



JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 15 BARCELONA

Recurso :Procedimiento abreviado 670/2009 B

Parte actora : D/Dª -----

Representante de la parte actora : D/Dª ALBERT PARÉS CASANOVA

Parte demandada : DIRECCIO GENERAL D'ATENCIO A LA INFANCIA I ADOLESCENCIA

Representante de la parte demandada : D/Dª

SENTENCIA Nº 94/10

En Barcelona a 23 de febrero de 2010.

Vistos por mí, Francisco José BARBANCHO TOVILLAS, MAGISTRADO titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 15 de esta localidad y su Provincia, los autos nº 670-09 seguidos a instancia del Letrado ALBERT PARÉS CASANOVA, actuando en nombre y representación de -----, siendo parte demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I ADOLESCÈNCIA [DGAIA] DEL DEPARTAMENT D'ACCIÓ SOCIAL I CIUTADANIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, asistida y representada por la Letrado de sus servicios jurídicos, y con la intervención del MINISTERIO FISCAL,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero y único. En fecha 7 de octubre de 2009 se turnó a este juzgado demanda en la que, tras relatar los hechos, terminaba solicitando se dictara sentencia por la que se acogiera el suplico de la misma.

Requerido de subsanación, en fecha 30 de octubre 2009 fue admitida a trámite señalándose para el acto de juicio el día 11 de febrero de 2010.

En fecha 23 de noviembre 2009 se turnó escrito por la Generalitat de Catalunya alegando la falta de competencia de este orden de la jurisdicción al ser el Civil el competente. Ofrecido el oportuno traslado a la parte actora, que lo impugna, y al Ministerio Fiscal que igualmente alega la falta de competencia, en fecha 21 de enero de 2010 se dictó auto por el que se consideraba que en el presente supuesto, la alegada



Inactividad administrativa por lo tramitar una autorización de residencia, corresponde la competencia a este orden jurisdiccional.

En el acto de juicio la parte actora se afirma y ratifica en su escrito de demanda. Las partes demandadas se oponen a la misma alegando, en lo esencial, la ya referida falta de competencia, así como la causa sobrevenida, falta de objeto procesal, al ser declarado mayor de edad.

Las partes se han remitido a la documental y Expediente Administrativo.

En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De índole procesal. Este juzgado es competente, en cuanto a la materia (artº 8 LJCA), para el enjuiciamiento de la pretensión de la parte recurrente.

La Generalitat de Catalunya, así como el Ministerio Fiscal, han planteado nuevamente la falta de jurisdicción al ser el competente el orden de la jurisdicción civil. En concreto, se alega que conforme al artº 748 LEC se delimita el ámbito de aplicación de los procesos especiales de capacidad, matrimonio y menores, el apartado 6º establece “ *los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*’ para lo cual se prevén unas disposiciones específicas en los arts 779 y 780 LEC lo que determinaría que el conocimiento de la pretensión correspondería al orden de la jurisdicción civil. No obstante, y aunque ya fuera objeto de resolución en fecha 21 de enero de 2010 conviene realizar determinadas consideraciones.

Como se desprende, y puede constatarse , en la dicción del artº 171, 1º del Código civil [conforme a la reforma del CC por Ley 21/1987, de 11 de noviembre], el desamparo es una figura jurídica que surge ante situaciones en que los menores son privados de asistencia moral y material, pero, además, esta privación ha de existir de hecho. Sin necesidad de otras consideraciones, innecesarias para analizar el orden jurisdiccional competente, en cuanto a la aplicación del procedimiento de desamparo a los menores extranjeros no acompañados, no existe unidad de criterio, y así creo que debe afirmarse, en cuanto a si se debe tratar a estos menores de forma diferenciada por las circunstancias singulares en que llegan a nuestro país. No son pocas las voces que señalan que el sistema de protección se orienta hacia la protección de los derechos de los padres y en el caso de estos menores los padres no están presentes. Se alude igualmente a que el elevado número de estos menores en los centros (en



la mayoría de casos no acondicionados o diseñados para menores inmigrantes), ha desbordado al sistema de protección, así como que en distintas Comunidades Autónomas se han detectado bastantes casos de personas que dicen ser menores de edad y posteriormente se han descubierto que aportaban documentación que no reflejaba la realidad de su edad. Ello, unido a las deficiencias en las pruebas oseométricas, implica que en muchas ocasiones personas mayores de edad pasan meses ingresados en centros junto a menores de edad. En concreto, respecto de la forma de ejercicio de la guarda de estos menores, destaca el hecho de que como en su mayoría vienen a España a trabajar y con edades que no admiten ya el acogimiento familiar, la Administración ha de hacerse cargo de su mantenimiento durante años, en detrimento de la tendencia actual que predica la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial.

En todo caso, y creo que eran pertinentes las reflexiones anteriores, es la LEC la ley procesal que regula la impugnación del desamparo, habida cuenta que se trata de un procedimiento de naturaleza civil a pesar de las innegables connotaciones de carácter administrativo que concurren, dado que la autoridad competente para declarar el desamparo, la entidad pública, tiene naturaleza administrativa. Por otro lado a dicha jurisdicción civil remite el artº 172,6º del CC. Dentro de aquella, la impugnación judicial del desamparo se regula en los arts 779 y 780 (artículos que se sitúan dentro del Capítulo V intitulado "De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción", del Título I relativo a "De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores", del Libro IV de la LEC-procesos especiales). Pero, como decía, dicha regulación y jurisdicción no es sino consecuencia de lo dispuesto en el artº 172, 6º CC que establece *"Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa"*. Empero, no siempre fue ésta una cuestión pacífica. Prueba de ello es la **STS de 12 enero 2004 [sala de lo Contencioso-Administrativo, Rec 538/2001]** en la que se dice expresamente que *"existen, sin embargo, supuestos, a veces caracterizados como Administración Pública de Derecho Privado, en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado. En estos casos, por lo general, nuestro ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, difiriendo la cuestión civil planteada a la jurisdicción de esta clase"*. Y en este sentido cabe señalar el **Auto del Tribunal Supremo [Sala de Conflictos de Competencia] de 9 julio 1998**



(**1.a. 1561**) en el que suscitada la cuestión del conflicto de competencia, al haberse declarado incompetentes tanto los Tribunales civiles como los contenciosos-administrativos, se resuelve que la competencia correspondía a la jurisdicción civil ya que aunque la resolución administrativa se dicta aplicando normas procedimentales administrativas, la materia se rige por el Código civil.

Y aún más. No se discute que el orden de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de los vicios formales de las Resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Así, énfasis de forma pacífica, podrá plantearse la invalidez de la resolución administrativa por cuestiones formales, la falta de motivación o de notificación de la resolución. En estos casos, decía, se mantiene la competencia del orden de lo Contencioso Administrativo tal y como lo confirma, entre otras, la **STSJ de Canarias de 30 junio 1999 (RJCA, 3296)**, **STSJ de Andalucía de 7 mayo 2001**, entre otras.

Pero es que, en el presente caso, las dudas se disipan. Y así ocurre desde el momento en el que lo cuestionado no es, y no lo es en modo alguno, una resolución de desamparo sino la alegada falta de actividad de la Administración en cuanto a su obligación de tramitar una autorización de residencia conforme a la Ley de Extranjería (artº 35 Ley de Extranjería). Si, como hemos visto, el argumento para otorgar la competencia al orden de la jurisdicción civil lo ha sido por la materia (*ratione materiae*), que duda cabe que la materia es inherente al orden de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es aquí, pues, cuando surge la especialidad de este supuesto, su especificidad, lo que enerva consideraciones generales que son las que realizan tanto la Generalitat como el Ministerio Fiscal y hace que este juzgado no comparta las conclusiones de otras resoluciones dictadas por otros órganos jurisdiccionales de esta Provincia pues, énfasis, la materia de extranjería, sobre la que indudablemente se encardina la pretensión (autorización de residencia), es propia de este orden jurisdiccional tal y como establece el artº 8 LJCA (y esta ha sido la solución ofrecida, entre otros, por la **sentencia del Juzgado C-A nº 25 de Madrid (base de datos Revista Extranjería) de 24 julio 2007**. En consecuencia, corresponde a este orden jurisdiccional el enjuiciamiento de la pretensión.

Segundo. Objeto del proceso. En la demanda presentada en fecha 6 de octubre de 2009, repartida en fecha 7 de octubre 2009, la parte recurrente alega e impugna la inactividad administrativa en tanto que incumple el artº 35 de la Ley de Extranjería. En concreto, se mantiene que la DGAIA no ha realizado ningún trámite a pesar de que ha residido



durante 5 meses en un centro de acogimiento de menores y a pesar de conocer que en fecha 19 de noviembre 2009 cumplía la edad de 18 años, mayoría de edad. A lo anterior se une el alegato de que en fecha 8 de septiembre 2009 se efectuó reclamación a la que hace referencia el artº 29, 1º de la LJCA.

La Administración demandada, a la que se adhiere el Ministerio Fiscal, alega lo que sigue. En primer lugar, la pérdida de objeto y falta de legitimación pasiva. En segundo lugar, de forma subsidiaria, que la DGAIA no está obligada, mientras estaba el recurrente estaba sometido a tutela, a tramitar el pasaporte ni la autorización de residencia.

Respecto al primero se alega que como quiera que el recurrente es mayor de edad resulta evidente que se produce una pérdida de objeto del presente recurso contencioso administrativo. Respecto al segundo se alega, con cita expresa del artº 35 de la LO 4/2000, en relación con el artº 92 del Reglamento, la tramitación de la autorización debe realizarse al cabo de 9 meses computados desde que el menor se pone a disposición. Este plazo no se cumple según se manifiesta.

Tercero. Desechada la falta de jurisdicción, tampoco puede prosperar la causa sobrevenida, la ausencia de objeto procesal, en tanto que el recurrente ya no es menor de edad que, como hecho no controvertido, aparece constatado en fecha 19 de noviembre de 2009 por la Fiscalía de Menores y posterior Resolución de fecha 20 de noviembre de 2009 que finaliza el expediente administrativo precisamente por la mayoría de edad. Y no puede prosperar por un principio procesal, *perpetuatio iurisdictionis*, que se omite. En efecto, como conocen las partes, la interposición de la demanda genera el efecto fundamental de la litispendencia que en su ámbito material conduce, entre otras cuestiones, a la interrupción de la prescripción y/o considerar el objeto procesal como objeto *litigioso*. Mantener, como pretende la Generalitat, que el mero transcurso del tiempo posterior al ejercicio de la acción procesal conduzca a la desestimación por causa sobrevenida conduciría a que en muchas ocasiones [no en este caso y ante este Juzgado pero sí ante otros en cuanto que los señalamientos se realizan aproximadamente a 1 año y medio de la fecha de admisión del recurso] los recursos contenciosos administrativos carecerían de virtualidad con clara infracción de la tutela judicial efectiva (artº 24 CE). Este motivo de oposición debe ser desestimado.

Cuarto. Cuestión diferente es el análisis concreto de la pretensión. Como decía, la parte recurrente alega la inactividad administrativa al no haber



tramitado la autorización de residencia a la que se refiere el artº 35,4º LO 4/2000, en relación con el artº 92, 5º del Reglamento.

Conviene iniciar afirmando que el análisis de ambos preceptos proyectan las siguientes conclusiones. Tras la comprobación de que la persona extranjera es menor de edad y que se encuentra en situación de desamparo, el régimen jurídico de extranjería aplicable a este colectivo de menores inmigrantes pone el acento en la repatriación del menor a su país de origen, o aquel donde se encuentran sus familiares (artº 92, 4º Reglamento). La adopción de esta medida se fundamenta en el derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares contra su voluntad (artº 9,1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 20 noviembre 1989) y en la primacía de la aplicación del principio de reagrupación familiar del menor. Inicialmente, la identificación *a priori* del interés del menor con el retorno a su país de origen pudiera parecer deseable a fin de que los menores extranjeros que provienen de un desarraigo familiar no sufran un doble desarraigo provocado por la emigración. No obstante, de conformidad con los arts 3,1, 9,1 y 9,4 de la Convención de los Derechos del Niño, ésta es una decisión que requiere de una *investigación* individualizada de las condiciones de cada menor en particular. De otro modo, como ha ocurrido en otras ocasiones, y así lo muestra las máximas de la experiencia [cabe citar en este sentido la Instrucción de la Fiscalía 3/2003, 23 de octubre], se desvirtúan los derechos de la persona del menor.

El hecho de que el precepto reglamentario haya introducido expresamente en su redacción (artº 92,4º) el reconocimiento del derecho de audiencia del menor y una cláusula garantizando que no procederá la ejecución de la medida de repatriación *“cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares”*, merece una valoración positiva. Sin embargo, el carácter general y preferencial otorgado por la Administración a la repatriación en los casos en los que se localice a la familia del menor o que los servicios de protección de menores de su país de origen se hicieran responsables de los mismos, sin llevar a cabo una valoración previa del interés superior del menor en permanecer en España es sumamente censurable. A este particular, sólo con carácter manifiestamente subsidiario, esto es, *transcurridos 9 meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores*, y únicamente cuando el intento de repatriación no haya sido posible (artº 92, 5 Reglamento), se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artº 35,4 LO 4/2000. Empero, según señala el apartado 5º, párrafo segundo del artº 92 del



Reglamento de ejecución, el hecho de que se haya autorizado la residencia no impedirá la repatriación del menor cuando posteriormente pueda realizarse [*El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor...*” artº 92, 5º, párrafo segundo). Regla especialmente dura que puede generar serias incertidumbres jurídicas susceptibles de menoscabar los derechos de los menores y que de ninguna manera favorece una integración en nuestra sociedad. Si la fijación temporal de un plazo de 9 meses para el otorgamiento de la autorización de residencia es evitar el mantener al menor de forma indefinida en lo que hemos venido definiendo como *el limbo de la irregularidad con la excusa de la reintegración familiar*, y que se garantice su derecho a ser documentado, no parece muy acorde a su interés que una vez concedido el permiso de residencia que le habilita a permanecer legalmente en nuestro país y cuyos efectos se retrotraen al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios autónomos de protección, se proceda a la repatriación a su país de origen aparentemente por el mero hecho de que se produzcan las circunstancias previstas en el precepto. La reagrupación con su familia de origen únicamente debe operar cuando el interés del menor lo exija. Por ello, con la finalidad de salvaguardar convenientemente los intereses del menor y evitar que se produzcan *expulsiones encubiertas*, resulta del todo necesario que en todos los casos se realice una valoración individualizada del interés del menor de continuar residiendo en España, de integrarse en nuestra sociedad mediante el acceso laboral cuando alcance la edad mínima laboral y adquieran la nacionalidad española por residencia [artº 22 CC].

El último párrafo del artº 92, 5º del Reglamento hace referencia a un supuesto particular bastante habitual como es el caso de los *menores tutelados por la entidad de protección de menores que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia*. Con frecuencia, y las partes lo saben, ocurre que la documentación necesaria para la obtención de la autorización de residencia del menor en nuestro país, y que de acuerdo con el artº 35,4 Lo 4/2000 debe solicitarla el organismo autónomo responsable del menor, se realiza poco antes de que el menor adquiera la mayoría de edad o, en su caso, que es el que se contempla, se comprueba que es mayor de edad, provocando el archivo o desistimiento posterior de la solicitud. Los retrasos en la presentación en las solicitudes de la documentación por parte de determinados servicios autónomos de protección de menores, unido a la tardanza de la resolución de los expedientes sobre la concesión de la autorización de residencia, son circunstancias que perjudican gravemente



a los intereses de este colectivo de menores de inmigrantes, en gran parte comprendidos en edades de 14 a 17 años, y que se hallan en nuestro país al no poder haber sido repatriados a sus países de origen. Estos menores extranjeros sin autorización de residencia pueden permanecer en España al encontrarse en situación de desamparo y bajo la tutela de un entidad pública. Pero, una vez cumplidos los 18 años y alcanzar la mayoría de edad, pierden ese derecho y se encuentran en una situación de irregularidad con el agravante de que en la mayoría de los casos tampoco pueden regresar a sus países de origen. Circuito censurable en todo caso. Es precisamente para enervar lo anterior que la disposición reglamentaria intenta hacer frente a este tipo de situaciones que en más de una ocasión han sido denunciadas por los Defensores del Pueblo o del Menor de las diferentes Comunidades Autónomas. A este particular, la solución contemplada por el legislador reglamentario como primer paso para poder acceder a la regularidad es la previsión de que sea la entidad pública autonómica de protección de menores la que recomiende la concesión de la autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales (artº 45 del Reglamento) a los menores que hayan estado bajo su tutela y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social.

Sexto. Sentado lo anterior, quizás más encaminado a unas reflexiones y, además, a destacar que la pretensión de la parte recurrente en modo alguno escapa a una actualidad innegable, lo cierto es que en el presente caso los hechos no controvertidos conducen a la íntegra desestimación de la pretensión de la parte recurrente. En efecto, si partimos que la pretensión se centra en la falta de actividad de la Administración que, recuerdo, implica, como nos recuerda la **STS de 20 enero 2003 (sección 7ª)**- en el mismo sentido la **STS de 21 enero 2002, sección 7ª**, **STS de 24 julio 2000, sección 7ª**- o puede tener lugar, cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no requiera de actos de aplicación, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas, sin que sea suficiente el alegato de posible beneficio, en el presente caso adquirida la mayoría de edad (en fecha 19 noviembre 2009) durante la situación de desamparo preventivo (recordemos se inicia en fecha 7 de mayo de 2009), lo cierto es que la concesión de la autorización de residencia no era preceptivo por expresa aplicación del artº 35, 4º LO 4/2000, en relación con el artº 92, 5º de su Reglamento.

“A fortiori”, y sin dejar de recordar lo expuesto, y como recordatorio de posibles futuros recursos que puedan acceder a este Juzgado, en el



presente caso no concurre la reiterada inactividad por el mero hecho de que la mayoría de edad se alcanza dentro de los 9 meses previstos en la norma reglamentaria.

Séptimo. Costas. No hay mérito, temeridad o mala fe (artº 68, 139 LJCA), para realizar un pronunciamiento respecto a las costas en esta instancia.

Octavo. Recursos. Frente a esta sentencia, que no es firme, cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días, y ante este mismo juzgado, con el cumplimiento de las formalidades previstas en el artº 85 LJCA.

Visto lo anterior, en nombre de S.M. EL REY, y por el poder conferido por la Constitución Española,

FALLO

Que debo **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado ALBERT PARÉS CASANOVA, actuando en nombre y representación de _____, siendo parte demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I ADOLESCÈNCIA (DGAIA) DEL DEPARTAMENT D'ACCIÓ SOCIAL I CIUTADANIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, asistida y representada por la Letrado de sus servicios jurídicos, y con la intervención del MINISTERIO FISCAL.

Lo anterior sin hacer pronunciamiento respecto a las costas en esta instancia.

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

PUBLICACIÓN .La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por el Magistrado- juez que dictó la resolución el mismo día de su fecha y en Audiencia Publica; se incluye original de la resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación literal de la misma y se notifica a cada una de las partes. Doy fe.