

MARIA PILAR ALBACAR ARAZURI

Procurador de los Tribunales

Calle PAU CLARIS 87 ATICO
08010 BARCELONA
N.i.f.: 46.134.385-L

Tels. <138> <139> Fax. 93.301.42.73
E-mail albacar.procura@telefonica.net

D. ALBERT PARÉS CASANOVA

Abogado

Calle MOSSÈN ANTON ROMEU 75-77 1 Dcha
08912 BADALONA

-
Cliente..... : N°Exp. : A-6826
Contrario.. : DGAIA
Asunto : RECURSO APELACION Proc.: 728/21-F
Juzgado.... : AUDIENCIA PROVINCIAL núm. 18ª de BARCELONA
Su Ref. :

BARCELONA a, 10 de noviembre de 2021

Distinguido compañero:

En relación con el procedimiento de referencia, te remito **SENTENCIA NOTIFICADA
CON FECHA 11/11/2021.**

Se estima el recurso de apelación.

Fecha Resolución el 3/11/2021 Notificada el 11/11/2021.

Un saludo,



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

Recurso de apelación 728/2021 -F

Materia: Oposición acuerdo entidad pública

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Oposición medidas en protección menores 742/2018

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012072821

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Procurador/a: M^a Pilar Albacar Arazuri
Abogado/a: Albert Pares Casanova

Parte recurrida: DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A
LA INFÀNCIA I A L'ADOL.LESCÈNCIA
Procurador/a:
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 664/2021

Barcelona, 3 de noviembre de 2021

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

D^a Margarita B. Noblejas Negrillo

D^a Dolors Viñas Maestre

Rollo de Apelación n.: 728/2021

Objeto del recurso: inexistencia de cosa juzgada, procedencia de declaración de minoría de edad y desamparo (MENA)

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 29 de octubre de 2018 el Sr. _____ anunció demanda de oposición a la negativa de la DGAIA a revisar el cierre del expediente (documentos n. 99 y 129). Recibido el expediente, formula demanda en la que defiende que el pasaporte es válido y





demuestra su minoría de edad. Añade que las pruebas médicas fueron incompletas y no son concluyentes y que los dictámenes de la ONU son vinculantes. Refiere la vulneración de la tutela judicial efectiva y el interés superior del menor. Solicita que se declare que era menor de edad y debió ser declarado en desamparo.

El Ministerio Fiscal contesta y alega cosa juzgada o litispendencia. Añade que cuando el demandante se presentó en España no acompañaba ningún documento acreditativo de su identidad, ni fecha de nacimiento [lo que no se corresponde con el contenido de las actuaciones; en el mismo escrito, hecho noveno, el propio Ministerio Fiscal aprecia otra cosa]. Añade que las pruebas médicas demostraron que el Sr. era mayor de edad y que se rechazó revisar el primer Decreto por haber aportado las mismas pruebas [lo que no se corresponde con el expediente, pues se acompañaba como nuevo el pasaporte].

La DGAIA contesta y alega también cosa juzgada y que no existe resolución administrativa que pueda ser objeto de nuevo litigio. Sostiene que es temerario iniciar un nuevo litigio cuando no se apeló la sentencia anterior.

El Auto recurrido, de fecha 2 de marzo de 2021, en trance de dictar sentencia y practicadas todas las pruebas, aprecia la excepción de cosa juzgada respecto a la Sentencia dictada por el propio órgano judicial el 24 de abril de 2018, que no se apeló. Afirma que contra la resolución de la Fiscalía de 16 de octubre de 2018 que rechazaba la revisión de su anterior Decreto de 9 de marzo de 2017 no cabía vía judicial del art. 780 LEC. Añade que es cierto que se ha acompañado pasaporte que justificaría la minoría de edad a la fecha en que llegó a España, pero afirma que se debió presentar con el recurso de apelación que no se formuló. Concluye que no se ha intentado tampoco la revisión de sentencia firme.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

El recurrente sostiene que no apeló porque entonces no disponía del pasaporte que acreditaba su minoría de edad, ni sabía cuándo podría obtenerlo. Añade que no podía plantear recurso de revisión porque el pasaporte no existía antes de poder aportarlo al proceso como exige la jurisprudencia (cita la STSJC de 29 de abril de 2019). Pide que la Sala entre en el fondo y reconozca su minoría de edad. Reitera respecto al pleito inicial





que las pruebas fueron incompletas y que son vinculantes los dictámenes de Naciones Unidas.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia. Aprecia identidad objetiva y subjetiva entre este pleito y le anterior. Aprecia que el pasaporte se debió aportar en el proceso anterior.

La DGAIA se opone al recurso y dice que hay cosa juzgada.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de 23 de julio de 2021. La deliberación y votación de la Sala se señaló para el día 26 de octubre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. LA COSA JUZGADA

La Fiscalía emitió Decreto el 16 de octubre de 2018 en el que deniega la revisión, con los argumentos de que: a) se presenta mera fotocopia del pasaporte y no consta lugar de expedición, ni las gestiones realizadas para su obtención; b) los datos consignados ya constaban en documentos previos, contradichos por las pruebas médicas; c) no existe convenio bilateral sobre eficacia probatoria; d) ante las dudas, prevalecen las pruebas médicas. Se trata por tanto, se argumenta, no de un decreto que rechaza entrar en el fondo, sino de resolución que, con nuevas pruebas, las rechaza.

Con este Decreto el apelante acudió al DGAIA (instancia de 15 de octubre de 2018) y ésta resolvió en el sentido de ratificar la Resolución administrativa previa que denegó el reconocimiento de la minoría de edad.

El artículo 222 LEC establece que “la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”; y tras señalar a las pretensiones y puntos a los que alcanza dispone que “se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a





la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”.

“Estos hechos nuevos forman parte de la "causa de pedir" (*causa petendi*) a la que se refiere el artículo 218.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y excluyen la apreciación de una situación procesal de cosa juzgada de carácter excluyente, puesto que los ahora aducidos -con independencia de que supongan un incumplimiento de carácter resolutorio- son desde luego posteriores a los que se tuvieron en cuenta en el proceso anterior (STS, Civil sección 1 del 18 de octubre de 2013 (ROJ: STS 4936/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4936). Los hechos nuevos excluyen, en la doctrina clásica, la consideración de la cosa juzgada material.

No tiene sentido que, preeminente la defensa del interés superior del menor, una interpretación rigorista de los preceptos procesales (como la de remitir a un recurso de apelación que no se formuló y debió haberse formulado) acabe por perjudicar al menor. Ni siquiera concurrían los requisitos del art. 460 LEC para pedir prueba en segunda instancia. Por no apelar, la parte no pierde la opción de instar nueva demanda cuando concurren hechos nuevos.

No ha de plantear ningún reparo, desde la perspectiva de la cosa juzgada, que, considerada insuficiente la certificación de nacimiento y la de nacionalidad por el solo hecho de que no contiene huella digital o fotografía que permita corroborar la identidad, librado pasaporte válido, se inste la revisión de la situación. El procedimiento de determinación de la edad es un proceso administrativo urgente, de medios limitados. Ha de ser posible una revisión cuando se aportan más elementos de convicción, que puedan poner en duda las prueba médicas (el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no ha puesto en cuestión que las pruebas médicas sean en sí mismas contrarias a la Convención, sino los problemas de los procesos de determinación de la edad en cuanto a la realización de pruebas médicas, parciales, como único método para determinar la edad, el no respeto a la presunción de minoría de edad y la no aceptación del valor probatorio de los documentos oficiales del Estado de origen (SAP, Civil sección 18 del 07 de mayo de 2020 (ROJ: SAP B 3286/2020 - ECLI:ES:APB:2020:3286).

Hemos dicho en AAP, Civil sección 18 del 18 de septiembre de 2019 (ROJ: AAP B 7436/2019 – ECLI:ES:APB:2019:7436A), que la Consulta n. 1/2009, de 10 de





noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados dice que nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad.

La obtención de un pasaporte con posterioridad a la fecha de la sentencia se ha de considerar un hecho nuevo, la inclusión de un nuevo fundamento de la causa de pedir. Si en el primer pleito el debate se centró en la insuficiencia de las pruebas médicas frente a los documentos que se aportaban (certificado de nacimiento y nacionalidad) para levantar el desamparo, ahora se concreta en la preferencia del pasaporte, en el que consta la fotografía como dato de identificación del reclamante, frente a la decisión de no revisar el archivo del expediente administrativo.

1. LA REVISIÓN DEL DECRETO DE MAYORIA DE EDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

La norma no establece plazo para pedir la revisión del Decreto, pero sí plazo para oponerse, conforme al art. 780 LEC a la eventual resolución administrativa confirmatoria (o denegatoria) de la DGAIA o a su silencio administrativo (3 meses). En todo caso, parece claro que, si la norma prevé tal posibilidad de revisión, ésta ha de acabar con Resolución administrativa, contra la que cabe el recurso previsto en el citado precepto procesal.

En el presente caso se denegó la modificación del primer Decreto de Fiscalía y se notificó por parte de la DGAIA que no procedía revisar el archivo del expediente. Como hemos dicho en resolución de fecha 28 de mayo de 2018, la actuación de la Fiscalía si bien "es de carácter interno, para decidir si ha de actuar o no en protección de un menor (deduciendo si lo es o no), y no implica adoptar medidas que se pueda impugnar judicialmente no hay duda alguna de la acción ejercitada: de oposición a la declaración





administrativa que rechaza el desamparo, a tramitar conforme a las previsiones del art. 780 LEC.

A mayor abundamiento, la institución de la cosa juzgada material, cuando se trata del interés de menores de edad, admite como excepción la consideración de un cambio sustancial de circunstancias (cfr. art. 115 LDOIA y Consulta 1/2009, de 10 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, apartado VI, 4, que admite que puedan aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración, lo que puede hacer necesaria la revisión del decreto de determinación de edad).

En desarrollo del art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el apartado sexto, sobre finalización del expediente, del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia establece que el decreto del Ministerio Fiscal disponiendo la mayoría o minoría de edad del extranjero es revisable de oficio o a instancia de quien ostente un interés legítimo. Es competente para la revisión del decreto la Fiscalía correspondiente al lugar donde efectivamente resida el interesado (SAP, Civil sección 18 del 24 de febrero de 2021 (ROJ: SAP B 818/2021 - ECLI:ES:APB:2021:818)).

La revisión procederá: A) Cuando se aporten documentos o certificaciones genuinas expedidas por autoridades del Estado de donde es nacional el interesado que tengan fuerza probatoria según el artículo 323 LEC por haberse así reconocido por Convenio bilateral o Tratado internacional. B) Cuando se comunique al Ministerio Fiscal cualquier sentencia o auto judicial de cualquier orden jurisdiccional que establezca otra edad diferente. C) Cuando concurren circunstancias sobrevenidas o que siendo preexistentes no pudieron ser tomadas en cuenta en el momento de dictar el decreto, y el Fiscal las valore como relevantes y suficientes para su modificación. Significadamente, cuando conste la práctica de otras pruebas médicas de resultado incompatible realizadas en el ámbito de sus competencias a instancia de los Consulados españoles en el extranjero, de cualquier Administración del Estado, o de la Entidad pública de protección de menores en el ejercicio de su función de guarda y tutela. Y se añade que, si el decreto del Ministerio Fiscal modifica la situación de minoría o mayoría de edad o establece una





edad concreta distinta, el ente de protección dictará una resolución asumiendo el contenido del nuevo decreto.

Los Decretos de la Fiscalía no son recurribles, la actuación de la Fiscalía es de carácter interno, para decidir si ha de actuar o no en protección de un menor (deduciendo si lo es o no), y no implica adoptar medidas que se pueda impugnar judicialmente. Las diligencias practicadas no forman parte del expediente administrativo, sin perjuicio de que puedan ser unidas al proceso (AAP, Civil sección 18 del 14 de noviembre de 2018 (ROJ: AAP B 7488/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7488A), AAP, Civil sección 18 del 28 de mayo de 2018 (ROJ: AAP B 3245/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3245A) y AAP, Civil sección 18 del 28 de mayo de 2018 (ROJ: AAP B 3245/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3245A), las resoluciones de archivo de la DGAIA son recurribles (AAP, Civil sección 18 del 01 de julio de 2020 (ROJ: AAP B 5892/2020 - ECLI:ES:APB:2020:5892A) e incluso el cierre del expediente por la vía de hecho puede suponer la denegación de un derecho, por silencio administrativo, recurrible (SAP, Civil sección 18 del 10 de julio de 2019 (ROJ: SAP B 8782/2019 - ECLI:ES:APB: 2019:8782), AAP, Civil sección 18 del 18 de septiembre de 2019 (ROJ: AAP B 7436/2019 - ECLI:ES:APB: 2019: 7436A) y AAP, Civil sección 18 del 11 de diciembre de 2019 (ROJ: AAP B 11700/2019 - ECLI:ES:APB: 2019:11700A).

Con base en estos argumentos y en que la Administración, "a la vista del nuevo Decreto de 16 de octubre de 2018, viene a confirmar el alzamiento del desamparo, al considerar, de nuevo, que el demandante es mayor de edad ", la DGAIA ha denegado por silencio administrativo considerar al Sr. Diallo como mayor de edad, lo que abre la vía de impugnación del art. 780 LEC.

No estamos ante un proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (cf SSTS 20 septiembre 2021 y 8 junio 2021) que abriría la vía jurisdiccional ordinaria directa frente al decreto.

2. LA EXISTENCIA DE ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo al que se opone el recurrente es el que se plasma en el oficio de 16 de noviembre de 2016 (f.115 v.), por el que la Cap de Servei de la DGAIA comunica que no pueden proceder a estimar la petición de revisión del cierre del expediente. No





es óbice que no presente forma de resolución administrativa, pues el art 780 LEC refiere resoluciones administrativas, sin especificar su forma. Ya nos hemos pronunciado en este sentido en SAP, Civil sección 18 del 27 de octubre de 2020 (ROJ: SAP B 10021/2020 - ECLI:ES:APB:2020:10021) y AAP, Civil sección 18 del 18 de septiembre de 2019 (ROJ: AAP B 7436/2019 - ECLI:ES:APB:2019:7436A)

La revisión administrativa se puede llevar a cabo a iniciativa del interesado y resolverse incluso por silencio administrativo negativo (art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y art. 54 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya). Es cierto, como hemos mantenido otras veces, que solo los actos de la Administración pueden ser impugnados por vía del art. 780 LEC, pero ello incluye los actos de silencio administrativo o de denegación tácita.

3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El expediente se inició el 27 de febrero de 2017, cuando es recogido el Sr de la calle, portando una partida de nacimiento (parece que original, f.73 v.) con fecha 20 de diciembre de 2020 que no es considerada válida. Se dicta resolución de atención inmediata el 27 de febrero de 2017, se comunica a la Fiscalía y con fecha 28 de febrero de 2017 se abre expediente de desamparo. Por Decreto de 9 de marzo de 2017 y tras pruebas médicas, se le considera mayor de edad, haciendo constar que ni el certificado de nacimiento, ni otro, el de nacionalidad senegalesa (f.88 v.), contienen foto. El 3 de abril de 2017 presenta ante la Policía nueva documentación. El 15 de mayo de 2017 la DGAIA dicta resolución de cierre del expediente. Se presentó oposición y por sentencia de 24 de abril de 2018 apreciada contradicción entre certificado de nacimiento y certificado de nacionalidad y las pruebas médicas, por no tener los documentos carácter identificativo, al no tener foto, como el pasaporte, y rechaza que la petición de pasaporte ante el consulado sea suficiente. Por todo ello, desestima la oposición.

El 15 de octubre de 2018 el interesado, tras obtener su pasaporte, instó de la Generalitat una nueva resolución sobre desamparo, a la vista del pasaporte ya obtenido. La Administración pidió a Fiscalía que informara si mantenía o modificaba el primer Decreto y el interesado presentó también escrito ante la Fiscalía y el 16 de octubre de 2018 de dictó Decreto denegando la revisión del Decreto anterior.





Ante la demanda judicial, el Juzgado dictó Auto de 27 de noviembre de 2018 de inadmisión a trámite, pero la Sala ordenó dicha admisión por Auto de 18 de septiembre de 2019.

El pasaporte consta expedido el 26 de septiembre de 2018 y constan como nuevos documentos los documentos de identidad de los padres y de petición de certificado de nacionalidad (que no figuran valorados en l sentencia anterior). La comparativa de fotos entre el pasaporte y la ficha policial (f.10,110 y 85) no genera duda sobre que corresponden a la misma persona.

En el mismo sentido, SAP, Civil sección 18 del 22 de diciembre de 2020 (ROJ: SAP B 12868/2020 - ECLI:ES:APB:2020:12868) y SAP, Civil sección 18 del 13 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP B 10903/2020 - ECLI:ES:APB:2020:10903).

5. 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 y, superada la obstativa de cosa juzgada, entramos en el fondo.
2. Estimamos la demanda y declaramos que cuando el 27 de febrero de 2017 el Sr. llegó a España era menor de edad y debió ser protegido por la Administración como tal.
3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil





Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

