



Roj: **STS 2164/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2164**

Id Cendoj: **28079110012021100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2021**

Nº de Recurso: **4463/2020**

Nº de Resolución: **357/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2164/2021,**  
**SAP M 16060/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 357/2021**

Fecha de sentencia: 24/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4463/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4463/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 357/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 24 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Feliciano , representado por la procuradora del turno de oficio D.ª Mónica Liceras Vallina y bajo la dirección letrada de D.ª Paloma García de Viedma Alonso, contra la sentencia n.º 188/2020, de 20 de febrero, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 805/2019, dimanante de los autos de oposición a medidas de protección de menores n.º 189/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 93 de Madrid. Ha sido parte recurrida la Comisión de Tutela del 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 Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- Mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2018, D. Feliciano impugnó el acuerdo adoptado en fecha 18 de diciembre de 2017 por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, por la que se acordaba no proceder a adoptar la medida de tutela respecto de D. Feliciano , al haber sido determinada su mayoría de edad en virtud de Decreto de la Fiscalía de Madrid de 14 de diciembre de 2017, y por tanto proceder a su baja en el recurso de protección.

2.- Mediante decreto de 8 de junio se admitió a trámite la oposición formulada reclamando a la Comisión de Tutela del Menor la remisión del expediente completo, y una vez tuvo entrada testimonio del mismo, se emplazó a D. Feliciano por veinte días para la interposición de la oportuna demanda.

3.- D. Feliciano interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comisión de la tutela del menor de la Comunidad de Madrid, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"A) Se declare desajustada a derecho y, en consecuencia, nula y sin efecto la resolución impugnada.

"B) Se acuerde en la misma, que la fecha de nacimiento de mi mandante establecida en su pasaporte es válida y veraz.

"C) Se resuelva estimando el reingreso del solicitante en el Centro de Primera Acogida de Menores " DIRECCION000 ", sito en la CALLE000 , número NUM000 , C.P. NUM001 , de Madrid dada su condición de menor de edad.

"Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso a la Administración demandada si no se allanare a la demanda".

4.- La demanda fue presentada el 14 de agosto de 2018 en el Juzgado de Primera Instancia n.º 93 de Madrid y unida al procedimiento n.º 189/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada y del Ministerio Fiscal.

5.- El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento contestando a la demanda.

6.- El letrado de la Comunidad de Madrid contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"dicte sentencia desestimando la demanda planteada de contrario y confirmando las Resoluciones de la Comisión de Tutela del Menor de cuya impugnación se trata".

7.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 93 de Madrid dictó sentencia de fecha 29 de noviembre de 2018, con el siguiente fallo:

"Desestimar la demanda de oposición al expediente administrativo de protección de menores promovida por D. Feliciano , representado por la procuradora de los tribunales D.ª Mónica Ana Liceras Vallina, confirmandose la resolución dictada en fecha 18 de diciembre de 2018 (sic) por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid en el expediente NUM002 por la que resolvía no proceder a adoptar la medida de tutela respecto D. Feliciano , procediendo a la baja en el recurso de Protección.

"No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Feliciano e impugnada por el Ministerio Fiscal.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 805/2019 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2020, con el siguiente fallo:

"Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Feliciano, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Mónica Ana Licerias Vallina, frente a la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 93 de Madrid, en autos de oposición a medidas en protección de menores 189/2018; seguidos contra la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, representada por el Letrado de la Comunidad de Madrid, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución íntegramente.

"Sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada".

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

1.- D. Feliciano interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 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".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y del artículo 190.2 del Real Decreto 557/2011, que lo desarrolla.

"Segundo.- Infracción del artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor".

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Feliciano contra la sentencia dictada con fecha de 20 de febrero de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 805/2019, dimanante del juicio de oposición a medida de protección de menores n.º 189/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 93 de Madrid".

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

4.- Por providencia de 12 de abril de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de mayo de 2021, en que ha tenido lugar.

## 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. La sentencia del juzgado, confirmada por la Audiencia, declara probado:

"1.- El hoy demandante fue reseñado por la Policía el 30 de agosto de 2017, al ser rescatado por la DIRECCION002 cuando viajaba procedente de DIRECCION003 en una patera, sin documentación alguna y facilitando sus datos a la policía, figurando en las bases de datos policiales como nacido el NUM003 de 1999, siéndole notificado el acuerdo de devolución a su país (Costa de Marfil), pasando a residir en un hotel durante una semana y siendo trasladado posteriormente a Madrid, ciudad en la que ha estado viviendo en un piso de la DIRECCION002 .



"2.- El 4 de diciembre de 2017 la policía acudió al piso tutelado por la DIRECCION002 en el que habitaba el hoy demandante y a requerimiento de éste, presentando a la policía documentación consistente en carta consular expedida el 20.11.17 de la embajada de su país en España, certificado de nacionalidad expedido el 29.9.17 y partida de nacimiento expedida el 26 de septiembre de 2017, conforme a las cuales se trataría de un menor de edad, al figurar en las mismas como fecha de nacimiento el NUM004 .2000. No obstante ello, ante la contradicción con la fecha de nacimiento que constaba en la base de datos policiales, unido a que no aparenta como de menor de edad y a que cuando estuvo en presencia judicial en el paso fronterizo de DIRECCION001 en el que fue filiado nunca manifestó ser menor de edad, por la policía se activó el correspondiente protocolo, siendo trasladado al centro de primera acogida de DIRECCION000 .

"3.- Ante los responsables de dicho centro mostró su oposición a someterse a cualquier reconocimiento médico forense para determinación de su edad.

"4.- En la comparecencia ante la Fiscalía reconoció haber facilitado sus datos de filiación a la policía en el paso fronterizo de DIRECCION001 , pero niega que manifestara como fecha de nacimiento el NUM003 de 1999, sin llegar a aclarar si en algún momento manifestó ser menor de edad al llegar a España.

"5.- En base a la documentación anteriormente reseñada, solicitó le fuera expedido pasaporte, como efectivamente aconteció en el que figura como fecha de nacimiento el NUM004 .2000".

2. El juzgado desestimó la demanda porque consideró que las circunstancias detalladas en el Decreto de la Fiscalía justificaban que, pese a existir pasaporte, fuera exigible la realización de pruebas médicas por lo que, al no quererse someter a las mismas, debía considerarse al demandante como mayor de edad:

"En el presente caso, ante la disparidad de fechas de nacimiento manifestadas ante la Policía al ser rescatado por la DIRECCION002 , según se reseñó en las distintas actuaciones policiales (debiéndose recordar la presunción de veracidad de la que gozan) y la que se incorpora en una documentación que aparece posteriormente, ya que a su llegada a España no portaba ninguna, sin que el hoy demandante pudiera dar una explicación convincente de como ha recabado dicha documentación, que la partida de nacimiento y el certificado de nacionalidad en virtud de los cuales finalmente consiguió el pasaporte, carecen de fotografía o huella que permita corroborar que pertenecen al sujeto, unido a la carencia de registros fiables en su país de origen y a que su apariencia física no le hacía parecer un menor de edad, hace razonable que por el Ministerio Fiscal se recabara su consentimiento para someterse a pruebas médicas que determinarían su edad, haciéndosele ver las razones de su necesidad, pese a lo cual se opuso a ello, lo que acabó determinando que en fecha 14 de diciembre de 2017 se dictara Decreto de mayoría de edad. Dicho Decreto fue recurrido en revisión a instancias del letrado del hoy demandante ante la obtención del pasaporte, viéndose ratificado mediante resolución de 28 de diciembre de 2018 por considerar que el pasaporte había sido obtenido en base a unos documentos viciados de fehaciencia y fiabilidad por las razones que habían sido expuestas en el Decreto de 14 de diciembre".

3. El demandante interpuso recurso de apelación.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso y solicitó la revocación de la resolución administrativa recurrida por las siguientes razones:

"Se omite en la sentencia, toda consideración al Oficio policial de 15 de diciembre de 2017, de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, incorporado al expediente de determinación de edad tramitado en la Fiscalía de Menores, en el que se hace constar el error padecido en la identificación de Feliciano , en el sentido de hacer constar que el número de ordinal que corresponde a esta persona según lo que obra en las bases de datos policiales es NUM006 , y el NIE NUM005 , sin consignar en dicho oficio fecha alguna de nacimiento asociada a dicha información. Esta información policial no fue considerada en la resolución administrativa de denegación de tutela, ni en la solicitud de revisión del Decreto por el que una vez rectificadas la información policial, ya no subsiste discordancia alguna entre todos los documentos aportados al procedimiento judicial, sin que conste que las autoridades diplomáticas de Costa de Marfil en nuestro país, no dispongan de medios alternativos de comprobación de la identidad de sus nacionales al margen de la documentación que obra en el expediente administrativo de medidas de protección, dado que no se suscita cuestión sobre la autoridad de expedición".

4. La sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación. Su fundamentación fue la siguiente:

"Lo cierto es que existen unos datos que han sido adecuadamente conjugados por el juzgado y que han conducido a la decisión de confirmar la resolución administrativa, ante la falta de una documentación oficial válida y admisible inicialmente, y no obstante esta falta de constatación oficial con respecto a la edad el interesado se opuso a la práctica de las pruebas médicas en orden a obtener una clarificación sobre el extremo



fundamental de la tutela, por todo lo cual estimamos que procede confirmar la resolución apelada sin hacer particular condena en costas en esa alzada".

5. 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 un motivo en el que, 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, de manera lacónica, la Audiencia, remitiéndose a la fundamentación del juzgado, se basa en la negativa del demandante a someterse a pruebas médicas y 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 certificado de nacionalidad original de Costa de Marfil 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. Argumenta también que la sentencia cuestiona la validez del pasaporte porque el menor se niega a someterse a unas pruebas que no deberían proponerse por no estar indocumentado.

2. *Recurso de casación.* El recurso se funda en dos motivos.

2.1. En el primer motivo denuncia la 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".

Se citan las 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, 720/2016, de 1 de diciembre, y 307/2020, de 16 de junio.

En el recurso se reprocha a la sentencia recurrida que, contra lo que resulta de los preceptos transcritos, y sin que se haya impugnado la autenticidad de los documentos aportados conforme al procedimiento legalmente





establecido, exija la realización de pruebas para corroborar la edad de un menor que está documentado (dispone de pasaporte, certificado de nacimiento y documentos consulares, con foto y sin ella, que establecen su fecha de nacimiento y acreditan su edad).

2.2. En el segundo motivo denuncia la infracción del art. 12.4 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

Con cita de la sentencia 307/2020, de 16 de junio, se denuncia que la sentencia no realiza un adecuado juicio de proporcionalidad que justifique la consideración como indocumentado del recurrente, cuando consta acreditado que portaba certificado de nacionalidad, acta de nacimiento y pasaporte.

3. En su informe, el Ministerio Fiscal interesa la estimación de los recursos, la casación de la sentencia recurrida, la estimación de la apelación y la declaración de que cuando se dictó el Decreto de 14 de diciembre de 2017 por la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Madrid, el demandante era menor de edad y debía haber quedado bajo la protección que dispensa la ley a los menores no acompañados.

4. La Comunidad de Madrid presenta escrito por el que se opone a la estimación de ambos recursos. Argumenta que no es competencia de la Comunidad Autónoma la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, sino que debe supeditarse a lo manifestado por la Fiscalía ( art. 35.4 LO 4/2000), cosa que hizo en el presente caso al atenerse al Decreto de mayoría de edad dictado por la Fiscalía Provincial de Madrid de 14 de diciembre de 2017.

Subsidiariamente, solicita que no se le impongan las costas, toda vez que ha actuado conforme al criterio de la Fiscalía, lo que muestra las serias dudas de hecho o de derecho que presenta el caso ( art. 394.2 LEC).

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

1. *Análisis conjunto de los recursos.* 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.

Recientemente, la sala ha dictado la sentencia 307/2020, de 16 de junio, que sintetiza el marco normativo y actualiza la doctrina de la sala en los términos que se exponen a continuación.

2. *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- y 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.

3. *Doctrina de la sala y art. 12.4 LOPJM.* 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, esta sala 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, 720/2016, de 1 de diciembre, y 307/2020, de 16 de junio.

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".

**4. Aplicación del caso. Estimación de los recursos.** En el presente caso, como observa el Ministerio Fiscal en el escrito que ha presentado interesando la estimación de los presentes recursos, el 14 de diciembre de 2017, cuando se emite el primer Decreto de mayoría de edad por la Sección de Menores, el demandante no estaba indocumentado, ya que se hizo constar en dicha resolución que aportó una partida de nacimiento, expedida el 26 de septiembre de 2017, un certificado de nacionalidad, expedido el 29 de septiembre de 2017, una carta consular expedida en fecha 20 de noviembre de 2017, y constaba que el 21 de noviembre de 2017 había solicitado el pasaporte, que se expidió el 26 de diciembre de 2017. De dichos documentos resultaba su identidad y que era menor de edad al figurar como fecha de nacimiento el NUM004 de 2000.

Las razones por las que la Fiscalía decretó el 14 de diciembre de 2017 la mayoría de edad se fundamentaron, básicamente, en que cuando el demandante entró en España declaró, según la policía, haber nacido el NUM003 de 1999; que no constaba que hubiese viajado a su país para obtener la documentación, lo cual habría sido preciso para la comprobación dactilar en aras de determinar su identidad; que la documentación facilitada no recoge huellas dactilares; la apariencia física propia de una persona mayor de edad y que, pese a dichas circunstancias, no prestó su consentimiento a la prueba de determinación de edad. El Fiscal fue notificado el 27 de diciembre de 2017 de que Feliciano había obtenido el pasaporte, pero en su Decreto de 28 de diciembre de 2017 desestimó la solicitud de revisión del anterior Decreto y confirmó la mayoría de edad.

La sentencia del juzgado, confirmada por la Audiencia, consideró que las razones invocadas por la Fiscalía justificaban que las dudas sobre la minoría de edad fueran razonables a pesar de la existencia de pasaporte, que se había adjuntado a la demanda. En consecuencia, 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 expidieron, 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.

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. Fue el consulado y la embajada de Costa de Marfil



quienes a la vista de la documentación aportada por el interesado, que no cuestionaron, elaboraron la otra documentación aportada, incluido el pasaporte oficial.

Tratándose de un adolescente tampoco es decisiva la apariencia, 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.

La negativa a someterse a las pruebas médicas tampoco es un indicio decisivo para dudar de la menor edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada. 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.

En este caso, además, se da la peculiaridad de que, incluso, uno de los datos que tuvo en cuenta la Fiscalía para decretar la mayoría de edad se fundaba en un oficio policial de 4 de diciembre de 2017 en el que constaba que Feliciano había declarado ante la policía como fecha de nacimiento el NUM003 de 1999, pero este oficio fue rectificado por otro posterior en el que no se consignaba ninguna fecha de nacimiento. Este segundo oficio, de 15 de diciembre de 2017, fue incorporado al expediente, y es anterior tanto al Decreto de la Fiscalía de no revisión de la mayoría como al acuerdo de la Comisión de tutela que se impugna, que no lo mencionan, a pesar de que en ambos se valoraba la actuación policial a efectos de negar la verosimilitud de la documentación aportada por el ahora recurrente. La sentencia recurrida omitió también hacer referencia alguna a este dato, a pesar de que el Ministerio Fiscal lo expuso para interesar la estimación del recurso de apelación.

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 demandant

## **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. Feliciano contra la sentencia dictada con fecha de 20 de febrero de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 805/2019, dimanante del juicio de oposición a medida de protección de menores n.º 189/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 93 de Madrid.

**2.º-** Casar y anular la mencionada sentencia. En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por D. Feliciano, revocar la sentencia 495/2018, de 29 de noviembre dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 93 de Madrid, y estimar la demanda interpuesta por D. Feliciano en el sentido de declarar que cuando se dictó la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2017 por la Comisión de Tutela (Dirección General de la Familia y el Menor, Consejería de Políticas Sociales y Familia 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ