

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 /
LEHEN AUZIALDIKO 3 ZK.KO EPAITEGIA
DONOSTIA - SAN SEBASTIAN**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 1ª planta - C.P./PK: 20012

TEL.: 943-000733
FAX: 943-000706

N.I.G. / IZO: 20.05.2-10/002881

Opo.med.p.men.L2 / Ad.bab.n.aur.2L 215/2010

- 1 JUL. 2010

07 JUL 2010

SENTENCIA Nº 396/2010

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA CONSUELO VALDIVIESO VALDIVIESO

Lugar: DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

Fecha: treinta de junio de dos mil diez

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: JUAN MANUEL TORRES GARATE

Procurador: MARIA ZABALETA D ANJOU

MARIA ZABALETA D'ANJOU
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
ZARAGOZA 44 0110 1705
Tel. 943 464 143 - Fax 943 265 084
20002 SAN SEBASTIAN

PARTE DEMANDADA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA

Abogado:

Procurador: MARTA AROSTEGUI LAFONT

OBJETO DEL JUICIO: DEMANDA DE OPOSICIÓN CONTRA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

En San Sebastián, a 29 de junio de 2010

Vistos por mí, Mª Consuelo Valdivieso Valdivieso, Magistrado - Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián-Donostia y su partido, los presentes autos de Oposición a Orden Foral nº 1287/09, seguidos a instancia de D. [REDACTED] representado por la Procurador de los Tribunales Sra. Zabaleta contra Diputación Foral de Gipuzkoa, representada por la Procuradora Sra. Aróstegui con presencia del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado Sr. Torres Gárate, en nombre de [REDACTED] se presentó, con fecha 4 de marzo de 2010, escrito, que fue turnado a este Juzgado, por el que se interponía demanda de oposición a la Orden Foral 1287/09 dictada por la Diputación Foral de Gipuzkoa, en materia de protección de menores.

Por medio de Orosí, se solicitó que, como medida cautelar, la Diputación Foral volviese a tutelar a [REDACTED]. Se abrió pieza de medida cautelar coetánea nº 2/10, en la cual se

dictó Auto nº 216/10 en fecha 8 de abril por el que se acordó la adopción de la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Auto de 12 de marzo de 2010, se dio traslado a la demandada, Diputación Foral, reclamándosele la remisión de testimonio completo del expediente administrativo.

TERCERO.- En fecha 9 de abril tuvo entrada en este Juzgado el expediente administrativo, tras lo cual se emplazó a la parte actora para que presentase la correspondiente demanda, lo que hizo en fecha 23 de abril.

CUARTO.- Presentada la demanda, se acordó su sustanciación por los trámites del juicio verbal, dando traslado de la misma a la Diputación Foral de Guipúzcoa y al Ministerio Fiscal para que la contestasen, lo que hicieron en tiempo y forma

QUINTO.- El día 22 de junio de 2010 tuvo lugar la celebración del Juicio, en la Sala de Audiencias de este Juzgado, asistiendo las partes debidamente asistidas y representadas. Tras ratificarse en sus respectivos escritos de demanda y contestación, solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

Practicadas las pruebas que fueron admitidas y declaradas pertinentes, con el resultado que obra en las actuaciones, quedaron los autos pendientes de dictar Sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna la parte actora la Orden Foral 1287/09, de 14 de julio de 2009, por la que se acordaba el cese de la tutela del menor [REDACTED] en base a que había abandonado en centro de menores donde se hallaba acogido.

Por otro lado, señala la actora como punto conflictivo el referido a la minoría o no de edad de [REDACTED]. A este respecto, manifiesta que el pasaporte de [REDACTED] expedido en legal forma por las autoridades marroquíes competentes, es un título válido que prueba la fecha de nacimiento del menor. Las pruebas médicas no pueden alterar ni declarar la validez del pasaporte, siendo únicamente métodos indiciarios que, además, tienen un margen de error. La propia Diputación Foral, a pesar del Decreto de Fiscalía, no discute si [REDACTED] es o no menor de edad sino que, al contrario, tácitamente lo reconoce al haberlo tenido acogido en un centro de menores.

SEGUNDO.- Alega la Diputación Foral de Guipúzcoa que la Orden Foral 1287/09 dispuso el cese de la tutela que dicho ente ejercía sobre [REDACTED] por haber abandonado éste voluntariamente el centro de acogida y encontrarse en paradero desconocido.

Por otro lado, en la Orden Foral figuran dos fechas de nacimiento: 15 de julio de 1990, según Decreto de Fiscalía y 14 de agosto de 1992, según pasaporte. Según la primera fecha de nacimiento, [REDACTED] ya sería mayor de edad.

TERCERO.- En primer lugar, respecto a la cuestión del abandono por parte de [REDACTED] del centro de menores donde se encontraba acogido, declarar el cese de tutela por esta causa es una postura que, si bien se mantuvo en épocas pasadas por la Diputación Foral de Guipúzcoa y otros entes públicos de protección a menores, ya ha sido superada y, actualmente, el abandono de un centro de menores no se considera causa suficiente para decretar el cese de la tutela.

Y ello tiene, además, base legal puesto que, según el artículo 276 del Código Civil, "La tutela se extingue:

1.- Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.

2.- Por la adopción del tutelado menor de edad.

3.- Por fallecimiento de la persona sometida a tutela

4.- Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad."

No se contempla, por lo tanto, el abandono del centro como causa de extinción de la tutela. Sólo por este motivo, la demanda ya debería ser estimada por cuanto que, tal y como se señala en su suplico, lo que se solicita es la revocación de la Orden Foral 1287/09, de 14 de julio y ésta fundamenta el cese de la tutela en el abandono por parte de [REDACTED] del centro de menores. No obstante, en la misma orden, se señala, tangencialmente, que, en base al Decreto de Fiscalía de 15 de julio de 2008, se le considera nacido el 15 de julio de 1990 y, por lo tanto, mayor de edad. Por ello, dado que se ha traído al proceso por las partes la cuestión de si [REDACTED] es menor o mayor de edad, se va a tratar la cuestión si bien, en realidad no sería estrictamente necesario puesto que la Orden recurrida, como se ha señalado ya, es la 1287/09 y no la Orden Foral 1258/08, en la que se resuelve dejar sin efecto la declaración de desamparo de un tal [REDACTED]. También hay que señalar que a lo largo de todo el expediente administrativo hay una confusión de nombres respecto a la persona protegida, a la que se le llama [REDACTED] o [REDACTED].

CUARTO.- La cuestión de la validez del pasaporte a la hora de determinar la fecha de nacimiento de un extranjero, especialmente cuando entra en conflicto con las pruebas médicas realizadas por el médico forense a solicitud del Ministerio Fiscal, ha sido tratada y resuelta por nuestra Audiencia Provincial. Así, la Sentencia del 18 de Diciembre del 2007 de la Sección 3ª dispone: "Por lo que respecta al art. 323 de la LEC, debemos efectuar las siguientes consideraciones:

1.- Dicho precepto viene a regular la fuerza probatoria que el art. 319 otorga a los documentos públicos, cuando éstos han sido expedidos en el Extranjero, es decir, aquellos documentos

públicos que han sido expedidos en el extranjero y que cumplan con lo establecido en el art. 323 LEC tendrán la fuerza probatoria que el art. 319 concede a los documentos públicos expedidos en España, precepto éste último que distingue según el tipo de documento de que se trate (art. 317).

2.- Conforme la lista que se contiene en el art. 317 de lo que se entiende por documento público, el pasaporte cabría incluirlo dentro del apartado 6º de dicho precepto (documento que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades). En este supuesto, conforme determina el art. 319.1º, dicho documento (pasaporte) hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, hayan intervenido en ella.

Es decir, en principio un pasaporte expedido por autoridad o funcionario español, da fe de la verdad intrínseca de lo que en él se declara, aunque ello pueda ser desvirtuado mediante prueba en contrario.

3.- Si dichos documentos públicos han sido expedidos en el extranjero, el art. 323 LEC distingue dos supuestos a fin de otorgar a los mismos la fuerza probatoria que se establece en el art. 319. Así tenemos lo siguiente:

a) Aquellos documentos públicos expedidos en Estados y a los que, en virtud de tratado o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 LEC (como puede ser el Convenio de la La Haya, por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, del que España es parte en virtud del Instrumento de Ratificación de 25 de septiembre de 1.978).

b) Aquellos documentos expedidos en el extranjero por Estados con los que no se haya suscrito tratado o convenio al efecto (como es el caso de Marruecos, el cual no es parte del referido Convenio de La Haya), se considerarán como documentos públicos siempre que los mismos reúnan determinados requisitos:

A.- Que en su otorgamiento o confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

B.- Que el documento tenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

4.- En el caso concreto que nos ocupa, en ningún momento se ha cuestionado que el pasaporte de X se otorgase sin el cumplimiento de los requisitos que para ello se exigen en Marruecos (otra cosa distinta es que en Marruecos se exijan requisitos distintos a los requeridos en España a fin de otorgarse un pasaporte), por lo que el primero de los requisitos antes expuesto estaría cumplido, y en cuanto al segundo, la legalización o apostilla o demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, no podemos obviar que el documento de referencia es un pasaporte, y que, tal y como hemos señalado anteriormente, su finalidad es facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio, es decir, es un documento con una validez internacional, por ello dicho documento, para que sea válido en España no precisa, en principio, de legalización o apostilla, al igual que cuando un ciudadano español se desplaza a Marruecos, o

a cualquier otro país, basta con que tenga su pasaporte en regla para así poder acceder a dicho país sin que dicho pasaporte tenga que tener algún otro tipo de legalización complementaria ni mucho menos la referida apostilla, ya que el art. 19 de RD 155/1996 de 2 de febrero, tan solo requiere que el pasaporte que se considere válido (y aquí no se ha cuestionado la validez del pasaporte de X) deberá estar expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia de su titular y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de identidad y nacionalidad de su titular.

5.- Por lo tanto, en este punto nos encontramos con un documento que cumple los requisitos exigidos en el art. 323 de la LEC, es decir, nos encontramos con un documento público extranjero al que cabe atribuírsele la fuerza probatoria prevista en el art. 319.1º, esto es, hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta, entre lo que se incluye el nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, domicilio, número de identidad nacional y, lugar y fecha de nacimiento. Como hemos expuesto anteriormente, dicho valor probatorio puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario, pero para ello habrá de acudir al art. 320 LEC referido expresamente a dicho supuesto, es decir, si se cuestiona la validez o ineficacia del contenido de un documento público, habrá que cotejarse el mismo con su original”.

QUINTO.- De todo lo dicho, teniendo en cuenta principalmente que la causa por la que se dictó la Orden Foral recurrida fue el abandono por parte del menor del centro de acogida y, como se ha señalado, tal circunstancia no es causa legal de cese de tutela conforme a la legislación civil aplicable y, con carácter subsidiario, que existen una serie de documentos administrativos que mezclan nombres, fechas de nacimiento, etc... de tal modo que no queda claro si el actor en la presente causa –el que presenta pasaporte con nombre ██████████ es el mismo al que se llama ██████████ (al que se le practicó las pruebas forenses tendentes a determinar su edad), hemos de estimar la demanda y, por lo tanto, revocar la Orden Foral recurrida.

SEXTO.- Dada la estimación de la demanda y la especial naturaleza del procedimiento no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación a este supuesto se pronuncia el siguiente

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por D. Souhail El Marsany, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Zabaleta contra Diputación Foral de Gipuzkoa, representada por la Procuradora Sra. Aróstegui, debo dejar sin efecto la Orden Foral 1287/09 y ordenar que ██████████ vuelva a ser tutelado por la Diputación Foral de Gipuzkoa.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LECn). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0030 1846 42 0005001 274 CONCEPTO 1847 0000 00 0215 10, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **preparar** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. **MAGISTRADO** que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veintinueve de junio de dos mil diez.