



Roj: **STS 1115/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1115**

Id Cendoj: **28079110012022100228**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2022**

Nº de Recurso: **5187/2019**

Nº de Resolución: **218/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 218/2022**

Fecha de sentencia: 21/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5187/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/03/2022

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.: 5187/2019

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. 218/2022**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

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 21 de marzo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.ª Esperanza , representada por el procurador del turno de oficio D. Jorge Andrés Pajares Moral y bajo la dirección letrada de D.ª Elena Rodilla Álvarez, contra la sentencia n.º 681/2019, de 4 de julio, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 378/2019, dimanante de los autos de oposición a medidas de protección de menores n.º 130/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 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. D.ª Esperanza presentó el 12 de febrero de 2018 escrito inicial de anuncio de oposición a la resolución administrativa contra el acuerdo adoptado en fecha 15 de noviembre de 2017 por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, por el que se acordaba no proceder a adoptar la medida de tutela respecto de D.ª Esperanza , al haber sido determinada su mayoría de edad en virtud de Decreto de la Fiscalía de Madrid de 8 de noviembre de 2017, y por tanto proceder a su baja en el recurso de protección.

2. Mediante resolución de 17 de mayo de 2018 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.ª Esperanza por veinte días para la interposición de la oportuna demanda.

3. D.ª Esperanza 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, con expresa imposición de costas a la parte demandada por la que:

"1º Se declare no conforme a derecho y por tanto la nulidad de la Resolución administrativa impugnada por haber sido dictada con infracción del Ordenamiento jurídico, en los términos descritos en la presente demanda.

"2º Se declare no ser conforme a derecho el Decreto Fiscal de 8 de noviembre de 2017 así como el Decreto de No revisión de 17 de enero de 2018.

"3º Que se restablezca a mi mandante en la integridad de su derecho, y se condene a la Administración a dictar una Resolución Administrativa en virtud de la cual reconozca el desamparo en que ese encuentra la menor demandante y la necesaria constitución de Tutela por ministerio de la Ley, con efectos desde el 30 de agosto de 2017, fecha en que fue puesto a disposición de los Servicios de protección de la Comunidad de Madrid, hasta que alcance la mayoría de edad, conforme a la fecha de nacimiento de NUM000 de 2001, según lo expuesto en el cuerpo de esta demanda".

4. La demanda fue presentada el 12 de febrero de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, se unió al procedimiento de oposición de medidas en protección de menores n.º 130/2018. 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 75 de Madrid dictó sentencia de fecha 3 de diciembre de 2018, con el siguiente fallo:

"Que desestimo la demanda interpuesta por D.ª Esperanza , representada por el Procurador, D. Jorge Andrés Pajares Moral, contra la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid y debo mantener y mantengo la resolución de la Comisión de fecha de 15-11-17, por la que se resuelve el expediente, NUM001 , que acuerda: No procede adoptar la medida de TUTELA de Esperanza , al haber sido determinada su mayoría de edad en virtud del Decreto de la Fiscalía de Madrid de 8 de noviembre de 2017.

"No procede hacer expresa condena en costas".

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Esperanza .



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 378/2019 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 4 de julio de 2019, con el siguiente fallo:

"Debemos desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Esperanza, frente a la sentencia de 3 de diciembre de 2018, dictada en procedimiento de Oposición a medidas en protección de menores n.º 130/2018, tramitado en el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 75 de Madrid, que se confirma.

"Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales devengadas en esta apelación".

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

1. D.<sup>a</sup> Esperanza interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por vulneración de las normas procesales de la Sentencia, y en particular por no respetar la obligación de congruencia que se impone por el artículo 218 de la misma Ley.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º 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.

"Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC y 5.4 LOPJ 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 de los artículos 348 y 376 LEC".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Infracción del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, así como del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, que recogen el principio del interés superior del menor como norma sustantiva, además de como criterio interpretativo, e íntimamente relacionado con dicho principio el derecho del menor a ser oído y escuchado, previstos en los artículos 3 y 12 (respectivamente) de las citadas normas".

2. Por la representación procesal de la recurrente se aportó, mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2021, la Decisión n.º 86/D/76/2019 de 15 de febrero del Comité de Derechos del Niño de la ONU, en respuesta a una comunicación realizada por la recurrente en febrero de 2019.

Mediante diligencia de ordenación de fecha 2 de junio de 2021, se acordó su unión al rollo.

3. 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 13 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por doña Esperanza contra la sentencia dictada, con fecha 4 de julio de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup> de Refuerzo), en el rollo de apelación n.º 378/2019, dimanante del procedimiento n.º 130/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid".

4. 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 hizo únicamente el Ministerio Fiscal mediante la presentación del correspondiente escrito.

5. Por providencia de 4 de febrero de 2022 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 15 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- El recurso tiene su origen en una demanda de oposición a la resolución de la entidad pública que declara la improcedencia de la medida de tutela de la demandante tras ser decretada su mayoría de edad por la Fiscalía.



La demanda fue desestimada en ambas instancias y el recurso interpuesto por la demandante va a ser estimado, de acuerdo con la doctrina de la sala consagrada en el art. 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor mediante la reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, y conforme a la cual, cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad en tanto se determina su edad

Por lo que se refiere a este recurso son antecedentes necesarios los siguientes.

Esperanza llega a España el NUM002 de 2017 como pasajera de un vuelo procedente de Malabo. No presenta pasaporte y manifiesta ante la policía que nació el NUM000 de 2001 en DIRECCION000 (Camerún), lo que aparece confirmado por la documentación que aporta consistente en cartilla de vacunación y documentos escolares. Manifiesta su intención de pedir asilo y que, tras haber sufrido abusos sexuales por parte de su padre, salió huyendo de su país con ayuda de una conocida que le proporcionó documentación falsa de la que se deshizo en el avión. Ingresó en el Centro de Acogida de menores de la Comunidad de Madrid de DIRECCION001 .

El 27 de octubre de 2017, la Comunidad de Madrid solicitó que se fijara la edad de Esperanza mediante decreto del Fiscal. En dicha comunicación se dice que Esperanza , con fecha de nacimiento NUM000 -2001 según se refiere en el oficio de ingreso de la policía de fronteras del aeropuerto, se niega a ponerse en contacto con su familia y, por tanto, que no se han recibido documentos originales respecto de ella.

El decreto del Ministerio Fiscal de 8 de noviembre de 2017 establece que Esperanza debe de ser considerada mayor de edad.

La resolución de 15 de noviembre de 2017 de la Comunidad de Madrid resuelve no adoptar la medida de tutela al haber sido determinada la mayoría de edad en virtud de decreto del Fiscal.

El 24 de noviembre de 2017, Esperanza formuló demanda ante el Juzgado contencioso administrativo contra el decreto de mayoría de edad. La demanda fue inadmitida a trámite por considerar el Juzgado que concurría una falta de jurisdicción, por no estar regulado expresamente el decreto de determinación de la edad como un acto administrativo que sea recurrible.

El 15 de enero de 2018, a la vista de todo el expediente, y en particular de las pruebas médicas, donde según decía concurría un error de transcripción, por ser el resultado de la radiografía de carpo 17 años, y sin embargo recogerse por el médico forense 18 años como resultado de la radiografía de carpo, Esperanza solicitó subsanación del error del informe forense ante la Fiscalía de Menores. El 25 de enero de 2018 su solicitud fue denegada mediante decreto de no revisión.

Esperanza presenta una queja ante el Defensor del Pueblo, ante la Consejería de Justicia de la Comunidad de Madrid por la falta de revisión por la Fiscalía del decreto de determinación de la edad, e igualmente formalizó su solicitud de asilo ante Oficina de Asilo y Refugio (y desde entonces está bajo el cuidado de una ONG).

El 12 de febrero de 2018, Esperanza interpone demanda de oposición a la resolución administrativa dictada por la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid el 15 de noviembre de 2017, por la que se acordó no adoptar la tutela solicitada, por considerarla mayor de edad en virtud del decreto de mayoría de edad del Ministerio Fiscal.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 75 de Madrid, en sentencia de fecha 3 de diciembre de 2018, desestima la demanda y acuerda que no procede adoptar la medida de tutela de Esperanza , al haber sido determinada su mayoría de edad en virtud del decreto de la Fiscalía de Madrid de 8 de noviembre de 2017.

Frente a esta sentencia, Raissa interpuso recurso de apelación. La Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 4 de julio de 2019, desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

La sentencia basa su decisión en las siguientes consideraciones:

"... valorando las pruebas obrantes en autos, se puede considerar acreditado que:

"a) D.ª Esperanza llegó a España el 30 de agosto de 2017, sin ningún tipo de documentación.

"b) La única documentación por ella aportada durante la tramitación, hace referencia a cuestiones escolares. De ahí que el valor probatorio de la misma no sea equiparable a la de un posible pasaporte, certificado oficial de nacimiento o cualquier otro documento similar, a que se refiere la jurisprudencia del TS.

"c) Esperanza ha mantenido siempre que su fecha de nacimiento es el NUM000 /2001. Por lo que de ser cierta la misma, en estos momentos sería mayor de edad desde el NUM000 de 2019.



"d) En el folio 54, documento de la Dirección General de Política Interior Subdirección general de Asilo, de fecha 8/2/18, figura como fecha de nacimiento de D.<sup>a</sup> Esperanza el NUM000 /1999. Por lo tanto, según dicho documento, a fecha de hoy es mayor de edad y tiene 20 años.

"e) Figura un informe médico del HOSPITAL000 , folio 42, de fecha 7/11/17, que es un informe radiodiagnóstico, según el cual D.<sup>a</sup> Esperanza a esa fecha tenía 17 años. Por lo tanto, a fecha de hoy tendría al menos 19 años. La doctora que hace ese informe se ratificó en la vista, admitiendo que, para su valoración, que no deja de ser subjetiva, y por tanto con un margen de error, se ha utilizado las pruebas y atlas que tienen su disposición, que no contempla todas las razas, nacionalidades y etnias del mundo.

"f) En los folios 44 y 50, constan sendos informes forenses de fechas 8/11/17 y 17/1/18, según los cuales, tras una valoración del estado físico de D.<sup>a</sup> Esperanza , su desarrollo sexual/genital y un estudio de la pantomografía y del carpo, tenía 18 años al menos a esa fecha. Por lo tanto, a fecha de hoy tiene 20 años".

Tras la valoración de dichas pruebas la Audiencia llega a la conclusión de que "se puede hablar de una carencia sobrevenida de la reclamación formulada por D.<sup>a</sup> Esperanza , pues asumiendo la fecha más favorable para ella, es en estos momentos mayor de edad, y por tanto no puede ser integrada en el sistema de protección de menores de la Comunidad de Madrid". Y añade que "no obstante, si resolvemos la presente apelación, en relación a la fecha de inicio del proceso judicial, 6 de septiembre de 2018 (sic), considera este tribunal, que las pruebas acreditan la mayoría de edad de D.<sup>a</sup> Esperanza a esa fecha; al ser más completo el estudio realizado por los forenses, pues no se limita solo a las pruebas radiológicas y ser acorde al documento del Ministerio del Interior".

Concluye que "en ambos casos se debe desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Esperanza y confirmar la sentencia apelada; toda vez que no hay documentos, con suficiente fuerza probatoria, que acrediten la minoría de edad que reclama la parte apelante, no es aplicable la presunción por ella alegada al ser claras las pruebas que acreditan su mayoría de edad, y no estar muy clara cuál es la verdadera intención del presente recurso".

La demandante interpone recursos por infracción procesal y de casación por los motivos que aparecen recogidos en los antecedentes de esta sentencia. En síntesis, denuncia que la sentencia de apelación se ha apartado del criterio jurisprudencial sobre el valor de las pruebas médicas y ha infringido el principio del superior interés del menor, pues existiendo dudas sobre su mayoría de edad no se ha resuelto en interés de la menor considerándola como tal, sino que ha ratificado la mayoría de edad decretada por la Fiscalía.

De acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, ambos recursos van a ser estimados.

**SEGUNDO.-** Debemos salir al paso, en primer lugar, a la afirmación de la sentencia recurrida acerca de que se ha producido una carencia sobrevenida de objeto en la reclamación de Esperanza . Esta tesis es contraria a la doctrina de la sala, conforme a la cual, con independencia de que hubiera podido adquirir la mayoría de edad a lo largo de la tramitación del 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), la 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 su demanda ( sentencias 307/2020, de 16 de junio, y 610/2021, de 20 de septiembre).

**TERCERO.-** De acuerdo con la doctrina de la sala, que sintetizamos a continuación por lo que interesa a efectos de este recurso, las cuestiones planteadas en los recursos por infracción procesal y casación son merecedores de un tratamiento conjunto.

El interés de los niños y adolescentes 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.

Como hemos reiterado en ocasiones semejantes, 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".

La sentencia 411/2015, de 3 de julio, con síntesis de la jurisprudencia de la sala declara que:



"[Y]a se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes".

Para la sala:

"Un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas". La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda".

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). Por lo que aquí interesa, desde la reforma de 2015, el art. 12.4 de la LOPJM establece:

"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 (...)".

El art. 12.4 LOPJM ha sido modificado por la disposición final 8.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (en vigor desde el 25 de junio de 2021) para prohibir expresamente la práctica de algunas pruebas (desnudos integrales, exploraciones genitales) y recoger el deber de las Entidades Públicas que adopten la medida de guarda o tutela respecto de personas menores de edad que hayan llegado solas a España de comunicar la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente.

**CUARTO.-** En el caso que juzgamos, como observa el Ministerio Fiscal en el escrito que ha presentado interesando la estimación de los presentes recursos, del contenido del informe forense y de los elementos que la sentencia recurrida tiene en cuenta para afirmar que la recurrente no era menor de edad cuando se dictó la resolución que la excluía del sistema de protección de menores, se desprende un porcentaje de incertidumbre incompatible con la prueba de la efectiva mayoría de edad de la recurrente. Y ello atendiendo a los siguientes datos:

- En el "informe radiodiagnóstico" del HOSPITAL001 (Exploraciones: Ortopantomografía), que indica como fecha de examen 7 de noviembre de 2017, y está firmado por el dr. Victoriano , se indica: "Terceros morales con ausencia de erupción completa y ausencia de múltiples piezas dentarias. En ausencia de estas piezas dentales, aunque los ápices parecen estar fusionados, no se puede determinar con fiabilidad la edad cronológica con esta exploración".

- En el Informe radiodiagnóstico, fecha de examen 7 de noviembre de 2017, la radióloga del HOSPITAL000 , dra. Margarita , informa que, "tras la realización de las exploraciones consideradas necesarias, se estima que la edad ósea es de 17 años, según la valoración realizada con las tablas y documentos consultados (exploración RX mano izquierda en paciente diestro, se realiza valoración posterior según el atlas y las tablas de Greulich y Pyle).

- Sin que exista ningún otro informe radiológico que haga referencia a la edad de 18 años, el médico forense hace constar en la página 1 de su informe de fecha 8 de noviembre de 2017: "3. Estudio radiológico para determinar la edad esquelética: la radiografía de carpo y mano izquierda establece una edad ósea de al menos 18 años. 4. Estudio de ortopantomografía. Deficiente calidad imagen radiológica, (...) arcada inferior derecho muy mala imagen, no valorable", para acabar concluyendo en la página 2 "que la valoración global de la edad radiológica, el estudio de la dentición y los caracteres sexuales secundarios, nos permiten establecer una edad de maduración ósea de al menos 18 años". Asimismo, al pie del informe figura una "Nota" en la que se afirma que no se puede determinar con exactitud la edad de maduración por la existencia de variaciones dependientes de la raza, la genética y los factores socioambientales.

Este informe es ratificado por otro posterior, de fecha 17 de enero de 2018, emitido cuando ya se había denegado la tutela y la menor no estaba ingresada en el centro. Este segundo informe reitera la edad ósea de 18 años. También, recoge la misma "Nota" al pie de página del informe anterior, y reconoce la deficiente calidad de la imagen y de la dificultad de valoración que presenta la ortopantomografía.

- En el acto de la vista, tanto la radióloga del HOSPITAL000 como el médico forense se ratificaron en sus informes ya emitidos, y si bien aclararon los puntos concretos sobre los que fueron preguntados no aportaron ningún dato decisivo que pudiera variar su contenido.

- Ninguno de los informes fijó la "horquilla de edad" y el posible "margen de error" en relación con la supuesta edad de la recurrente.

- La valoración de la exploración física y estudio de caracteres sexuales no aportaba datos relevantes para la determinación de la edad de una joven que manifestaba tener entonces 16 años y medio, por ser conforme con un patrón de maduración sexual completo en una niña.

- A lo que hay que añadir que la sentencia de apelación tiene en cuenta para su decisión el documento (folio 54 del procedimiento ante el Juzgado) de la Dirección General de Política Interior Subdirección General de Asilo, de fecha 8 de febrero de 2018, en el que figura como fecha de nacimiento de Esperanza el NUM000 de 1999, lo que le permite concluir que es mayor de edad. Sin embargo, y como dice la recurrente, dicho documento tuvo precisamente en cuenta la determinación de la mayor edad fijada por el Fiscal, cuyo decreto de determinación de la edad es de fecha 8 de noviembre de 2017.

En consecuencia, de acuerdo con el informe de apoyo del Ministerio Fiscal a los recursos de casación e infracción procesal, se entiende que ni el examen radiológico ni la ortopantomografía ni ninguno de los elementos de prueba que se han tenido en cuenta en los informes forenses y que constituyen la base de la sentencia recurrida excluían con motivación suficiente y clara que Esperanza fuera menor de edad.

Ante la ausencia de una conclusión inequívoca de que fuera mayor de edad, la recurrente debió ser considerada como menor de edad, tal como ella declaraba, de manera coincidente con la documentación escolar y sanitaria que portaba. En efecto, de las pruebas médicas practicadas no se extrae una determinación segura y exacta de la edad de la joven, cuya apariencia de menor de edad no fue puesta en duda por la policía del puesto fronterizo ni por la brigada de extranjería, ni en el examen médico que se le practicó en el centro de menores en el que ingresó, ni en el propio centro en el que estuvo ingresada.

Por todo ello, y puesto que de acuerdo con el art. 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, hay que considerarla menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad, la sentencia recurrida debe ser casada, pues es contraria a esta norma y a la doctrina de la sala.

Se estiman los recursos y, al asumir la instancia, se estima el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandante y se estima su demanda contra la resolución administrativa impugnada. En consecuencia, dentro de las competencias de esta sala, declaramos que la recurrente debió ser considerada menor de edad cuando se dictó la resolución impugnada, lo que le otorgaba el derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

**QUINTO.-** 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.



## 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 Esperanza contra la sentencia dictada, con fecha 4 de julio de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª de Refuerzo), en el rollo de apelación n.º 378/2019, dimanante del procedimiento n.º 130/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid.

**2.º-** Casar y anular la mencionada sentencia. En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Esperanza, revocar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, y estimar la demanda interpuesta por Esperanza en el sentido de declarar que cuando se dictó la Resolución de fecha 15 de noviembre 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) la demandante debió ser tratada como 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.