

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2629/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez
Valls

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Sentencia núm. 307/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Eduardo Baena Ruiz
D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. [REDACTED] representado por el procurador D. Ignacio Melchor de Oruña bajo la dirección letrada de D. Eduardo Fernández Cerdeiriña contra la sentencia n.º 790 de fecha de 11 de octubre de 2018 dictada por la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 1812/2017 dimanante de autos de oposición de medidas en protección de menores n.º 1076/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25. Ha sido parte recurrida la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, representada por el letrado de la Comunidad de Madrid.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La representación procesal del menor [REDACTED] interpuso demanda de oposición a la resolución administrativa en materia de protección de menores contra la Resolución de fecha 8 de octubre de 2015 adoptada por la Jefa de Área de protección de menores de la Comunidad de Madrid, por la que se deniega la declaración de desamparo y tutela automática a [REDACTED]. En dicha demanda se solicita se dicte sentencia:

«1.º Se declare no conforme a derecho la Resolución administrativa impugnada por haber sido dictada con infracción del Ordenamiento Jurídico, en los términos descritos en la presente demanda.

»2.º Se declare no ser conforme a derecho el Decreto fiscal de 6 de mayo de 2015 y revisión de fecha 21 de septiembre de 2015.

»3.º Se declare la minoría de edad del menor de [REDACTED] conforme a los datos que figuran en la partida de nacimiento y su pasaporte y por tanto se proceda a su tutela inmediata por parte de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Madrid con efectos desde 4 de mayo de 2015, por ser esta la fecha en la que se debió proceder a dicha tutela automática».

2.- La demanda fue presentada el 21 de diciembre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid que se registró con el n.º 1076/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Ministerio Fiscal y la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban que se dictara sentencia desestimatoria de lo interesado por la parte demandante y se confirmara la resolución de la Comisión de Tutela del Menor de cuya impugnación se trata.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 dictó sentencia de fecha 20 de octubre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«DISPONGO: Desestimar la demanda formulada por D. Ignacio Melchor de Oruña en nombre y representación de D. [REDACTED] contra la resolución de fecha 8 de

octubre de 2015 dictada por la Dirección General de la Familia y el Menor, Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid.

»Sin expresa condena en costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del menor [REDACTED]

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1812/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. [REDACTED] representado por el procurador D. Ignacio Melchor Oruña; contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2016; del Juzgado de Primera instancia n.º 25 de Madrid; dictada en el proceso de oposición a medidas de protección de menores n.º 1076/2015; seguido con la Dirección General de la Familia y el Menor de la CAM y el Ministerio Fiscal; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; y, en virtud de lo dispuesto en el art. 22 LEC, procede también dar por terminado el proceso y su archivo por carencia sobrevenida de objeto; y sin que proceda haber pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D. [REDACTED] interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba y, en particular, por la existencia de un error patente y una *valoración arbitraria, ilógica o absurda*.

»Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC y 5.4 LOPJ se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba y, en particular de los arts. 348 y 376 LEC».

El motivo único del recurso de casación fue:

«Infracción del art.35.3 de la Ley Orgánica 4/200 y del art. 190.2 del Real Decreto 557/2011, que lo desarrolla».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación interpuesto por D. [REDACTED] contra la sentencia dictada con fecha de 11 de octubre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1812/2017, dimanante del Juicio de oposición a medida de protección de menores n.º 1076/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de abril de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

El recurso tiene su origen en una demanda de oposición a la resolución de la entidad pública que deniega la declaración de desamparo y la asunción de la tutela automática del demandante tras ser decretada su mayoría de edad por la Fiscalía.

En las dos instancias se ha desestimado la demanda. Recurre en casación el demandante y su recurso va a ser estimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. En la demanda se alegaba, brevemente:

- el 29 de abril de 2015, el demandante [REDACTED] nacido en Bamako, Malí, el 14 de noviembre de 1999, y que había llegado a España sin sus progenitores y sin tener a persona mayor de edad que le represente o preste protección) presentó ante la Fiscalía de Menores solicitud para que le tutelaran; cuando compareció el 4 de mayo aportó partida de nacimiento y acta de nacimiento original de Malí de las que resultaría que había nacido el 14 de noviembre de 1999; en ese momento se encontraba en trámite de expedición el pasaporte en la embajada de Malí;

- al no considerar bastante la documentación aportada, el Fiscal decidió que se le hicieran pruebas de determinación de la edad, a lo que se opuso por constar su minoría de los documentos de su país no impugnados ni sospechosos de inveracidad;

- el Fiscal dictó entonces decreto el 6 de mayo de 2015 por el que declaró su mayoría de edad con apoyo en el siguiente razonamiento:

«[REDACTED] al entrar al territorio español manifestó haber nacido el día 26 de septiembre de 1996, se le atribuyó n.º ordinal 1833160786, casi cinco meses después ha presentado una partida de nacimiento en la que consta como fecha de nacimiento 14 de noviembre de 1999, lo cual motivó que por la Fiscalía de Menores y para determinar su edad y al carecer el certificado de nacimiento de la consideración para (sic) documento público con fuerza probatoria para determinar su edad y haciendo un juicio de ponderación a que se hace reiterada referencia en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 23 y 24 de septiembre de 2014, Recursos 1382-13 y 282-13 y la más reciente de fecha 16 de enero de 2015 se acordara que el explorado se someterá a la práctica de las pruebas de determinación de edad que le fueran prescritas por los facultativos.

»La negativa a someterse a cualquier prueba, y menor (sic) aún las mínimamente invasivas no puede ser considerado como un indicio acreditativo que la edad verdadera es la que figura en la partida de nacimiento sino más bien como una prueba acreditativa de que la edad verdadera fue la que manifestó al entrar irregularmente en territorio español, por cuanto D. [REDACTED] no ha querido prestar en modo alguno su colaboración para que ni siquiera a través de su exploración física pudiera suscitarse ante los profesionales facultativos alguna duda sobre su minoría de edad basada en su simple apariencia física»;

- el 17 de septiembre de 2015, una vez obtenido el pasaporte, [REDACTED] presentó nuevo escrito ante la Fiscalía de Menores adjuntándolo como nuevo documento que acreditaba su minoría de edad y

solicitando que se revisara y modificara el decreto de edad de 6 de mayo de 2015 conforme a la edad reflejada en su pasaporte para que pudiera así declararse su situación de desamparo y la procedencia de la tutela automática; en ese instante solicitó comparecer y se le negó tal posibilidad;

- al no haber recibido respuesta, el 23 de septiembre de 2015 compareció personalmente con su pasaporte ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) a los efectos de ser tutelado y llevado a un centro de menores de la CAM;

- el 28 de septiembre de 2015 le notifican de la Fiscalía que no ha lugar a la revisión del decreto de determinación de la mayoría de edad del interesado;

- el 8 de octubre de 2015, la Dirección General de la Familia y el Menor de la CAM resuelve denegar la protección al demandante, si bien hasta diciembre de ese año no se tiene conocimiento del escrito.

En la demanda se denunciaba, resumidamente, que la resolución administrativa de 8 de octubre de 2015 no es conforme a derecho, en la medida que la Dirección General de la Familia y el Menor de la CAM desatendió que se encontraban ante un menor de edad que certificaba esta circunstancia con un pasaporte válidamente expedido de la República de Malí, acreditativo de minoría de edad; que la resolución que niega la tutela del menor ha sido dictada con infracción del derecho fundamental del menor a ser oído (art. 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20-11-1989 y art. 9 y concordantes de la LO 1/96, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, en relación con el art. 24 CE); que la resolución administrativa impugnada vulnera el derecho fundamental del menor recogido en el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño («ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada»).

2. El juzgado desestimó la demanda.

En síntesis, justificó su fallo en las siguientes consideraciones: que el Ministerio Fiscal tuvo dudas fundadas de la fiabilidad del pasaporte en relación con la edad del demandante porque al entrar en territorio español refirió haber nacido el 26 de septiembre de 1996 y que el demandado se negó a realizar pruebas médicas no invasivas para acreditar tal extremo; que la partida de

nacimiento carece de foto o huella que pueda acreditar que su titular es el demandante; que la única razón que esgrimió la representante de la Fundación Raíces que lo acompañaba para no someterse a las pruebas médicas era que tal exigencia vulneraba la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando el menor lleva pasaporte.

3. La sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Su fundamentación fue la siguiente:

«La solución a dar para resolver el presente recurso de apelación es sencilla, de simple entendimiento, y por ello y por compartirse el criterio y lo argumentado por el órgano judicial "a quo" ya no es preciso que nos extendamos en mayores argumentaciones jurídicas para, con desestimación del recurso, confirmar la sentencia de instancia apelada, dando por reproducidos lo en esta resolución dicho y ello para evitar repeticiones ociosas e innecesarias; pero si cabe añadir que en este preciso momento es de aplicación lo dispuesto en el art. 22 LEC y procede dar por terminado el proceso así como su archivo por darse en el caso la carencia sobrevenida de objeto, pues con posterioridad a la demanda, es claro, acreditado y reconocido por las partes que el demandante es ya, si, mayor de edad y ha dejado de existir en el caso interés legítimo de obtener la tutela judicial pretendida. De lo que pende el proceso, cabe decir que D. [REDACTED] es mayor de edad».

4. El demandante interpone recursos por infracción procesal y de casación.

SEGUNDO. *Recursos por infracción procesal y casación*

1. *Recurso por infracción procesal.* El recurso se funda en dos motivos.

1.1. En el primero, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba y, en particular, por la existencia de un error patente y una valoración arbitraria, ilógica o absurda.

En su desarrollo denuncia que el juzgado (a cuya fundamentación se remite la Audiencia), con apoyo exclusivo en la negativa del demandante a someterse a pruebas médicas, no considera suficiente el pasaporte para acreditar la edad, en contra de la jurisprudencia de esta sala. Argumenta que el demandante no estaba indocumentado, pues portaba partida de nacimiento y acta de nacimiento original de Malí que acreditaban su minoría de edad, por

lo que no estaba obligado a someterse a pruebas biológicas y debía estarse a lo indicado en la documentación, que no ha sido impugnada.

1.2. En el segundo motivo, al amparo de los arts. 469.1.4.º LEC y 5.4 LOPJ, denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba y, en particular, de los arts. 348 y 376 LEC.

En su desarrollo denuncia que la sentencia considera prevalentes la edad que pueda resultar de las pruebas médicas a pesar de la escasa fiabilidad de que adolecen y cita jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la que se considera improcedente la denegación de la reagrupación familiar solicitada con apoyo en una prueba médica no definitiva [en atención a que «que la maduración ósea de los individuos es mas temprana en las poblaciones subsaharianas (negroides), en relación a las poblaciones europeas (conforme a las tablas de Greulich y Pype para la estimación de la maduración ósea)] y que era contradictoria con la edad que resultaba del pasaporte del hijo, documento que no había sido impugnado (entre otras, STS, Sala 3.ª, de 30 de abril de 2008, rc. 7805/2004).

2. *Recurso de casación.* El recurso se funda en un único motivo en el que denuncia infracción 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, y del art. 190 del Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Disponen estos preceptos:

Artículo 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:

«En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».

Artículo 190.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009:

«Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

»En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

»Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

»Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al delegado o subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre».

En el recurso se argumenta que la sentencia valida la exigencia de pruebas médicas a un supuesto que no está contemplado en tales preceptos, que solo se refieren al extranjero «indocumentado» con apariencia de menor de edad, de modo que a los menores documentados, como es el caso, se les debe considerar como menores salvo que se acredite la falsedad de la documentación que acredite su minoría de edad. Alega que la sentencia recurrida mantiene una interpretación que carece de fundamento legal y es discriminatoria por el hecho de ser menor y extranjero, puesto que la mera sospecha de la documentación no permite desconocer un procedimiento que se dirige a salvaguardar los intereses del menor, puesto que la sospecha sobre la documentación puede solventarse mediante el procedimiento legalmente establecido o mediante la verificación de la documentación a través del consulado.

3. En su informe, el Ministerio Fiscal invoca causa de inadmisibilidad porque considera que a través del recurso de casación se trata de impugnar la valoración de la prueba realizada por la Audiencia.

En cuanto al fondo, el Ministerio Fiscal se opone porque considera que no hay contradicción con la doctrina de la sala, ya que en esta se admiten dudas razonables sobre la documentación aportada y que, en el caso, a la vista de estas dudas y de la negativa del interesado a someterse a pruebas médicas, el Fiscal concluye que es mayor de edad.

El Ministerio Fiscal recuerda que varias resoluciones del Comité de Derechos del Niño han condenado a España en procedimientos por determinación de la edad. Su origen se encuentra en las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinado de España de 5 de marzo de 2018, que cuestionan el sistema vigente en España en materia de determinación de edad, en particular el empleo de métodos intrusivos incluso en casos en que los documentos de identificación parecen ser auténticos; también que en algún dictamen (el de 31 de mayo de 2019, comunicación 16/2017, así como la comunicación 22/2017) se afirma que si el Estado tenía dudas sobre el validez del acta de nacimiento debería haberse dirigido a las autoridades consulares.

Añade que, sin embargo, la doctrina del TEDH reconoce cierta discrecionalidad de las autoridades nacionales en la apreciación de la prueba y que la Recomendación n.º 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental adoptada por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, de la Comisión Internacional del Estado Civil [«BOE» 24/4/2006]) y su memoria explicativa deja un amplio margen de maniobra a los Estados nacionales en las diligencias investigadoras.

Concluye que debe confirmarse la sentencia salvo en el extremo referido a la pérdida de objeto del procedimiento, pues no solo es contradictorio con lo que argumenta la Audiencia acerca de que cuando el demandante entró en España ya era mayor, sino que además lo que hay que resolver es si era menor cuando debió ser tutelado por la Administración, pues esa conducta puede dar lugar a responsabilidad de la Administración.

Finalmente, el Ministerio Fiscal concluye su informe con las siguientes consideraciones:

«El Fiscal llama la atención de la importancia del proceso y cree que España debe tutelar y amparar a los denominados menores no acompañados, porque están en desamparo.

»Coincide con el Comité de Derechos del Niño, en que la legislación española no es la mejor para lograr esa protección, y habrá que reformarla, y es que en la legislación española no existe un verdadero proceso de determinación de la edad. Hay antiguos proyectos de Ley en este sentido, pero como dijimos al principio del dictamen, el Fiscal está sometido a los principios de legalidad e imparcialidad, UNIDAD DE ACTUACIÓN y dependencia jerárquica y el Fiscal que informa en casación considera que las actuaciones del Fiscal en las Diligencias Preprocesales y en el proceso son totalmente ajustadas a derecho, cumpliendo, le guste más o menos, a la parte recurrente, con el principio de legalidad (art. 124 Constitución Española).

»Por lo que de acuerdo con lo expuesto creemos que debería revocarse la sentencia de la Audiencia, pero solo en la parte que dice que el proceso ha incurrido en carencia sobrevenida de objeto, y confirmar en su integridad la de primera instancia».

4. La Comunidad de Madrid presenta escrito por el que se opone a la estimación de ambos recursos.

De una parte, comparte el criterio de la sentencia de la Audiencia acerca de la carencia sobrevenida de objeto del proceso porque, incluso tomando como base la documentación aportada por el interesado, ya sería mayor de edad, por lo que no es posible declarar, hoy, su minoría de edad.

Expone que, dado que la competencia para determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados corresponde al Ministerio Fiscal, la existencia de un decreto de mayoría imposibilita a la Comunidad de Madrid adoptar la medida de tutela de menores solicitada.

En cuanto a la aducida vulneración de los arts. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y 190 del Real Decreto 557/2011, entiende que no hay tal porque toda la documentación que consta en el expediente fue expedida con posterioridad a la entrada en España del interesado, que en ese momento manifestó ante la Brigada de extranjería que era mayor de edad, lo que origina dudas razonables de que la documentación presentada no era fiable.

TERCERO. *Decisión de la sala. Análisis conjunto de ambos recursos. Estimación de los recursos*

1. Análisis conjunto de los recursos y admisibilidad. Los recursos de casación e infracción procesal presentados por el demandante ahora recurrente coinciden sustancialmente en las cuestiones que plantean, referidas al valor de la documentación presentada como medio acreditativo de la edad y la exigibilidad de someterse a pruebas médicas para la determinación de la edad

cuando el interesado aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados.

A efectos de evitar reiteraciones, tal como en casos semejantes ha venido haciendo la sala desde la sentencia del pleno 453/2014, de 23 de septiembre, los dos recursos van a ser resueltos conjuntamente.

Además de que en el caso también se interpone recurso por infracción procesal, debemos añadir que lo que se plantea como cuestión de fondo es una cuestión jurídica que es revisable en casación, en la medida en que no afecta a los hechos probados, por lo que no puede admitirse el óbice de inadmisibilidad invocado por el Ministerio Fiscal y procede decidir sobre la cuestión planteada.

2. No hay carencia sobrevenida de objeto. Conviene precisar, por lo demás, que no procede aplicar el art. 22 LEC y apreciar carencia sobrevenida del objeto puesto que, con independencia de que haya adquirido la mayoría de edad a lo largo de la tramitación de este procedimiento (por lo que, aun de estimarse el recurso y la demanda ya no procedería su tutela inmediata por parte de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Madrid), el recurrente sigue teniendo un interés legítimo en que se declare que la resolución administrativa que le denegó la declaración de desamparo no fue conforme a derecho, que es lo que solicitó en el primer suplico de su demanda.

3. Marco normativo. El criterio prioritario en esta materia es la protección del menor que se encuentra en nuestro país sin familia, lo que hace de él un menor muy vulnerable. Por esta razón, la interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 CE), que en su art. 3.2 ordena que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Los preceptos aplicables en esta materia e invocados por el recurrente (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 y art. 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento,

a los que debe añadirse, desde su entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, el art. 12.4 LOPJM) prevén la puesta a disposición de los servicios de protección de los menores no acompañados. Los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad.

El interés del niño requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. En este ámbito deben conciliarse, de una parte, el celo dirigido a evitar el fraude de las mafias y evitar, entre otros graves inconvenientes, el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo que, de otra parte, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor.

4. Doctrina de la sala y art. 12.4 LOPJM. Para la resolución de los recursos debemos estar a la doctrina de la sala que, a la vista de lo dispuesto en los arts. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y 190 del Real Decreto 557/2011, y a partir de la sentencia del pleno 453/2014, de 23 de septiembre, ha reiterado que:

«El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad».

Esta doctrina ha sido repetida con posterioridad en las sentencias 452/2014, de 24 de septiembre, 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo 329/2015, de 8 de junio, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio, 507/2015, de 22 de septiembre, y 720/2016, de 1 de diciembre.

La doctrina de la sala fue incorporada al art. 12.4 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor (LOPJM) por el art. 1.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en vigor desde el 18 de agosto de 2015). Establece en la actualidad el art. 12.4 de la LOPJM que:

«Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas».

5. Aplicación del caso. Estimación de los recursos. En el presente caso, el 6 de mayo de 2015, cuando se emite el primer decreto de minoría de edad por la Fiscalía, el demandante no estaba indocumentado, pues aportó una partida de nacimiento fechada a 25 de marzo de 2015. En el momento en que se dicta el decreto de no revisión el 21 de septiembre de 2015 el menor había aportado además un carné de identidad expedido por el Consulado de Malí (expedido el 15 de junio de 2015), un certificado de la Embajada de Malí (de fecha 22 de junio de 2015) y el pasaporte (expedido el 1 de agosto de 2015). De todos ellos resultaba su identidad y que era menor de edad.

Las razones por la que la Fiscalía decreta la mayoría de edad son: que cuando el demandante entró en España declaró ser mayor de edad; que toda la documentación aportada se ha elaborado después de la entrada en España y con apoyo en un certificado de nacimiento que carece de la consideración de documento público con fuerza probatoria para determinar la edad; que se negó a someterse a una prueba de determinación de edad.

La sentencia del juzgado, confirmada por la Audiencia, consideró que todo ello justificaba que las dudas de la Fiscalía sobre la minoría de edad fueran razonables, por lo que desestimó la demanda interpuesta contra la resolución de la Administración que, con apoyo en los decretos de la Fiscalía, denegó la declaración de desamparo.

Esta sala no comparte este criterio y considera que en el caso no se ponderaron adecuadamente las razones por las que se decretó la mayoría de edad, lo que dio lugar a la consiguiente exclusión del demandante del sistema de protección de menores.

Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal

no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes.

En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores.

En el caso, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación. Fueron el Consulado y la Embajada de la República de Malí quienes, con apoyo en la copia integral del acta de nacimiento aportada por el interesado (según dice, enviada por su padre), que no cuestionaron, elaboraron la otra documentación aportada, incluido el pasaporte oficial.

A ello debe añadirse que no es un dato decisivo para dudar de la fiabilidad de la edad que resultaba de tal documentación el hecho de que cuando el demandante entró en España manifestara ser mayor de edad, pues es conocido que declaraciones en tal sentido se hacen por quienes son menores creyendo que así encontrarán trabajo o, tal y como en el caso explicó el demandante –según expone el propio Fiscal–, que es el modo de pasar a la península, ir a Madrid y no quedarse en un centro de internamiento en Melilla. Estas explicaciones resultan creíbles ante una política sobre menores extranjeros no acompañados orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país.

Tratándose de un adolescente tampoco es decisivo que en aquel momento en la brigada de extranjería no dudaran de su manifestación de mayoría, dado que la valoración esporádica de la apariencia física de los adolescentes no puede ser determinante de su edad, pues no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela indubitadamente su

minoría. Cuestión distinta será que una persona con apariencia física que revele su mayoría esté en posesión de una documentación como si fuera menor y que claramente no le corresponda, pues en tal caso debería impugnarse o invalidarse tal documentación por la vía correspondiente.

Finalmente, tampoco es un indicio decisivo para dudar de la menor edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada la negativa a someterse a las pruebas médicas. Tal negativa no carece de justificación y es coherente tanto con las razones defendidas en el recurso en el sentido de estar documentado por un pasaporte no invalidado y acreditativo de su menor edad como con la exigencia de que las pruebas de determinación de la edad no se practiquen de manera indiscriminada, tal y como ahora recoge el art. 12.4 LOPJM.

Por todo lo anterior, se estima el recurso de casación.

Al asumir la instancia, se estima el recurso de apelación interpuesto en su día por el demandante y se estima su demanda contra la resolución administrativa impugnada y que se dictó con apoyo en los decretos de mayoría de edad de la Fiscalía. En consecuencia, dentro de las competencias de esta sala, declaramos que el recurrente era menor de edad cuando se dictó la resolución cuestionada, lo que le otorgaba el derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

CUARTO.- Costas

La estimación de los recursos determina que no se haga imposición de costas.

No se imponen las costas de la apelación, dado que el recurso debió ser estimado.

Tampoco se imponen las costas de la primera instancia en atención a que la actuación de la Comunidad Autónoma de Madrid fue conforme al criterio de la Fiscalía, lo que justifica por sí mismo la aplicación del art. 394.2 LEC, que permite la no imposición de costas cuando el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, del mismo modo que las sentencias de instancia, a pesar de desestimar la demanda y el recurso de apelación, en atención a la naturaleza del pleito, tampoco impusieron las costas al demandante.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. [REDACTED] contra la sentencia dictada con fecha de 11 de octubre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1812/2017, dimanante del Juicio de oposición a medida de protección de menores n.º 1076/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid.

2.º- Casar y anular la mencionada sentencia. En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por D. [REDACTED] revocar la sentencia 417/2016, de 20 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid, y estimar la demanda interpuesta por D. [REDACTED] en el sentido de declarar que cuando se dictó la Resolución de fecha 8 de octubre de 2015 por la Jefa de Área de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid el demandante era menor de edad y debía haber quedado bajo la protección que le dispensa la ley a los menores no acompañados.

3.º.- No imponer las costas devengadas por los recursos por infracción procesal y de casación.

4.º.- No imponer las costas de las instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.