

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso nº 1688/2009

SENTENCIA Nº 41/2013

Ilustrísimos señores:

Presidente

Don Joaquín José Ortiz Blasco

Magistrados

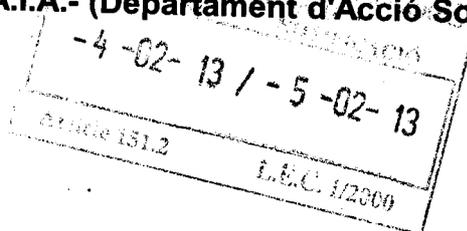
Don Alberto Andrés Pereira

Don Juan Fernando Horcajada Moya

Don Eduardo Paricio Rallo

En Barcelona, a 17 de enero de 2013.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación nº 1688/2009, interpuesto por D. _____, representado por el Procurador D. ALFREDO MARTINEZ SANCHEZ y dirigido por el Letrado D. ALBERT PARÉS I CASANOVA, contra DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ AL LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA -D.G.A.I.A.- (Departament d'Acció Social i Ciutadania).



ANTECEDENTES

2/4

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 300/2009-4, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Barcelona, se dictó Auto en fecha 7 de octubre de 2008 en el que, en su parte dispositiva, se acordaba "declarar la inadmisibilidad del presente recurso por falta de jurisdicción para el conocimiento de las pretensiones del mismo por parte de este orden contencioso administrativo, con indicación expresa a la parte comparecida de que se estima competente el orden jurisdiccional civil ante los Juzgados y Tribunales del cual en el plazo de un mes, de conformidad con lo establecido al respecto en el artículo 5.3 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, deberá personarse, en su caso, la parte actora para ejercer sus derechos con arreglo a las normas de competencia objetiva y funcional correspondientes (...)".

SEGUNDO.- Contra el referido Auto se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte actora.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada ni la celebración de vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

Ha asumido la ponencia el Magistrado **Ilmo. Sr. Eduardo Paricio Rallo**, quién expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Inicialmente el actor interpuso el recurso jurisdiccional contra la resolución de la Dirección General de la Infancia y Adolescencia que archiva el expediente de protección del menor, así consta en el escrito de interposición. Posteriormente, el actor concretó que la resolución impugnada eran los decretos de la Fiscalía mediante los cuales se archivaban las diligencias ordinarias de protección de menores al quedar constatado que el recurrente era mayor de 18 años.

Sin embargo, de la argumentación aportada por el recurrente se puede deducir que el recurso se dirige contra la inactividad de la DGAIA consistente en la falta de solicitud de la autorización de residencia y trabajo a favor del recurrente, entonces menor sometido a su tutela. Una iniciativa efectivamente prevista en el artículo 35.7 de la Ley 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España.

El artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial delimita el ámbito material de la jurisdicción contencioso administrativa refiriéndolo en lo que aquí interesa a las decisiones de la administración pública que a su vez queden sometidas al derecho administrativo, planteamiento que reproduce el artículo 1 de la Ley jurisdiccional. Por tanto, la delimitación jurisdiccional queda formulada en base a la concurrencia simultánea de ambas circunstancias.

Pues bien, la actividad que el actor reclama a la DGAIA consiste en una actuación que le corresponde en tanto que entidad tutelar del menor. Es cierto que tal actuación habría de consistir en instar una autorización de residencia; esto es, un acto administrativo que se somete a derecho administrativo, acto que eventualmente correspondería fiscalizar a esta jurisdicción, pero no impugna en este proceso una decisión administrativa referida a la concesión de la autorización de residencia y trabajo adoptada por la Delegación del Gobierno, sino una omisión de la DGAIA en las funciones que le correspondiente en tanto que titular de la tutela sobre el menor.

En efecto, la declaración de un menor en situación de desamparo, la asunción de las funciones tutelares por parte de la Administración y el ejercicio material de esta tutela son actuaciones sometidas al derecho civil aunque estén asumidas por una administración pública, Administración que, por otra parte, actúa como tal en el ejercicio de una función pública. El caso es que la Administración asume en estos casos una función tutelar de carácter netamente civil y opera sometida al derecho privado, de forma que el control sobre sus decisiones o sus omisiones corresponde a la jurisdicción civil.

En este sentido la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un procedimiento especial precisamente para la fiscalización de la Administración tutelar de menores (artículos 748.6, 779 y 780 LECi), y también respecto a las decisiones sobre la capacidad jurídica (artículo 748.1).

Cabe decir que la jurisprudencia ha sido clara al atribuir a la jurisdicción civil las cuestiones relativas a la tutela de menores (Tribunal Constitucional, sentencia nº 143/90; Tribunal Supremo, Sala de conflictos, sentencia de 9 de julio de 1997 y sala contencioso administrativa, sentencia de 14 de marzo de 2001), y no puede haber duda de que la decisión de instar o no una autorización administrativa de residencia es una decisión que asume la administración en ejercicio de su tutela, como también lo es la decisión de poner fin a la tutela dada la estimación de la edad del tutelado. Dicho en otras palabras, la jurisdicción contencioso administrativa puede fiscalizar la actuación de la Delegación del Gobierno una vez presentada la solicitud de autorización de residencia, pero no puede ir más allá para fiscalizar el ente tutelar en la fase previa a la presentación de la solicitud en cuestión.

Pero es que aunque simplemente hubiera una duda, la competencia debería ser atribuida a la jurisdicción civil, específicamente al Juzgado de familia dada la materia, debido a la fuerza atractiva de la jurisdicción común-artículo 9.2 LOPJ-.

4/4

SEGUNDO.- Según dispone el artículo 139.2 de la Ley jurisdiccional corresponde imponer las costas al recurrente en segunda instancia cuando se desestime totalmente el recurso, salvo que se aprecien circunstancias que justifiquen la no imposición, que no es el caso.

En atención a los fundamentos citados, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

FALLO

Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. _____, y confirmar el auto apelado dictado en fecha 7 de octubre de 2009 por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de Barcelona en su procedimiento ordinario nº 300/20009-4.

Segundo.- Imponer las costas procesales de esta segunda instancia al recurrente, costas que en ningún caso superaran el máximo total de 400 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública. Doy fe.