

Dictamen n.º: **525/23**  
Consulta: **Consejera de Familia, Juventud y Asuntos  
Sociales**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **05.10.23**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 5 de octubre de 2023, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Familia, Juventud y Política Social, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. .... (presidenta de la Fundación .....), actuando en nombre y representación de la citada fundación, y esta, a su vez, en nombre y representación de D. ...., con asistencia letrada, por los presuntos daños sufridos como consecuencia de la negación de acceso del reclamante al sistema de protección de menores.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de agosto de 2020, fue presentada en el registro electrónico del entonces Ministerio de Política Territorial y Función Pública la solicitud formulada por la persona citada en el encabezamiento del presente dictamen, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial, por funcionamiento anormal de los servicios públicos y de la Administración de Justicia, en reclamación de los daños que le han sido causados a su representado por la actuación de la Comunidad de Madrid, el Ministerio Fiscal y el

Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid, solicitando la reparación de los mismos, en cumplimiento del Dictamen emitido el 31 de mayo de 2019 (notificado el 18 de junio de 2019) por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en relación con la comunicación 22/2016, y de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 31 de mayo de 2019 (notificada el 4 de junio de 2019).

El escrito refiere que el reclamante, nacido en Camerún el 1 de diciembre de 2000, llegó a España el 23 de abril de 2016, cuando tenía solo 15 años y, sin embargo, no fue identificado como menor de edad ni adecuadamente protegido. El reclamante señala que *“vagó entre recursos para mayores de edad y las calles hasta que, tras haber recibido apoyo de distintas personas y organizaciones, pudo tramitar su documentación y solicitar su pasaporte ante las autoridades competentes de su país de origen”*.

La reclamación indica que el 29 de diciembre de 2016 fue puesto a disposición de la Policía Municipal, primero, y de los servicios de protección de menores, después, contando en ese momento con diversa documentación oficial que le identificaba como menor de edad (16 años recién cumplidos) y con el resguardo de estar tramitando su pasaporte.

El escrito expone que el menor fue sometido a un procedimiento de determinación de edad ante la Fiscalía Provincial de Madrid, *“en el que no se le permitió contar con la presencia del letrado ni de la persona de confianza que él mismo había designado para que le representasen, y determinado mayor de edad en un decreto que provocó su expulsión del sistema de protección de menores el 3 de febrero de 2017”* cuando, en ese momento, el adolescente tenía diagnosticadas diversas enfermedades que requerían tratamiento continuado.

La reclamación continúa relatando que, desde entonces, y hasta que alcanzó la mayoría de edad el 1 de diciembre de 2018, el menor se vio abocado al “*sinhogarismo*”, dependiendo de recursos previstos para personas sin hogar (no adecuados para menores de edad) y/o de la solidaridad de personas o entidades sin ánimo de lucro. Se señala que tuvo además serias dificultades para acceder al tratamiento médico y a las vacunas que le eran necesarias y también a diversos recursos formativos y de ocio, pues *“pese a que portaba documentación oficial de su país que le identificaba como menor de edad (y que no había sido invalidada en modo alguno), no contaba con un representante legal que pudiera suscribir los documentos necesarios supliendo su falta de capacidad”*.

El escrito señala que, durante estos años: *“a) al reclamante se le inició un expediente de expulsión que recurrió y en el que obtuvo una sentencia estimatoria que le consideró menor de edad; b) tramitó una comunicación ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que instó al Estado Español a protegerle cautelarmente (algo que nunca se cumplió) y que finalmente ha emitido un Dictamen considerando que el Estado español ha vulnerado la Convención de Derechos del Niño al vulnerar los derechos de D., instándole a, entre otras cosas, restaurar al reclamante en los daños sufridos; c) tramitó un procedimiento de oposición al cese de tutela ante la Jurisdicción Civil, en el que nunca se resolvió siquiera sobre la petición de medidas cautelares de protección que se instaron, pero que ha finalizado por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid reconociendo que dichas medidas cautelares debieron acordarse y que la decisión administrativa fue incorrecta y debió haberse tutelado y protegido al reclamante mientras fue menor de edad; y d) durante todo este tiempo se ha solicitado reiteradamente a la Fiscalía Provincial de Madrid que revisase su decisión de determinación de edad, aportando el pasaporte y las distintas resoluciones favorables que iba obteniendo el menor, y nunca lo hizo”*.

La reclamación señala que en la actualidad, habiendo obtenido las resoluciones mencionadas, que por fin reconocen la validez de su documentación y su verdadera edad, el reclamante está en vías de regularizar su situación administrativa con efectos retroactivos al momento en que debió ser adecuadamente tutelado y protegido por la Administración Pública, con los efectos inherentes a tal situación. Reprocha, sin embargo, que nada podrá reponerle en la situación que debió haberse producido, en los años en que debió estar protegido y cuidado y, sin embargo, se le dejó en situación de calle, enfermo y solo, pues no sólo se le privó de protección desde los 16 a los 18 años, sino que tampoco pudo acceder a programas de acompañamiento a la vida adulta a los que eventualmente habría tenido derecho y que le hubieran podido proporcionar apoyo hasta incluso los 21 años.

En consecuencia, según la reclamación, surge la obligación de reparar el daño causado al entonces menor, indemnizándole debidamente por los daños sufridos, pues así lo ha declarado el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, cuya resolución es vinculante para los poderes públicos y la Administración Pública española.

La reclamación también indica que el interesado ha tratado de obtener el cumplimiento de este dictamen de Naciones Unidas y el resarcimiento de los daños sufridos de forma voluntaria, dirigiéndose a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional con el fin de iniciar el expediente correspondiente pero, a fecha de interposición de la reclamación, no ha obtenido respuesta alguna a su petición, por lo que se ve en la obligación de iniciar el presente procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por el incorrecto funcionamiento de los servicios públicos.

**SEGUNDO.-** A continuación, el escrito de reclamación realiza un relato fáctico, del que podemos extraer los siguientes pasajes que estimamos relevantes:

1.- El reclamante “... nació el (...) de (...) del 2000 en (...) (Camerún)...Llegó a Ceuta el 23 de abril de 2016 sin ningún adulto que se responsabilizase de él... El 27 de septiembre de 2016 fue trasladado del Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes a Algeciras y luego a Madrid. ...En octubre de 2016, su familia le envió su acta de nacimiento original, el 27 de octubre acudió a la Embajada de Camerún en Madrid para solicitar su pasaporte. Allí obtuvo también su tarjeta de identidad consular y su certificado de inscripción consular...

El 29 de diciembre de 2016, la entidad sin ánimo de lucro Fundación ..... se puso en contacto con la Policía Municipal de Madrid para poner a su disposición al menor de edad, documentado, que se encontraba en situación de desamparo. Dos agentes tutores de la Policía Municipal del Distrito de Hortaleza se personaron en la sede de Fundación ..... y pusieron a (...) a disposición de los Servicios de Protección de la Comunidad de Madrid, a la vista de la evidente situación de desamparo en la que se encontraba y la documentación original y oficial de su país de origen que el menor portaba (copia de la partida de nacimiento, resguardo de haber solicitado el pasaporte, original de la tarjeta de identidad consular y original del certificado de inscripción consular), que acreditaba de forma fehaciente su minoría de edad, junto con un escrito en el que designaba a como su letrado y a ... presidenta de Fundación ....., como representante para el ejercicio de su derecho a ser oído. En ese escrito también declaraba su negativa a someterse a pruebas médicas de determinación de la edad por aportar documentación original y oficial acreditativa de su minoría de edad. Ese mismo día, ... fue trasladado al Centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza en Madrid y puesto así a disposición de los

*Servicios de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid. ...el 3 de febrero de 2017, a las 5 de la tarde, desde el centro de Hortaleza le comunicaron que iba a ser expulsado del centro esa misma tarde porque el Fiscal había dictado un decreto de mayoría de edad (de 26 de enero anterior). ...en la resolución administrativa, se resuelve “no procede adoptar la medida de tutela”...*

*A principios de marzo de 2017, contando aún con 16 años de edad, recogió su pasaporte original en la Embajada de Camerún...Estando en la calle, inicialmente el Samur Social le trasladó al Centro Abierto Municipal para Personas sin Hogar “Catalina Labouré”, donde estuvo varios días... Desde entonces, ha vivido temporadas en la calle y otras acogido por personas que, ante la situación en la que se encontraba, le han apoyado esporádicamente....Se le diagnosticó esquistosomiasis, una enfermedad parasitaria relativamente común en países en vías de desarrollo, especialmente en África... tuvo diagnosticado ITBL (infección tuberculosa latente), iniciándose el tratamiento en ese sentido...se le ha diagnosticado malaria, teniendo tratamiento pautado en ese sentido...”*

*2.- “Los hechos que han sido narrados en el apartado anterior fueron oportunamente puestos en conocimiento del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, por entender que la actuación del Estado español suponía, entre otras, una vulneración directa de la Convención de Derechos del Niño, de la que España es parte. En el seno de ese procedimiento, al que España se sometió mediante la firma del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, el Comité solicitó, el 13 de junio de 2017, al Estado español, suspender la ejecución de la orden de expulsión que en aquel momento existía en contra del Sr. ... mientras el asunto estuviera bajo examen del Comité, “así como su traslado a un centro de protección de menores y el pronto suministro del tratamiento médico necesario para combatir las enfermedades diagnosticadas”...*

El procedimiento ante el Comité de Derechos del Niño continuó por sus trámites y finalizó mediante dictamen emitido el 31 de mayo de 2019 y notificado el 18 de junio siguiente, en el que se contienen, entre otras, las siguientes declaraciones:

*“...El Comité recuerda la Observación general conjunta núm. 4 del Comité, en el sentido de que los documentos de identidad deben de considerarse auténticos salvo que se pruebe lo contrario. Igualmente, no se debe declarar la mayoría de edad exclusivamente con base en la negativa de la persona de someterse a pruebas médicas.*

*En el presente caso, el Comité observa que: a) en ningún momento se le dieron validez a los documentos de identidad oficiales y originales aportados por el autor en su proceso de determinación de la edad, incluido su acta integral de nacimiento (cuyo original estaba disponible en las oficinas de la Embajada de Camerún en Madrid), su tarjeta de identidad consular, su certificado de inscripción consular y el resguardo de la solicitud de pasaporte, antes de la adopción del decreto de determinación de su mayoría de edad; y posteriormente, su pasaporte con datos biométricos, puesto en conocimiento de las autoridades pertinentes solicitando la revisión del decreto que determino su mayoría de edad; b) como consecuencia, el Estado parte considero al autor como inmigrante indocumentado y le solicito someterse a pruebas médicas; c) con base en la negativa del autor de someterse a tales pruebas por disponer de documentos de identidad oficiales y originales, la Fiscalía de menores emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad; y d) el autor no fue acompañado por un tutor ni un representante en el proceso de determinación de la edad al que fue sometido....*

*El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido de que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad y que, en consecuencia, se le podía considerar directamente como tal. Sin embargo, el Comité recuerda su Observación General núm. 6 en el sentido de que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo sino también su maduración psicológica, que la evaluación debe basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal.*

*El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor –no refutadas por el Estado parte– de que no fue asistido por un tutor o el representante que había designado, para defender sus intereses en tanto que posible niño durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité considera que los Estados parte deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, o bien reconocer los representantes designados por ellos. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser oído. Al contrario, la falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial...*

*El Comité también toma nota de la afirmación del Estado parte en el sentido de que un menor no acompañado será considerado documentado si se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad análogo con datos biométricos que certifique la edad.*

*Sin embargo, el Comité observa que precisamente en el presente caso el autor aportó su pasaporte con datos biométricos, cuya veracidad fue rechazada por la Fiscalía a pesar de no haberse demostrado dicha falta de veracidad.*

*A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien alegaba ser un niño, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular la falta de consideración de los documentos de identidad oficiales y originales del autor emitidos por un país soberano, la declaratoria de mayoría de edad frente a la negativa de someterse a pruebas de determinación de la edad, y el rechazo de su representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el autor, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención...*

*El Comité considera que la edad y fecha de nacimiento de un niño forman parte de su identidad y que los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos.*

*En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no respetó la identidad del autor al negarle cualquier tipo de valor probatorio a todos los documentos oficiales aportados que acreditaban su minoría de edad, sin tan solo analizar su validez y sin haber cotejado los datos de dichos documentos con las autoridades del país de origen del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte violó el artículo 8 de la Convención...el Comité también toma nota de las alegaciones del*

*autor, no refutadas por Estado parte, de ausencia de protección del Estado frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante, no acompañado y enfermo, así como la contradicción al reconocer al autor mayor de edad, pero al mismo tiempo exigirle un tutor para dispensarle tratamientos y vacunas.*

*El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso después de que el autor presentara a las autoridades españolas documentos de identidad que confirmaban que era un niño. El Comité considera que lo anterior constituye una violación de los artículos 20 (1) y 24 de la Convención... Como consecuencia, el Estado parte debe proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluido ofreciendo la oportunidad de que regularice su situación administrativa en el Estado parte...”.*

3.- Continúa exponiendo el escrito que “cuando se expulsó al menor del sistema de protección, se le dejó en la calle en situación irregular administrativa, y ello provocó que se dictase, en abril de 2017, un decreto de expulsión del Sr..... Esa resolución administrativa fue objeto de recurso contencioso administrativo, del que conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de Madrid. En el recurso, el Sr...solicitó la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida y el reingreso del menor en el Centro de Primera Acogida de Menores “Hortaleza”. Con fecha 1 de agosto de 2017, el Juzgado estimó la medida cautelar de suspensión de la expulsión, pero no la de tutela del menor, por considerarse incompetente para su adopción”.

Finalmente, el 9 de abril de 2018... el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid estimó y anuló la resolución de expulsión del Sr..... emitida por la Delegación del Gobierno de Madrid. Dicha sentencia considera en su fundamento jurídico cuarto:

*“(...) No obstante, se reitera que ese pasaporte corresponde al menor de edad recurrente, sin que la Administración haya interesado prueba alguna tendente a desvirtuar la veracidad o autenticidad del mismo. En consecuencia en fecha en la que se incoó y se resolvió el expediente, el recurrente era menor de edad”.*

Dicha sentencia fue declarada firme por ese mismo juzgado mediante diligencia el 28 de mayo de 2018, cuando el Sr. ... contaba aún con 17 años y medio.

En fecha 3 de abril de 2017 se inició un procedimiento de oposición al cese de tutela con la solicitud de medida cautelar consistente en el ingreso en el sistema de protección. El asunto correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid que, tras varios escritos del demandante interesando el impulso procesal oportuno, en fecha 23 de junio de 2017 formó pieza de medidas cautelares, y el 6 de julio tuvo por presentado escrito en el que se aportaba la comunicación del Comité de Derechos del Niño en el sentido de solicitar al estado español la misma medida provisional que el demandante solicitaba que adoptase el Juzgado.

Finalmente, en fecha 13 de noviembre de 2018, se notificó sentencia desestimatoria. Dicha sentencia fue recurrida en apelación en fecha 13 de diciembre de 2018, cuando el demandante ya había alcanzado la mayoría de edad. El recurso de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22<sup>a</sup>, que en Sentencia de 31 de mayo de 2019, (notificada el 4 de junio de 2019)... dictó el siguiente FALLO:

*“Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación de don...contra la sentencia de 12 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de 1º Instancia, Familia nº 79 de Madrid, en autos de impugnación de la resolución administrativa,*

*seguidos, bajo el nº 293/2017, debemos revocar y revocamos la resolución adoptada y sin dar lugar a la nulidad interesada, debemos declarar y declaramos que cuando se dictó la resolución administrativa de 2 de febrero de 2016, por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, don ... era menor de edad, y se debió de haber constituido la tutela del menor, con todos los efectos legales inherentes”.*

4. En relación con la actuación de Fiscalía, el escrito relata lo siguiente:

*“1. Como se ha mencionado, a pesar de que... estaba documentado cuando accedió al sistema de protección de menores, y constaba que estaba en vías de obtener su pasaporte, la Fiscalía Provincial de Madrid incoó diligencias de determinación de edad... Desde Fundación ....., se envió escrito vía fax a la Fiscalía adjuntando la documentación de... acreditativa de su minoría de edad, comunicándole además a la Fiscalía que la Embajada de Camerún había dicho que a partir del 20 de febrero podría ir a recoger su pasaporte. Sin embargo, no se recibió respuesta al mismo.*

*Durante la comparecencia en la Fiscalía, la Sra. Fiscal..., solicitó a... que se hiciese pruebas de determinación de la edad, a pesar de estar éste documentado, diciéndole que si se negaba a hacerse las pruebas, sería considerado mayor de edad y expulsado del Centro de Hortaleza. ... se negó a realizar las pruebas ya que disponía de documentación original y oficial expedida por las autoridades de su país de origen. Así, el 3 de febrero de 2017, desde el Centro de Hortaleza le comunicaron que iba a ser expulsado del centro esa misma tarde porque el Fiscal había dictado un decreto de mayoría de edad (de 26 de enero). En el*

*momento de salir por la puerta le entregaron el decreto de mayoría de edad y la resolución administrativa de baja del centro.*

*En junio de 2017 se solicitó la revisión aportando el pasaporte, ya recogido en su embajada. Esa revisión fue denegada por la fiscal..., que no dio validez alguna al documento oficial, pero tampoco realizó gestión alguna con las autoridades consulares para comprobar la fiabilidad del mismo, ni inició actuación alguna para invalidar formalmente esa documentación.*

*Posteriormente, tras la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 24 de Madrid, Fundación ..... se dirigió a la Fiscalía Provincial de Madrid (Sección de Menores) para solicitar la revisión del Decreto de acuerdo a lo establecido en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (Capítulo Quinto, apartado sexto, 2, letra B): ‘el decreto del Ministerio Fiscal disponiendo la mayoría o minoría de edad de extranjero es revisable de oficio o a instancia de quien ostente un interés legítimo. La revisión procederá (b) cuando se comunique al Ministerio Fiscal cualquier sentencia o auto judicial de cualquier orden jurisdiccional que establezca otra diferente’.*

*... el Ministerio Fiscal acordó: no proceder a la revisión del Decreto de mayoría de edad (...) por considerar que la Sentencia dictada por el Juzgado Contencioso – Administrativo nº 24 de Madrid, en fecha 9 de abril de 2018, en nada desvirtúa las valoraciones realizadas en el referido Decreto enjuiciándose únicamente por parte del Juzgado de lo Contencioso la resolución de la Delegación del Gobierno por la que se decretaba la expulsión de... del territorio nacional...”.*

El escrito de reclamación concluye que la actuación de la Administración ha causado notables daños morales al reclamante, que se cuantifican prudencialmente a tanto alzado en la cantidad de 100.000 euros.

Con la reclamación se adjunta la siguiente documentación:

- Poder general para pleitos de 5 de marzo de 2018 a favor de Fundación .....

- Documentación de la Embajada de Camerún: carta de identidad y partida de nacimiento.

- Pasaporte.

- Documento de informe médico/autorización de solicitud de medicamentos extranjeros.

- Informe médico del Hospital Universitario La Paz de 1 de marzo de 2017.

- Informe médico del Hospital Universitario La Paz de 26 de abril de 2017.

- Receta de medicación.

- Formulario de empadronamiento del Ayuntamiento de Madrid (sin cumplimentar).

- Solicitud de prueba para la temporada 2017/2018 en la Escuela de Fútbol Concepción (sin cumplimentar).

- Nota clínica del Hospital Universitario La Paz de 21 de abril de 2017.

- Acuse de recibo de 13 de junio de 2017 de la solicitud presentada en fecha 12 de junio de 2017 ante el Comité de los Derechos del Niño.

- Dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 31 de mayo de 2019.

- Solicitud de ejecución del Dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 28 de noviembre de 2019.

- Justificante de presentación de la solicitud de ejecución del Dictamen del Comité de los Derechos del Niño en el Registro del Ministerio de Política Territorial y Función Pública de 3 de diciembre de 2019.

- Decreto de la Fiscalía de Menores de Madrid de determinación de mayoría de edad de 26 de enero de 2017.

- Solicitud de revisión del Decreto de la Fiscalía de Menores de Madrid formulado por la Fundación ..... de fecha 19 de junio de 2017.

- Remisión del Decreto de revisión del Decreto de determinación de edad de 17 de junio de 2017.

- Decreto de la Fiscalía de Menores de Madrid de no revisión del Decreto de determinación de edad de 27 de junio de 2017.

- Solicitud al Juzgado de 1ª Instancia número 79 de Madrid de adopción de medida cautelar urgente de 6 de julio de 2017 de asunción de tutela del menor por parte de la Comunidad de Madrid.

- Solicitud al Juzgado de 1ª Instancia número 79 de Madrid de adopción de medida cautelar consistente en la adopción de tutela por parte de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2017.

- Diligencia del Juzgado de 1ª Instancia número 79 de Madrid para la apertura de pieza de adopción de medidas cautelares de 21 de julio de 2017.

- Auto de 25 de julio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid estimatorio de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la Resolución de la Delegación de Gobierno en Madrid de 5 de abril de 2017 de expulsión del territorio nacional.

- Diligencia de ordenación de 2 de noviembre de 2017 del Juzgado de 1ª Instancia número 79 de Madrid de celebración de vista del procedimiento de Medidas Cautelares.

- Sentencia de 9 de abril de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid estimatoria del recurso contencioso-administrativo presentado contra la Resolución de la Delegación del Gobierno sobre la expulsión del territorio nacional.

- Diligencia de ordenación de 29 de mayo de 2018 declarando la firmeza de la Sentencia de 9 de abril de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid.

- Solicitud de 22 de junio de 2018 dirigida a la Fiscalía Provincial de Menores de revisión del Decreto de mayoría de edad de 26 de enero de 2017, conforme a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid de 9 de abril de 2018 cuya firmeza ha sido declarada mediante Diligencia de Ordenación de 28 de mayo de 2018.

- Decreto Fiscalía Provincial de Menores de Madrid de 23 de julio de 2018 de archivo de diligencias.

- Solicitud de 20 de septiembre de 2018 al Juzgado de 1ª Instancia nº 79 de Madrid para la adopción de medida cautelar de asunción de la tutela del menor por parte de la Comunidad de Madrid.

- Sentencia nº 441/2018 del Juzgado de 1ª Instancia nº 79 de Madrid sobre oposición de medidas de protección de menores de 12 de noviembre de 2018.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2019 estimatoria del Recurso de Apelación nº 338/2019 contra la Sentencia de 12 de noviembre de 2018.

- Diligencia de ordenación de la Audiencia Provincial Civil de Madrid declarando la firmeza de la Sentencia de 31 de mayo de 2019, dictada en autos del Recurso de Apelación nº 338/2019.

- Resolución adoptada por la vicepresidenta de la Comisión de Tutela del Menor de 2 de febrero de 2017, que registra en el expediente como fecha de nacimiento del reclamante la decretada por la Fiscalía de Menores (3 de enero de 1998, fecha que consta en el expediente de expulsión).

- Remisión al reclamante de la Resolución de la Comisión de Tutela del Menor de 19 de junio de 2017.

De igual modo, se solicita que se dé traslado de determinada documentación, entre la que se encuentra:

- Copia completa del expediente de tutela 08-TU-02051.7/2016.

- Copia completa del expediente que obre en la Fiscalía de Protección de Menores de Madrid en relación con el reclamante y en concreto con las diligencias preprocesales 12/2017.

- Copia completa de los autos de oposición a medidas de protección de menores 293/2017 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid, incluida la pieza separada de medidas cautelares, así como del rollo de apelación 338/2019 seguido ante la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.

- Estimación del presupuesto público que la Dirección General de la Familia y el Menor destinó para la acogida en centros de acogida urgente y centros de adolescentes en los años 2017 y 2018.

**TERCERO.-** A causa de la referida reclamación, se han desarrollado las siguientes actuaciones administrativas:

- Con carácter previo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), con fecha 2 de octubre de 2020 se emite informe por la Dirección General de Infancia, Familias y Natalidad, al que se acompaña la siguiente documentación:

- Documento 1: Oficio de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de 29 de diciembre de 2016.

- Documento 2: Documentación aportada por el reclamante a su ingreso en el centro de primera acogida.

- Documento 3: Escrito aportado por el reclamante en el momento de su ingreso en el centro de primera acogida.

- Documento 4: Certificado consular del reclamante.

- Documento 5: Resolución de 30 de diciembre de 2016 acordando la apertura del expediente de constitución de diligencias informativas.

- Documento 6: Decreto de la Fiscalía de Menores de Madrid de 26 de enero de 2017.

- Documento 7: Resolución de 2 de febrero de 2017 acordando la baja administrativa y la no procedencia de la medida de protección.

- Documento 8: Comunicación de la baja en el centro de primera acogida.

- Documento 9: Decreto del Fiscal 26 de junio de 2017 resolviendo la revisión del Decreto de 26 de enero de 2017.

- Documento 10: Sentencia número 441/2018, de 12 de noviembre de 2018, del Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid.

- Documento 11: Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, de 31 de mayo de 2019, resolviendo el recurso de apelación contra la Sentencia de 12 de noviembre de 2018.

- Documento 12: Informe de la jefa del Área de Protección de 17 de septiembre de 2020.

En el informe de la Dirección General de Infancia, Familias y Natalidad de 2 de octubre de 2020, se señala, entre otras cuestiones, que el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, atribuye al Ministerio Fiscal la responsabilidad de ordenar la práctica de pruebas médicas de determinación de edad de aquellos extranjeros que hubieren sido localizados por los cuerpos y fuerzas de

Seguridad del Estado cuando, hallándose indocumentados, su minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la comunidad autónoma en la que se halle.

El informe refiere que este precepto es a su vez desarrollado en el artículo 190 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante Reglamento de Extranjería) que, en su apartado cuarto, dispone que en el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al delegado o subdelegado del Gobierno competente. Señala que, además, el artículo 12.4 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, dispone 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.

El escrito recuerda que, 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, y que 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.

El informe prosigue indicando que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 190.2 del Reglamento de Extranjería, *el*

*“Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”* aprobado por Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de 22 de julio de 2014 (publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 251, de 16 de octubre de 2014), dedica su capítulo V a los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. En concreto, el apartado sexto, relativo a la revisión del decreto del Ministerio Fiscal, en su subapartado 2.C. señala que la Entidad pública de protección de menores no puede, unilateralmente, fijar una edad distinta a la previamente establecida en el decreto del Ministerio Fiscal.

Además, según el órgano informante, en el supuesto concreto objeto de la reclamación, si bien la Sentencia de la Audiencia Provincial (Civil) de Madrid, de 31 de mayo de 2019, que estimó el recurso de apelación, declara que cuando se dictó la resolución administrativa de 2 de febrero de 2017, por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, el reclamante era menor de edad y se debió haber constituido su tutela con todos los efectos legales inherentes, de ello no deriva que la actuación administrativa no fuera ajustada a derecho, sino que, muy al contrario, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de apelación se dice que:

*“Partiendo de las anteriores normas aplicables y la jurisprudencia, examinadas las actuaciones, se ha de concluir que en todo momento se ha respetado el interés del menor en la tramitación del expediente y en la resolución impugnada (...) en consecuencia no procede declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada, considerando este tribunal que se ha respetado el ordenamiento jurídico, así el menor ha sido oído, se ha cuidado su*

*integridad física, ha tenido intérprete y asistencia letrada cuando se exige en el ordenamiento jurídico”.*

En consecuencia, entiende el órgano administrativo que, según la sentencia, la razón para impugnar la resolución administrativa reside en que el decreto para la determinación de la edad del Ministerio Fiscal es irrecurrible de modo directo, pero es impugnabile en vía indirecta mediante el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores regulado en el artículo 780 de la LEC.

Posteriormente, mediante oficio de 4 de noviembre de 2022 de la jefa de Área de Régimen Jurídico y Recursos, se confiere trámite de audiencia al reclamante, afirmándose que se adjuntan con el oficio el informe de 2 de octubre de 2022 de la entonces Dirección General de Infancia, Familias y Natalidad y el informe de la jefa del Área de Protección de 17 de septiembre de 2020. Sin embargo, con fecha 28 de noviembre de 2022 la representante de la reclamante presenta escrito solicitando que se le dé traslado de los documentos mencionados en el informe emitido por la Directora General de Infancia, Familias y Natalidad de la Comunidad de Madrid (aparentemente adjuntos al mismo), y se le conceda nuevo plazo de alegaciones a fin de poder formularlas a la vista del expediente íntegro.

Asimismo, reitera la propuesta de prueba incluida en el escrito inicial de reclamación.

Sin que conste más documentación en el expediente, se formula propuesta de resolución de 29 de mayo de 2023 por la secretaria general técnica de la entonces Consejería de Familia, Juventud y Política Social, en la que se pronuncia sobre la prueba propuesta por el reclamante y se propone desestimar la reclamación presentada al considerar que la Administración de la Comunidad de Madrid, como

entidad pública de protección de menores, de forma unilateral no puede determinar ni fijar una edad distinta a la previamente establecida por el Ministerio Fiscal y no existir un daño antijurídico.

Remitido el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora, se emite el Dictamen 377/23, de 13 de julio, en el que se estima necesaria la retroacción de las actuaciones para que se dé audiencia en el procedimiento en debida forma al reclamante, a través de su representante, *“ya que, con fecha 28 de noviembre de 2022 dicho representante había presentado escrito solicitando que se le diera traslado de los documentos mencionados en el informe emitido por la Directora General de Infancia, Familias y Natalidad de la Comunidad de Madrid (aparentemente adjuntos al mismo), y se le concediera nuevo plazo de alegaciones a fin de poder formularlas a la vista del expediente íntegro. No obstante, su petición no recibió la adecuada respuesta por parte del órgano instructor a la vista del expediente remitido, de modo que la fundación no pudo formular alegaciones”*.

**CUARTO.-** Posteriormente, con fecha 11 de septiembre de 2023, se ha recibido en esta Comisión Jurídica Asesora oficio de la consejera de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, en el que se hace constar lo siguiente:

*“...Analizado el expediente, se advierte que, por error, no fue remitido el expediente íntegro, no habiéndose incluido un segundo trámite de audiencia sustanciado en el expediente en el que le fueron enviados a la parte reclamante la totalidad de documentos integrantes del mismo. En la comunicación del segundo Trámite de Audiencia se recordaba el derecho a presentar nuevas alegaciones, siendo hasta la fecha de hoy que la parte reclamante no las ha presentado... En consecuencia suscribo la presente solicitud que se acompaña de copia completa del expediente (nº*

*RPA 18/2020), junto con la correspondiente propuesta de resolución y un índice numerado de los documentos que contiene”.*

A tal efecto, consta en el expediente oficio del órgano instructor de 7 de diciembre de 2022, confiriendo al reclamante plazo para formular alegaciones, escrito que se acompaña de 52 documentos que integran la copia del expediente completo. De igual modo, se ha incorporado a dicho expediente la aceptación de su notificación electrónica el día 9 de diciembre de 2022.

Ha correspondido la solicitud de nueva consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 514/23, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 5 de octubre de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f.a) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 €, y la solicitud se efectúa por la consejera de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, órgano legitimado para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

La normativa aplicable a la presente reclamación viene determinada por LPAC y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), a la vista de la fecha de iniciación del procedimiento.

**SEGUNDA.-** El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de LPAC en relación con el artículo 32.1 de la LRJSP, al ser la persona directamente perjudicada, según reclama, en su ámbito patrimonial y psicosocial por la supuesta actuación negligente de la entidad pública competente en materia de protección de menores. Actúa en el procedimiento por medio de representante, la presidenta de la Fundación ....., con poder conferido al efecto.

En cuanto la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, deriva del artículo 26.1.24 de su Estatuto de Autonomía, que le atribuye competencia exclusiva en protección y tutela de menores y el desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud. En este sentido, la derogada Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, señalaba en su artículo 78 *que “la Comisión de Tutela del Menor ejercerá las funciones que a la Comunidad Autónoma de Madrid le corresponden en materia de protección de menores en aplicación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción”*.

Por su parte, la nueva Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, crea en su artículo 50.1 la Comisión de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, estableciendo que *“la Comisión de Protección a la Infancia y a la Adolescencia es el órgano colegiado al que corresponden las funciones atribuidas por la Ley*

*Orgánica 1/1996, de 15 de enero, a la Entidad pública de protección, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, en particular:*

*a) Asumir y ejercer, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, las medidas de protección de la infancia y la adolescencia, en particular la declaración de desamparo, la asunción de la guarda voluntaria y la provisional, la tutela administrativa, la constitución del acogimiento familiar y residencial y de la guarda con fines de adopción, así como la formulación de la propuesta de adopción, en los casos en que legalmente proceda, priorizando siempre las medidas de protección familiares y permanentes frente a las residenciales y temporales; así como cuantas otras decisiones deban adoptarse, atendiendo siempre al interés superior del niño, en los términos establecidos en la legislación vigente”.*

*En consecuencia, su disposición adicional primera señala que “queda suprimida la Comisión de Tutela del Menor, asumiendo sus funciones la Comisión de Protección de la Infancia y la Adolescencia prevista en la presente Ley”.*

*A mayor abundamiento, y como ya apuntábamos anteriormente, cabe traer a colación lo señalado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2023, de 8 de mayo, según la cual “el procedimiento de oposición a las medidas administrativas en materia de protección de menores, regulado en el art. 780 LEC, es una de las vías habilitadas en nuestro ordenamiento procesal para instar la revisión de los decretos dictados por el Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de edad regulado en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en tanto que tales decretos no tienen reconocida una vía judicial de impugnación propia y directa (AATC 151/2013, de 8 de julio, FJ 5, y 172/2013, de 9 de*

*septiembre, FJ 5)”, de modo que tal procedimiento constituye “una vía indirecta para la impugnación de los decretos de fiscalía de determinación de la edad, por lo que cabe atribuir especial trascendencia constitucional a un supuesto en el que se plantea la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción...”. Ello justifica la impugnación judicial de la resolución dictada en este caso por la entidad pública autonómica, de la que trae causa la presente reclamación.*

No obstante, en cuanto a dicha legitimación pasiva, y tomando en consideración que el reclamante afirma que los daños le han sido causados por la actuación de la Comunidad de Madrid, el Ministerio Fiscal y el Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid, cabe recordar, como ya señaló esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 516/19, de 5 de diciembre, y 179/21, de 20 de abril, que por lo que respecta a la decisión judicial adoptada, entra por completo en el ámbito de la función jurisdiccional y está sometida al régimen de recursos correspondientes, de modo que el reconocimiento de las consecuencias dañosas que pudieran eventualmente derivarse de la misma exige que previamente se haya declarado la existencia de un error judicial por el procedimiento establecido en el artículo 293 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), lo que excluye la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid.

En efecto, tal y como se indicó en el Dictamen 244/19, de 6 de junio, de esta Comisión Jurídica Asesora, la Constitución Española “constitucionaliza la responsabilidad de los poderes públicos como principio general en el artículo 9.3 distinguiendo la responsabilidad de la Administración en el artículo 106.2 y la del Poder Judicial en su artículo 121. Mientras que el artículo 106.2 contempla la responsabilidad de la Administración por las lesiones que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios

*públicos, el artículo 121 establece la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial y por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que darán derecho a indemnización con arreglo a la ley”.*

Así, mientras que la responsabilidad patrimonial de la Administración se desarrolla en la legislación administrativa, actualmente la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia se desarrolla en los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial motivada por la anulación de actos o disposiciones administrativas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *“el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”*, conforme establece el artículo 67.1, párrafo segundo, de la LPAC.

El criterio de esta Comisión, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 25 de enero de 2000, consiste en fijar el día inicial del plazo en la notificación de la sentencia al reclamante o cuando este conoce su contenido si no ha sido parte en el proceso. Además, en el presente supuesto, para el cómputo de ese plazo anual hay que tener presente la suspensión de plazos de prescripción y caducidad desde el 14 de marzo hasta el 4 de junio de 2020, de conformidad con la disposición adicional 4ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Pues bien, la fecha de notificación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2019, estimatoria del Recurso de Apelación nº 338/2019 contra la Sentencia de 12 de

noviembre de 2018, constituye el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo. El reclamante indica en su escrito que tal resolución le fue notificada el 4 de junio de 2019, si bien la documentación acreditativa de tal circunstancia no ha sido incorporada al expediente. En todo caso, dada la fecha de la sentencia y la suspensión de plazos apuntada, la reclamación, interpuesta el 6 de agosto de 2020, ha sido formulada en plazo.

En materia de procedimiento, se han observado los trámites marcados en la LPAC. Tal como previene el artículo 81 de la LPAC, se ha recabado informe de la entonces Dirección General de Infancia, Familias y Natalidad. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC, se confirió el oportuno trámite de audiencia al reclamante, a través de la entidad que lo representa, que no ha formulado alegaciones. Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución desestimatoria, remitida junto con el resto del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para la emisión del preceptivo dictamen.

Por tanto, debe concluirse que la instrucción del procedimiento ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

Se observa, sin embargo, el dilatado periodo de tiempo transcurrido desde la presentación de la reclamación, muy por encima del plazo de seis meses establecido para resolver y notificar la resolución. No obstante, el transcurso del plazo no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido ni, en consecuencia, a esta Comisión Jurídica Asesora de informar la consulta.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración

se rige por el artículo 106.2 de la Constitución Española a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, de conformidad con constante jurisprudencia, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, de forma que aunque, como se acaba de decir, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, sólo son

indemnizables las lesiones producidas por daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

En este caso, el presupuesto determinante de la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración consiste, según la reclamación, en la supuesta anulación en sede judicial (por la Sentencia de 31 de mayo de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª) de la Resolución de 2 de febrero de 2017, de la Comisión de Tutela del Menor, por la que se declara que no procede adoptar la medida de tutela respecto del reclamante.

Dicha exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tendría su fundamento, pues, en el artículo 32.1 párrafo segundo de la LRJSP (en el mismo sentido el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el cual, y en lo que aquí interesa, se expresa así:

*“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por si misma, derecho a la indemnización”.*

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 31 de marzo de 2008 –recurso de casación 1309/2004), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma sentencia, *“el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”.*

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de junio de 2017 (recurso nº 774/2013), con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 y 1 de febrero de 2000, entre otras, señala que *“la mera anulación de actos o disposiciones de la administración no dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la administración produce un perjuicio que el recurrente no está obligado a soportar, y, no es, por tanto, el aspecto objetivo del actuar antijurídico de la administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”.*

**CUARTA.-** Ahora bien, trasladando esta doctrina al caso que nos

ocupa, es preciso recordar, a la vista del expediente remitido, que tal anulación invocada no resulta del contenido de la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor, según lo expuesto:

*“...debemos revocar y revocamos la resolución adoptada y sin dar lugar a la nulidad interesada, debemos declarar y declaramos que cuando se dictó la resolución administrativa de 2 de febrero de 2016, por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, don ..... era menor de edad, y se debió de haber constituido la tutela del menor, con todos los efectos legales inherentes”.*

La resolución judicial no sólo no declara la nulidad invocada sino que estima que la actuación de la Comunidad de Madrid en el presente supuesto se desarrolló con pleno respeto al ordenamiento jurídico, y así refiere, frente a la argumentación del reclamante, que *“...partiendo de las anteriores normas aplicables y la jurisprudencia examinada en las actuaciones, se ha de concluir que en todo momento se ha respetado el interés del menor en la tramitación del expediente y en la resolución impugnada. Examinadas las actuaciones, debemos destacar que a su llegada a España manifestó ser mayor de edad, siendo ingresado en el CETI; el 4 de enero de 2017 se entrevistó con un intérprete de francés, firmando tanto el menor como el traductor y el técnico (fs. 82-86); fue examinado médicamente por el Servicio de Pediatría y Enfermedades Infecciosas y Tropicales, con fecha 11 de enero de 2017; ... obra en el folio 51 la notificación personal al recurrente de la resolución administrativa recaída en el expediente, constando que se negó a firmar, haciéndolo la funcionaria encargada y los testigos; el Decreto del Ministerio Fiscal de 26 de enero de 2017 le fue notificado; ... en el informe de la educadora se manifiesta que ha realizado llamadas a su familia; se le notifica la resolución*

*administrativa por la que no se adopta la medida de tutela, en presencia de la directora del centro, educadora y traductor (folio 118) y se le designa abogado. En consecuencia, no procede declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada, considerando este tribunal que se ha respetado el ordenamiento jurídico; así el menor ha sido oído, se ha cuidado su integridad física, ha tenido intérprete y asistencia letrada cuando se exige en el ordenamiento jurídico”.*

A mayor abundamiento, no debemos olvidar que en todo caso, y en relación a los actos administrativos anulados por sentencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) con cita de la Sentencia de 28 de marzo de 2014 de la misma sala, señala que *“tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados”.*

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2018 (rec. núm.: 2006/2016) ha insistido en dicho argumento: *“cuando la Administración adopta una decisión razonable y razonada, no existe la obligación de indemnizar porque, como se afirma en la sentencia de instancia, existe el deber jurídico de los ciudadanos a soportar el daño ocasionado”.*

Surge así la conocida doctrina llamada del margen de tolerancia en la actuación de la Administración de tal modo que, para valorar la

antijuridicidad del daño causado, no bastaría con la concurrencia de la anulación de la resolución administrativa, sino que sería precisa la concurrencia de una actuación pública fuera de cauces razonables.

Esta doctrina ha sido acogida por esta Comisión Jurídica Asesora (así, los dictámenes 103/16, de 19 de mayo; 291/18, de 28 de junio, y 556/18, de 20 de diciembre, entre otros).

En este sentido, también la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (rec. núm.: 1777/2016), con cita de la Sentencia de 17 de febrero de 2015 (recurso de casación 2335/2012) consideró que, en tanto en cuanto la actividad administrativa se ejercitase dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, no concurriría el carácter antijurídico de la lesión:

*“Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones”.*

Por otro lado, y tomando en consideración que la sentencia de referencia no impone las costas a la Administración que dictó la resolución controvertida, la falta de condena en costas a la

Administración también ha sido tenida en cuenta por esta Comisión Jurídica Asesora como argumento para considerar razonada y razonable la actuación de la Administración en los dictámenes 150/19, de 11 de abril, 282/19, de 4 de julio y 308/20, de 21 de julio, al considerar que el artículo 139 de la LJCA, establece que el órgano jurisdiccional *“impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”*.

Como corolario, y a efectos de descartar tanto la relación de causalidad como la propia antijuridicidad de la resolución dictada por la Comisión de Tutela, es preciso destacar la absoluta vinculación que dicha comisión tiene, a la hora de adoptar su decisión, respecto a la concreta edad plasmada en el correspondiente decreto del Ministerio Fiscal. En efecto, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 190.2 del Reglamento de Extranjería, el *“Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados”* aprobado por Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de 22 de julio de 2014 (publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 251, de 16 de octubre de 2014), dedica su capítulo V a los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. En concreto, el apartado sexto, relativo a la revisión del decreto del Ministerio Fiscal, en su subapartado 2.C. señala que la Entidad pública de protección de menores no puede, unilateralmente, fijar una edad distinta a la previamente establecida en el decreto del Ministerio Fiscal.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede la desestimación de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al no existir relación de causalidad con el funcionamiento de los servicios públicos ni concurrir la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de septiembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 525/23

Excma. Sra. Consejera de Familia, Juventud y Asuntos Sociales

C/ O'Donnell, 50 – 28009 Madrid