

Dictamen Núm. 73/2020

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de abril de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de agosto de 2019 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios irrogados por desprotección a un menor extranjero no acompañado.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 10 de agosto de 2018, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que se atribuyen a la desprotección de un menor extranjero no acompañado.

Refiere que el día 7 de mayo de 2016 el reclamante fue trasladado desde el Albergue ..... a la Brigada Local de Extranjería y Fronteras de la misma localidad, ingresando por orden del Fiscal en el Centro de Menores ..... y que se le identifica mediante una partida de nacimiento en la que figura como nacido el 11 de septiembre de 1999 en Ghana.

Señala que el día 23 de mayo de 2016 se le practica una radiografía de la mano izquierda en el Hospital ..... que se informa como "osificación (...) compatible con una edad ósea de 17 años y 9 meses", añadiéndose que "el estudio (...) radiológico de la mano únicamente permite afirmar que el paciente es menor de edad, pero no precisar la edad a partir de 17 años y 9 meses en varones".

Expone que el 31 de mayo de 2016 el Fiscal de Menores dicta Decreto por el que se le declara mayor de 18 años y se precisa que es ciudadano de Burkina Faso, por lo que el 8 de junio de 2016 se acuerda su baja en el Centro ..... y se le pone a disposición del Cuerpo Nacional de Policía; ese mismo día es conducido a las dependencias policiales, siéndole "incoado expediente de expulsión por estancia irregular en el país (...), retirado su certificado original de nacimiento y adoptada la medida cautelar de presentación periódica ante la Brigada de Extranjería los días 1 y 15 de cada mes (...). El día 9 fue trasladado al albergue para personas sin recursos ....., quedando en consecuencia en situación de desamparo".

Reseña que el 8 de noviembre de 2016 el Consulado de Ghana en España le expide pasaporte acreditativo de su nacionalidad y fecha de nacimiento, solicitando con base en dicha documentación, el 11 de enero de 2017, la reapertura del expediente de protección ante el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia y la revisión del Decreto de 31 de mayo de 2016 ante la Fiscalía de Menores, sin recibir contestación.

Indica que el 25 de abril de 2017 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo dicta sentencia -que alcanzó firmeza el día 24 de julio- en el recurso interpuesto frente a la sanción de expulsión impuesta por

la Delegación del Gobierno en Asturias, declarando su nulidad al haberse aplicado a un menor un procedimiento distinto al previsto legalmente, teniendo en cuenta que “toda la documentación aportada -y cuya falsedad no consta- determina que dicha persona nació el 11 de septiembre de 1999 y que, por lo tanto, es aún menor de edad y lo era a la fecha de incoación del expediente administrativo”. El interesado sostiene que “en esta sentencia se reconoció que (...) era menor de edad (...) desde la fecha de inicio del expediente sancionador hasta la firmeza de la misma”, y que “se vio obligado a comparecer los días 1 y 15 de cada mes ante la Brigada de Extranjería, privado de su documentación original” y “a permanecer en el Albergue ..... pasando después durante un tiempo a residir en un piso”.

Manifiesta que el 27 de mayo de 2017 reitera su solicitud a la Consejería y al Fiscal de Menores para ser reconocido como menor extranjero no acompañado, no obteniendo respuesta de la Consejería, mientras que el Fiscal de Menores acuerda mantener su mayoría de edad por Decreto de 12 de junio de 2017, día en el que “ingresa nuevamente en las plazas de primera estancia de ..... por orden del Fiscal” sin que conste en el expediente documento alguno que motive el nuevo ingreso. En el informe de seguimiento emitido por un educador se recoge que en ese momento el ahora reclamante se encontraba “a la espera de que la Consejería ordenarse su salida del centro (...), ya que el Fiscal de Menores ha ratificado su primer Decreto (...) en el que se le declaró mayor de edad”, produciéndose la baja el día 3 de agosto del 2017.

Relata que el “14 de noviembre de 2017 (...) presentó demanda” frente a la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias por la “situación de desprotección”, y que se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo el 5 de febrero de 2018 “estimando la demanda y declarando que a la fecha de cese de la protección el reclamante era un menor de edad extranjero no acompañado documentado y debería haber seguido bajo la tutela de la entidad pública hasta su mayoría de edad (el 11 de septiembre de 2017)”. Aclara que se interpuso recurso de apelación tanto

por la Administración del Principado de Asturias como por el Ministerio Fiscal, siendo ambos desestimados por Sentencia de la Audiencia Provincial de 29 de mayo de 2018.

Considera que ha sufrido una lesión en su derecho a la documentación, “viéndose abocado a la situación de irregularidad administrativa con las consecuencias negativas que dicha realidad ha producido en su esfera personal y jurídica./ Por su situación (...), provocada por la Administración frente a la que se insta la reclamación, el 21 de febrero de 2018 (...) fue parado en la calle por funcionarios de policía y conducido a la comisaría, donde permaneció en los calabozos de las dependencias policiales, pasando una noche detenido y puesto en libertad al día siguiente después de habersele iniciado otro procedimiento sancionador de expulsión (...) y adoptada la medida cautelar de presentación periódica ante la Brigada de Extranjería los días 1 y 15 de cada mes”. Afirmo que debido a ello ha sufrido un “gran estrés emocional que le impide dormir, incluso comer, y le produjo además ‘pánico’ a la policía y a las consecuencias de la ejecución de la expulsión”, especificando que la duración de los procedimientos administrativo y judicial fue de 11 meses y 17 días (con 23 comparecencias ante la policía).

Solicita una indemnización de setenta mil euros (70.000 €) y acompaña a su reclamación diversa documentación acreditativa de los extremos expuestos.

**2.** El día 18 de septiembre de 2018, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Económico de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación, el nombramiento de instructora del procedimiento, la normativa con arreglo a la cual se tramitará, el plazo máximo de resolución y los efectos del silencio administrativo.

Asimismo, le requiere para que presente la documentación complementaria que se especifica, a lo que da cumplimiento el 1 de octubre de 2018.

**3.** Previa solicitud formulada por la Instructora del procedimiento, el 8 de noviembre de 2018 emite un informe la Letrada del Menor en el que indica que el certificado de nacimiento presentado por el reclamante y emitido en Ghana el 18 de abril de 2016 carece de los requisitos legales para ser considerado documento auténtico en España, acordándose por Decreto del Fiscal de Menores que aquel era mayor de edad por tratarse de la misma persona contra la que existe una resolución de expulsión dictada por la Subdelegación del Gobierno de Granada el 7 de diciembre de 2015, que lo identifica como nacido en Burkina Faso el 14 de septiembre de 1995.

Reseña que el interesado aportó un documento de la embajada de Ghana en Madrid de fecha 7 de noviembre de 2017 en el que se certifica que el pasaporte ghanés que presenta, expedido en Madrid el 8 de noviembre 2016, es auténtico y ha sido expedido por las autoridades competentes.

En cuanto al fondo del asunto, afirma que “la intervención de la entidad pública fue en todo momento ajustada a derecho, acordando la baja en el centro de protección de menores por alcanzar la mayoría de edad”, y argumenta que existen serias dudas sobre la edad del reclamante en el momento de su llegada a Asturias el 7 de mayo de 2016 al haber sido identificado en Motril el 7 de diciembre de 2015 como mayor de edad. Recuerda el criterio jurisprudencial conforme al cual en caso de duda, con carácter provisional y en tanto no resulte acreditada por documento fehaciente, corresponde al Ministerio Fiscal la determinación de la edad, subrayando que “la entidad pública en ningún caso puede establecer la minoría de edad de una persona, siendo el Fiscal de Menores el órgano competente y estando supeditada la actuación de la entidad pública a lo acordado por el Fiscal”.

Añade que “la medida que su momento adoptó la entidad pública se ha ajustado en todo momento a Derecho, y aunque haya podido resultar lesiva” para el perjudicado “este tiene el deber jurídico de soportarla” con base en el “Decreto del Ministerio Fiscal, por lo que (...) no puede reputarse de antijurídica”, citando al efecto una sentencia del Tribunal Supremo en la que se

recoge como requisito para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración “que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”.

La Letrada del Menor concluye que el reclamante no tiene derecho a ser indemnizado por el Principado de Asturias en cantidad alguna porque no ha existido lesión en sus bienes o derechos que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la entidad pública de protección de menores, ni existe daño acreditado efectivo y evaluable que no tenga obligación de soportar, “máxime cuando la mera anulación por el orden jurisdiccional del Decreto del Fiscal de Menores no presupone derecho a indemnización, y en todo caso debiera ser regida y exigida al amparo de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 292 sobre responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia y no exigida a esta Administración protectora”.

**4.** Con fecha 23 de noviembre de 2018, la Instructora del procedimiento reitera su solicitud de informe al Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia.

El 27 de noviembre de 2018, emite informe la Jefa de la Sección de Centros de Menores en el que deja constancia de que el reclamante ingresó en el sistema de protección el 7 de mayo de 2016, procediéndose a darle de baja el 8 de junio de 2016 “siguiendo la normativa” tras el Decreto del Fiscal de Menores en el que se le consideraba mayor de edad.

Señala que con posterioridad el joven aportó un pasaporte ghanés y pidió ser considerado menor con base en la fecha de nacimiento que constaba en él; requerimiento que fue atendido desde esta entidad pública procediendo a su reingreso en nuestro sistema de protección con fecha 12 de junio de 2017. Añade que con esa misma fecha la Fiscalía de Menores se remitió a su Decreto previo y ratificó de nuevo la mayoría de edad del interesado, por lo que nuevamente se procedió a darle de baja en el sistema de protección de

menores el 3 de agosto de 2017. Sostiene que la entidad pública competente en materia de protección de menores no tiene ninguna competencia para decidir sobre la edad de los menores, y que por ello no se le puede atribuir ninguna responsabilidad derivada de los derechos que le amparaban como menor de edad, situación en la que estuvo desde el 7 hasta el 31 de mayo de 2016 alojado en un centro de menores.

**5.** Evacuado el trámite de audiencia mediante escrito notificado al interesado el 30 de abril de 2019, este presenta un escrito de alegaciones con fecha 10 de mayo de 2019 en el que se opone al contenido del informe de la Letrada del Menor con base en el contenido de las sentencias dictadas a su favor, niega que pesase sobre él el deber jurídico de soportar el daño y, con apoyo en el reconocimiento de su grado de discapacidad por Resolución de 28 de enero de 2019, modifica el *quantum* indemnizatorio fijándolo en cien mil euros (100.000 €).

**6.** El día 16 de julio de 2019, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio al entender que no resulta acreditada la existencia de una lesión antijurídica en los bienes o derechos del reclamante que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público de protección de menores.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de agosto de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente ....., de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios tutelares de menores en situación de desamparo. Tal como recoge la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, "la Administración del Principado de Asturias es la entidad pública que en el territorio de la Comunidad Autónoma tiene encomendada la protección de menores" (artículo 4), figurando entre las medidas de protección que se contemplan el "alojamiento en centros" por cuya privación se reclama aquí un resarcimiento.

Ahora bien, el interesado extiende el daño reclamado a la lesión de su derecho a la documentación, pues "se vio obligado a comparecer los días 1 y 15 de cada mes ante la Brigada de Extranjería, privado de su documentación original" y "fue parado en la calle por funcionarios de policía y conducido a la comisaría, donde permaneció en los calabozos de las dependencias policiales", abriéndosele "otro procedimiento sancionador de expulsión", a lo que anuda un



“gran estrés emocional” y “pánico” a la policía y a las consecuencias de la ejecución de la expulsión”. Respecto a este daño, cabe observar que es consecuencia directa e inmediata de la situación derivada de la decisión provisional de la Fiscalía de Menores -por la que deviene mayor de edad extranjero indocumentado-, sin interferencia alguna de la Administración autonómica, pues la Policía se limita a requerirle para que se identifique -como pesa sobre cualquier ciudadano- y a aplicar las consecuencias que la ley arbitra para su situación de hecho, las cuales se deducen de sus antecedentes y del déficit de documentación, no de la actuación de la Consejería, a la que no le incumbe la retirada o devolución de su pasaporte. En este contexto, debe descartarse la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias en relación con la reclamación deducida por daños derivados de actuaciones ajenas a la esfera de sus competencias, pues las vicisitudes que relata no son consecuencia de hallarse acogido o “en la calle” sino de la ejecución -por autoridades que no dependen de la Administración autonómica- de decisiones ajenas también a la misma.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas./ En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”. En el supuesto ahora examinado, la

reclamación se presenta el día 10 de agosto de 2018, y el elemento sobre el que descansa la pretensión deducida -la minoría de edad del reclamante al tiempo de ser tratado como mayor- se encuentra *sub iudice* hasta que recae la Sentencia de la Audiencia Provincial de 29 de mayo de 2018, confirmatoria de la que había estimado en primera instancia que el interesado era menor de edad y que “debería haber seguido bajo la tutela de la entidad pública”, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones

Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". Y, en su apartado 2, que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que "Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SEXTA.-** Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por la entidad pública que tiene legalmente atribuida la protección de menores en situación de desamparo, al no haber dispensado al reclamante el trato correspondiente a un menor extranjero no acompañado tras haber decretado el Fiscal Menores que era mayor de edad y haber sido anulada jurisdiccionalmente esta decisión.

Tal como razonamos en la consideración segunda, procede reclamar frente a la Administración del Principado de Asturias por los daños derivados de la indebida desprotección de un menor desamparado, debiendo reconocerse la efectividad del daño sufrido por el menor al que se le priva de hecho del amparo o acogimiento que la ley encomienda a la Administración autonómica. En cambio debe desecharse, por falta de legitimación pasiva, la pretensión resarcitoria deducida por perjuicios que derivan directamente de actuaciones ajenas a la Administración frente a la que se reclama, singularmente a la decisión de la Fiscalía del Menor de considerar al reclamante mayor de edad.

Ahora bien, la efectividad de un daño surgido en el seno de la actuación material del servicio autonómico de protección de menores no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público, sin interferencia de elementos extraños que pudieran interferir alterando la relación de causalidad.

En el supuesto examinado debemos deslindar los cometidos que incumben a la Administración reclamada y los que la ley reserva al Fiscal de Menores, pues la determinación de la edad de los presuntos menores extranjeros no acompañados compete a la Fiscalía, tal como reseña la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado en el documento relativo a "Menores extranjeros no acompañados. Valoración de los documentos de identidad extranjeros en los expedientes de determinación de la edad", en el que se señala que "las diligencias preprocesales encaminadas a decidir con carácter provisional y urgente si un extranjero indocumentado localizado en

territorio español cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad debe ser considerado menor de dieciocho años y, por encontrarse separado de sus padres (...), ha de ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle”.

En efecto, el artículo 35, apartados 3 y 4, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, establece que “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias./ 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”. De igual modo, el artículo 48.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, establece un régimen similar para los refugiados.

Asimismo, 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. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento

informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas”.

La Fiscalía General del Estado ha fijado los criterios de actuación que deben seguir los fiscales a través de diversos instrumentos, entre los que destaca la Instrucción 2/2001 acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la Consulta 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Con base en la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y en la redacción del artículo 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se viene aceptando la posibilidad de discutir la fiabilidad de una documentación extranjera identificativa cuando concurren circunstancias que, razonablemente valoradas y motivadas, así lo justifiquen. Respecto a las certificaciones de nacimiento, la Fiscalía General del Estado viene entendiendo que pueden tener relevancia a la hora de determinar la edad del ciudadano extranjero, pero por sí mismas carecen de virtualidad alguna porque su contenido no garantiza que la certificación se corresponda con el portador del documento.

Respecto a los pasaportes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2016 -ECLI:ES:TS:2016:4464- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) reconoce que “el pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no (...), pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que

contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014 (*Boletín Oficial del Estado* de 16 de octubre de 2014), se pueden diferenciar dos situaciones en cuanto a la valoración de la documentación extranjera. En el apartado sexto del capítulo II del Protocolo se recoge que ante un extranjero con documentación insuficiente, “una vez dictado el Decreto, el Ministerio Fiscal ha resuelto el dilema presentado a su conocimiento superando las dudas preexistentes; ya no hay presunción de minoría de edad, hay un Decreto -con efectos provisionalísimos- por el que el Fiscal declara la minoría o mayoría de edad del afectado según la valoración de las pruebas médicas practicadas”. En el apartado sexto del capítulo V se abordan las pautas a seguir cuando la documentación se presenta después de dictarse el Decreto de determinación de la edad, con la finalidad de que por el propio Ministerio Fiscal se proceda a su revisión. Esto abarca el supuesto -indica la Fiscalía General del Estado- en el que se presenta documentación *ex novo* que no pudo ser tenida en cuenta por el Fiscal en el momento de dictar el Decreto de determinación de la edad.

No corresponde aquí detenerse en los criterios de actuación de la Fiscalía, sin perjuicio de dejar constancia de que ordenan realizar una valoración de conjunto de los indicios concurrentes para concluir si en el caso examinado puede afirmarse racionalmente que un extranjero se halla indocumentado. En todo caso, el Decreto de determinación de la edad no tiene carácter definitivo, y de su carácter provisional la Fiscalía General del Estado extrae dos consecuencias. La primera, que “un juez, cualquiera que sea su orden jurisdiccional, en el curso de un proceso puede establecer una edad distinta que la fijada por el Fiscal. La resolución judicial siempre prevalece sobre el Decreto del Fiscal, que deberá proceder a su modificación una vez le haya

sido notificada". La segunda, que el Fiscal puede modificar su propio Decreto de determinación de la edad cuando concurren las circunstancias prevenidas por la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, y que han sido recogidas en el ordinal dos, apartado sexto, capítulo V del llamado Protocolo MENA.

En definitiva, el citado Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados explicita que cuando se trate de "extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad" los expedientes incoados por el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en el artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en su caso la resolución adoptada, persiguen "exclusivamente decidir con carácter cautelar y urgente (...) si debe ser acogido en un centro de protección de menores de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor o por el contrario debe ser sometido al régimen ordinario de mayores de edad". También el Tribunal Constitucional (Autos de 8 de julio de 2013 -ECLI:ES:TC:2013:151A- y 9 de septiembre de 2013 -ECLI:ES:TC:2013:172A-) ha reconocido que "la determinación de la edad de un menor indocumentado se adopta por una resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores".

Descendiendo al caso que nos ocupa, nos encontramos con que cuando el interesado es localizado, ante la duda sobre su minoría de edad, es trasladado e ingresado en un centro de menores, interviniendo la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus funciones protectoras y debiendo darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En tal situación -como se ha expuesto- corresponde al Fiscal la determinación de la edad, lo que efectúa mediante Decreto de 31 de mayo de 2016, por el que fija provisionalmente su mayoría de edad y a partir del cual ya no opera la presunción de menor de edad. De ahí que la Comunidad Autónoma



haya actuado adecuadamente al darle de baja en el sistema de protección de menores el día 8 de junio de 2016.

Con posterioridad el interesado, que solo había aportado un certificado de nacimiento, obtiene un pasaporte válidamente expedido del que se desprende su minoría de edad, lo que le permite instar la revisión del Decreto de la Fiscalía el 11 de enero de 2017 interesando al mismo tiempo la "reapertura del expediente de protección ante el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia". Sin embargo, resulta claro que la decisión autonómica está subordinada a lo que decreta la Fiscalía sobre su edad, y el reclamante debe soportar tanto la sustanciación del nuevo documento ante la Fiscalía como la correlativa espera de la Administración autonómica, cuya actuación no puede sino supeditarse a lo que determine el Fiscal de Menores.

Con ese mismo pasaporte el interesado impugna la sanción administrativa de expulsión acordada por el Fiscal, que es anulada por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 25 de abril de 2017, en cuanto que "la documentación aportada -y cuya falsedad no consta- determina que (...) nació el 11 de septiembre de 1999 y que, por lo tanto, es aún menor de edad y lo era a la fecha de incoación del expediente administrativo".

Tras esta sentencia -que alcanzó firmeza el 24 de julio- el reclamante solicita a la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar y al Fiscal de Menores, el día 27 de mayo de 2017, ser reconocido como menor extranjero no acompañado, pero el Fiscal acuerda nuevamente, mediante Decreto de 12 de junio de 2017 y con base en la existencia de una resolución de expulsión dictada por la Subdelegación del Gobierno de Granada el 7 de diciembre de 2015 -que lo identifica como nacido en Burkina Faso el 14 de septiembre de 1995-, mantener que es mayor de edad, por lo que la Consejería le expulsa del sistema de protección de menores. Formulada oposición frente a esta decisión autonómica -ya después de haber alcanzado el perjudicado la mayoría de edad, pues cumplía los 18 años el 11 de septiembre de 2017-, la sentencia del

Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo de 5 de febrero de 2018 estima la demanda declarando “que a la fecha de cese de la protección el reclamante era un menor de edad extranjero no acompañado documentado y debería haber seguido bajo la tutela de la entidad pública hasta su mayoría de edad”. Los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Administración del Principado de Asturias son desestimados por la Audiencia Provincial.

Pues bien, a la vista de los sucesivos fallos judiciales el interesado pretende ahora ser resarcido por la Administración autonómica en la medida en que, por no apartarse del criterio de la Fiscalía, considera haber sido privado del pertinente acogimiento en un centro de menores. Tal pretensión resarcitoria, sin embargo, no puede ser atendida, pues equivaldría a afirmar que estando *sub iudice* la revisión del Decreto del Fiscal la Consejería debió anticipar las medidas de protección contrariando el vigente Decreto que determinaba que el perjudicado era mayor de edad, o que confirmado por el Fiscal de Menores ese Decreto expresivo de la mayoría de edad la Consejería debió abiertamente desconocerlo o proceder en contra de su tenor.

Tal como hemos señalado, el ordenamiento residencia en la Fiscalía la decisión provisional sobre la edad del extranjero no acompañado a efectos de que por la propia Fiscalía sea puesto a disposición de la autoridad autonómica en caso de estimarse que es menor. Sobre el Decreto de la Fiscalía prevalece sin duda el criterio del Juez en cualquier tipo de proceso, pero no el de la Administración, que no debe separarse de lo decretado por el Fiscal, ya que solo a los Tribunales y a la propia Fiscalía compete la revisión de lo cautelarmente resuelto. De ahí que el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados contemple que el Fiscal debe proceder a la modificación del Decreto “una vez le haya sido notificada” la resolución judicial que dé lugar a ello, para después deducir del Decreto modificado las consecuencias pertinentes.

En definitiva, en el caso examinado todas las decisiones de la Administración autonómica se adecuan -como no puede ser de otro modo- a la pauta inmediata e imperativa de lo decretado por la Fiscalía de Menores en cada momento, y aun mediando una sentencia -recaída en un procedimiento sancionador- que parece contrariar el criterio del Fiscal el pronunciamiento judicial no se extiende más allá de la nulidad de la sanción, esto es, no impone a la Administración acoger al reclamante en un centro de menores, pues sigue estando sujeta a la revisión por la Fiscalía de lo inicialmente decretado. En definitiva, no puede la Administración autonómica subvertir los mandatos que se deducen de los artículos 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ni suplantar la autoridad que el ordenamiento confiere al Fiscal. Dado que la Consejería no pudo legalmente proceder de otro modo, no cabe deducir de su actuación un daño antijurídico que el perjudicado no esté obligado a soportar.

No se ignora que, trasunto de la decisión del Fiscal, la Administración excluye al reclamante del régimen de protección de menores y que esa decisión administrativa es anulada por los Tribunales. Ahora bien, a través de la impugnación del cese de la protección lo que el reclamante cuestiona es -en rigor- la mayoría de edad decretada por la Fiscalía, y el fundamento único de la nulidad declarada descansa precisamente en que se estima improcedente esa decisión del Fiscal, sin que se aprecie irregularidad alguna en la actuación netamente autonómica.

Tampoco se desconoce, aunque excede ya del objeto de este dictamen, que el Fiscal se enfrenta a una situación compleja que surge de una previa identificación del reclamante, en 2015, y de unas pruebas biológicas contradictorias con la documentación que después muestra debiendo advertirse, además, que la sentencia que anula la decisión del cese de la protección del menor no se fundamenta en la previa que anuló la sanción de expulsión porque la falta de prueba, en ese proceso sancionador, de la mayor edad del reclamante no comporta que a otros efectos deba reputarse menor.

En definitiva, la actuación de la Administración del Principado de Asturias se ajustó en cada momento a la legalidad, y el daño cuyo resarcimiento se impetra no es consecuencia del funcionamiento del servicio público autonómico.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por .....

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.