha de su mayoría de edad que fija el 31/12/2011.

5.- En el acto de juicio la letrada que asistía a **Kabe Kazib** manifestó que existe un error en la solicitud y que su defendido se llama realmente **Kabe El Kassim** (DVD, minuto 15).

6.- El Juzgador de instancia refiere en el segundo razonamiento jurídico de su resolución que no cabe duda que el pasaporte presentado (y que no obra en las actuaciones, puesto que no se ha incorporado siquiera testimonio del mismo) se refiere al solicitante dado que la fotografía no deja lugar a ninguna duda. Por otra parte, esta cuestión de hecho no resulta controvertida en esta alzada.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la petición de **Kabe El Kassim** va dirigida implícitamente a dejar sin efecto la Orden Foral nº 199/2009 que decretó cesar su tutela (si bien en aquellas fechas se identificaba como **Kabe Kazib**), siendo evidente que, como se ha expuesto, el cauce procesal para impugnar dicha resolución viene establecido en el art. 780 LEC, y que en la fecha en que se ha interesado la solicitud de medidas (19/2/2010) había finalizado el plazo para ello, dado que la notificación de la resolución administrativa había tenido lugar el 25/11/2009, no siendo admisible se eludan las normas procesales de orden público para intentar obviar el hecho de que se ha dejado transcurrir el término legal previsto.

Ahora bien, esto no significa que lleve razón la parte apelante, porque también es cierto que la petición formulada por **Kabe El Kassim** presupone que se encuentra en situación de desamparo, ya que, siendo menor de edad, vive y duerme en la calle, por lo que solicita de la Diputación Foral de Gipuzkoa que asuma su tutela, lo que es evidente que procedería por las razones expuestas de darse dichos supuestos, con independencia de que con anterioridad se hubiera declarado la mayoría de edad del mismo.

Por ello, no se comprende muy bien la postura de la Diputación Foral de Gipuzkoa de impugnar la resolución en los términos en que lo hace. No niega que **Kabe El Kassim** viva y duerma en la calle. Y defiende la postura de que el pasaporte constituye prueba suficiente para determinar la edad de una persona con preferencia a lo que pueda resultar de las pruebas óseas, habiendo manifestado

expresamente que no iba a impugnar el pasaporte presentado y que aceptaba la validez del pasaporte si así lo decidía el Juzgador de Instancia (DVD, minutos 8 y 9). Pues bien, habiendo expresado el Juzgador de instancia que no le cabe duda que el pasaporte presentado corresponde al solicitante, y no habiendo impugnado dicha consideración en esta alzada, está asumiendo que se dan los presupuestos para decretar su desamparo, siendo lo determinante si éste es o no mayor de edad, no si se ha identificado correctamente en anteriores ocasiones.

Sin embargo, el solicitante no ha dado razón alguna que justifique la adopción de la medida con carácter retroactivo (si exceptuamos el interés de dejar sin efecto una resolución administrativa al margen del cauce legal previsto, lo que, como se ha expuesto, no resulta admisible), por lo que la medida dispuesta tendrá efectos a partir de la resolución que la adopta, debiendo revocarse en este aspecto la resolución impugnada.

CUARTO.- La estimación parcial del recurso determina, por aplicación de lo dispuesto en el art. 398.2 LEC, que no se condene en las costas del recurso a ninguna de las partes.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Excm. Diputación Foral de Gipuzkoa contra el auto dictado el 25 de febrero de 2010 por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián en autos número 156/2010, **REVOCANDO** la misma y, en su lugar, se dicta nuevo auto por el que estimando parcialmente la solicitud interpuesta por la procuradora Sra. María Zabaleta D'Anjou, en nombre y representación de **Rabir El Kassani**, se acuerda que la Excm. Diputación Foral de Gipuzkoa asuma la tutela del actor realizando su guarda en un Centro de Menores Extranjeros no Acompañados hasta su mayoría de edad que alcanzará el 31 de diciembre de 2011, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes, previniéndoles que contra la misma **NO CABE RECURSO ALGUNO**.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Stes/as. que lo encabezan.

E/