

R. CASACION núm.: 4787/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 473/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

En Madrid, a 25 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/4787/2021, interpuesto por la procuradora doña María Dolores González Company en nombre y representación de Cáritas Española contra la sentencia 768/2021, de fecha 9 de abril, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, que desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 30/2020 promovido contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, de 13 de mayo de 2019, en el que se procede a la aprobación de las "Instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes de Melilla", en relación a su último apartado -requisitos de empadronamiento de los menores extranjeros procedentes de Nador y que viven en Melilla-.

Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento contencioso-administrativo número 30/2020, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, dictó sentencia el 9 de abril de 2021, cuyo fallo dice literalmente:

«Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto haciendo imposición de costas a la parte recurrente hasta el límite de 1.000 euros más IVA por todos los conceptos.»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Cáritas Española recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, tuvo por preparado mediante auto de 16 de junio de 2021 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 25 de noviembre de 2021, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de CÁRITAS ESPAÑOLA, contra la sentencia núm. 768/2021, de 9 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 30/2020.

2º) Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las atinentes a:

1º Determinar si la exigencia de visado a los menores provenientes de Nador para poder hacer efectivo su empadronamiento en la Ciudad Autónoma de Melilla, derivada de la previsión contenida en el último apartado del Acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno de esa ciudad autónoma, de 13 de mayo de 2019, por el que se procede a la aprobación de las “Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla”, constituye un trato discriminatorio tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias.

2º Y, en caso negativo, determinar la compatibilidad del referido acuerdo con la previsión contenida en el art. 16.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, considerado lo instituido tanto en nuestro Texto Constitucional como en los Convenios y Tratados Internacionales en materia de protección de la infancia de los que España es parte.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en el art. 16.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, puesto en relación con las distintas previsiones legales referidas a los derechos de los menores que contempla nuestro ordenamiento, así como con los compromisos asumidos por España en materia de Convenios y Tratados Internacionales de protección de la infancia y de los menores y, específicamente, con relación a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, de 13 de mayo de 2019, por el que se aprueban las instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes de Melilla.

4º) Publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.»

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 30 de noviembre de 2021, se concedió a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la procuradora doña María Dolores González Company, en representación de Cáritas Española por escrito de fecha 18 de enero de 2022, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«[...] lo estime, y en su virtud, fije la interpretación de las normas invocadas en los aspectos que ofrecen interés casacional objetivo de acuerdo con lo sostenido en este recurso; anule la Sentencia recurrida; estime el recurso contencioso-administrativo; y acuerde la anulación del punto 2.º del Acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, de fecha 13 de mayo de 2019, relativo a la aprobación de las “Instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes de Melilla”, con imposición a la Administración de las costas causadas.

Por otrosí digo suplica que:

«para el caso en el que considere que la Disposición Impugnada encuentra amparo legal en el artículo 16.2.f) *in fine* LRBL, acuerde plantear una cuestión de inconstitucionalidad de conformidad con el artículo 29 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.»

QUINTO.- Por providencia de 19 de enero de 2022, se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, se opusiera al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito de 28 de enero de 2022, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó suplicando se dicte sentencia desestimatoria del recurso, confirmando la sentencia recurrida y fijando la doctrina que resulta de dicha desestimación.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 25 de febrero de 2022 se señaló este recurso para votación y fallo el día 19 de abril de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto, y se designó Magistrada Ponente a la Excmá. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

La representación procesal de Cáritas Española interpone recurso de casación contra la sentencia de 9 de abril de 2021 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso administrativo 30/2020 deducido contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, de 13 de mayo de 2019, en que se procede a la aprobación de las “Instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes de Melilla” cuyo tenor es:

«1º.- Conforme al acuerdo del Pleno del Consejo de Empadronamiento de 10 de abril de 2019, la acreditación de los datos de identidad de menores de edad, sin distinción de nacionalidad, que puedan no disponer de alguno de los documentos de identificación contemplados en la Resolución de 30 de enero de 2015 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal, se efectuará, hasta los 14 años, mediante el Libro de Familia o el Certificado de nacimiento.

2º. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.2 f) en su apartado segundo in fine de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en el empadronamiento de menores de edad cuya documentación acredite que su domicilio se encuentra en la provincia de Nador, menores de edad no emancipados cuyos padres, que tengan su guarda y custodia o, en su defecto, cuyos representantes legales, cuenten con domicilio en Nador, lo que conlleva que tienen la misma vecindad que éstos, se les requerirá el correspondiente visado.»

La sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ AND 11133/2021 - ECLI:ES: TSJAND:2021:11133) identifica en su PRIMER fundamento los argumentos de la parte recurrente y de la Administración, mientras en el SEGUNDO refleja la naturaleza del Padrón y del visado.

Ya en el TERCERO explica las razones para desestimar la pretensión de nulidad de la norma impugnada que dice así:

«"... La inscripción en el Padrón municipal contendrá como obligatorios sólo los siguientes datos: (...)- Número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia,

tratándose de ciudadanos nacionales de Estados no comprendidos en el inciso anterior de este párrafo, salvo que, por virtud de Tratado o Acuerdo Internacional, disfruten de un régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo con el municipio en el que se pretenda el empadronamiento, en cuyo caso, se exigirá el correspondiente visado".»

Esas razones son esencialmente las siguientes:

1º La motivación del acuerdo impugnado la ofrece su propio encabezamiento, al establecer la forma de proceder en la gestión del padrón municipal de habitantes de Melilla a partir de lo dicho por la Sección 7ª, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la sentencia de 28 de diciembre de 2018 (recurso 770/2017), que consideró vulneradoras del derecho fundamental a la igualdad las diferentes formalidades impuestas a los menores de catorce años para cumplir con la inscripción en el padrón dependiendo de su nacionalidad.

2º No es posible extrapolar la fundamentación jurídica del referido pronunciamiento de la Audiencia Nacional al presente supuesto en el que el artículo 16.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, exige el visado salvo que el extranjero disfrute de un régimen específico de exención en materia de pequeño tráfico fronterizo con el municipio en el que se pretenda el empadronamiento, lo que no sucede con los nacionales de Marruecos.

3º El hecho de que la instrucción impugnada se refiera exclusivamente a los menores procedentes de Nador se explica por en el carácter transfronterizo de dicha población con la de Melilla y por la especial incidencia del continuo tránsito de personas de una ciudad a otra. Sin embargo, tal especificidad no excluye la aplicación del citado artículo 16.2 f) de la Ley 7/1985 al resto de ciudadanos extranjeros que pretendan empadronarse en Melilla.

SEGUNDO.- *La cuestión sometida a interés casacional en el auto de 25 de noviembre de 2021.*

Precisa que se trata de determinar si la exigencia de visado a los menores provenientes de Nador para hacer efectivo su empadronamiento en la Ciudad Autónoma de Melilla, derivada de la previsión contenida en el último apartado del acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno de esa ciudad autónoma, de 13 de mayo de 2019, por el que se procede a la aprobación de las “Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla”, constituye un trato discriminatorio tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias.

Y, en caso negativo, determinar la compatibilidad del referido acuerdo con la previsión contenida en el artículo 16.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, considerando lo instituido tanto en la Constitución como en los Convenios y Tratados Internacionales en materia de protección de la infancia de los que España es parte.

TERCERO.- *El recurso de Cáritas Española.*

Invoca la infracción de los artículos 14, 15, 27.1, 39.4 y 43 de la Constitución Española, de los artículos 2 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de los artículos 2 y 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los artículos 2.1, 3.1, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y del artículo 16. 2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Alega que la exigencia de visado a los menores procedentes de Nador para acceder al padrón municipal de Melilla, contenida en la disposición impugnada, determina un efectivo trato discriminatorio.

A su entender la sentencia recurrida realiza una interpretación manifiestamente errónea del precepto.

Sostiene que el artículo 16.2.f) *in fine* de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local determina que solamente podrá exigirse visado en el

empadronamiento a aquellos extranjeros que: (a) por virtud de Tratado o Acuerdo Internacional (b) disfruten de un régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo. Por consiguiente, la sentencia recurrida yerra al considerar que este precepto permite exigir el visado a todo menor que no disfrute de un régimen de exención. De hecho, establece todo lo contrario.

Adiciona que el tenor literal de la norma legal relevante en este recurso de casación no habilita, en modo alguno, la exigencia de visado a los menores procedentes de Nador para que puedan ser empadronados:

“Número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados no comprendidos en el inciso anterior de este párrafo, salvo que, por virtud de Tratado o Acuerdo Internacional, disfruten de un régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo con el municipio en el que se pretenda el empadronamiento, en cuyo caso, se exigirá el correspondiente visado”.

Recalca que este precepto no se refiere directamente a los menores de edad (y, en concreto, a los menores de edad procedentes de Nador). Además, como señaló en el escrito de preparación, no existe ningún Tratado entre España y Marruecos que cumpla con la definición del artículo 16.2.f) *in fine* en relación con los niños procedentes de Nador. En consecuencia, tampoco se daría el requisito contemplado en el propio artículo 16.2.f) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local relativo a la existencia de un Tratado o Acuerdo Internacional que exima del visado a los niños de Nador y que, en mera hipótesis, pudiera proporcionar algún tipo de cobertura o amparo legal a la disposición impugnada (punto 2.º) y a la decisión de la sentencia recurrida.

También trae a colación, las consideraciones expuestas en el Informe de la Abogacía General del Estado de 20 de enero de 2010 (Ref.: A.G. Justicia 1/10 y Documento nº 5):

“Los artículos 15 y 16 de la LRBRL vinculan la obligación de inscribirse en el Padrón municipal al hecho de vivir en España y residir habitualmente en un determinado municipio. [...] Como fácilmente se constata [...] éstas aluden únicamente a un dato fáctico (vivir en España, residir habitualmente en el municipio, contemplando la norma el supuesto de vivir en varios municipios) y no un dato jurídico, cual sería, en el caso de extranjeros, que éstos residiesen legalmente. [...] En realidad, los artículos 15 y 16 LRBRL no distinguen, a efectos de la obligación de inscribirse en el Padrón municipal entre españoles ni extranjeros ni, por tanto, contemplan el supuesto de los extranjeros como un supuesto específico para exigirles luego que su residencia en territorio español sea una residencia legal [...]. La exigencia, en el caso de ciudadanos extranjeros, de que residan legalmente en territorio español para poderse inscribir en el Padrón municipal hubiera requerido, por su importancia y su carácter restrictivo, una previsión o determinación expresa por parte del legislador, previsión que no existe ni se deduce del tenor de los citados preceptos legales”.

Resaltamos nosotros que tal informe fue anterior a la modificación operada en el artículo 16.2 f) de la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre.

A partir de lo expuesto, entiende que la exigencia de visado para empadronarse en la Ciudad Autónoma de Melilla única y exclusivamente a los menores procedentes de Nador constituye un trato discriminatorio que no encuentra cobertura ni amparo en nuestro ordenamiento jurídico.

Considera que debe responderse de forma afirmativa a la cuestión determinada en el auto de 25 de noviembre de 2021 en relación a *“si la exigencia de visado a los menores provenientes de Nador para poder hacer efectivo su empadronamiento en la Ciudad Autónoma de Melilla, derivada de la previsión contenida en el último apartado del Acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno de esa ciudad autónoma, de 13 de mayo de 2019, por el que se procede a la aprobación de las “Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla”, constituye un trato discriminatorio tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias”.*

Razona que, como constata el auto de 25 de noviembre de 2021, el empadronamiento constituye requisito necesario para acceder a servicios

básicos esenciales que se encuentran íntimamente vinculados con el ejercicio y disfrute de derechos fundamentales tales como educación o servicios sanitarios y asistenciales. Defiende que no se pueden establecer requisitos discriminatorios para acceder a esos derechos por parte de menores de edad, tal y como establece el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Esta exigencia supone, además, una vulneración de los derechos fundamentales a la educación e integridad física (en relación con el derecho al acceso a la salud), reconocidos en los artículos 15, 27.1, 39.4 y 43 de la CE, 2 del CEDH, 24, 26 y 28 de la CDN.

CUARTO.- *La oposición del Abogado del Estado*

Defiende la corrección jurídica de la sentencia impugnada en lo que manifiesta sobre la naturaleza del padrón y del visado.

Adiciona, con fundamento en el artículo 1 del Reglamento de extranjería, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, la exigencia del visado.

Mantiene que, como señala la sentencia recurrida, el hecho de que la instrucción impugnada se refiera exclusivamente a los menores procedentes de Nador se justifica por el carácter fronterizo de dicha población con la de Melilla y por la especial incidencia del continuo tránsito de personas de una ciudad a otra.

Ello no significa que tal concreción excluya la aplicación del artículo precitado artículo 16.2.f) de la Ley 7/1985 al resto de ciudadanos extranjeros que pretendan empadronarse en Melilla, simplemente pone de relieve su aplicación a los ciudadanos de Nador, lo que se efectúa por las razones prácticas expresadas.

Por tanto, no existe ninguna discriminación.

QUINTO.- *La sentencia firme de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2018 dictada en el recurso 770/2017.*

Esta Sala tiene constancia de la providencia de 27 de mayo de 2021, dictada en el recurso de casación 5033/2020 formulado por el Abogado del Estado en que se acuerda:

«la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra el auto de 15 de julio de 2020 confirmando el de 5 de marzo de 2020, dictado en ejecución de Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su recurso 770/2017.»

Adiciona la providencia:

«El fallo de la sentencia que se ejecuta acordó la “nulidad de pleno derecho de la instrucción técnica aprobada en cuanto discrimina a los menores extranjeros respecto de los nacionales españoles en cuanto a los requisitos de identificación para la inscripción en el padrón municipal”. Y la parte dispositiva del auto de 5 de marzo de 2020, ahora recurrido en casación, acordó “requerir a la Administración demandada para que adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de los pronunciamientos de nuestra sentencia en todo el territorio nacional, incluidos los territorios africanos”. No observamos contradicción alguna con los términos del fallo que se ejecuta, pues el Abogado del Estado, insiste en casación, como ya hizo en el recurso de reposición, que el auto no concreta medidas adicionales que tiene que adoptar la administración. y que no tiene en cuenta la diferente naturaleza que corresponde al Padrón municipal y a los censos de población, soslayando el razonamiento jurídico tercero del auto de 15 de julio de 2020.»

En el auto de 5 de marzo de 2020 dictado por la Audiencia Nacional en ejecución de la sentencia firme de 28 de diciembre de 2018 en su parte dispositiva se dijo:

«ACORDAMOS requerir a la Administración demandada para que adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de los pronunciamientos de nuestra sentencia en todo el territorio nacional, incluidos los territorios africanos.»

Y como razonamientos:

«SEGUNDO.-

[...]

Los entes locales colaboran con el Instituto Nacional de Estadística en la formación del censo de población, pero corresponde a éste la competencia exclusiva en la materia y deberá velar para que los padrones municipales se confeccionen según las instrucciones técnicas que dicte, sin que puedan prevalecer sobre éstas reglas específicas aprobadas por las entidades locales.

TERCERO. - En nuestra sentencia dijimos que el Padrón no tiene la finalidad de controlar la regularidad de la estancia de extranjeros en nuestro país. Es un mero censo de la población realmente existente, que tiene por objeto permitir a las Administraciones Públicas dimensionar los servicios públicos y conocer los recursos necesarios para atender las necesidades básicas de la población.

En cuanto que persigue constatar un hecho, y la inscripción en el mismo se configura como una obligación de quien reside efectivamente en el territorio municipal, las formalidades exigibles para el cumplimiento de este deber deben ser las mínimas indispensables para acreditar tal hecho.

En la medida en que el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que regula el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia dispone que "los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas en las mismas condiciones que los menores españoles", declaramos que esta igualdad de trato debía extenderse a las formalidades exigidas para la inscripción en el Padrón, que no podían ser distintas de las requeridas para acreditar la identidad y el hecho de la residencia de los menores españoles, en tanto que la inscripción en el Padrón es una formalidad necesaria para el acceso a los servicios básicos mencionados.

En nuestra sentencia declaramos la nulidad de los apartados de las instrucciones técnicas para la confección de los padrones municipales que exigían unas formalidades distintas a los menores extranjeros para su inscripción de las requeridas para el censo de los menores nacionales. Nuestros pronunciamientos -con los que se conformó la administración demandada- tiene efectos vinculantes en todo el territorio nacional, en tanto que tal era el ámbito territorial de las instrucciones técnicas anuladas, y la competencia estatal ejercida al aprobarlas, incluidos los territorios africanos.

CUARTO.- La exigencia de un visado para la inscripción de los menores marroquíes procedentes de la provincia de Nador contraviene grave y manifiestamente lo ordenado en nuestra sentencia. Impone una formalidad para la inscripción en el Padrón de estos menores distinta a la exigida a los nacionales.

Las entidades locales podrán ejercer competencias de inspección para asegurar que las declaraciones censales son veraces y que el menor reside en el territorio municipal de forma efectiva. Pero esos controles no pueden establecer formalidades discriminatorias en el momento de formular la solicitud de inscripción de los menores extranjeros.

El cumplimiento de la sentencia no puede limitarse a dictar unas instrucciones técnicas sin verificar su efectivo cumplimiento y sin reaccionar frente a instrucciones particulares dadas por un determinado ente local con el fin manifiesto de contravenir los pronunciamientos de nuestra sentencia.

La Administración demandada tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar que la sentencia sea cumplida por las entidades locales colaboradoras en la confección de los padrones municipales.

Con independencia de que este tribunal tenga o no competencia para la revisión de un acuerdo de un ente local, si la tiene para la ejecución de los pronunciamientos de la sentencia dictada, que deben desplegar efectos en todo el territorio nacional.»

En el auto de 15 de julio de 2020 desestimatorio del recurso de reposición contra el auto de 5 de marzo de 2020 se dice:

«**SEGUNDO.**- La ejecución de la sentencia corresponde a la Administración General del Estado, por más que la resolución anulada haya sido dictada por el INE. La personalidad jurídica de la que se dota al organismo autónomo no puede llevar a la conclusión de que solo éste está obligado por lo dicho en la sentencia, sino toda la Administración pública a la que se adscribe el ente instrumental.

La confección del censo de población es una competencia estatal. Los argumentos para respaldar esta afirmación se encuentran en el auto recurrido. Las entidades locales son meras colaboradoras del Instituto Nacional de Estadística que tiene atribuida la función de coordinación de las labores para la confección del censo.

[...]

No se trata de reaccionar frente a actos individualizados de gestión del padrón municipal que puedan desviarse de las instrucciones impartidas, cuya revisión no entra dentro del ámbito de ejecución de nuestra sentencia, sino ante un anuncio de no cumplimiento de las instrucciones dictadas en ejecución de sentencia, con la coartada de proclamar una supuesta competencia para dictar instrucciones específicas para el territorio africano, que convierten las acciones emprendidas por la Administración General del Estado en papel mojado,

aquietándose ésta, por razones de oportunidad política, a una situación evidente de desobediencia lo dispuesto en nuestra sentencia.

TERCERO.- [...]

Se pueden dictar instrucciones específicas respecto de Melilla, y recordar que la protección de los derechos de los menores no puede estar condicionada a las políticas de control de la migración.

También puede ejecutarse la sentencia mediante los requerimientos previstos en la legislación del régimen local dirigidos a la ciudad de Melilla para que deje sin efecto el acuerdo nulo acordado y cumpla con las instrucciones impartidas y, en caso de no obrar como se le requiere, ejercer las correspondientes acciones legales, tanto ante las jurisdicción contencioso-administrativa, como ante los tribunales penales.»

Conoce este Tribunal que en el BOE del 18 de mayo de 2019 el Ministerio de la Presidencia y Relaciones con las Cortes e Igualdad dicto la resolución de 9 de mayo, cuyo tenor es el siguiente:

«ANEXO

Resolución de 9 de mayo de 2019, del Presidente del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se modifica la Resolución de 30 de enero de 2015, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del Padrón municipal, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 28 de diciembre de 2018, dictada en el procedimiento ordinario 770/2017.»

En cuya virtud acordaron el Presidente del Instituto Nacional de Estadística y el Director General de Cooperación Autonómica y Local:

«Asimismo, para los menores extranjeros nacidos en España es obligatoria su inscripción en el Registro Civil y el traslado de la misma al correspondiente libro de familia, por lo que este también será un documento suficiente para acreditar sus datos de identificación durante un plazo máximo de tres meses desde su nacimiento, tras el cual dicha acreditación se realizará con la misma documentación exigida para los mayores de edad.

Para menores extranjeros no nacidos en España la ley no realiza distinción con los mayores de edad, por lo que se exigirán los mismos documentos de identificación para ambos.»

SEXTO.- *La posición de la Sala sobre la regulación del Padrón en la Ley de Bases del Régimen Local en relación con la normativa protección del menor conduce a la estimación del recurso.*

Hemos de partir de que el artículo 16 de la Ley de Bases de Régimen Local reputa al padrón municipal como el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio, por lo que sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo.

El precitado artículo 16 añade que:

“La inscripción en el padrón municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente.”

Y en su apartado f):

“Número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados no comprendidos en el inciso anterior de este párrafo, salvo que, por virtud de Tratado o Acuerdo Internacional, disfruten de un régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo con el municipio en el que se pretenda el empadronamiento, en cuyo caso, se exigirá el correspondiente visado.”

Y recordemos que el mencionado artículo 15 establece que:

“toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente.”

También de forma significativa el artículo 17 estatuye que:

“La formación, mantenimiento, revisión y custodia del padrón municipal corresponde al Ayuntamiento, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado.”

Y el artículo 18.2. dice:

«La inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España»

Aquí no se trata de indicaciones relativas a extranjeros mayores de edad sino que afectan también a menores de edad en cuyo caso debe atenderse a dos normas prioritarias a la Ley de Bases de Régimen Local como son la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Así la Convención de los Derechos del Niño estatuye en sus artículos:

«Artículo 2.1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.»

«Artículo 3.1. 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.»

Tales mandatos también se establecen en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 10 dice:

«3. Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley.

Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.»

Y el extenso artículo 20 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, tanto en su redacción originaria como en la vigente tras su modificación por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, al referirse al acogimiento transfronterizo de los menores de edad tampoco establece una exigencia de visado para los citados menores.

Dada tal regulación, no cabe entender que unas instrucciones para la gestión del padrón municipal en un municipio concreto puedan innovar el ordenamiento jurídico que ha de examinarse en su totalidad teniendo en cuenta esencialmente, en este caso, la Convención de los Derechos del Niño.

El padrón no es el instrumento para controlar las estancias irregulares por lo que si de su inscripción se desprenden derechos para los menores de edad no cabe imponer exigencias no previstas por la Ley Orgánica que los protege.

Por tal razón procede la estimación del recurso de casación y, por ende, la estimación del recurso contencioso administrativo, con la subsiguiente anulación de la resolución de 13 de mayo de 2019 del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla.

SÉPTIMO.- *La respuesta a la cuestión de interés casacional.*

La exigencia de visado a los menores provenientes de Nador para hacer efectivo su empadronamiento en la Ciudad Autónoma de Melilla, derivada de la previsión contenida en el último apartado del acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno de esa Ciudad Autónoma, de 13 de mayo de 2019, por el que se procede a la aprobación de las “Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla”, carece de cobertura legal y

constituye un trato discriminatorio tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias.

OCTAVO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En cuanto a las de instancia se imponen las costas a la Ciudad Autónoma de Melilla hasta el límite de 1.000 euros más IVA por todos los conceptos.

FALLO

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

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Cáritas Española contra la sentencia de fecha 9 de abril, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso administrativo núm. 30/2020, que se anula y se deja sin efecto.

SEGUNDO.- Se estima el recurso contencioso administrativo deducido por Cáritas Española contra la resolución de 13 de mayo de 2019 del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla que se anula en lo relativo a la exigencia de visado a los menores domiciliados en Nador.

TERCERO.- Fijar como doctrina casacional la reflejada en el penúltimo fundamento de Derecho.

CUARTO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho.

QUINTO.- Publicar esta sentencia en el Boletín Oficial de Melilla.

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

Así se acuerda y firma.