



Roj: **STS 5227/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5227**

Id Cendoj: **28079110012016100683**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **2213/2014**

Nº de Resolución: **720/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 1 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante Hipolito , representado de oficio por la procuradora D.ª María Concepción Delgado Azqueta y defendido de oficio por el letrado D. César Alcaide Rincón, contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2014 por la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 200/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio verbal n.º 866/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Barcelona . Es parte recurrida la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de la Generalitat de Cataluña (DGAIA), que ha comparecido representada y defendida por el letrado de la Generalitat de Cataluña. También es parte, por disposición de ley, el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 11 de octubre de 2012 la representación procesal de Hipolito presentó escrito inicial del art. 780.2 LEC oponiéndose a la resolución de fecha 20 de agosto de 2012 de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia del Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Cataluña (DGAIA), que acordaba el cese en el ejercicio de las funciones tutelares asumidas por dicha entidad pública con carácter preventivo respecto del demandante, solicitando se dictara sentencia por la que:

«Acuerde la adopción de medidas urgentes respecto al menor consistentes, sin perjuicio de las que por el juzgador se estimen oportunas, en el acogimiento del mismo por el servicio de protección de menores de la Generalitat de Catalunya, condenando a ésta al pago de las costas procesales».

**SEGUNDO.-** Repartido dicho escrito inicial al Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones n.º 866/2012 de juicio verbal en materia de protección de menores, se recabó e incorporó a las actuaciones el expediente administrativo y se emplazó a D. Hipolito para que presentara la demanda, lo que hizo mediante escrito de 21 de diciembre de 2012 ratificándose en su escrito inicial. Emplazada la Administración demandada, esta contestó solicitando se dictara sentencia desestimatoria de todas las pretensiones del demandante por falta de fundamentación legal y se confirmara la resolución de la DGAIA por ser ajustada a Derecho.

Por su parte el Ministerio Fiscal interesó que se dictara sentencia con arreglo a los hechos que en su día resultaran probados.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 17 de octubre de 2013 con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda presentada por Don Jesús López Sanz en representación de Hipolito de oposición a la resolución dictada por la D.G.A.I.A. en fecha 20 de agosto de 2012, y declaro la nulidad de la indicada resolución



por cuanto que DGAIA debió mantener el expediente de desamparo referido a Hipolito por no quedar probado en aquella fecha que no se tratase de un menor de edad inmigrante no acompañado.

»No se condena en costas de este procedimiento a ninguna de las partes».

**CUARTO.-** Interpuesto contra dicha sentencia por la parte demandada DGAIA recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 200/2014 de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó sentencia el 6 de junio de 2014 con el siguiente fallo:

«1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia.

»2. Desestimamos la demanda, sin pronunciamiento sobre costas.

»3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso».

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelado Hipolito interpuso recurso de casación al amparo del art. 477.2.3.º LEC, articulado en dos motivos del siguiente tenor literal:

«Motivo Primero de Casación. Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (norma que se considera infringida) en relación con los artículos 319 del mismo cuerpo legal, así como el 4 de la Ley de Extranjería ».

«Motivo Segundo de Casación. Por ser el caso de interés casacional, se fundamenta sobre el texto de las sentencias aportadas, el contenido de la contradicción jurisprudencial.

»Esta diferencia se establece en:

»1.- El auto de fecha 2 de febrero de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, fundamento jurídico segundo.

»2.- La sentencia de fecha 18 de diciembre de 2007, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, fundamento jurídico segundo, consideración 4».

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes, por auto de 6 de abril de 2016 se acordó admitir el recurso, a continuación de lo cual la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de la Generalitat de Cataluña presentó escrito de oposición al recurso solicitando «su inadmisión o en su defecto desestimación». Por su parte el Ministerio Fiscal informó dando su conformidad a la admisión del recurso e «interesando se anule la sentencia dictada por la Sección 18ª de la AP de Barcelona en fecha 6/06/14 y se declare la minoría de edad del recurrente Hipolito, a la fecha de la resolución de la DGAIA de 20/08/12».

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 3 de noviembre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 23, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso versa sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación irregular en España y, en concreto, sobre el valor de la documentación que lleven consigo cuando dicha documentación contenga datos que no se correspondan con la apariencia física de la persona, es decir, cuando exista una aparente discrepancia entre la minoría de edad que figura en el documento y la complexión física del o de la joven; situación que viene dando lugar a que por parte de la Administración se actúen una serie de procedimientos tendentes a la averiguación de la edad real de la persona, debiéndose valorar ahora si el extranjero se encontraba indocumentado y, por tanto, en situación que justificase la aplicación de los mismos.

De los antecedentes del presente asunto resultan de interés los siguientes datos:

1. Hipolito (nacional de Senegal) formuló demanda de oposición a la medida administrativa sobre protección de menores del artículo 780 LEC, en relación con la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Cataluña (DGAIA) de 20 de agosto de 2012 en la que, de acuerdo con el decreto de 30 de julio de 2012 de la Fiscalía, se cesaba en el ejercicio de las funciones tutelares asumidas con carácter preventivo, se dejaba sin efecto la guarda otorgada al director del centro de acogida «Mas Pins» y se cerraba el expediente de amparo del citado joven al considerar acreditado que era mayor de edad. En la demanda se ratificaba lo expuesto en el escrito inicial en cuanto a que el demandante estaba en posesión de un pasaporte válido de Senegal, en ningún momento impugnado, y que por esta razón, al no estar indocumentado, no deberían de haberse practicado las pruebas médicas, cuyo



valor también se cuestionaba. Del expediente administrativo de desamparo incorporado a las actuaciones se desprende que se incoó a consecuencia de la personación de Hipolito con fecha 23 de julio de 2012 en las dependencias de atención al menor de los Mossos d'Esquadra aportando el referido pasaporte (además de certificado de nacimiento), expedido en su país, en el que aparecía como fecha de nacimiento el NUM000 de 1995, pese a lo cual, por orden de la Fiscalía Provincial, se le practicaron pruebas médicas para determinar su edad (radiografía, ortopantomografía y examen médico forense) cuyo resultado fue que, en ese momento, la persona explorada era mayor de edad; en concreto, se apreció una edad mínima de 18 años y 6 meses.

2. A la demanda se opusieron tanto la DGAIA como el Ministerio Fiscal.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda pero la de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la entidad demandada, acordó su íntegra desestimación. En síntesis, la sentencia ahora recurrida se apoyó en el mismo criterio que venía manteniendo la propia Audiencia Provincial de Barcelona en anteriores resoluciones sobre la cuestión debatida, según el cual no procedía pronunciarse sobre la validez del documento aportado, sino valorar la eficacia probatoria del mismo para determinar la edad del menor, con la conclusión de que el pasaporte de Senegal aportado por el demandante cuando se personó en las dependencias policiales, que consta expedido en el año 1995, aunque pudiera considerarse documento público de los previstos en el art. 323 LEC, no tenía la fuerza probatoria de esta clase de documentos (esto es, no servía para hacer prueba plena de la edad) al carecer de los requisitos exigidos por dicho precepto (pues no existía convenio con dicho país ni se trataba de un documento legalizado), y con menor motivo cuando, según el art. 752.2 LEC, el tribunal no está vinculado en este tipo de procesos a las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria de los documentos públicos y cuando, en todo caso, su presunción de veracidad había quedado desvirtuada por las pruebas médicas practicadas. Respecto de la necesidad de estas últimas subraya la sentencia de apelación que su práctica era necesaria en atención a que la tasa de inscripciones de nacimiento en Senegal solo llegaba al 61% y a las razonables dudas que surgieron en cuanto a la veracidad de la edad que figuraba en el pasaporte, puesta en duda por el propio interesado que admitió tener 17 años cuando según el pasaporte tenía 16 años y 10 meses. Y acerca de su valor probatorio recalca que, aunque las pruebas médicas tienen margen de error, existe consenso doctrinal en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable, siendo esto lo que se hizo en este caso al extraerse de la valoración conjunta de las pruebas practicadas (estudio de la dentición -que excluyó la necesidad de la prueba de clavícula-, exploración física, radiografía de muñeca y o ortopantomografía) que Hipolito era mayor de edad cuando acudió a dependencias policiales (en concreto, su edad mínima quedó fijada en 18 años y medio), lo que justificaría que se privara al ahora recurrente de la protección dispensada en España a los menores extranjeros en situación de desamparo.

4. Como se ha dicho, formula recurso de casación el demandante. El Ministerio Fiscal ha solicitado su estimación mientras que la entidad demandada se ha opuesto solicitando su inadmisión o, en todo caso, su desestimación.

**SEGUNDO.-** Prescindiendo de los defectos de formulación a los que la Administración recurrida hace alusión en trámite de oposición, los cuales ciertamente llevaron inicialmente a esta sala a poner de manifiesto la posible existencia de causas de inadmisión (por fundamentarse en la infracción de normas procesales y no sustantivas, por combatir la valoración de la prueba, particularmente de la pericial médica, y, consecuentemente, por no justificar en forma adecuada el interés casacional alegado), finalmente no apreciadas, lo relevante es que nos encontramos nuevamente ante un caso en que el interés casacional, por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, es notorio (sentencia 733/2015, de 21 de diciembre), dada la identidad sustancial de la controversia y de los hechos que la sustentan con la cuestión jurídica debatida y los hechos que apoyaron otros recursos de casación resueltos por esta sala con un criterio jurídico opuesto al seguido por la sentencia recurrida, esto es, apreciando la no conformidad a Derecho de la decisión administrativa de someter a pruebas de edad a menores extranjeros no acompañados que se encuentren en situación irregular en España para averiguar su edad real cuando tal decisión se haya adoptado prescindiendo, sin justificación razonable, del valor de los documentos aportados (en este caso un pasaporte) en el que conste su minoría de edad.

Puesto que de los hechos probados se desprende que el hoy recurrente contaba con pasaporte válido de la República de Senegal cuando se presentó en dependencias policiales, según el cual era menor de edad, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias de Pleno de esta sala 452/2014, de 23 de septiembre y 453/2014, de 24 de septiembre, reiterada en interés casacional por las más recientes sentencias 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio y 507/2015, de 22 de septiembre, cuya aplicación al presente caso determina, sin necesidad de más razonamientos que los que en ellas se exponen, la estimación del recurso.



**TERCERO.-** La estimación del recurso determina que se case la sentencia recurrida y se confirme el fallo estimatorio de la demanda contenido en la sentencia de primera instancia en el sentido antes apuntado de que cuando se dictó la resolución administrativa cuestionada (20 de agosto de 2012) el recurrente era menor de edad, lo que le otorgaba derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente:

«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».

**CUARTO.-** Conforme al art. 398.2 LEC , la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

En cuanto a las costas de la segunda instancia, a pesar de que el recurso de apelación de la DGAIA debió ser desestimado no procede imponerlas especialmente a ninguna de las partes siguiendo el criterio sentado por esta sala en los precedentes a los que se ha hecho referencia, «pues la disparidad de criterios de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión jurídica de que se trata, así como la actuación de la Administración demandada de acuerdo con el criterio de la Fiscalía provincial, revelan por sí solas la existencia de serias dudas de derecho que, conforme al art. 394.1 LEC , justifican que no se impongan a la parte demandada» ( sentencia 507/2015, de 22 de septiembre ), del mismo modo que la especial naturaleza del procedimiento justificó que la sentencia de primera instancia tampoco impusiera las costas a la Administración demandada (en este mismo sentido, sentencia 318/2015, de 22 de mayo ).

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por el demandante Hipolito contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2014 por la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 200/2014 . **2.º -** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de la Generalitat de Cataluña (DGAIA) y confirmar la sentencia dictada el 17 de octubre de 2013 por la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Barcelona en las actuaciones de juicio verbal n.º 866/2012 , en el sentido de que cuando se dictó la resolución de 20 de agosto de 2012 dicho demandante era menor de edad y debía haber quedado bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados. **4.º-** Reiterar como doctrina jurisprudencial la siguiente: «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». **5.º-** No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de los recursos ni las de ambas instancias. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.