

dret al Dret
Universitat de Barcelona

Responsabilitat patrimonial de l'Administració. Estudi d'una matèria singular

Responsabilitat pels danys causats a MENA derivats de l'anul·lació d'actes administratius dictats per la DGAIA

TREBALL FINAL DE GRAU – Curs acadèmic 2016/2017 (2n Semestre)

*Vinculat al **Projecte dret al Dret***

Dirigit per la Dra. Ángeles de Palma del Teso

Autora: Anna Grañana i Sancho (NIUB 16491963)

Tenía una imagen diferente. Pensé que no sería tan difícil.

Mamourou

RESUM

El present Treball de Fi de Grau es basa en l'estudi de la responsabilitat patrimonial de l'Administració de la Generalitat. En particular, de la responsabilitat derivada de l'acte administratiu dictat per la DGAIA sobre la base d'un Decret de Fiscalia que determina la majoria d'edat d'un menor amb passaport o document d'identitat que diu el contrari i deixa sense efecte la declaració de desemparament i consegüent tutela administrativa. Aquesta anàlisi es realitzarà a partir d'un cas concret facilitat per Noves Vies, associació que col·labora amb la Clínica Jurídica de Protecció a la Infància i l'Adolescència.

PARAULES CLAU

Menor Estranger No Acompanyat, acte administratiu, Decret de Fiscalia, responsabilitat, dany moral, document d'identificació.

ABSTRACT

This project is based on the study of the liability of the Public Administration of Catalonia. The responsibility derives from the action of the Public Administration (particularly, from DGAIA's activity), based on a Prosecutor Decree that determines the age of a minor with passport or identity document that proves the contrary and, by doing so, overcomes the legal declaration of helplessness and the following administrative supervision. This analysis will be based on a case provided by Noves Vies, association which collaborates with the Legal Clinic for the Protection of Children and Adolescents.

KEY WORDS

Unaccompanied foreign minor, administrative act, Prosecutor Decree, liability, moral hurt, papers.

SUMARI

| | |
|--|----|
| ABREVIATURES | 6 |
| INTRODUCCIÓ | 7 |
| 1. MENORS ESTRANGERS NO ACOMPANYATS. EXAMEN DEL CAS CONCRET | 9 |
| 1.1. MENA: El concepte | 9 |
| 1.2. MENA: El fenomen | 10 |
| 1.3. MENA: La regulació | 11 |
| 1.4. MENA: La doctrina del Tribunal Suprem sobre la determinació de l'edat | 14 |
| 1.5. MENA: El cas d'en Mamourou | 15 |
| 2. CARÀCTERS GENERALS DE LA RESPONSABILITAT DE L'ADMINISTRACIÓ | 18 |
| 2.1. La lesió indemnitzable | 20 |
| 2.2. La imputació del dany a l'Administració | 24 |
| 2.3. La relació de causalitat | 25 |
| 3. CONTINGUT DEL DEURE D'INDEMNITZAR | 29 |
| 3.1 Extensió del deure d'indemnitzar | 29 |
| 3.2 Data de referència per al càlcul de la indemnització | 30 |
| 3.3 Modalitats d'indemnització | 31 |
| 3.3.1 Possibles criteris de quantificació | 31 |
| 3.3.2 Drets vulnerats a en Mamourou com a base de la quantia indemnitzatòria 33 | |
| 3.3.3 Criteris subjectius raonables per quantificar el dany moral que deriva de l'actuació de l'Administració | 35 |
| 4. LA PRESCRIPCIÓ DE L'ACCIÓ DE RESPONSABILITAT | 40 |
| 5. EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU DE RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ | 41 |
| 5.1 Iniciació. La iniciació a sol·licitud de l'interessat. Contingut de la sol·licitud | 41 |
| 5.2 Instrucció del procediment | 43 |
| 5.2.1 Al·legacions | 44 |
| 5.2.2 Període de prova | 44 |
| 5.2.3 Els informes i dictamens | 44 |
| 5.2.4 Participació dels interessats | 45 |
| 5.3 Terminació del procediment. Formes | 46 |

| | | |
|--|--|----|
| 5.3.1 | La resolució expressa de l'òrgan competent. Contingut i motivació..... | 46 |
| 5.3.2 | El silenci administratiu. El termini màxim per dictar resolució..... | 47 |
| 5.3.3 | La terminació convencional | 48 |
| CONCLUSIONS | | 49 |
| BIBLIOGRAFIA I ALTRES FONTS | | 51 |
| ANNEXOS..... | | 1 |
| Annex 1. Esquema del cas | | 2 |
| Annex 2. Documentació | | 3 |
| 1. | Full principal del passaport d'en Mamourou | 3 |
| 2. | Resolució de la DGAIA de 28 d'octubre de 2015 de tancament de desemparament | 4 |
| 3. | Demanda contra la resolució de la DGAIA de 28 d'octubre de 2015 | 6 |
| 4. | Sol·licitud de mesures cautelars en el marc del procediment d'oposició de mesures en protecció de menor | 8 |
| 5. | Sentència de 27 de maig de 2016 | 10 |
| Annex 3. Escrit de sol·licitud de l'inici del procediment..... | | 20 |

ABREVIATURES

| | |
|------------|--|
| Art./Arts. | Article/Articles |
| CE | Constitució Espanyola |
| CCE | Codi Civil Espanyol |
| CCCat | Codi Civil Català |
| CDI | Convenció de Drets de l'Infant de 1989 |
| DGAIA | Direcció General de la Infància i l'Adolescència |
| DUDH | Declaració Universal de Drets Humans |
| LEC | Llei 1/2000, de 7 de gener, <i>d'Enjudiciament Civil</i> |
| LEF | Llei 16/1954, de 16 de desembre, <i>sobre expropiació forçosa</i> |
| LDOIA | Llei 14/2010, de 27 de maig, <i>dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència</i> |
| LJV | Llei 15/2015, de 2 de juliol, <i>de la Jurisdicció Voluntària</i> |
| LRJSP | Llei 40/2015, d'1 d'octubre, <i>del règim jurídic del sector públic</i> |
| LPAC | Llei 39/2015, d'1 d'octubre, <i>del procediment administratiu comú de les administracions públiques</i> |
| LOEX | Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, <i>sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social</i> |
| LOPJ | Llei 6/1985, d'1 de juliol, <i>del Poder Judicial</i> |
| LPJM | Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, <i>de Protecció Jurídica del Menor</i> |
| MENA | Menors Estrangers No Acompanyats |
| RELOEX | Reial Decret 557/2011, de 20 d'abril, <i>pel qual s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 d gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la reforma mitjançant la Llei Orgànica 2/2009</i> |
| TS | Tribunal Suprem |
| TSJ | Tribunal Superior de Justícia |
| ONU | Organització de les Nacions Unides |

INTRODUCCIÓ

Tots coneixem la situació que s'està patint a Grècia, i dic Grècia perquè segurament en una conversa o fent un cop d'ull a la premsa i/o xarxes socials, podrem comprovar que aquesta és *trending topic*¹. No obstant això, va molt més enllà del que estiguem en disposició de sentir: el fenomen migratori és un problema que es fa patent arreu del món. En definitiva, respon a un conflicte social que s'ha d'analitzar i afrontar, tant des de la perspectiva interna com internacional.

El present treball, que es redacta amb caràcter de projecte de fi de grau, pretén abordar aquesta situació centrant-se en la protecció dels Menors Estrangers no Acompanyats (en endavant MENA), un col·lectiu vulnerable.

Al llarg del temps, la Generalitat de Catalunya i en concret, la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (en endavant DGAIA)², ha fet prevaldre les polítiques d'estrangeria sobre les de protecció de la infància. Els MENA fugen del seu país, on es troben en situacions molt precàries, per trobar una vida millor. En definitiva, un lloc on els seus drets es facin efectius. Després dels milers de kilòmetres, arriben a territori espanyol amb documentació – sigui passaport o certificat de naixement – i, encara així, es veuen sotmesos a proves mèdiques de determinació de l'edat. Finalment, un Decret de Fiscalia es pronuncia, arran de les proves, negant la seva minoria. Aquesta acció, com veurem més endavant, resulta contrària a la legalitat d'acord amb la doctrina establerta per l'Alt Tribunal.

Així, aquesta primacia a les polítiques d'estrangeria que comentava troba la seva raó de ser en l'acte administratiu que la DGAIA dicta com a conseqüència del Decret de Fiscalia, deixant sense efecte la declaració de desemparament i consegüent tutela. Si bé nombroses sentències del Tribunal Suprem (en endavant TS) deixen clar que el Decret de Fiscalia és una mera mesura provisionalíssima i per tant, no pot ésser recurrible, és discutible la posició que adopta l'Administració, la qual podria qualificar-se de «maltractament» institucional³.

La jurisprudència del TS va donar solució a aquesta injustícia interpretant l'art. 35 de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (en endavant LOEX). Les seves reiterades sentències feien

¹ Save the Children Es (@SaveChildrenEs) «Las ciudades son campos de batalla. Los parques han desaparecido. Los niños de #Siria acumulan #HeridasInvisibles <<https://www.savethechildren.es/publicaciones/heridas-invisibles?utm_source=Twitter&utm_campaign=Siria6&utm_medium=SocialMedia...>> 16 març 2017, 2:25 pm. Tuit

² «La DGAIA és un òrgan administratiu de la Generalitat que té com a objectiu principal vetllar pel benestar de la infància i l'adolescència que es troben en alt risc de marginació social, contribuint així a un correcte desenvolupament personal. També s'encarrega – i això és important pel tema que ens ocupa – d'exercir la protecció i tutela sobre els infants i els adolescents que es troben desemparats». Disponible a <<http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematics/infancia_i_adolescencia/proteccio_a_la_infancia_i_ladolecencia/el_sistema_catala_de_proteccio_a_la_infancia_i_ladolecencia/direccio_general_daten_cio_a_la_infancia_i_ladolecencia_dgaia/>>

³ Vid. *infra*, epígraf 2.3.

patent que el menor és un nen exposat a un perill potencial i per tant, ha de prevaldre el seu interès. En definitiva, de la doctrina del TS es deriva que no resulta ajustat a Dret realitzar proves de determinació de l'edat a un estranger el passaport o document equivalent del qual verifiqui que és menor d'edat. Aquest menor, en tot cas, haurà de ser posat a disposició dels serveis de protecció de menors, que procediran a tramitar el procediment de desemparament i a assumir la seva tutela⁴.

És per això que es pretén interposar reclamació de responsabilitat patrimonial a l'Administració de la Generalitat com a conseqüència dels danys i perjudicis soferts pel temps que al menor li va mancar protecció, tant que va ser privat d'aquells drets que, com a menor, li reconeix l'ordenament jurídic.

Aquesta qüestió s'analitzarà a partir d'un cas real proporcionat per Noves Vies, associació col·laboradora amb el projecte dret al Dret i, en concret, la Clínica Jurídica per la Protecció dels Drets de la Infància i l'Adolescència, que ha facilitat en tot moment l'anàlisi de la matèria des d'una vessant pràctica i enriquidora. He llegit i estudiat textos normatius, articles, monografies i revistes. He assistit a judicis i he compartit opinions amb experts en la matèria per tal de buscar l'homogeneïtat del treball i dotar-lo d'unes fonts bibliogràfiques pertinents.

El projecte s'inicia amb una exposició sobre la situació dels MENA, la seva regulació i la presentació del cas concret. Seguidament, es farà una exposició del règim de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. Concretament, es parlarà dels caràcters generals de la responsabilitat, del contingut del deure d'indemnitzar, de la prescripció de l'acció i del procediment administratiu de responsabilitat patrimonial. Tot això sense deixar de banda el cas, per poder tenir una visió més propera de la vulneració dels drets d'aquest col·lectiu i les dificultats que se'ns presenten per fer-los efectius. De fet, el projecte tindrà com a objectiu treballar a fons el procediment administratiu de responsabilitat patrimonial per arribar a presentar l'escrit inicial d'interposició de reclamació patrimonial de l'Administració dintre de termini en base al cas real que a continuació plantejaré. Als annexos s'incorporarà l'escrit així com els documents rellevants que s'incorporen a l'expedient i ajuden a entendre el cas.

Em queda per últim expressar la meva motivació personal per l'elecció d'aquest tema. Vaig interessar-me per la Clínica Jurídica només sentir el seu nom. Veig la professió del Dret com una forma d'arribar als col·lectius més vulnerables, com una oportunitat d'aprendre de la societat, per guanyar en valors i en coratge. He realitzat diverses tasques de voluntariat i quasi totes estan enfocades a l'àmbit de la infància i l'adolescència; i és que, sota el meu punt de vista, el que visquis i/o facis en aquesta franja d'edat és determinant. Per aquest motiu vaig considerar molt interessant realitzar el meu Treball de Fi de Grau – i pràctiques curriculars – dintre aquest àmbit, amb la

⁴ Vid. DE PALMA DEL TESO, Ángeles.; GONZÁLEZ GARCÍA, Almudena. «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo». *Revista Jurídica Catalana*, 2015, núm. 3, pàgs. 39-65.

finalitat de conèixer millor la situació dels MENA i veure quina solució es pot aportar per la defensa dels seus drets.

1. MENORS ESTRANGERS NO ACOMPANYATS. EXAMEN DEL CAS CONCRET

1.1. MENA: El concepte

El MENA o Menor Estranger No Acompanyat – també denominat Menor Estranger Immigrant No Acompanyat, Menor Immigrant No Acompanyat, Menor No Acompanyat o Nen No Acompanyat – rep diversos tractaments segons l'àmbit on ens situem. Així, ens haurem de fixar en els textos normatius de l'àmbit intern – estatal i autonòmics – i amb els de l'àmbit comunitari.

A l'ordenament jurídic espanyol trobem la definició de MENA a l'art. 189 del Reglament d'Estrangeria (en endavant RELOEX). Aquest atorga aquesta condició a tot «estranger de menys de divuit anys que arribi a territori espanyol sense venir acompanyat d'un adult responsable d'ell, ja sigui legalment o d'acord amb en costum, apreciand-se risc de desprotecció del menor, mentre tal adult responsable no s'hagi fet càrrec efectivament del menor, així com qualsevol menor estranger que un cop a Espanya es trobi en aquella situació⁵». No obstant això, cal apuntar que aquesta definició no és del tot certa o podria ser criticable ja que actualment no és necessària l'existència de risc de desprotecció sinó que és suficient amb ser declarat desemparat i tutelat.

D'altra banda, el Comitè de Drets de l'Infant (en endavant CDI), defineix el MENA com «aquell menor que està separat d'ambdós pares i altres parents i no estan sota l'atenció d'un adult que, per llei o costum, ha d'assumir dita responsabilitat⁶». En l'àmbit de la Unió Europea, també trobarem aquesta definició en directives en matèria d'estrangeria⁷. Tanmateix, algunes organitzacions internacionals i associacions o fundacions d'àmbit estatal o autonòmic han introduït aquest concepte⁸.

No obstant això, d'una forma o altra, tots venen a dir que la definició de Menor Estranger no Acompanyat correspon a tota persona menor d'edat que, estigui o no documentat, quan arriba a la frontera no ve acompanyat de ninguna persona que exerceixi la seva responsabilitat i de qui, per tant, els poders públics se n'han de fer càrrec.

⁵ Espanya. Reial Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 d gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la reforma mitjançant la Llei Orgànica 2/2009 . (BOE , núm. 103, A-2011-7703, pàg. 43821-44006).

⁶ Comitè dels Drets de l'Infant, Observació General n° 6, 2005, paràgraf 7.

⁷ Directiva 2003/86/CE del Consell, de 22 de setembre de 2003 sobre el dret a la reagrupació familiar. Art. 2. F) f).

⁸ Organitzacions com ACNUR, Save the Children, UNICEF, Creu Roja, entre d'altres.

1.2. MENA: El fenomen

El fenomen migratori, com apuntàvem anteriorment, s'ha convertit en els últims anys en un dels temes socials de més gran interès, preocupació i debat. Aquest no afecta exclusivament a adults sinó que són els menors qui – cada cop més – creuen la frontera sense les seves famílies. En concret, a Catalunya, la immigració s'ha anat incrementant a partir de l'any 2000, any que marca un punt d'inflexió. Les àrees emissores principals són el Magrib àrab, l'Àfrica subsahariana i l'Europa de l'Est⁹. No obstant això, tot i que hi ha moltes estadístiques i factors sociològics que ens ajuden a determinar l'increment i consegüent quantitat de menors immigrants que arriben al nostre territori, no podem saber-ho amb exactitud, ja que el Registre¹⁰ no funciona com ho hauria de fer¹¹.

La seva situació és conflictiva des del punt de vista del dret, atès que hi conflueixen dos factors importants: d'una banda la condició d'immigrants irregulars¹² i, d'altra banda, la seva condició de menors, la qual no sempre els garanteix una protecció amb l'ajuda que ells desitgen o necessiten¹³.

Tot i que sovint hi ha una causa principal, els motius que impulsen aquest col·lectiu a emigrar són molt diversos. Normalment, en destaquen els econòmics i la millora de les expectatives socioculturals i polítiques. Entre les noies, també s'ha d'afegir el motiu d'alliberament del rol de submissió en els seus països d'origen¹⁴. Normalment, la migració és predominantment masculina tot i que també n'hi ha de femenina amb unes certes particularitats, per la condició i el gènere. Aquests són els menors que se'n dirien «visibles». Després hi ha els menors “invisibles”, aquells víctimes de tràfic, explotació laboral, sexual, mendicitat, així com víctimes dels circuits de microcriminalitat o extracció d'òrgans¹⁵.

Els 60% dels MENA té referents migratoris a la seva pròpia família. Un dels factors pels quals els atrau el país de destí són les percepcions que tenen d'aquest: preveuen que tindran millors oportunitats a causa de les imatges – sovint idealitzades – que reben de l'Europa occidental a través dels mitjans de comunicació¹⁶.

Hi ha casos en què la decisió d'emigrar es pren individualment i d'altres en què la decisió ha estat aprovada per la seva família. Tanmateix, depenent del país d'origen, els

⁹ Vid. QUIROGA, V. (dir.); ALONSO, Ariadna., SORIA, Montserrat. *Somnis de butxaca. Nois i noies menors migrants no acompanyats a Catalunya*. Barcelona: Fundació Jaume Bofill, 2009, pàg. 116.

¹⁰ Veure en aquest sentit l'art. 215 del RELOEX.

¹¹ Vid. URÍA PELAYO, Ana María. “Menores en España: la Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores”. *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, 2010, núm. 45, pàg. 3

¹² Tot i que amb el cas dels menors, aquesta situació d'estrangers irregulars no hauria de comportar una restricció de drets en tant que ha de regir el dret a la igualtat que resulta dels textos estatals o autonòmics o inclús de la pròpia CDI, no sempre ocorre així a la pràctica.

¹³ Vid. DURÁN RUIZ, Francisco Javier. Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros No Acompañados: entre la represión y la protección. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la universidad de Granada* [en línia]. Juny de 2007. [Consulta: 18/03/2017] Disponible a: <<http://www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf>>.

¹⁴ Vid. QUIROGA, V. (dir.); ALONSO, Ariadna., SORIA, Montserrat., op. cit., pàg. 128.

¹⁵ Vid. URÍA PELAYO, Ana María., op. cit., pàg. 3.

¹⁶ Vid. QUIROGA, V. (dir.); ALONSO, Ariadna., SORIA, Montserrat., op. cit., pàg. 147.

MENA arriben per un mitjà o altre de transport. Cal dir, però, que majoritàriament arriben de forma irregular¹⁷.

En definitiva, la migració dels MENA comporta un fenomen nou i amb particularitats respecte del perfil adult que s'han de regular atenent sempre el principi d'interès superior del menor. Aquest principi es configura com el principi rector de les administracions en matèria de protecció de menors i engloba el dret a la vida, supervivència i desenvolupament, a rebre una educació digna i no ser discriminat, així com el dret a expressar les seves opinions i ser escoltat segons la seva edat i nivell de desenvolupament, drets que es deriven de la Convenció de Drets de l'Infant¹⁸. Per fer efectiu aquest principi, les administracions haurien de fer una abstracció del que, en cada cas, exigeix l'interès del menor i no buscar simplement l'ordre públic d'estrangeria.

1.3. MENA: La regulació

Un cop hem introduït el concepte de MENA i hem realitzat una breu exposició del fenomen en termes – podríem dir – més sociològics, procedirem a presentar el marc jurídic de referència i també el protocol que es segueix amb l'arribada d'un menor a territori espanyol. Cal advertir, però, que en aquest punt hi donarem només unes pinzellades ja que durant tot el treball anirem desgranant el seguit d'actuacions i veurem els problemes que es plantegen amb el cas concret, i anirem a parar a la responsabilitat de l'Administració, que sembla no actuar *pro* l'interès superior del menor.

La Declaració Universal dels Drets Humans (en endavant DUDH), consagra una especial protecció a la infància (art. 25). A més, la Convenció de l'ONU dels Drets de l'Infant de 1989 (en endavant CDI) explicita que no s'hi poden fer distincions per origen nacional, als drets dels nens (art. 2), instaura el principi d'interès superior del menor (art. 3), i estableix que la desatenció als menors no pot trobar justificació en la limitació dels recursos socials (art. 4) i que el menor té dret a ser escoltat (art. 12) i dret a la protecció pública si no ho pot fer la seva família (art. 20).

Dintre el marc jurídic espanyol, hem de tenir en compte les següents normes:

- a. **Constitució espanyola.** Aquesta obliga els pares a donar assistència als fills, menors d'edat o, en els casos en què procedeixi legalment, en tot moment (art.39.3). Defineix el paper del Ministeri Fiscal com a protagonista a l'hora de vetllar pels interessos del menor (art. 124). A més, cal tenir en compte que la *norma normarum* estableix com a menor d'edat tota aquella persona que tingui menys de 18 anys (art. 12) i disposa que aquests gaudiran de la protecció que està prevista als acords internacionals que vetllen pels seus drets (art. 39.4).
- b. **Codi civil espanyol.** Aquest dedica un capítol a la protecció dels menors. En concret, a l'art. 172.4 es refereix als MENA i a l'obligació de donar una atenció

¹⁷ Vid. *ibid*, pàg. 167.

¹⁸ Vid. *infra*, epígraf 1.3.

immediata a aquests sense distinció. Tanmateix, defineix el que es coneix per «situació de desemparament».

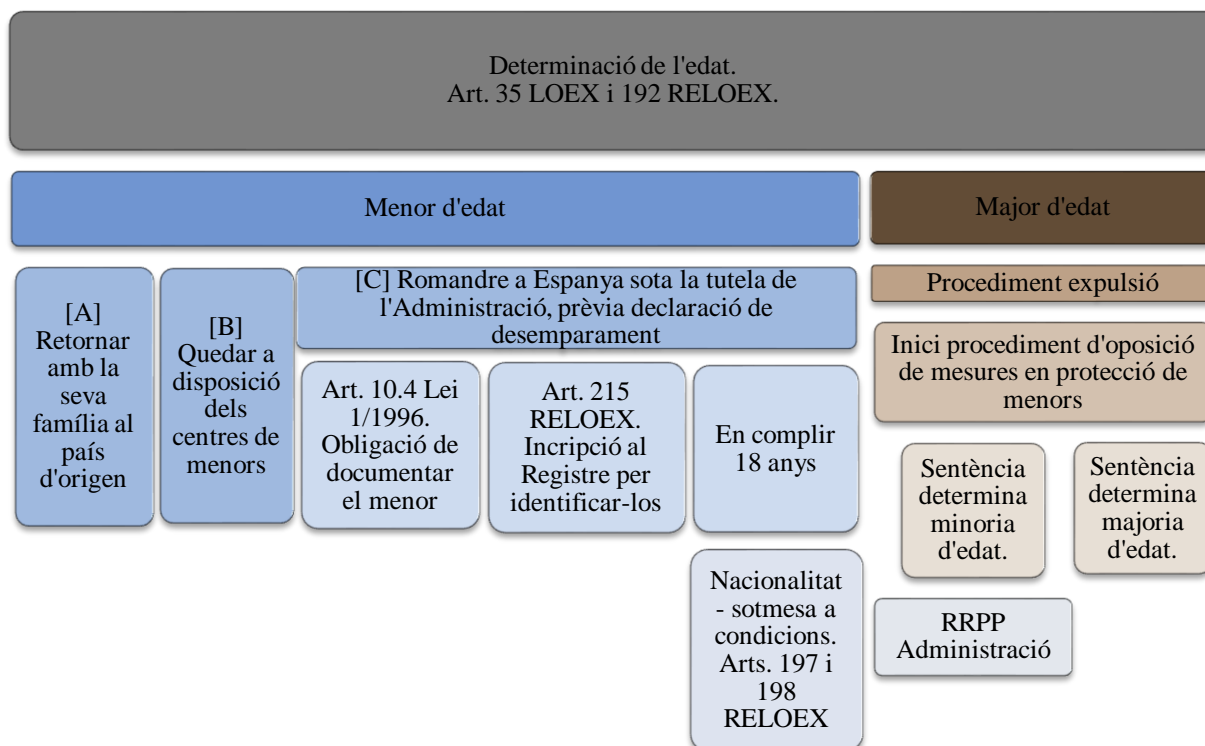
- c. **Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.** Aquesta llei s'aplica a tot menor i reconeix una sèrie de drets a aquests com, per exemple, el dret a ser escoltat, a ser documentat, el dret a l'accés amb igualtat als serveis públics, les obligacions de l'Administració i el fet que la falta de recursos no pot ser impediment per tutelar un menor. En conclusió, sempre fa prevaldre l'interès superior del menor.
- d. **Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció de la infància i l'adolescència.** Ens parla del deure d'informar les Entitats Públiques de les dades del menor i del dret a buscar la família del menor i restablir la convivència, sempre que sigui en interès del menor.
- e. **Llei 4/2000, d'11 de gener, sobre els drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.** La Llei d'estrangeria no té una especial cura en mencionar als menors estrangers, les referències son disperses i amb falta de criteri. Deixant de banda aquest fet hem de mencionar l'article 35 – dels menors estrangers no acompanyats –, el qual resulta cabdal pel cas que ens ocupa. En concret, l'article 35.3 estableix que «en els supòsits en què el cossos i forces de seguretat de l'estat localitzen un estranger indocumentat la minoria d'edat del qual no es pugui establir amb seguretat, els serveix competents de protecció de menors li han de donar l'atenció immediata que necessiti, d'acord amb el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor, i s'ha de posar en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que ha de disposar la determinació de l'edat, per a la qual cosa han de col·laborar les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, realitzaran les proves necessàries».
- f. **Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la seva reforma per la Llei orgànica 2/2009.** El Reglament té una sistemàtica semblant a la Llei d'estrangeria. Els articles que cal destacar de la norma fan referència a la primacia de l'edat menor (art. 192), el Registre de menors (art. 215) o aspectes de l'autorització de residència a un menor no acompanyat que és titular d'una autorització (art. 197) i d'un que no n'és titular (art. 198).
- g. També hem de tenir en compte alguns Convenis bilaterals com són **(a) Acord entre el Regne d'Espanya i el Regne del Marroc** sobre cooperació en l'àmbit de la prevenció de l'emigració de menors d'edat no acompanyats, la seva protecció i el seu retorn concertat, fet a Rabat el 6 de març del 2007 i **(b) Acord entra la República de Senegal i el Regne d'Espanya** sobre cooperació en l'àmbit de la prevenció de l'emigració de menors d'edat del senegalesos no

acompanyats, la seva protecció, repatriació i reinserció, fet *ad referendum* a Dakar, el 5 de desembre de 2006¹⁹.

D'altra banda, del marc autonòmic, i en particular de la Comunitat Autònoma de Catalunya, interessa la següent legislació pel que fa als menors:

- a. **Llibre II del Codi civil català.** Estableix unes directrius en termes de desemparament i tutela. Pel que fa a règim i mesures remet a la legislació sobre la infància i l'adolescència.
- b. **Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats a la infància i l'adolescència.** Sabem que les diverses comunitats autònomes tenen competència per regular la protecció de menors. Per tant, aquesta llei autonòmica tracta – entre d'altres – la tutela de menors quan manca potestat parental. Aquesta llei té com a objectiu unificar la regulació d'aquest col·lectiu quant a mecanismes socials de prevenció i l'adaptació de la normativa a les noves circumstàncies socials.

En base a tots aquests articles, el protocol que es segueix des del moment que arriba un MENA a territori espanyol és el següent:



¹⁹ Informació extreta de: *Menores Extranjeros No Acompañados*. Curs d'Estiu de la Universitat de Saragossa, 2 de setembre de 2009.

1.4. MENA: La doctrina del Tribunal Suprem sobre la determinació de l'edat

Nombrosos han estat els casos en què un menor ha vist vulnerats els seus drets com a conseqüència d'un Decret de Fiscalia que determinava que aquell no era menor sinó major. A més, després d'un llarg procés d'immigració, amb les dificultats i afectacions psicològiques que això suposa, es veien sotmesos a unes proves de determinació de l'edat, tot i disposar d'un passaport o document d'identitat vàlid.

Aquest Decret es genera com a conseqüència d'una incorrecta interpretació de l'art. 35 de la LOEX. L'esmentat article estableix que, quan un menor sigui localitzat indocumentat, se li donarà la protecció que requereix i s'informarà el Ministeri Fiscal, que disposarà la determinació de la seva edat. D'acord amb aquest article, diu el TS, les proves de determinació de l'edat només es podran practicar quan del passaport no es pugui desprendre la seva minoria d'edat. No obstant això, les actuacions que s'han dut a terme no s'han adequat a la doctrina ja que, sense entrar a discutir la validesa dels documents, s'ha procedit a realitzar proves mèdiques de determinació de l'edat.

Durant molt temps, s'ha defensat l'interès superior del menor enfront de les diverses instàncies judicials. Finalment, el TS es va pronunciar sobre la interpretació de l'art. 35.3 de la LOEX. No obstant això, després es veuria que sorgia un nou problema: el de reparar el dany de cadascun d'aquests menors. Això deriva del Protocol marc sobre determinades actuacions en relació als MENA que preveu, en determinats casos, tenir per «indocumentat» a MENA que disposen d'un passaport o document equivalent d'identitat del qual resulti la seva minoria d'edat. Amb aquesta actuació el que sembla és que prevalen les polítiques d'immigració abans de la condició de menor²⁰.

La STS de 23 de setembre de 2014²¹ resulta rellevant perquè diu que «l'immigrant del passaport o document equivalent del qual es derivi la seva minoria d'edat no pot ésser considerat un estranger indocumentat per ser sotmès a les proves complementaries de determinació de l'edat, ja que no procedeix qüestionar sense una justificació raonable perquè es realitzin dites proves quan es disposa d'un passaport vàlid...». La mateixa sentència defineix que es consideren passaports vàlids «aquells que s'han atorgat complint els requisits exigits al país d'origen o procedència i contenen les dades suficients per determinar l'edat i la nacionalitat». La STS de 24 de setembre de 2014 també falla en el mateix sentit²².

El TS deixa clar que el passaport és un document amb validesa internacional, sense que s'hagi de requerir l'existència de legalització o postil·lana ni de Tractat o Conveni amb el país estranger que el va emetre, tal com exigia el Ministeri Fiscal.

En conclusió, si del document es pot desprendre l'edat no serà ajustat a dret realitzar cap tipus de prova de determinació de l'edat. El menor haurà de ser posat a disposició de

²⁰ Vid. DE PALMA DEL TESO, Ángeles.; GONZÁLEZ GARCÍA, Almudena., op. cit. pàg. 4.

²¹ Sentència del Tribunal Suprem 453/2014 (Sala Civil, secció 1ª), de 23 de setembre de 2014 (recurs 1382/2013).

²² Sentència del Tribunal Suprem 452/2014 (Sala Civil, secció 1ª), de 24 de setembre de 2014 (recurs 280/2013).

l'Administració, i en concret dels serveis de protecció, per posteriorment tramitar el seu desemparament i assumir la seva tutela. A més, s'haurà de fer constar en el Registre de MENA, tal com dicta l'art. 215 del RELOEX.

1.5. MENA: El cas d'en Mamourou

A continuació, tenint en compte la regulació que resulta aplicable als MENA i havent establert el «marc d'actuació» i la doctrina que emana del TS, procedirem a exposar els fets del cas d'en Mamourou. Com he dit, aquest és un cas real proporcionat per la Clínica Jurídica de Protecció a la Infància i l'Adolescència, i en concret l'Associació Noves Vies, on realitzo les pràctiques curriculars. Sobre el cas, està pendent d'iniciar-se el procediment de responsabilitat patrimonial de l'Administració, objectiu que abordarem en aquest treball, el termini de presentació del qual finalitza el 27 de maig de 2017.

A continuació podem consultar l'esquema del cas²³ i posteriorment, l'explicació detallada del mateix. La intenció és facilitar la comprensió dels fets de la millor forma possible per després entrar a analitzar el requisits de la responsabilitat patrimonial.

En Mamourou va nàixer a la Regió de Kulikoró (Mali) el 26 de desembre de 1999. Per tant, actualment és menor d'edat. La Regió de Mali és objecte de nombroses rebel·lions, hi ha un alt grau d'analfabetisme i s'hi sumen pobresa, desnutrició i una higiene inadequada. És per aquests motius que en Mamourou marxa del seu país per buscar una vida digna. Es traslladà a Algèria i després al Marroc, fins arribar a l'Estat espanyol a través de Melilla.

Quan en Mamourou va arribar a Melilla – farà aproximadament 2 anys – no disposava de cap documentació. A causa de la seva ignorància i de la por que el retornessin al seu país d'origen, va donar un nom fals a la Policia Nacional, que el va identificar com Ibrahim Sisse. D'acord amb l'art. 206 del RELOEX li tramiten un NIE de forma automàtica.

De Melilla es trasllada a Múrcia, on li practiquen les primeres proves de determinació de l'edat, les quals conclouen que és major d'edat. Després de residir en diferents centres d'acollida per a persones immigrants majors d'edat, en Mamourou manifesta ser menor d'edat i és acompanyat a Madrid, on «Fundació Raíces»²⁴ i l'entitat CEPAIM²⁵ l'ajuden a tramitar el corresponent certificat de naixement, el carnet d'identitat i el passaport, els quals són validats per l'ambaixada de Mali situada a Madrid. Aquest passaport conté el nom d'en Mamourou i la nacionalitat de Mali²⁶.

²³ Vid. Annex 1, pàg. 2.

²⁴ «Fundació que s'encarrega de fomentar recursos i possibilitats per a persones en desigualtat i risc d'exclusió social, entre d'altres, especialitzada en Menors Estrangers no Acompanyats.» Disponible a: <<http://www.fundacionraices.org/>>.

²⁵ «Fundació que vetlla pel desenvolupament dels joves immigrants, oferint-los unes possibilitats d'habitatge, convivència, educació, entre d'altres.» Disponible a: <<http://cepaim.org/>>.

²⁶ Vid. Annex 2, document 1, pàg. 3.

Un cop obté el passaport es trasllada a Barcelona ja que hi té amics i coneguts. L'Albert, advocat social, s'assabenta mitjançant «Fundació Raíces» i l'entitat CEPAIM que hi havia un noi vivint al carrer, natural de Mali i amb passaport.

L'advocat demana informació via telefònica als educadors de carrer de l'Ajuntament de Barcelona i manifesten que cal acompanyar aquest menor a Fiscalia, per tal de practicar-li les proves de determinació de l'edat a pesar que ja tenia documentació. Així, el 20 d'octubre de 2015 el menor va ser acompanyat pel mateix advocat a la Fiscalia de Protecció de Menors i als Mossos d'Esquadra (aquesta actuació genera un primer incompliment de l'art. 35 LOEX, atès que el primer que s'hauria de fer es portar-lo a un centre de protecció de menors i no directament a Fiscalia).

El noi va ser retingut pels Mossos d'Esquadra a les dependències de persones detingudes (aquesta actuació podria ésser qualificada de tracte degradant davant d'una persona menor d'edat en situació de desemparament). El mateix dia és acompanyat al centre de protecció de menors Estrep. Al dia següent, el 21 d'octubre de 2015, tot i estar en disposició d'un passaport vàlid, el menor truca des del centre a l'advocat perquè li havien comunicat que li anaven a realitzar unes altres proves mèdiques de determinació de l'edat (veurem també que aquesta actuació és contrària a la doctrina jurisprudencial del TS).

En data 22 d'octubre, un dia més tard, la Fiscalia emet un Decret pel qual manifesta que es considera en Mamourou una persona major d'edat atès que el 14 d'abril de 2015, a Murcia, ja li van realitzar unes proves per determinar la seva edat i van decretar que aquest era major.

Partint d'aquestes dades, procedirem a detallar l'actuació de la DGAIA, ja que és el que realment interessa a efectes de determinar la responsabilitat patrimonial de l'Administració de la Generalitat:

- a.** L'actuació de la DGAIA s'inicia el 20 d'octubre de 2015 com a conseqüència de la posada a disposició, per part dels Mossos d'Esquadra, d'un menor de 17 anys. Aquest mateix dia, s'ingressa al menor a un centre de protecció de menors – Estrep – mentre es realitza l'estudi personal i familiar.
- b.** Per tant, sembla ser que la DGAIA actua correctament atorgant validesa a la declaració de l'actor, qui manifesta ser menor d'edat i, més tard, declara preventivament el desemparament d'en Mamourou i la consegüent tutela provisional.
- c.** No obstant això, el menor va sortir del centre el 23 d'octubre de 2015 i consta a l'expedient que la DGAIA va notificar la resolució provisional de desemparament al mateix el 29 d'octubre de 2015; resolució que mai va ser notificada directament al menor o al seu advocat.
- d.** Quan el Ministeri Fiscal emet el Decret de Fiscalia, la DGAIA, emparant-se exclusivament en el mateix, decideix cessar de les seves funcions tutelars i emet

una resolució, en data 28 d'octubre de 2015²⁷, per la qual tanca l'expedient de protecció del menor Mamourou. En cap cas consta el motiu pel qual ignoren la validesa del passaport i la doctrina que emana del TS. Cal destacar que no van fer cap altre tipus d'actuació per fer valer l'edat del passaport o comprovar-la.

- e. Contra la resolució de 28 d'octubre de 2015 per la qual es deixa sense protecció a en Mamourou i tanquen l'arxiu de l'expedient de desemparament, s'interposa demanda davant el Jutjat de Primera Instància número 18 de Barcelona (Família), en data 17 de desembre de 2015²⁸. Es tracta d'un procediment d'oposició de mesures en protecció de menors, regulat als arts. 779 y ss. LEC.
- f. Juntament amb la demanda mencionada, es sol·liciten mesures cautelars, però aquestes no van ser concedides. La mesura cautelar que es va sol·licitar consistia a suspendre l'execució de la resolució de la DGAIA que s'impugna²⁹.
- g. La contestació a la demanda per part de la DGAIA consta en data 2 de febrer de 2015, i el 18 de maig de 2016 se celebra la vista amb assistència d'ambdues parts. Es practiquen les proves sol·licitades i queda vist per sentència. Finalment, el Jutjat de Primera Instància de Barcelona falla en la Sentència 229/2016, de 19 de maig de 2016, a favor d'en Mamourou i deixa sense efecte la improcedent resolució de la DGAIA de 28 d'octubre de 2015³⁰. Aquesta sentència es notifica el 27 de maig de 2016.
- h. Com a conseqüència de la Sentència 229/2016, l'Administració dicta una nova resolució per la qual torna a assumir la tutela d'en Mamourou i queda dintre el sistema de protecció. Ara mateix es troba sota la tutela de la DGAIA, viu a un pis d'acollida³¹ i estudia per arribar a ser electricista.

La data d'aquesta última resolució seria el moment final pel còmput del danys i perjudicis soferts, ja que és la data en què es va adoptar la mesura de protecció i el menor va quedar efectivament sota la tutela de l'Administració. Això ho veurem més endavant. Simplement deixo apuntat que, com que aquesta resolució no consta a l'expedient, s'ha utilitzat pel càlcul de la indemnització la data de notificació de la sentència, 27 de maig de 2016.

Sobre els fets que se'ns presenten, cal que ens fem algunes preguntes: *¿pot concórrer responsabilitat patrimonial de l'Administració?* (caràcters generals i requisits de la responsabilitat de l'Administració), *¿fins on es fa extensible el deure d'indemnitzar?* *¿cabria reclamar danys morals?* (contingut del deure a indemnitzar i prescripció),

²⁷ Vid. Annex 2, document 2, pàg. 4.

²⁸ Vid. Annex 2, document 3, pàg. 6.

²⁹ Vid. Annex 2, document 4, pàg. 8.

³⁰ Vid. Annex 2, document 5, pàg. 10.

³¹ En virtut de l'art. 146 de la LDOIA i d'acord amb el principi d'interès superior del menor, es permet que visqui a un pis d'acollida en comptes d'un centre de menors.

¿quin procediment cal seguir per reclamar responsabilitat a l'Administració?
(procediment administratiu de responsabilitat patrimonial de l'Administració).

A partir d'aquestes preguntes i en base al cas concret, estudiarem una matèria singular, la responsabilitat pels danys causats a MENA derivats de l'anul·lació d'actes administratius dictats per la DGAIA.

2. CARÀCTERS GENERALS DE LA RESPONSABILITAT DE L'ADMINISTRACIÓ

Si volem conèixer el significat literal de la paraula *responsabilitat*, anant als diccionaris la trobarem definida, en termes generals, com «la capacitat de respondre d'alguna cosa, de garantir la realització d'una tasca, el compliment d'un deure, de donar-ne la raó»³². Ara bé, si ens traslladem al camp del dret i, en concret, del dret administratiu, la responsabilitat s'entén com «l'obligació que l'Administració pública té, en l'exercici de les seves competències, de reparar els danys que han pogut causar a tercers, ocasionant un perjudici»³³.

En definitiva, el sistema de responsabilitat patrimonial – institució jurídica sorgida molt tardanament –, tot i ser objecte de grans disputes, ha suposat un canvi radical en l'àmbit de les garanties patrimonials dels particulars. Referint-se a aquesta amb el Codi civil de 1889 i, posteriorment, amb la Constitució republicana de 1931, no va ser fins mitjans del segle XX quan es va poder observar d'una forma més clara una regulació realment eficaç com a garantia per al ciutadà davant dels danys de l'Administració.

No obstant això, abans del segle XX cal destacar una sentència del Tribunal de Conflictes de França³⁴, ja que va ser la primera que es va pronunciar en el sistema administratiu sobre la qüestió de la responsabilitat i durant molt temps s'ha considerat la base de la fundació moderna del dret administratiu en tant que l'Administració es fa responsable dels serveis públics.

Això no obstant, deixant de banda l'incís exemplificatiu, en primer lloc, la seva regulació es trobava en una llei especial – en concret, a l'art. 405 de la Llei de Règim Local de 16 de desembre de 1950 – però serà l'any 1954 el que marcarà el punt d'inflexió. Amb la Llei d'expropiació forçosa (en endavant LEF), a més d'incloure la indemnització derivada d'actuacions contractuals dels poders públics, s'inclouran els danys que derivin d'actuacions extracontractuals o, com diu textualment l'article 121 de la mateixa, «els danys causats pel funcionament normal o anormal dels serveis públics». Aquesta llei, juntament amb el Reglament que la desenvolupa i la Llei de règim jurídic de l'Administració de l'Estat de 26 de juliol de 1957, van fer capgirar els

³² DIEC. *Diccionari de la llengua catalana* [en línia]. [Consulta: 27/01/2017] Disponible a: <<http://dlc.iec.cat/>>.

³³ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons, 2015, pàg. 289.

³⁴ Sentència del Tribunal de Conflictes de França, afer Blanco, de 8 de febrer de 1873.

tribunals i van crear una resposta de resistència per part de la doctrina, que titllava «d'insòlit» aquest fet.

No obstant això, amb l'article 106.2 de la Constitució espanyola (en endavant CE), el qual estableix el següent:

«Els particulars, en els termes establerts per la llei, tindran dret a ser indemnitzats per tota lesió que sofreixin en qualsevol dels seus béns i drets, a n ser que concorri força major, sempre que la lesió sigui conseqüència del funcionament dels serveis públics.»

es consagra el sistema que ara coneixem de responsabilitat patrimonial. Aquest article es desenvolupa per la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant LPAC) i la 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic³⁵ (en endavant LRJSP).

Simplement vull precisar que, com veurem posteriorment, hi ha similituds, si ens hi fixem, amb el que estableixen l'art. 106.2 de la CE i l'art. 32.1 LRJSP. L'article 106 del text constitucional diu:

«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»

No obstant, també diferències que cal remarcar en tant que l'art. 32 LRJSP afegeix un incís, a més del que diu la CE, en tant que diu que la lesió ha de ser conseqüència de «funcionament normal o anormal dels serveis públics»³⁶. Veurem la importància de dita matisació.

En definitiva, perquè pugui sorgir responsabilitat patrimonial de l'Administració, s'han de complir tres requisits: **(a)** existència d'un dany o una lesió; **(b)** la imputació del dany o la lesió al funcionament d'un servei públic, i **(c)** la relació de causalitat entre el funcionament del servei públic i la lesió, és a dir, que el dany ha d'haver estat provocat efectivament per l'actuació de l'Administració pública.

Un cop feta aquesta aproximació conceptual de «responsabilitat patrimonial de l'Administració», passem a exposar els requisits necessaris pel sorgiment d'aquesta a

³⁵ Vid. FUENTES ABRIL, Javier. «La responsabilidad patrimonial de la administración. Análisis jurisprudencial» [en línia]. *Notícies Jurídicas*, 2009. [Consulta: 27 de gener 2017] Disponible a: <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>>.

³⁶ Vid. *infra*, epígraf 2.2.

partir del cas concret. És a dir, analitzarem si el cas es pot subsumir en cadascun dels requisits per poder afirmar que es tracta d'un supòsit del qual deriva un deure d'indemnitzar per part de l'Administració.

2.1.La lesió indemnitzable

El concepte de lesió passa a ésser el punt culminant del sistema de responsabilitat patrimonial de l'Administració. Cal, per tant, caracteritzar el concepte, definir-lo de forma adient i fer diverses precisions per evitar que pugui ser aplicat per emparar qualsevol pretensió indemnitzatòria³⁷.

Ens hem de fixar en la dicció literal dels arts. 32.2 i 34.1 LRJSP. El primer estableix que, en tot cas, el dany que s'al·legui haurà de ser efectiu, avaluable econòmicament i individualitzable en relació amb una persona o grup de persones. A més, l'art. 34.1 ho complementa dient que només seran indemnitzables les lesions produïdes al particular que provinguin de danys que aquest no tingui el deure jurídic de suportar d'acord amb la llei.

Tal com es deriva de l'exposició dels fets i d'acord amb els requisits immediatament mencionats, pel cas que ens ocupa, el fet lesiu o lesió indemnitzable radica en la nova resolució que emet la DGAIA el 28 d'octubre de 2015 per la qual deixa sense efecte l'anterior resolució dictada tan sols vuit dies abans en què declarava el desemparament del menor. En aquesta segona, deixa el menor fora del sistema de protecció, basant-se en un Decret de Fiscalia que determinava la majoria d'edat d'aquest, tot i que el menor ostentava d'un passaport que evidenciava la seva minoria d'edat. .

Per fer-ho més gràfic i saber si realment aquesta resolució és causa d'una lesió indemnitzable, explicarem el contingut de cada requisit de forma separada atenent al cas concret.

a. Antijurídic, és a dir, que el particular afectat no tingui el deure de suportar-lo:

En primer lloc, s'ha de tenir en compte que el concepte de lesió pren sentit del concepte vulgar de «perjudici». S'entén per perjudici un detriment o pèrdua patrimonial qualsevol. No obstant això, el concepte de lesió al qual es fa referència a la clàusula constitucional i legal és quelcom diferent. No n'hi ha prou amb un perjudici material o pèrdua patrimonial sinó que, a més, s'ha de tractar d'un perjudici antijurídic.

En segon lloc, i lligat a la primera apreciació, el perjudici antijurídic es convertirà en lesió indemnitzable sempre que la persona que el sofreix no tingui el deure jurídic de suportar-lo. Per tant, s'ha de concloure que la antijuridicitat

³⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La responsabilidad patrimonial de la administración». A: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. Barcelona: Thomson Civitas, 2015, pàg. 18.

del perjudici fa referència al perjudicat i és per tant subjectiva. Així ho fa explícit l'art. 34.1 de la Llei 40/2015.

El tot just ara esmentat art. 34.1 estableix que hi ha lesió i per tant, responsabilitat de l'Administració, sempre que no existeixin causes de justificació capaces de legitimar el perjudici material produït, és a dir, sempre que no concorri un títol jurídic que determini o imposi com rigorosament inexcusable, efectivament volgut o, almenys, eventualment acceptat el perjudici contemplat.

En Mamourou disposava d'un passaport vàlid, emès per l'ambaixada de Mali – en data 1 d'agost de 2015 i, per tant, anterior a la resolució per la qual es deixa sense efecte el desemparament i consegüent tutela administrativa – però tot i així, sense tenir en compte la doctrina que emana del TS comentada anteriorment³⁸, el Ministeri Fiscal, en base a les proves de determinació de l'edat practicades per la Fiscalia de Murcia, emet un Decret i resol dient que és major d'edat.

La DGAIA, el 20 d'octubre de 2015, com a conseqüència de la posada a disposició d'en Mamourou per part dels serveis policials, li brinda protecció però vuit dies més tard, en base al Decret de Fiscalia i sense dur a terme cap actuació més, emet una resolució expulsant el menor del sistema de protecció, i el deixa desemparat.

Tal com es deriva de l'art. 35.3 de la LOEX, el menor – tenint en compte que duia un passaport vàlid – no hauria d'haver deixat de rebre assistència per part de la DGAIA ja que, si bé és cert que el Decret de Fiscalia no és recurrible – com veurem més endavant –, l'Administració podria haver realitzat altres actuacions abans d'emetre una resolució en base al Decret ja que, en primer lloc, els poders públics s'han de sotmetre al principi d'interès superior del menor.

Podem concloure que en Mamourou no tenia el deure jurídic de suportar aquesta actuació de l'Administració perquè ostentava un document vàlid i afirmava ser menor d'edat, la qual cosa li repercutia amb uns drets que no li van ésser concedits. Per tant, l'Administració de la Generalitat no actua d'acord amb el principi d'interès superior del menor ni d'acord amb el principi de legalitat. Tampoc garanteix al menor els drets que l'ordenament jurídic li reconeix.

b. Efectiu:

Derivat de l'art. 106.2 del text fonamental, i la reiteració que se'n fa en l'art. 32.1 LRJSP, s'elimina qualsevol mena de dubte que poguéssim tenir amb relació a l'anterior regulació. SANTAMARÍA PASTOR distingeix de forma molt

³⁸ Sentència del Tribunal Suprem 453/2014 (Sala Civil, secció 1ª), de 23 de setembre de 2014 (recurs 1382/2013) y Sentència del Tribunal Suprem 452/2014 (Sala Civil, secció 1ª), de 24 de setembre de 2014 (recurs 280/2013).

clara, una doble vessant: per un costat, afirma que «s'ha de produir una afecció danosa als béns o drets de la persona afectada» i, d'altra banda, que «el dany ha d'ésser efectiu en el sentit actual i real»³⁹. En conseqüència, s'entén que seran indemnitzables tot tipus de danys, siguin materials, personals o inclús morals i, com a conseqüència, s'exclouen els eventuals o simplement possibles, però no actuals, ni segurs en quant a la seva producció, en altres paraules, la simple frustració d'expectatives.

El temps que en Mamourou no va ésser tutelat per la DGAIA, és a dir, del 28 d'octubre de 2015 – quan va ésser expulsat del sistema de protecció – al 27 de maig de 2016 – moment en què torna a ésser tutelat per la DGAIA⁴⁰ –, se li vulneren una sèrie de drets, dels quals tot menor ha de poder gaudir. Encara que la vulneració d'aquests drets vingui acompanyada d'una frustració d'expectatives, els danys es produeixen en un sentit actual i real ja que afecten la vida del menor en aquell temps en què l'Administració no es fa càrrec de la seva tutela.

La deixadesa de l'Administració provoca que Mamourou hagi de viure en un pis d'acollida amb gent que no és de la seva edat, no pot gaudir del seu dret a la educació, ni d'altres que l'ordenament li reconeix. En definitiva, aquesta actuació no actua *pro* el ple desenvolupament de la seva personalitat. Tot això suposa anar en contra del principi bàsic – interès superior del menor – al qual han d'atendre els poder públics.

c. Avaluable econòmicament:

Com acabem de dir, el dany indemnitzable pot ser de tot tipus mentre sigui efectiu però, a més és requisit *sine qua non* que tant la lesió com la indemnització pugui ser expressades amb una xifra econòmica, la qual serà determinada molts cops per un jutge o tribunal. Amb aquest requisit es deixaran fora de joc a aquelles simples molèsties i perjudicis que no tinguin una transcendència econòmica apreciable.

Com veurem, no hi ha problema quan s'ha d'avaluar un dany patrimonial sinó que la dificultat té lloc en el moment en què el dany resulta ser moral ja que aquest és difícilment quantificable. GÓMEZ POMAR, encunyà el terme «danys morals» com «la reducció del nivell d'utilitat que ni els diners, ni els béns

³⁹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2015, pàg. 549.

⁴⁰ Vid. *supra*, epígraf 1.5. Recordem l'advertència anterior. Com que no consta a l'expedient la resolució per la qual la DGAIA assumeix de nou la tutela, utilitzem la data de notificació de la sentència que deixa sense efecte la resolució de l'Administració de 28 d'octubre de 2015 i obliga a la DGAIA a assumir de nou la tutela del menor.

intercanviables per diners, poden compensar»⁴¹. Tanmateix, la STS de 27 de juliol de 2006 estableix que el dany moral es aquell «causat al conjunt de drets i béns de la personalitat que integren el denominat patrimoni moral»⁴².

És evident que el perjudici causat a en Mamourou comporta un dany que, tot i ser difícil de quantificar, resulta avaluable econòmicament. Des que l'Administració emet una resolució que deixa sense efectes el desemparament del menor fins que es dicta la nova resolució administrativa declarant el desemparament i la tutela del menor com a conseqüència de la Sentència del Jutjat de Primera Instància de Barcelona 229/2016, la qual determina la seva minoria d'edat, transcorren set mesos. En aquests set mesos el menor no rep cap protecció per part de l'Administració sinó que viu a un pis d'acollida d'una Fundació denominada CEPAIM, la qual només cobreix les seves necessitats d'allotjament i, per tant, no se li garanteixen tots els drets que haurien de fer-se efectius si estigués sota l'empara de la DGAIA.

La fundació té un pla social per atendre les desigualtats de les classes més desfavorides. No obstant això, no és una institució que s'especialitzi en menors: el perfil més comú és el d'adults immigrants. Per tant, durant aquest temps en què en Mamourou no ha estat tutelat, s'han vist vulnerats els seus drets bàsics com a menor.

Caldrà analitzar la falta d'educació que ha pogut tenir el Mamourou, o incús de sanitat, de protecció que li assegurí un creixement mental i social sa i lliure, entre d'altres. Tots aquests són drets vulnerats determinants per establir amb quina quantia s'hauria d'indemnitzar el menor, aquesta la veurem més endavant.

d. Individualitzable en relació amb una persona o grup de persones:

Amb el terme «individualitzable» no ens venim a referir que el dany només pot recaure sobre el patrimoni d'unes persones en concret, sinó que ha de ser individualitzable en relació amb una persona o grup de persones, en el sentit que haurà de ser suportat per tots.

Aquest requisit, en definitiva, el què pretén és indicar que s'ha de tractar d'un dany concret, que resideixi directament del patrimoni de qui reclama i que excedeixi, a més, el que puguin considerar-se càrregues comuns de la vida social⁴³.

⁴¹ Vid. GÓMEZ POMAR, Fernando. «Dany Moral». *InDret* [en línia]. Juny de 2010, núm. 1. [Consulta: 29 de gener de 2017.] Disponible a: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/120085>>.

⁴² Sentència del Tribunal Suprem 888/2007 (Sala Civil, secció 1ª), de 27 de juliol de 2007 (RJ 2007/5149).

⁴³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La responsabilidad patrimonial de la administración», *op cit.*, pàg. 22.

El dany que s'ha produït a en Mamourou per deixar sense efecte una resolució que declarava el seu desemparament és un fet que afecta de forma individual el subjecte, és a dir, es tracta d'un dany concret a una persona en concret i que, en cap cas, no és una carrega general que afecti la col·lectivitat. Poden donar-se més casos amb característiques semblants però cada cas té les seves particularitats.

2.2.La imputació del dany a l'Administració

Imputar vol dir atribuir la responsabilitat i/o culpa d'alguna cosa, és a dir, quan ens referim a la imputació del dany a l'Administració ens estem referint al fet que aquesta té un deure de reparar un dany, sobre la base de la relació que existeix entre dany i Administració. El problema el trobem en el moment en què hem de determinar si concorre o no aquesta relació, en altres paraules, si l'actuació de l'Administració és generadora del dany sofert pel particular.

En introduir el tema, apuntàvem que hi ha una diferència substancial en la dicció de l'art. 106.2 de la CE i l'art. 32.1 de la LRJSP ja que, en aquest últim, se'ns diu que una lesió és indemnitzable «sempre que [...] sigui conseqüència del funcionament normal o anormal dels serveis públics». GARCÍA DE ENTERRÍA, en termes generals, adverteix que a efectes de justificar la imputació del dany, tot i que es reconeguin diversos títols d'imputació, «és suficient que la titularitat del servei o activitat pertanyin a la mateixa»⁴⁴. No obstant això, aquesta última distinció – funcionament normal o anormal – és clau per entendre tot aquest engranatge ja que, a partir d'aquesta fórmula, sorgeixen diversos títols d'imputació que no és sobrer enumerar⁴⁵:

- a. Responsabilitat pel funcionament anormal
- b. Responsabilitat pel funcionament normal
- c. Responsabilitat per l'anul·lació dels actes administratius
- d. Responsabilitat de l'Estat legislador
- e. Responsabilitat per l'enriquiment injust a favor de l'Administració

En el nostre supòsit de fet, l'origen del dany deriva de la resolució administrativa mitjançant la qual la DGAIA deixa sense efecte la resolució de desemparament, com a conseqüència del Decret de fiscalia pel qual es determina la majoria d'edat. Aquest acte jurídic va resultar contrari a la legalitat, tal com resulta de les sentències del TS per les quals es va declarar que hauria de prevaldre l'edat del passaport i/o un altre document d'identitat vàlid del menor. Per tant, en principi estariem fent front a un dany derivat d'un acte jurídic de l'Administració de la Generalitat, en concret, dictat per la DGAIA. Per tant, el títol d'imputació seria «responsabilitat per l'anul·lació d'actes administratius».

⁴⁴ Vid. *ibid*, pàg. 29.

⁴⁵ GÓMEZ POMAR, Fernando. «Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas». *Materials assignatura Dret Civil UPF* [en línia]. [Consulta: 30/01/2017] Disponible a: <https://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf>.

L'anul·lació d'un acte administratiu no genera per si sol responsabilitat, perquè aquesta pugui concórrer es requereix que s'hagi provocat un dany. Quan es dicta sentència deixant sense efecte la resolució i afirmant que havia de prevaldre l'edat del passaport (és a dir, es determina que el noi és menor d'edat i l'Administració ha de tornar a tutelar al menor), es reconeix que l'actuació de l'Administració ha estat contrària a dret i que aquesta ha generat un perjudici per la part demandant.

2.3.La relació de causalitat

GARCÍA DE ENTERRÍA qualifica de condició indispensable l'existència d'una relació de causa–efecte entre el fet que s'imputa a l'Administració i el dany produït, ja que d'aquest fet depèn que es pugui atribuir o no el deure d'indemnitzar determinats danys o lesions⁴⁶.

En principi, es sol afirmar – com a forma més senzilla d'entendre aquest concepte – la necessitat que el fet, perquè sigui considerat causa del dany, ha de tenir una especial aptitud per produir l'efecte lesiu. Només en aquests casos es pot dir que l'activitat que es pren en consideració constitueix la causa eficient, la causa pròxima del dany, la causa veritable del mateix.

Passem a analitzar si hi ha relació causa–efecte en el cas que ens ocupa i a veure si hi concorre alguna causa d'exclusió – força major, culpa exclusiva de la víctima, risc de desenvolupament i assumptió de risc – que determinaria la manca de responsabilitat patrimonial de l'Administració.

En relació amb el cas concret, hauríem de plantejar el paper de la Fiscalia i, en concret del Decret de 23 d'octubre de 2015 pel qual determina que en Mamourou és major d'edat. Aquesta decisió que es plasma en el Decret es pren d'un anterior Decret de la Fiscalia de Murcia de 14 d'abril que així ho considera⁴⁷.

La resolució de la DGAIA de 28 d'octubre que deixa sense efecte la resolució de desemparament i consegüent tutela és causa del Decret de Fiscalia de 23 d'octubre. Així, cal preguntar-se si l'Administració estava obligada a acceptar la majoria d'edat de la persona o podia/hauria d'haver adoptat altres mesures més convenients per actuar *pro* interès del menor, com per exemple demanar dades a l'Ambaixada o Consolat de Mali (Estat d'origen del menor) per comprovar la veritable edat del noi.

Un Decret, en termes generals, és la decisió que pren una autoritat sobre una matèria en què té competència. Així, el Decret de Fiscalia objecte d'estudi es tracta d'una decisió que pren el Fiscal en base a unes proves de determinació de l'edat practicades amb

⁴⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La responsabilidad patrimonial de la administración», *op cit.*, pàg. 34.

⁴⁷ Recordem a l'inici que es feia constar en l'esquema del cas que en Mamourou arriba a Melilla i d'allí és traslladat a Murcia, on li practiquen les primeres proves de determinació de l'edat. És d'aquí d'on deriva aquest Decret de Fiscalia de 14 d'abril de 2015.

anterioritat⁴⁸. Fins aquí sembla tot correcte però, com hem vist, les proves que es realitzen als menors, es practiquen encara que el menor estigui en disposició d'un passaport o document d'identitat vàlid. Aquesta decisió va en contra de la doctrina del TS que ja hem exposat i, a més, s'ha de tenir en compte que aquestes proves atenen a la probabilitat i no a l'exactitud.

En definitiva, de l'ús se n'ha fet un abús i, en comptes de fer prevaldre la presumpció de la minoria d'edat, fan prevaldre que la documentació és falsa en comptes de fer altres determinacions abans de la pràctica de les proves mèdiques que presenten un alt marge d'error.

Encara que no sigui objecte d'estudi, i aquesta problemàtica ja ha estat resolta per la Sentència del Jutjat de Primera Instància de Barcelona 229/2016, com ja sabem, el Decret de la Fiscalia de Barcelona es dicta en base al Decret de Fiscalia de Murcia de 14 d'abril. La Fiscalia de Barcelona, en el moment en què en Mamourou arriba a Barcelona, ara sí, amb un passaport vàlid que tramita Creu Roja Madrid i és validat per l'ambaixada de Mali a Madrid, podria haver dictat un altre Decret acordant una nova determinació de l'edat. El Decret inicial de determinació de l'edat té efectes provisionalíssims i en cas d'aportació de noves proves o canvi de circumstàncies respecte el primer informe es pot efectuar una nova determinació d'edat de la qual s'haurà de remetre còpia a l'òrgan territorial del Ministeri Fiscal que va actuar en primer terme.

Aquesta és una primera solució que es podria haver donat al cas. No obstant això, com he dit, aquesta problemàtica ja va ésser resolta i el que ens interessa és l'actuació de la DGAIA en relació amb aquest Decret.

De l'exposició aportada anteriorment resulta també que l'Administració de la Generalitat no va dur a terme cap actuació contrària o simplement de verificació dels termes del Decret, es va limitar a dictar una resolució sobre les línies del mateix i, com a conseqüència, anant en contra de la doctrina del TS.

En primer lloc, una primera opció que podria haver considerat l'Administració és recórrer la decisió de la Fiscalia. No obstant això, el Decret de Fiscalia ha estat objecte de nombroses disputes amb motiu de la incertesa sobre si aquesta resolució admet o no recurs.

De l'art. 35.1 LOEX i l'art. 190.4 del RELOEX no es deriva res que pugui fer pensar que el Decret sobre la determinació de l'edat no es pugui recórrer en via judicial. Tampoc estableix que es pugui recórrer però això no és necessari perquè la recurribilitat dels actes deriva de les previsions establerts a la normativa processal⁴⁹. Tampoc la

⁴⁸ Exercici de la competència en base a l'art. 35 LOEX: «[...] posant-se el fet en coneixement del Ministeri Fiscal, que disposarà la determinació de la seva edat, pel que col·laboraran les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, realitzaran les proves necessàries».

⁴⁹ Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Los derechos de los niños y niñas migrantes: el uso estratégico de mecanismos nacionales e Internacionales para mejorar su acceso a la justicia*. Madrid, 2016. Conferència.

doctrina del Ministeri Fiscal ha establert la irrecurribilitat dels seus Decret sobre determinació de l'edat. Res se'n diu a la Instrucció FGE 2/2001, de 28 de juny⁵⁰, i a la Circular FGE 2/2006, de 27 de juliol⁵¹. La Consulta FGE 1/2009, de 10 de novembre⁵² tampoc es pronuncia al respecte⁵³.

En canvi, al Protocol Marc sobre determinades actuacions en relació amb els Menors Estrangers No Acompanyats de 22 de juliol de 2014, tampoc es diu res sobre la irrecurribilitat però, a diferència dels anteriors, sembla que doni per fet que no es pot recórrer. A més, fora de l'àmbit legal – podríem dir que estratègicament –, els propis Decrets, sí que estableixen la irrecurribilitat autònoma: «notificació sobre la recurribilitat dels Decrets»⁵⁴.

La jurisprudència sí que s'ha pronunciat sobre aquests aspectes tot i que l'argumentació no es sosté sobre uns pilars sòlids i per tant és una qüestió que és i seguirà sent discutida per la doctrina. La STSJ Andalusia 1911/2015, de 3 de novembre⁵⁵ apunta que «es tracta d'un resolució que no és susceptible de ser recorreguda davant la jurisdicció contenciosa-administrativa». Per sustentar aquesta afirmació, utilitza els arguments següents: **(a)** els Decrets de determinació de l'edat només es podran impugnar de forma indirecta, és a dir, recorrent els actes i/o resolucions dictats en aplicació d'aquest (FD I), **(b)** el caràcter provisional del Decret fa que no sigui recurrible judicialment (FD II), **(c)** que sigui un mer acte de tràmit el fa irrecurrible (FD III)⁵⁶.

No obstant això, com hem dit, és un qüestió molt discutida per la doctrina. Així, SÁNCHEZ TOMÁS va determinar el següent en base als arguments que dona el TSJ d'Andalusia: «**(a)** que el Decret tingui el caràcter de provisional no resulta rellevant ja que totes les decisions administratives es poden revisar per causes sobrevingudes de l'aparició de nous documents de valor essencial per a la resolució de l'assumpte, **(b)** la determinació de l'edat no és un acte de mer tràmit ja que es fonamental per tal que el menor sigui tutelat per l'òrgan administratiu que tingui assumides les competències [...] i pot tenir repercussió tant des del punt de vista administratiu com des del punt de vista civil⁵⁷.»

Una segona opció, considerant que la primera resulta inviable tot i que considero que s'hauria de treballar en la matèria, seria sol·licitar a l'ambaixada o consolat d'origen per comprovar la veritable edat, sol·licitant documentació del mateix i ratificant la validesa de la documentació de la què disposa.

⁵⁰ FGE 2/2001, de 28 de juny, sobre la interpretació de l'actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

⁵¹ Circular FGE 2/2006, de 27 de juliol, sobre diversos aspectes relatius al règim dels estrangers a Espanya.

⁵² Consulta FGE 1/2009, de 10 de novembre, sobre alguns aspectes relatius als expedients de determinació de l'edat dels menors estrangers no acompanyats.

⁵³ Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel., op. cit.

⁵⁴ Vid. *ibid.*

⁵⁵ Sentència Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia 1911/2015 (Sala Contenciosa-administrativa, Secció 2ª), de 3 de novembre de 2015.

⁵⁶ Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel., op. cit.

⁵⁷ Cfr. *ibid.*

En tercer lloc, podria fer prevaldre l'edat que es reflexa al passaport, emparant-se en la doctrina del Tribunal Suprem. Tanmateix, podria estudiar més profundament la situació i circumstàncies del menor. Per tal anàlisi, podria dirigir-se a psicòlegs experts que estiguessin en disposició de valorar el procés seguit pel menor, dirigint-se a aquest amb un tracte adequat. Inclús es podria haver posat en contacte amb els educadors de carrer que se'n van fer càrrec a l'arribada o amb Creu Roja Madrid, que va tramitar-li la documentació.

A tall de recopilació, no són poques precisament les mesures alternatives que pot prendre l'Administració abans de dictar una resolució basant-se merament en un Decret previ de Fiscalia. Recau sobre la mateixa l'obligació d'atorgar-li la protecció a un menor i per tant, recau sobre la mateixa també la d'analitzar cas per cas per discernir sobre l'edat del mateix i no vulnerar-li cap dels seus drets.

En el moment en què l'Administració de la Generalitat no fa cap actuació addicional i no justifica amb una valoració exhaustiva la seva decisió, està causant un perjudici. Així és que, en aquest fet radica la relació de causalitat entre l'actuació de l'Administració i el dany ocasionat al menor.

Per últim, m'agradaria apuntar en aquest apartat la possibilitat que hi concorri culpa de diverses administracions i, per tant, pugui operar la institució de la «responsabilitat patrimonial concurrent».

L'article 33 de la LRJSP estableix que «quan de la gestió dimanant de fórmules conjuntes d'actuació entre diverses Administracions públiques es derivi responsabilitat en els termes previstos a la present Llei, les Administracions intervinents respondran davant el particular, en tot cas, de forma solidària. L'instrument jurídic regulador de l'actuació conjunta podrà determinar la distribució de la responsabilitat entre les diferents administracions públiques».

A més, al següent paràgraf continua dient que «en altres supòsits de concurrència de diverses administracions amb la producció del dany, la responsabilitat es fixarà per a cada Administració atenent als criteris de competència, interès públic tutelat i intensitat de la intervenció. La responsabilitat serà solidària quan no sigui possible aquesta determinació».

Per tant, en base al mencionat article es podria plantejar que no només hagi de respondre l'Administració de la Generalitat dels danys ocasionats sinó també la resta d'administracions autonòmiques que actuen sense tenir en compte la doctrina del Suprem i prenent decisions que es basen en la presumpció d'invalidesa del passaport en comptes de la presumpció de la minoria d'edat del noi/a en qüestió.

3. CONTINGUT DEL DEURE D'INDEMNITZAR

3.1 Extensió del deure d'indemnitzar

Si es declara la responsabilitat administrativa en base a la concurrència dels requisits assenyalats, s'ha de procedir a determinar el contingut d'aquest deure d'indemnitzar. És a dir, si la resolució administrativa que dicta la DGAIA el 28 d'octubre de 2015 produeix un fet lesiu, imputable a l'Administració i hi ha relació de causalitat entre el perjudici ocasionat i aquesta resolució, llavors estarem en disposició de parlar de reparació del dany i en conseqüència, de la seva quantificació.

Aquesta reparació, segons el cas concret, podrà ser substitutiva o *in natura*. La primera i la més habitual consistirà en donar una quantitat líquida de diners en favor de la persona afectada. La segona consistirà en la compensació en espècie dels danys i perjudicis ocasionats⁵⁸. L'art. 34.4 LRJSP admet expressament aquest tipus de compensació quan «resulti més adequat per aconseguir la reparació deguda i convingui a l'interès públic, sempre que existeixi acord amb l'interessat».

Els criteris per atorgar aquesta indemnització variaran en funció dels danys que es tracti. Tenim, d'una banda, els danys materials i, de l'altra, els danys personals o morals.

En primer lloc, tenim els danys materials. Aquests es conformen pel que es denomina «dany emergent» i «lucre cessant». El primer fa referència a la pèrdua o disminució del valor econòmic ja existent, és a dir, a l'empobriment que pateixes com a conseqüència del dany. El segon implica la pèrdua d'uns guanys posteriors, és a dir, allò que has deixat de guanyar. Els danys materials – o també denominats patrimonials – són aquells que afecten el patrimoni d'una persona i produeixen un detriment sobre aquesta.

La llei, per aquests tipus de danys, fixa aquells criteris que pugui assenyalar la legislació d'expropiació forçosa, la fiscal i les demés normes aplicables. Amb aquestes últimes es refereix, per exemple, als barems que fixa la legislació pels accidents de tràfic. Per tant, amb tot aquest ventall de possibilitats, les indemnitzacions haurien d'acostar-se al valor real dels béns o drets, però no sempre s'aconsegueix.

En segon lloc, tenim els danys personals o morals, que són aquells que impliquen una pèrdua que ni els diners ni ningun altre bé poden compensar, com el seu nom indica són danys «morals» que sofreix la pròpia persona. Normalment, van acompanyats d'un dany material tot i que es pot donar el cas, com el que ens ocupa, que no sigui així.

S'ha atribuït als tribunals de l'ordre contenciós-administratiu i civil, amb caràcter general, la potestat de poder determinar aquest danys segons la circumstància de cada cas, sempre amb un tendència a tan alçat, però de totes formes això fa que sigui molt difícil arribar a fixar o dissenyar unes línies d'interpretació jurisprudencial més o menys uniformes.

⁵⁸ Vid. GAMERO CASADO, Eduardo.; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. «La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración». A: GAMERO CASADO, Eduardo.; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Barcelona: Tecnos, 2016, pàg. 715.

En els últims anys, s'ha imposat un últim criteri de creació jurisprudencial: la reparació integral o principi d'indemnitat. Això ve a significar que la indemnització hauria de permetre reposar una situació que s'havia perdut; la qual cosa és relativament fàcil en el cas de pèrdues de caràcter patrimonial, mobiliari i immobiliari però molt més difícil en altres drets que no tenen aquest contingut o en la reparació de danys morals.

3.2 Data de referència per al càlcul de la indemnització

L'article 34 de la LRJSP estableix el següent pel que fa a la data de referència per al càlcul de la indemnització:

«La quantia de la indemnització es calcularà en referència al dia en què es va produir efectivament la lesió, sens perjudici de la seva actualització a la data on es posi fi al procediment de responsabilitat amb atenció a l'Índex de Garantia de la Competitivitat, fixat per l'Institut Nacional d'Estadística, i dels interessos que procedeixin per demora en el pagament de la indemnització fixada, els quals s'exigiran d'acord amb l'establert a la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària, o, en el seu cas, a les normes pressupostàries de les comunitats autònomes.»

La determinació d'aquest moment té una importància cabdal a causa de la dilació dels processos administratius que poden fer que aquella quantitat de diners que té per objectiu reparar uns determinats danys es deprecii al llarg del temps. Per tant, en algunes ocasions s'ha plantejat que la data de referència sigui el dia de la decisió del litigi en comptes del dia en què es va produir la lesió⁵⁹.

A més, al problema anterior s'hi afegeix la possibilitat de retard en el pagament de la indemnització un cop s'ha determinat la quantia, d'aquesta forma una indemnització que inicialment pot semblar justa ho podria deixar de ser a causa de la inflació. Al llarg del temps s'havia pensat que l'Administració no havia de pagar interessos de demora, actualment es reconeix aquesta obligació, tal com es deriva de l'article que hem apuntat anteriorment⁶⁰.

Aquestes precisions que acabem de fer és possible que no influeixin gaire en la quantificació dels danys materials ja que no estan subjectes en els mateixos termes a la depreciació. No estem parlant d'un bé immoble que amb el pas del temps pot augmentar o disminuir el preu del sol sinó que parlem de la vulneració d'uns drets de la persona i d'uns danys que, a pesar del pas del temps, resulten molt difícils de reparar.

Per últim, cal apuntar que l'abonament de la indemnització, normalment, es realitza de forma alçada però, la LRJSP, en el mateix article, preveu la possibilitat que sigui abonada mitjançant pagaments periòdics, quan resulti més pertinent per aconseguir la

⁵⁹ Vid. *ibid.*, pàg. 716.

⁶⁰ Vid. *ibid.*

reparació deguda i convingui a l'interès públic, sempre que existeixi un acord amb l'interessat⁶¹.

3.3 Modalitats d'indemnització

3.3.1 Possibles criteris de quantificació

DOMÈNECH PASCUAL argumenta que, quan l'Administració és qui ha de reparar el danys i aquests són morals, es plantegen dos grans problemes.

D'una banda no resulta fàcil quantificar-los ja que no hi ha un mercat dels mateixos que hi permeti assignar un preu. La quantificació dels mateixos deriva en un alt component subjectiu que s'escapa de tota objectivació. Normalment, caldrà atendre a les decisions del Tribunal en casos anteriors i aplicar la seva decisió, per analogia, al cas concret.

D'altra banda, la quantia que es refereix per la indemnització resulta ser normalment inferior a la del dany moral ocasionat. Normalment, amb els danys morals, s'excepciona el principi d'indemnitat que abans hem comentat, és a dir, que la compensació que s'ha d'atorgar a la víctima ha de ser exactament equivalent al dany ocasionat. En termes de danys morals això resulta quasi impossible. Això és així perquè l'estima, l'educació que no has rebut, l'atenció que no t'han donat, són fets que no es poden comptabilitzar aplicant un barem concret⁶².

No obstant això, tot i no tenir unes normes, o bé un barem, per poder calcular la quantia dels danys morals, sinó que hem de valorar cas per cas, existeixen diverses premisses doctrinals i jurisprudencials que ens podem servir de guió per determinar el "preu del dany". Aquestes premisses es poden sintetitzar en quatre, que explicarem a continuació i que veurem si prosperarien en el supòsit de fet que ens ocupa.

- a. **Aplicació per analogia dels accidents del barem de trànsit**⁶³. Aquest barem resulta d'aplicació a un àmbit concret però res prohibeix que es pugui aplicar a altres casos *mutatis mutandi* ja que el Tribunal Suprem l'ha considerat de caràcter orientatiu però no vinculant⁶⁴.

Nombroses sentències han vingut aplicant aquest criteri. Avui en dia és l'únic barem al qual ens podem aferrar a l'hora de quantificar els danys morals. No obstant això, per alguns casos sembla que té sentit però en d'altres resulta difícil l'aplicació. Normalment, en l'àmbit mèdic, aquest barem resulta idoni però

⁶¹ *Vid. ibid.*

⁶² *Cfr.* DOMÈNECH PASCUAL, Gabriel. «La cuantificación de los daños Morales causados por las Administraciones Públicas». A: GÓMEZ POMAR, Fernando., MARÍN GARCÍA, Ignacio. *El daño moral y su cuantificación*. Barcelona: Bosch, 2015, pàg. 569.

⁶³ Espanya. Reial decret legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles a motor. (BOE, núm. 267, A-2004-18911, pàg. 36662-36695). [Consulta: 21/04/2017] Disponible a: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-18911&p=20150923&tn=2>>

⁶⁴ Sentència del Tribunal Suprem 604/2007 (Sala del Contenciós-Administratiu, secció 6ª), de 18 de setembre de 2009 (RJ 2009/7303).

sembla difícil encabir-ho quan s'ha produït la lesió d'un dret a ser tutelat per l'Administració.

- b. Quantificació dels danys morals en un percentatge dels danys materials.** Els danys materials, com ja sabem, són de fàcil quantificació, i normalment s'aconsegueix restituir de forma total el dany ocasionat. Aquest criteri consistiria a quantificar els danys morals en un percentatge de la quantia que s'estableix per als materials. Per tant, l'import que es reclama per danys morals sorgeix de la base d'un import que sí que ha seguit una quantificació objectiva.

Aquesta opció podria ser interessant de considerar però no per al cas que ens ocupa, ja que no hi concorren danys materials que permetin quantificar els morals sobre la base d'aquests. A més a més, tampoc s'adequa gaire al principi d'indemnitat ja que la quantia que es deriva d'aplicar el percentatge sempre resulta molt inferior al que hauria de ser si els danys es quantifiquessin de forma separada.

- c. Fer una petició genèrica d'indemnització per danys morals i que sigui l'autoritat judicial qui fixi els criteris per al càlcul i la indemnització final.**

Aquesta opció podria no ser molt recomanable ja que, si bé es veritat que així no es sol·licitaria la quantia de forma discrecional, és molt difícil que el jutge estimi una quantitat pertinent perquè no té la mateixa orientació que tindria el reclamant. Aquest criteri posa de manifest, encara més, la dificultat que li suposa al litigant de quantificar l'import de la indemnització.

- d. Regles de la sana crítica, amb criteris subjectius raonables i buscant casos similars a la jurisprudència.** La part actora establirà discrecionalment – que no arbitràriament – i amb enginy – que no de forma inventiva – un import concret. Aquest es justificarà en base a situacions anàlogues, jurisprudència o valoracions complementaries. En tot cas, el jutge podrà decidir sobre la seva procedència.

Després de la gran disparitat de criteris, considero que aquest seria el més ajustat al principi d'indemnitat. El perjudicat, serà qui millor podrà fer valer les proves que demostrin els danys soferts i per tant, atenent a casos similars, buscar com justificar la quantia de la indemnització.

Els danys morals conformen un àmbit del dret que no tothom s'atreveix a discutir, no és fàcil que aquests s'indemnitzin i menys encara que es fixi la quantitat que hauria d'establir-se d'acord amb els fets perquè normalment aquesta resulta ser molt elevada. No obstant això, l'important és que hi recaigui una condemna que reafirmi que s'han vulnerats uns drets, de manera que uns danys soferts no quedin orfes d'un degut reconeixement i reparació.

3.3.2 Drets vulnerats a en Mamourou com a base de la quantia indemnitzatòria

Partim de la premissa que hem estat apuntant al llarg del treball: l'objectiu és sol·licitar responsabilitat patrimonial a l'Administració pels danys ocasionats com a conseqüència de l'anul·lació de la resolució que declara el desemparament del menor i la consegüent tutela. Per tant, des es dicta resolució denegant la tutela fins que es dicta una nova resolució administrativa declarant el desemparament i assumint la tutela, com a conseqüència de la sentència 229/2016 que deixa sense efecte la primera resolució, transcorren 7 mesos. En aquest període es vulneren una sèrie de drets a en Mamourou. A raó d'aquesta actuació, el menor té el dret d'instar una acció de responsabilitat patrimonial a l'Administració pels danys morals ocasionats com a conseqüència de l'impediment de l'exercici dels seus drets legítims.

Els MENA que creuen la frontera, com en Mamourou, deixen enrere una família, es veuen privats de la seva infància i tenen «l'obligació» de convertir-se en veritables adults per millorar la precària situació que els ha tocat viure. Això encara s'agreuja si l'Administració Pública – en aquest cas la DGAIA – no es fa càrrec de la seva tutela i fa prevaldre les polítiques migratòries i els seus efectes colaterals, abans d'engegar mecanismes de protecció i cooperació internacional que defensin, vertaderament, els interessos superiors dels menors.

Un menor té dret a la igualtat sense distinció, a una protecció especial que n'asseguri un bon creixement, una alimentació, habitatge i atenció mèdica adequats, dret a comprensió i afecte per part de les famílies i la societat per poder créixer en valors i respecte, dret a la protecció contra l'abandonament i l'explotació en el treball, dret a rebre una educació que fomenti la solidaritat, l'amistat i la justícia entre la resta de societat, entre d'altres. Tots ells han de garantir el seu desenvolupament com a persona.

En Mamourou, quan va ser expulsat del sistema de protecció, tenia 15 anys. A conseqüència d'aquesta actuació, és acollit per una entitat social denominada CEPAIM, la qual intenta suplir la falta d'atenció per part de l'Administració. No obstant això, tot i que en Mamourou disposa d'un habitatge i no ha de viure al carrer – fet que no seria inusual – no podem dir que se li garanteixin els mateixos drets que els que tindria si adquirís una tutela administrativa efectiva.

L'Administració de la Generalitat hauria d'haver assumit la tutela d'aquest menor i obrar en l'interès superior d'aquest. Aquest principi és la base de tots els drets que s'han de garantir a un menor. Ha estat recollit tant per textos internacionals com per les disposicions europees, nacionals i autonòmiques més rellevants per a la protecció i promoció de les persones menors d'edat. Aquesta remissió constant troba la raó de ser en la situació de vulnerabilitat d'infants i adolescents, així com en la impossibilitat que

tenen de dirigir plenament les seves vides amb la maduresa i responsabilitat pertinents, essencial pel desenvolupament en aquesta etapa vital⁶⁵.

El principi d'interès superior del menor es presenta com un concepte jurídic indeterminat que varia i s'ha de concretar segons cada situació. D'una banda, això resulta positiu ja que podem adaptar les disposicions legals a cada supòsit, atenent a les circumstàncies que es presenten i d'acord amb l'evolució jurídica i social del moment, però també té una connotació negativa com a conseqüència de les possibles discrepàncies del que la societat consideri «acceptable» o «pertinent» en un moment determinat.

En concret, a en Mamourou – entès com a menor que ha patit un procés difícil d'arribada des del país d'origen, que es troba sol i amb una manca d'afecte, que ha de començar a donar passes sense un recolzament familiar, que prové d'un país on no ha rebut una ensenyança adequada, cosa que, òbviament, li pot repercutir a l'hora d'enfrontar-se al món professional – l'Administració de la Generalitat l'ha deixat desemparat en un període de set mesos, d'octubre de 2015 a maig de 2016⁶⁶. En definitiva, li han estat vulnerats una sèrie de drets, anant en contra del que dicta l'art. 10.3 de la LOPJM⁶⁷.

En primer lloc, dret a la sanitat. La Constitució espanyola no el considera un dret fonamental – no es troba dintre els arts. 10 a 29 – i, no obstant això, tant la LDOIA com la LOPJM el reconeixen. A tot menor li ha de ser garantida una atenció sanitària per així disminuir els seus factors de risc per a la salut i perquè es desenvolupi en un entorn saludable, d'acord amb la seva edat i nivell de maduresa.

En segon lloc, el dret a l'educació. La CE reconeix l'educació com un dret fonamental a l'art. 27. Així mateix, la LDOIA el reconeix a l'art. 13. En aquest sentit cal que els menors rebin una educació, almenys l'establerta obligatòriament, per tal d'adquirir uns coneixements i valors que els ajudin a desenvolupar-se autònomament i construir la pròpia identitat.

En tercer lloc, el dret a la integritat moral. És reconegut per la Constitució en el seu art. 14. Podem entendre que el fet que l'Administració de la Generalitat és negués a incorporar aquest menor al sistema de protecció, tot i tenir un passaport, es podria subsumir dintre de les lletres a, g i h de l'article esmentat⁶⁸.

⁶⁵ Vid. RAVELLAT BALLESTÉ, Isaac. «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término». *Educatio Siglo XVI*, 2012, núm. 2, pàg. 90.

⁶⁶ Amb el benentès que l'entitat CEPAIM, en el temps que el menor va estar fora del sistema de protecció, només li va facilitar un habitatge i atenció.

⁶⁷ Art. 10.3 LOPJM. «Els menors estrangers que es trobin a Espanya tenen dret a l'educació, assistència sanitària i serveis i prestacions socials bàsiques, en les mateixes condicions que els menors espanyols».

⁶⁸ Art. 18.2 LOPJM: «[...] se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor (a) el abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el

Tot això sens perjudici d'altres articles no tant fonamentals però que han de ser garantits per un adequat desenvolupament del menor, com són el dret a un nivell bàsic de benestar (art. 41 LDOIA), el dret a la responsabilitat en la criança i formació (art. 37 LDOIA), a saber relacionar-se i conviure (art. 38 LDOIA), a ser subjecte d'unes mesures d'atenció social i educativa davant les situacions de risc (art. 104 LDOIA) i al lleure (art. 57 LDOIA).

Tots aquests drets, entre d'altres, conformen el principi d'interès superior del menor i s'han de complir per poder garantir el seu desenvolupament ple com a persona. Els menors amb aquest perfil tenen més tendència a veure's immersos en factors de risc que poden recaure en conductes també de risc. Per aquest motiu és important activar uns factors de protecció que atenuen els efectes de les dificultats que provoquen els factors de risc, disminuint la probabilitat de desenvolupar conductes de risc.

3.3.3 Criteris subjectius raonables per quantificar el dany moral que deriva de l'actuació de l'Administració

Recordant el que s'ha dit línies endavant, els danys morals tenen una gran dificultat per a ser quantificats. Per aquest motiu resulta difícil que es rescabalin en la quantitat que hauria. Ara bé, pel cas que ens ocupa i per altres de la mateixa naturalesa, potser no és tan important que hi hagi un rescabament dels danys amb una quantia elevada sinó més bé que hi hagi una condemna efectiva cap a l'Administració que ens condueixi a una millora del sistema de protecció de Menors Estrangers No Acompanyats. Primer es va aconseguir una doctrina del TS molt significativa com hem exposat i ara cal lluitar per aconseguir que l'Administració adopti unes resolucions fonamentades.

Així, tenint en compte les dificultats que suposa la quantificació d'aquest tipus de danys, considero que el criteri més lògic i oportú seria l'aplicació de criteris subjectius raonables, això és jurisprudència de situacions anàlogues, dictàmens o altres valoracions complementaries. Aquests criteris es podrien simplificar en els següents:

A. Aplicació per analogia dels criteris de quantificació que s'han utilitzar per rescabalar una persona que ha estat privada de llibertat erròniament.

L'art. 249.1 de la Llei 6/1985, d'1 de juliol, *del Poder Judicial* (en endavant LOPPJ) determina que «les persones que hagin sofert presó preventiva i que després hagin estat absoltes per inexistència de fet imputable o per aquesta mateixa causa s'hagi dictat fet acte de sobreseïment, sempre i quan se li hagin irrogat perjudicis, tindrà dret a indemnització». A més, als arts. 292 i ss. LOPJ es parla dels casos de privació de llibertat com a conseqüència d'un error judicial o d'algun altre funcionament de l'Administració de justícia, actuacions que també admeten dret a indemnització.

ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla, [...] (g) ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria, (h) cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia».

És l'art. 294.2 LOPJ el que determina que «la quantia de la indemnització es fixarà en funció del temps de privació de llibertat i de les conseqüències personals i familiars que s'hagin produït». A més, la doctrina del Tribunal Suprem intenta desenvolupar aquest precepte i conclou dient el que segueix.

En primer lloc, ha identificat els diferents danys que pot comportar aquesta privació de llibertat: desprestigi social, angoixa, ansietat, inseguretat, inquietud, irritació, por, etc.

En segon lloc, ha parlat de la «progressió del dany» ja que si es dóna aquesta progressió, s'agreuja el perjudici ocasionat.

En tercer lloc, ha mencionat que resulten rellevants les circumstàncies d'edat, salut, conducta cívica, fets que se li imputen, antecedents penals, la penjada que li ha pogut deixar aquest temps de privació de llibertat, entre d'altres.

En aquest sentit tenim diverses sentències de la Sala Tercera del Tribunal Suprem que ens poden ajudar a determinar la quantia del nostre cas⁶⁹.

Si bé és cert que l'internament en una presó no es pot equiparar a l'atenció que ha rebut en Mamourou per CEPAIM, aquestes sentències no contempen causes tan diferents a les que ens ocupa. Deriven també d'una indeguda actuació de l'Administració o una vulneració de drets que impedeixen el ple desenvolupament de la persona i la plena autonomia.

A tal efecte, s'ha considerat pertinent utilitzar aquesta jurisprudència com a base per la determinació de la quantia del cas que ens ocupa, i en raó d'aquestes, com es pot veure a l'annex⁷⁰, sol·licitar la quantia de la següent forma:

50€/dia, incrementat en un 5% cada període de 30 dies. És a dir: **1.500€** (primer període – octubre a novembre), **1.653,75€** (segon període – novembre a desembre), **1.736,44€** (tercer període – novembre a desembre), **1.823,26€** (quart període – desembre a gener), **1.914,42€** (cinquè període – febrer a març), **2.010,14€** (sisè període – març a abril), **2.110,65€** (setè període – abril a maig).

Això és així perquè, com apunten les anteriors sentències mencionades, el dany s'agreuja a mesura que passa el temps sense una que s'acordi una solució efectiva, l'angoixa, la frustració, la por, va en augment i com a conseqüència també s'ha d'incrementar proporcionalment la indemnització.

⁶⁹ Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 26 de juny de 1999 (recurs 2475/1995). En aquest sentit veure també: Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 20 de febrer de 1999 (recurs 6151/1994), Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 29 de març de 1999 (recurs 8172/1994), Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 27 d'abril de 2005 (recurs 2986/2001) i Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 18 de juny de 2009 (recurs 4730/2007).

⁷⁰ Vid. Annex 3, pàg. 30.

B. Aplicació dels criteris de quantificació que s'han utilitzar per rescabalar al pares que han estat privats de la pàtria potestat de forma injustificada.

Hi ha cops que les Administracions públiques poden prendre mesures que suposen, pels pares, una pèrdua temporal o permanent dels fills. Si aquestes mesures no s'han adequat a dret i s'han imposat il·legalment, es pot generar responsabilitat patrimonial de l'Administració autora de les mateixes.

Els Tribunals, per fixar aquests tipus d'indemnitzacions s'han basat en criteris diversos: **(a)** número de fills, **(b)** les actuacions del progenitor abans i després de la privació o **(c)** si la pèrdua havia estat imposada de forma temporal o permanent.

Sobre això, tenim també diverses sentències del Tribunal Superior de Justícia i Dictàmens de la Comissió Jurídica Assessora que també, ens ajuden a determinar una quantia pel nostre cas.

En concret, resulta il·lustrativa una sentència del TSJ de Catalunya⁷¹ que atorga una quantitat de 75.000€ a cadascun dels recurrents pel dany moral ocasionat a uns pares en tant que l'Administració els hi denega restituir-los la tutela del seus fills perquè consideraven que els pares encara es trobaven en una situació de drogodependència, fent cas omís a unes proves mèdiques que determinaven el contrari ja que deien que els pares ja estaven en disposició de poder cuidar dels seus fill i havien passat favorablement el procés de desintoxicació. En aquest, es fa patent l'activitat negligent de l'Administració i el que aquesta suposa pels pares, els quals es veuen privats d'exercir la pàtria potestat dels seus fills.

C. Aplicació dels criteris de quantificació que s'han utilitzar per rescabalar a un menor per la vulneració d'algun dels seus drets fonamentals.

És freqüent trobar-nos amb sentències on s'indemnitza a un menor com a conseqüència de la vulneració de drets fonamentals. Concretament, nombrosos són els casos on a un menor se li ha vulnerat el dret fonamental a la pròpia imatge i ha estat indemnitzat pels danys morals soferts.

La meva reflexió en aquest punt és la següent: si a un menor se li està rescabalant el dany moral sofert pels perjudicis ocasionats en raó de la difusió de la seva fotografia (deixant de banda la quantia que, com hem dit anteriorment, sempre sol resultar inferior al que hauria de ser en relació al dany efectiu) per què resulta tan difícil quantificar danys morals com a conseqüència de la no protecció per part de l'Administració en el termini de set mesos? Com hem vist, en aquell temps, se li han vulnerat drets – fonamentals i no fonamentals – que han ocasionat grans perjudicis per la seva persona.

Amb tot, se'm planteja la possibilitat de considerar l'aplicació del criteri que utilitzen els tribunals per quantificar els danys morals per la vulneració, per exemple, del dret a la imatge d'un menor, pel nostre cas concret. Amb el benentès que són casos molt diferents, tenen en comú la vulneració d'un dret fonamental a un menor i tenint en

⁷¹ Sentència Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 184/2016 (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 4ª), de 2 de març de 2016.

comte que no busquem tant la indemnització amb una quantia elevada sinó una condemna efectiva per l'Administració de la Generalitat, ens podria ser d'utilitat.

En aquest sentit, la STS 2895/2013, de 30 de juny⁷² indemnitza un menor amb la quantitat de 500€ pels drets morals ocasionats per la vulneració del dret a la pròpia imatge. En aquest cas:

“La Sala quantifica el dany en cinc-cents euros doncs, al marge que no es valoren en la demanda les circumstàncies per les quals es reclama una suma superior, com són els dotze mil euros, la lesió soferta per la vulneració dels drets fonamentals del menor no arriba a la gravetat pretesa doncs la seva imatge a penes queda afectada per una publicació merament informativa i de caràcter gratuït, donat a més el temps transcorregut des de llavors fins a la formulació de la demanda”.

No obstant això, el temps que en Mamourou va esser privat dels seus drets va ser més temps i en relació a l'esmentat amb anterioritat, la quantia podria augmentar progressivament.

D. Cost del menor per la DGAIA per aquell temps que el menor no ha estat tutelat.

La DGAIA, en el moment que ha de tutelar un menor, ha d'assumir uns costos: habitatge, educació, sanitat, atenció especialitzada si escau, etc. En moltes ocasions, en reclamacions de Responsabilitat Patrimonial de l'Administració, s'ha intentat determinar la quantia en base al cost total que li hauria suposat a l'Administració i en concret, a la DGAIA, fer-se'n càrrec del menor. Tenint en compte, evidentment, el nivell de vida de la ciutat on resideix el menor – en aquest cas Barcelona – i els perjudicis ocasionats en aquest temps.

La fórmula que s'empraria seria la següent:

Cost en € del menor per la DGAIA/mes x 7 mesos = *quantum* indemnizatori

E. Cost del menor per CEPAIM, fundació que li ha atorgat una habitatge durant el temps que no ha estat tutelat.

En el punt immediatament anterior, establia que un altre criteri per la quantificació – ja utilitzat en altres ocasions –, seria el cost que li hauria suposat aquell menor a la DGAIA durant aquells set mesos. A continuació proposo que alternativament, es podria considerar el cost que el menor li ha suposat a CEPAIM, la fundació que li ha atorgat un habitatge durant el temps que ha restat sense protecció.

Entès en termes més econòmics, aquesta podria ser una solució. La DGAIA havia de suportar unes despeses com a conseqüència d'ostentar la tutela del menor, aquestes

⁷² Sentència del Tribunal Suprem 383/2015 (Sala Civil), de 30 de juny de 2015 (recurs 2895/2013).

finalment no les suporta donat que el deixa fora del sistema de protecció, entenent que és major d'edat. Com a conseqüència i per evitar la temible situació de que el menor hagi de viure al carrer, CEPAIM es fa càrrec del menor oferint-li almenys, un habitatge. D'aquesta manera, el cost de la indemnització es podia establir en base a les despeses que li suposa a CEPAIM aquest menor. La forma de calcular-ho esdevé la mateixa que en l'apartat anterior.

Tots aquests criteris, guanyen força si van acompanyats de proves que acrediten les conseqüències psicològiques dels danys soferts. Particularment, l'informe d'un psicòleg expert o el testimoni del treballador social de CEPAIM que s'ha fet càrrec del menor durant el temps que ha estat desemparat⁷³.

A tall de conclusió, aquests serien els criteris – entre d'altres que també tindrien cabuda, com per exemple la quantificació en base a l'IPREM⁷⁴ – que ens ajudarien a quantificar la – valga la redundància – quantia de la indemnització. Veiem que n'hi ha diversos però la seva dificultat radica en què difícilment, aquesta quantia cobrirà la totalitat dels danys soferts. No obstant això, el realment important és aconseguir una condemna efectiva per l'Administració, que ajudi a crear un alerta sobre el funcionament de la mateixa en tema de Menors Estrangers No Acompanyats. A més, aquest ventall de possibilitats, també fa patent la necessitat de treballar en l'àmbit del danys morals i sigui més fàcil la seva quantificació, establint, potser, un barem com el que tenim en matèria d'accidents de tràfic que porti a establir uns criteris més efectius i objectius que consegüentment, aportin una xifra raonable.

En definitiva, sota el meu punt de vista, el criteri més oportú i el que s'ha acabat seguint és el referent a l'aplicació de les sentències de la Sala Tercera del TS sobre privació indeguda de llibertat ja que són les que més entren a valorar danys morals similars al cas que ens ocupa (sempre tenint en compte la diferència que separa un cas d'un altre) i referint-se també a les expectatives de drets, tema de gran importància pel que ens ocupa.

Pel que fa els dos criteris últims, tot i que puguin ser prou raonables donat que atorgarien un *quantum* indemnitzatori ajustat al cost que suposa l'atenció d'un menor, considero que el fet que es fonamenti en costos majoritàriament materials, fa que no entri a valorar tant de prop els danys morals estrictament i per tant, no resultaria tan pertinent com l'anterior.

En relació a l'aplicació del criteri que s'utilitza per a quantificar els danys que deriven de la vulneració d'un dret fonamental, com pot ser el dret a la pròpia imatge, considero podria ser un bona solució en tant que ambdós casos pivoten sobre la vulneració de drets fonamentals a menors i per tant, si un dret a la pròpia imatge resulta indemnitzat

⁷³ Vid. *supra*, epígraf 5.2.2.

⁷⁴ En altres ocasions, s'havia intentat quantificar el dany en funció de l'IPREM. A Espanya, aquest és l'índex de referència per assignar ajudes i subsidis en funció dels ingressos. S'aplicava aquest per emparar-se amb alguna xifra base per la quantificació, davant l'absència de barems en l'àmbit dels drets morals.

també ho hauria de resultar la vulneració del dret a l'educació, a la sanitat o a la integritat moral, entre d'altres.

4. LA PRESCRIPCIÓ DE L'ACCIÓ DE RESPONSABILITAT

L'interessat podrà iniciar el procediment de responsabilitat patrimonial de l'Administració sempre que no hagi prescrit el seu dret a reclamar. Aquest dret cessa en el termini d'un any, igual que ocorre amb el dret civil. Per saber quan comença a computar aquest any haurem d'atendre al que diu la regla general o, si es dóna el cas, a les regles especials.

La regla general – art. 67 de la LPAC – diu que es començarà a comptar des que es va produir el fet o acte que motiva la indemnització o es manifestin els efectes lesius. No obstant això, de vegades pot resultar difícil determinar-ho per aquesta regla general i per això sorgeixen unes regles específiques com és amb el cas dels danys de caràcter físic o psíquic: l'any es comptarà a partir de la curació o la determinació de l'abast de les seqüeles. Tanmateix, en el cas d'anul·lacions d'actes administratius o disposicions generals, es comptarà a partir del moment en què es notifiqui la resolució administrativa o sentència definitiva.

El cas que ens ocupa no entra dintre de ningun supòsit especial i per tant, ens serà suficient d'atendre a la regla general. Com a conseqüència, el termini de prescripció perquè en Mamourou pugui inicial el procediment començarà a comptar des que es va produir el fet o acte que motiva la indemnització o es manifestin els efectes lesius. A partir d'aquest moment, tindrà un any per exercir el seu dret.

Com hem vist al segon apartat i tal com es deriva de l'exposició dels fets, la DGAIA el 20 d'octubre ingressa el menor en un centre de protecció, fins aquí la seva actuació és correcta ja que declara el desemparament del menor i la consegüent tutela administrativa. No obstant això, el 28 d'octubre de 2015 – només vuit dies més tard – la DGAIA, sense fer constar els motius que justificuessin la invalidesa del passaport en base a la doctrina el TS, en base al Decret de Fiscalia emet una resolució que declara el cessament de les funcions tutelars del menor atès que el considera major d'edat. En Mamourou, a partir d'aquell moment, es queda sense protecció. És en aquest moment quan es produeix la lesió.

Com també sabem, es presenta una demanda enfront de la resolució administrativa i la sentència, el 27 de maig de 2016, falla que en Mamourou és menor i preval l'edat de la seva documentació. Per tant, en base a aquesta decisió, l'Administració declara de nou la situació de desemparament del menor i s'adopten mesures de protecció⁷⁵.

El termini de prescripció començarà a comptar el dia 27 de maig 2016 ja que és a partir d'aquest moment quan es manifesta el fet lesiu. És a dir, la sentència reconeix que la resolució adoptada per la DGAIA el 28 d'octubre no tenia cap efecte ja que havia de

⁷⁵ Recordar nota al peu: pàgina 39.

prevaldre l'edat del passaport i per tant, l'Administració hauria d'haver protegit el menor.

En conclusió, l'acció de prescripció caducarà el 27 de maig de 2017. A partir d'aquest moment cessa el dret de reclamar.

5. EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU DE RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ

El procediment per exigir responsabilitat patrimonial de l'Administració es regula a la LPAC. Aquest procediment pren una nova configuració i ja no serà entès com un procediment especial sinó que és una especialitat dintre el procediment administratiu comú. És a dir, es seguirà el procediment administratiu comú amb les especialitats que la Llei determina per aquests casos⁷⁶.

Tanmateix, cal dir que es preveuen dues formes de sol·licitar responsabilitat patrimonial. Es pot procedir per la tramitació ordinària del procediment o per la tramitació simplificada, aquesta última ja reconeguda al derogat Reial decret 429/1993.

L'Article 96 de la LPAC regula la tramitació simplificada del procediment i diu expressament en l'apartat primer que «cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, las Administraciones Públicas podrán acordar, de oficio o a solicitud del interesado, la tramitación simplificada del procedimiento». Es tracta d'un concepte jurídic indeterminat que comporta, en tot cas, la motivació de l'acte administratiu que incoï l'expedient tramitat per aquesta via.

Si atenem al cas que ens ocupa és difícil entendre que hi falti complexitat o hi hagi raons d'interès públic que aconsellin anar per un procediment simplificat. A més, si comparem la tramitació ordinària amb la simplificada veurem que, entre altres diferències, no es pot dur a terme proposició ni pràctica de prova, fet que podria repercutir en la decisió. Per tant, sabent que existeix aquest procediment, ens centrarem en la tramitació ordinària per exigir responsabilitat patrimonial de l'Administració pels danys causats a en Mamourou com a conseqüència de l'acte administratiu que dicta la DGAIA deixant sense efecte el desemparament i la consegüent tutela administrativa.

5.1. Iniciació. La iniciació a sol·licitud de l'interessat. Contingut de la sol·licitud

El procediment de responsabilitat patrimonial es pot iniciar d'ofici o a sol·licitud de l'interessat. Es podrà, diu l'art. 65, iniciar d'ofici sempre que no hagi prescrit el dret de l'interessat. Que es pugui iniciar d'ofici és tota una novetat, el més comú és que l'afectat o interessat, és a dir, qui ha sofert el dany per part de l'Administració, sigui qui exigeixi responsabilitat pels danys causats.

⁷⁶ ALBELLEIRA, Maria; XIOL, Carles. *La Responsabilitat Patrimonial de l'Administració: novetats de la Llei 39/2015 i 40/2015*. Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, 2017. Conferència.

La sol·licitud d'iniciació del procediment per part de l'interessat haurà d'incloure el següent: **(a)** dades generals, regulades a l'art. 66 LPAC; **(b)** dades específiques, regulades a l'art. 67 LPAC.

Pel que fa a les dades generals de l'art. 66, la sol·licitud haurà de contenir:

- Nom i cognoms de l'interessat i de la persona que el representi.

En aquest punt, voldria fer una petita anotació en termes de capacitat d'obrar dels menors davant les Administracions públiques ja que, tot i no ser objecte del treball, ha generat dubtes a l'hora de preparar l'escrit inicial de reclamació de responsabilitat patrimonial de l'Administració.

L'article 3 de la LPAC determina quins subjectes tenen capacitat d'obrar davant les Administracions. En concret, en relació amb els menors, estableix que «els menors tindran la capacitat d'obrar necessària per la defensa dels seus interessos davant l'Administració, sempre que estigui permès per l'ordenament jurídic, sense necessitat d'assistència de la persona que exerceix la pàtria potestat, tutela o curatela». Per tant, si anem a l'art. 162.2 del CCE, estem davant d'una excepció relativa a un conflicte d'interessos entre el representant i el menor⁷⁷.

La representació del menor l'ostenta la DGAIA, òrgan de l'Administració de la Generalitat, la qual ostenta la seva tutela. Precisament la reclamació de responsabilitat va dirigida a aquesta Administració. Per aquest motiu, tenint en compte que el menor quasi té divuit anys – els complirà el 26 de desembre d'aquest any – i la capacitat d'obrar s'interpreta d'una forma restrictiva, es pot entendre que té capacitat d'obrar per actuar per si sol o mitjançant un representant que designi ell mateix. En tot cas, si l'Administració considera que no té capacitat per actuar per si sol i nosaltres no considerem aquest aspecte en l'escrit inicial, en virtut de l'art. 68 LPAC, ens donarà un termini de 10 dies per fer les esmenes pertinents.

Tanmateix, pot ser il·lustrativa la STSJ Madrid 800/2010 que fonamenta en base al principi de l'interès superior del menor que aquest pugui actuar per si sol: «l'interès superior del menor, que constitueix un principi d'ordre públic, imposa reconèixer el dret a instar ell mateix la sol·licitud, com igualment reconeix la legitimació per actuar davant de l'Administració o postular l'auxili jurisdiccional en defensa dels seus interessos sense necessitat de l'assistència de la persona que exerceix la pàtria potestat o inclús contra la voluntat dels seus representants legals»⁷⁸.

Si es donés el cas que requerís de representació, en haver-hi un conflicte d'interessos amb el representant del menor, s'hauria de designar un defensor judicial, regulat als arts. 27 i ss. de la LJV. Aquesta Llei s'aplica supletòriament en la jurisdicció administrativa en virtut de l'art. 4 de la LEC i de la Disposició Final 1ª de la LRJCA.

- Establir el mitjà electrònic o el lloc físic on es vulgui que es practiquin les notificacions.
- Fets, raons i petició on es concreti, amb tota claredat, la sol·licitud.

⁷⁷ Art. 162.2º CCE: «Els pares que ostentin la pàtria potestat tenen la representació legal dels seus fills menors no emancipats. S'exceptuen: 2. Aquells on existeixi conflicte d'interessos entre els pares i el fill».

⁷⁸ Sentència Tribunal Superior de Justícia de Madrid 800/2010 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 1ª), de 24 de setembre de 2010 (recurs 1409/2009).

- Lloc i data.
- Firma del sol·licitant o acreditació de l'autenticitat de la seva voluntat.
- Òrgan o centre o unitat administrativa a la qual es dirigeix i el seu corresponent codi d'identificació.

En relació amb les dades específiques de l'art. 67, es parla, entre d'altres, del termini per la presentació de la sol·licitud, que s'entén com termini de prescripció⁷⁹. Tanmateix, es diu que la sol·licitud, «haurà d'especificar les lesions produïdes, presumpta relació de causalitat entre aquestes i el funcionament del servei públic, l'avaluació econòmica de la responsabilitat patrimonial, si fos possible, i el moment en què va ser efectivament produïda la lesió, i anirà acompanyada de les alegacions, documents i informacions que es creguin oportunes i de la proposició de prova, concretant els mitjans de què pretengui valer-se el reclamant».

Abans hem parlat dels requisits que havien de concórrer per afirmar que l'Administració ha d'indemnitzar. Per tant, haurem d'incloure aquest anàlisi en l'escrit inicial. Tanmateix, haurem de proposar amb quin tipus de prova es vol fer valdre el reclamant. En el cas que ens ocupa, seria interessant proposar registres d'entrada i sortida als centres d'acollida d'immigrants i sol·licitar l'examen d'un metge forense per determinar la realitat dels danys morals.

Com indica l'article 68 de la LPAC, es poden fer esmenes a la sol·licitud en el termini de deu dies a requeriment de l'administració, que també pot proposar la modificació o millora voluntàries de la sol·licitud.

Pel que fa l'òrgan competent per resoldre el procediment de l'expedient, segons els arts. 73.1 d) LPAC, és el ministre respectiu, el Consell de Ministres, si així ho estableix una llei, o l'òrgan competent de la comunitat autònoma o de les entitats que integren l'Administració local⁸⁰.

La tramitació correspon al ministeri que resulti competent en funció de l'òrgan que hagi causat el dany. Habitualment, la tramitació sol correspondre a la Secretaria General Tècnica, però això pot variar segons el que es disposi a les normes sobre organització interna de les diverses Administracions públiques⁸¹.

5.2 Instrucció del procediment

L'Administració, d'ofici, ha d'impulsar el procediment en tots els seus tràmits i ha de desenvolupar tots els actes d'instrucció pertinents per determinar, conèixer i comprovar les dades sobre les quals s'ha de pronunciar la resolució. Això és així en virtut del que estableixen els arts. 71 i 75 de la LPAC.

⁷⁹ Vid. *supra*, epígraf 3.

⁸⁰ Vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando., HERNÁNDEZ DURÁN, Maria José., HERREROS LÓPEZ (coord.). *Responsabilidad en el ámbito del Derecho público y por la lesión de los derechos fundamentales*. Barcelona: CEF, 2017, pàg. 36.

⁸¹ Vid. *ibid*.

5.2.1 Al·legacions

El procediment administratiu no contempla una fase d'al·legacions en sentit estricte com ocorre amb el procés judicial⁸². L'art. 76 de la LPAC disposa que «els interessats podran, en qualsevol moment del procediment anterior al tràmit d'audiència, formular al·legacions i aportar documents o altres elements de judici», que «seran tinguts en compte per l'òrgan competent en redactar la corresponent proposta de resolució».

5.2.2 Període de prova

La prova en el procediment administratiu de responsabilitat patrimonial es regula als arts. 77 i ss. de la LPAC. Com ja sabem, la instrucció, si no té per certs els fets que s'al·leguin pels interessats o la naturalesa del procediment així ho exigeixi, acordarà l'obertura d'un període de prova per un termini no superior a 30 dies ni inferior a 10, amb la finalitat que es practiquin les proves que cregui convenientes. L'òrgan instructor pot, de forma motivada, refusar la pràctica de les proves que es proposen si creu que són impropedients o innecessàries.

Només si és necessari, a petició dels interessats, l'instructor pot acordar un període de proves extraordinari per un termini no superior a 10 dies.

Pels mitjans de proves pertinents, aquest article remet a la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil. També hem de saber que el valor de la prova determina una resolució motivada.

5.2.3 Els informes i dictamens

Els informes són declaracions emeses per òrgans especialment qualificats en matèries determinades. La seva funció és il·lustrar l'òrgan que ha de prendre la decisió – que pot sol·licitar tants informes com cregui necessaris – perquè ho faci amb garantia d'encert⁸³. A aquests informes es fa referència als arts. 79 i 80 de la LPAC.

L'article 81 fa referència als informes i dictamens dels procediments de responsabilitat patrimonial. El primer incís estableix que «serà preceptiu sol·licitar informe al servei el funcionament del qual hagi ocasionat la presumpta lesió indemnitzable, sense que pugui excedir de 10 dies el termini de la seva emissió».

A l'apartat següent s'estableix que «quan les indemnitzacions que es reclamen siguin d'una quantia igual o superior a 50.000 euros o a la que s'estableixi a la legislació autonòmica corresponent, així com els casos que disposi la Llei orgànica 3/1980, de 22 d'abril, del Consell d'Estat, serà perceptiu sol·licitar dictamen del Consell d'Estat o, en el seu cas, de l'òrgan consultiu de la comunitat autònoma», no l'hem de confondre amb els informes anteriors. Aquest supòsit no ens afectaria ja que la quantia que es reclama resulta inferior a la xifra de 50.000.

⁸² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La responsabilidad patrimonial de la administración». A: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. Barcelona: Thomson Civitas, 2015, pàg. 34.

⁸³ Vid. *ibid.*, pàg. 36.

L'òrgan instructor, en el termini de deu dies a contar des de la finalització del tràmit d'audiència, remetrà a l'òrgan competent per sol·licitar el dictamen, és a dir, l'òrgan que hagi incoat el procediment o el ministre, una proposta de resolució, que s'ajustarà al que preveu l'art. 91 de la LPAC, o en el seu cas, la proposta d'acord pel qual podria finalitzar convencionalment el procediment.

El dictamen s'emetrà en el termini de dos mesos i haurà de pronunciar-se sobre l'existència o no de relació de causalitat entre el funcionament del servei públic i la lesió produïda i, en el seu cas, sobre la valoració del dany causat i la quantia i mode de la indemnització, d'acord amb els criteris establerts a la LRJSP.

5.2.4 Participació dels interessats

El tràmit d'audiència podríem dir que és una de les etapes més importants del procediment ja que, en virtut d'aquest, un cop finalitza la instrucció i abans de redactar la proposta de resolució, es posarà de manifest la decisió als interessats o, en el seu cas, als representants.

Encara que a la llei i a la nostra exposició el tràmit d'audiència es trobi posterior als informes i dictamens, no és així ja que aquest tràmit precedeix la sol·licitud de l'informe de l'òrgan competent per l'assessorament jurídic o la sol·licitud del Dictamen del Consell d'Estat o òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma, en el cas que l'informe fos perceptiu. La Magistrada MARIA ALBELLEIRA considera que aquest tràmit d'audiència, que legalment es practica després dels informes, «hauria de practicar-se anteriorment a l'emissió dels informes ja que si no pot suposar un desequilibri a favor de l'Administració i no permet que l'interessat pugui fer les alegacions pertinents⁸⁴».

L'article 82 de la LPAC regula aquest tràmit i diu que «els interessats, en un termini no inferior a deu dies ni superior a quinze, poden al·legar i presentar els documents i justificacions que estimin pertinents. A més, si abans del venciment del termini els interessats manifesten la seva decisió de no efectuar alegacions ni aportar nous documents o justificacions, es tindrà per realitzat el tràmit.»

L'apartat quart del mateix article estipula que «es podrà prescindir del tràmit d'audiència quan no figurin al procediment, ni siguin tinguts en compte a la resolució, altres fets ni altres alegacions i proves que les adduïdes per l'interessat.»

Durant aquesta fase l'interessat té la possibilitat de proposar a l'òrgan instrucció la terminació convencional del procediment. Per fer-ho haurà de fixar l'acord indemnitzatori que estaria disposat a subscriure amb l'Administració.

Per últim, en aquest punt m'agradaria parlar d'una novetat que s'ha introduït en relació amb l'expedient administratiu i que pot ésser problemàtica. L'apartat primer de la LPAC defineix el terme «expedient administratiu» en un sentit positiu. Si anem a l'apartat quart, el trobem en un sentit negatiu, aquest estableix que «no formarà part de

⁸⁴ ALBELLEIRA, Maria; XIOL, Carles., *op. cit.*

l'expedient administratiu la informació que tingui caràcter auxiliar o de recolzament, com la continguda en aplicacions, fitxers i bases de dades informàtiques, notes, esborranys, opinions, resumen, comunicacions i informes interns o entre òrgans o entitats administratives, així com els judicis de valor emesos per les Administracions Públiques, a menys que es tracti d'informes, perceptius i facultatius, sol·licitats abans de la resolució administrativa que posi fi al procediment.»

Conseqüentment, aquesta modificació ha generat dubtes a la doctrina, que proposa un canvi normatiu ja que considera que el fet de no considerar part de l'expedient informació de caràcter auxiliar o d'ajuda podria anar en contra dels principis constitucionals que s'han de garantir en tot procediment: principi d'un procés amb totes les garanties i principi de no indefensió.

5.3 Terminació del procediment. Formes

La terminació del procediment pot adoptar diverses formes i aquestes es classifiquen en tres grans grups: **(a)** normal, **(b)** anormal i **(c)** per impossibilitat material.

La terminació normal, com el seu nom indica, és la més freqüent i serà la que tractarem en els punts següents. Aquesta es manifestarà amb una resolució expressa de l'òrgan competent o mitjançant silenci administratiu.

La terminació anormal, tot i no ser tan freqüent, també pren rellevància. Pot passar que la persona interessada s'aparti voluntàriament del procediment, que deixi de forma expressa el seu dret, que caduqui el procediment o que hi hagi un acord, conveni, pacte o contracte entre l'Administració i les persones. Aquesta última, que se'n diu terminació convencional del procediment, també la tractarem tot seguit.

Per últim, la terminació per impossibilitat material es manifesta en causes externes al procés, com serien la mort de la persona interessada, la modificació de la situació jurídica de la persona, les reformes legislatives i les pèrdues sobrevingudes de l'objecte del procediment.

5.3.1 La resolució expressa de l'òrgan competent. Contingut i motivació

La terminació del procediment normal o per resolució expressa és la més comú de les formes. La resolució, perquè aquesta terminació sigui efectiva, haurà de complir amb un contingut específic i a més, estar motivada.

Pel que fa al contingut, la resolució decidirà sobre totes les qüestions que s'han plantejat i suscitat al llarg del procediment, així com les derivades. Si el procediment ha estat iniciat d'ofici, aquesta resolució haurà de ser congruent amb les peticions formulades sense poder agreujar la situació de partida. A més, incorporarà els recursos que contra la mateixa es podran formular⁸⁵.

⁸⁵ Vid. ESTEVE PARDO, José., *op cit.*, pàg. 183.

Com qualsevol altra resolució, com hem dit, haurà d'estar motivada. No obstant això, l'art. 91 inclou una especialitat pel que fa als procediments en matèria de responsabilitat patrimonial, ja que ha d'incloure l'existència de relació de causalitat i lesió produïda. També haurà de pronunciar-se sobre la valoració del dany causat, la quantia i la forma de la indemnització.

5.3.2 El silenci administratiu. El termini màxim per dictar resolució

El silenci administratiu es produirà quan l'Administració esgoti el termini màxim per resoldre el procediment sense haver dictat una resolució expressa. L'Administració, tal i com dicta l'art. 21 LPAC, sempre té l'obligació de resoldre, sigui com sigui la forma en què s'inicia el procediment i encara que aquest finalitzi per caducitat, renúncia del dret, preinscripció, desistiment o causes sobrevingudes (en aquests casos resoldrà indicant els fets que s'han produït). Només s'exclouen d'aquesta obligació els supòsits de terminació del procediment per pacte o conveni.

També diu l'art. 21 que aquesta resolució s'haurà de dictar i notificar en el termini de 6 mesos a no ser que una norma amb rang de llei o una norma comunitària europea determinin el contrari. Si les normes reguladores dels procediments no fixen un termini màxim per rebre la notificació, aquest serà de tres mesos, que començarà a comptar des de la data d'acord d'iniciació, si es tracta d'un procediment iniciat d'ofici, o des de la data en què la sol·licitud hagi tingut entrada al registre de l'òrgan competent per la seva tramitació, si es tracta d'un procediment iniciat a sol·licitud de l'interessat.

Les administracions han de publicar i mantenir informats els interessats dels terminis per a la resolució i notificació així com dels efectes que pugui produir el silenci administratiu. Excepcionalment, a tenor de l'art. 22 LPAC, el termini per resoldre es podrà suspendre pels casos taxats en el mateix, però en cap cas podrà ser superior a l'establert per a la terminació del procediment.

En el cas que ens ocupa, no hi ha cap norma que determini el contrari i, per tant, es seguirà la regla general. Així, el procediment s'haurà de resoldre en un termini de tres mesos des que la sol·licitud ha tingut entrada en el registre per a la seva tramitació.

Per parlar del silenci administratiu s'ha de distingir segons si el procediment ha estat iniciat d'ofici a sol·licitud de l'interessat. En el nostre cas, el procediment serà iniciat a sol·licitud d'en Mamourou i per tant, el silenci actuarà de la forma següent, tal com estableix l'art. 24 LPAC «del silenci administratiu en procediments iniciats a sol·licitud de l'interessat».

Els interessats, si no es notifica resolució en el termini establert, poden entendre-la estimada per silenci administratiu, a no ser que una norma amb rang de llei o norma de dret de la UE o dret internacional estableixin el contrari. Cal apuntar que aquesta terminació no exclou que l'Administració hagi de dictar una resolució en la forma prevista.

L'estimació per silenci té tots els efectes d'acte administratiu finalitzador del procediment. La desestimació per silenci té els efectes de permetre als interessats que interposin el recurs administratiu o contenciós-administratiu que resulti procedent en els termes que estableix la llei.

5.3.3 La terminació convencional

La terminació convencional és una forma alternativa de terminació del procediment a la terminació per resolució expressa que, tot i no ser tan comú, resulta necessària la seva exposició⁸⁶.

Es tracta d'una convenció, pacte o contracte que celebra l'Administració amb el particular pel qual pretenen arribar a un acord, aquests seran possible – diu l'art. 86.1 LPAC – «sempre que no sigui contraris a l'ordenament jurídic ni versin sobre matèries no susceptibles de transacció i tinguin per objecte satisfer l'interès públic que tenen encomanat».

Hi ha una constant participació dels interessats i així es dota d'una major legitimació a la decisió final. Al conveni s'haurà d'especificar clarament el seu objecte i la identitat dels subjectes que el subscriuen, també el termini de vigència i l'àmbit personal, funcional i territorial. Esteve Pardo afirma que «aquesta fórmula sembla idònia per a qüestions acotades, per exemple, per detalls quantitius o materials, accessoris o adjectius de la resolució principal que li correspon a l'Administració»⁸⁷.

L'art. 86.5 de la LPAC introdueix una especificitat pels procediments de responsabilitat patrimonial i diu que «l'acord a què s'arribi entre les parts haurà de fixar la quantia i el mode d'indemnització d'acord amb els criteris per calcular-la i abonar-la que estableix l'art. 34 de la LRJSP».

⁸⁶ El conveni pot tenir com a finalitat la terminació del procediment o inserir dintre el mateix com un tràmit més, com una decisió que s'ha de prendre en el marc del procediment.

⁸⁷ *Vid.* ESTEVE PARDO, José., *op. cit.*, pàg. 185.

CONCLUSIONS

En el món en què vivim, la immigració no és un fenomen inusual sinó que es tracta més bé d'un fet natural i necessari que han de realitzar determinades persones per la millora de les seves condicions de vida. No obstant això, no sempre resulta senzill i en més ocasions de les que creiem, el fet d'immigrar comporta dificultats; més encara si es tracta de Menors Estrangers No Acompanyats.

A l'Estat Espanyol, els MENA, a diferència d'altres països – com és el cas d'Itàlia que fa escassament uns mesos aprovava una llei per la protecció d'aquest col·lectiu – no tenen una regulació específica sinó que aquesta es troba immersa en les diferents normes reguladores d'estrangeria. També és així en l'àmbit comunitari. La Unió Europea intenta fer front a la problemàtica des diferents perspectives com són la immigració irregular, el tràfic d'ésser humans i l'asil o protecció internacional.

Si analitzem la normativa, és clar que la situació dels menors està regulada sobre paper: definició de MENA, definició de desemparament, relació de les obligacions de tutela, establint de l'entitat que ha d'assumir dita tutela, actuacions que s'han de dur a terme pel benestar dels menors, etc. Encara així, la situació amb la que es torben els MENA no té res a veure amb el plantejament legal ja que els poders públics fan prevaldre les polítiques migratòries abans que l'interès del menor i això, comporta nombroses situacions de desemparament i vulneració de drets. En altres paraules, el que pretenen els estats membres és evitar menys estrangers amb l'aplicació de les seves polítiques, en comptes d'enfortir les mesures protectores. Una mostra la trobem amb els Decrets de Fiscalia i la ratificació dels mateixos, sense dur a terme cap actuació més, per part de l'Administració. A més, la legislació reconeix expressament que la falta de recursos no pot ésser mai una excusa per retallar en mesures protectores i en moltes ocasions, passa precisament el contrari.

És evident que amb l'actuació que deriva de l'Administració, concorren tots els requisits necessaris per exigir-li responsabilitat patrimonial pels danys causats però aquest procediment de responsabilitat patrimonial, també té mancances. És així perquè el dany que sofreixen aquests menors és generalment moral i com sabem, resulta molt difícil de quantificar. Personalment, entenc que seria una bona opció establir un barem, similar al que tenim pels accidents de trànsit, a l'hora de quantificar aquests danys. Tanmateix, cal remarcar que hem de tenir present el principi d'interès superior del menor i com a concepte jurídic indeterminat que és, anar cas per cas i modular la indemnització segons les circumstàncies concretes. A més a més, s'han de tenir en compte les enormes dilacions que generen aquests procediments, en contraposició a la necessitat que tenen els menors de trobar una solució ràpida i eficaç als seus problemes ja que, com apuntava a l'inici, l'etapa de la infància i l'adolescència, resulta essencial pel desenvolupament personal i la plena autonomia.

En definitiva, considero que s'han aconseguit grans canvis en l'àmbit de la protecció dels MENA, un clar exemple són les sentències del Tribunal Suprem pel que fa a la interpretació de l'art. 35 LOEX, però queda molt per fer. Cal vetllar pel compliment del

principi de legalitat i d'interès superior del menor amb totes les actuacions que això comporta, per tal de salvaguardar els drets d'aquests nois i noies que pretenen aconseguir millors condicions de vida i atorgar-los una situació viable i duradora que respongui a les seves necessitats.

Fa poc, llegia un article a la premsa que portava per títol: «per sobre de tota la resta, hi ha la llibertat». Això va dir l'Oualid Halli, un jove extutelat que va lluitar fins el final a pesar de les dificultats imposades per part de l'Administració i els centres de protecció. No hem de deixar que ocorrin situacions com aquestes i hem de ser com l'Oualid, lluitar per construir un sistema on la justícia sigui realment efectiva.

BIBLIOGRAFIA I ALTRES FONTS

A. Bibliografia

ALBELLEIRA, Maria; XIOL, Carles. *La Responsabilitat Patrimonial de l'Administració: novetats de la Llei 39/2015 i 40/2015*. Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, 2017. Conferència.

ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, Idoya.; GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO, Alfredo.; et al. *Los derechos del menor*. Madrid: BOE, 2005. 124p. ISBN 84-340-1617-6.

CONSORCI DE RECURSOS PER A LA INTEGRACÓ D.; DIPUTACIÓ DE BARCELONA. *Drets i deures dels estrangers. Manual pràctic per a la Convivència Ciutadana*. Barcelona: CRID, 2003. 159p. ISBN 84-7794-944-1.

DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando., HERNÁNDEZ DURÁN, Maria José., HERREROS LÓPEZ (coord.). *Responsabilidad en el ámbito del Derecho público y por la lesión de los derechos fundamentales*. Barcelona: CEF, 2017, 166p. ISBN 84-454-3375-1.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles.; GONZÁLEZ GARCÍA, Almudena. «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo». *Revista Jurídica Catalana*, 2015, núm. 3, pàg. 39-65.

DURÁN RUIZ, Francisco Javier. Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros No Acompañados: entre la represión y la protección. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la universidad de Granada* [en línia]. Juny de 2007. [Consulta: 18/03/2017] Disponible a: <<http://www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf>>.

DIEC. *Diccionari de la llengua catalana* [en línia]. [Consulta: 27/01/2017]. Disponible a: <<http://dlc.iec.cat/>>.

GÓMEZ POMAR, Fernando., MARÍN GARCÍA, Ignacio. *El daño moral y su cuantificación*. Barcelona: Bosch, 2015, 706p. ISBN 84-909-0019-2.

ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons, 2015, 574p. ISBN 84-160-2670.

FUENTES ABRIL, Javier. «La responsabilidad patrimonial de la administración. Análisis jurisprudencial» [en línia]. *Notícias Jurídicas*, 2009. [Consulta: 18/03/2017] Disponible a: <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>>

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Tomás Ramón*. *Curso de derecho administrativo II*. Barcelona: Thomson Civitas, 2015, 880p. ISBN 84-4705-319-3.

GAMERO CASADO, Eduardo.; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Barcelona: Tecnos, 2016, 944p. ISBN 84-3096-991-3.

GÓMEZ POMAR, Fernando. «Dany Moral». *InDret* [en línia]. Juny de 2010, núm. 1. ISSN 1698-739X. [Consulta: 29 de gener de 2017] Disponible a: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/120085>>.

GÓMEZ POMAR, Fernando. «Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas». *Materials assignatura Dret Civil UPF* [en línia]. [Consulta: 30/01/2017] Disponible a: <https://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T62008.pdf>.

QUIROGA, V. (dir.); ALONSO, Ariadna., SÒRIA, Montserrat. *Somnis de butxaca. Nois i noies menors migrants no acompanyats a Catalunya*. Barcelona: Fundació Jaume Bofill, 2009, 228p. ISBN 84-692-7422-4.

RAVELLAT BALLESTÉ, Isaac. «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término». *Educatio Siglo XVI*, 2012, núm. 2, pàg. 90 -107.

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Los derechos de los niños y niñas migrantes: el uso estratégico de mecanismos nacionales e Internacionales para mejorar su acceso a la justicia*. Madrid, 2016. Conferència.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2015, 792p. ISBN 84-9890-280-8.

B. Legislació

- Àmbit Nacional

Espanya. Constitució Espanyola, de 29 de desembre de 1978. (BOE [en línia], núm. 311, A-1978-31229, pàgs. 249-259). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>>.

Espanya. Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. (BOE [en línia], núm. 10, A-2000-544, pàgs. 1139-1150). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/12/pdfs/A01139-01150.pdf>>.

Espanya. Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor. (BOE [en línia], núm. 15, A-1996-1069, pàgs. 1255-1238). [Consulta: 19/05/2017].

Disponible a: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>>.

Espanya. Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial. (BOE [en línia], núm. 157, A-1985-12666, pàgs. 20632-20678). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>>.

Espanya. Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques. (BOE [en línia], núm. 236, A-2015-10565, pàgs. 89343-89410). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/02/pdfs/BOE-A-2015-10565.pdf>>.

Espanya. Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic. (BOE [en línia], núm. 236, A-2015-10566, pàgs. 89411-89530). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/02/pdfs/BOE-A-2015-10566.pdf>>.

Espanya. Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil. (BOE [en línia], núm. 7, A-2000-323, pàgs. 575-728). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/08/pdfs/A00575-00728.pdf>>.

Espanya. Llei 16/1954, de 16 de desembre, sobre expropiació forçosa. (BOE [en línia], núm. 351, A-1954-15413, pàgs. 8261-8278). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1954/BOE-A-1954-15431-consolidado.pdf>>.

Espanya. Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la Jurisdicció Voluntària. (BOE [en línia], núm. 158, A-2015-7391, pàgs. 54068-54201). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391>.

Espanya. Reial Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 d gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la reforma mitjançant la Llei Orgànica 2/2009. (BOE [en línia], núm. 103, A-2011-7703, pàgs. 43821-44006). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/boe/dias/2011/04/30/pdfs/BOE-A-2011-7703.pdf>>.

Espanya. Reial Decret de 24 de juliol pel qual es publica el Codi Civil. (BOE [en línia], núm. 206, A-1889-4763, pàgs. 2913-29424). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>.

Espanya. Reial Decret Legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei sobre Responsabilitat Civil i assegurança en la circulació de vehicles a motor. (BOE [en línia], núm. 267, A-2004-18911, pàg. 36662-36695). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-18911-consolidado.pdf>>.

- **Àmbit Autonòmic**

Catalunya. Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència. (DOGC [en línia], núm.5641, 27-05-2010, pàg. 4247). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=553898>.

Codi Civil de Catalunya [en línia]. [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/ES/Index.htm>>

- **Àmbit Internacional**

Declaració Universal de Drets Humans. Adoptada y proclamada per l'Assemblea General a la seva resolució 217 A(III), de 10 de desembre de 1948.

Convenció sobre els Drets de l'Infant. Aprovada per l'Assemblea de les Nacions Unides a la seva Resolució 44/25, de 20 de novembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de setembre de 1990.

Comitè dels Drets de l'Infant, Observació General nº 6, 2005 (CRC/GC/2005/6).

Directiva 2003/86/CE del Consell, de 22 de setembre de 2003, sobre el dret a la reagrupació familiar. (DOUE L [en línia], núm. 251, 3-10-2003, pàg. 12-18). [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2003:251:TOC>>.

C. Jurisprudència

- **Tribunal Suprem**

Sentència del Tribunal Suprem 383/2015 (Sala Civil), de 30 de juny de 2015 (recurs 2895/2013).

Sentència del Tribunal Suprem 452/2014 (Sala Civil, secció 1ª), de 24 de setembre de 2014 (recurs 280/2013).

Sentència del Tribunal Suprem 453/2014 (Sala Civil, secció 1ª), de 23 de setembre de 2014 (recurs 1382/2013).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3ª, Secció 6ª), de 18 de juny de 2009 (recurs 4730/2007).

Sentència del Tribunal Suprem 604/2009 (Sala del Contenciós-Administratiu, secció 6ª), de 18 de setembre de 2009 (RJ 2009/7303).

Sentència del Tribunal Suprem 888/2007 (Sala Civil, secció 1ª), de 27 de juliol de 2007 (RJ 2007/5149).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 27 d'abril de 2005 (recurs 2986/2001).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 20 de febrer de 1999 (recurs 6151/1994).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 29 de març de 1999 (recurs 8172/1994).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3^a, Secció 6^a), de 26 de juny de 1999 (recurs 2475/1995).

- **Tribunal Superior de Justícia**

Sentència Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 184/2016 (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 4^a), de 2 de març de 2016.

Sentència Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia 1911/2015 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2^a), de 3 de novembre de 2015.

Sentència Tribunal Superior de Justícia de Madrid 800/2010 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 1^a), de 24 de setembre de 2010 (recurs 1409/2009).

- **Altres Estats:**

Sentència del Tribunal de Conflictes de França, assumpte Blanco, de 8 de febrer de 1873.

D. Actes del Ministeri Fiscal

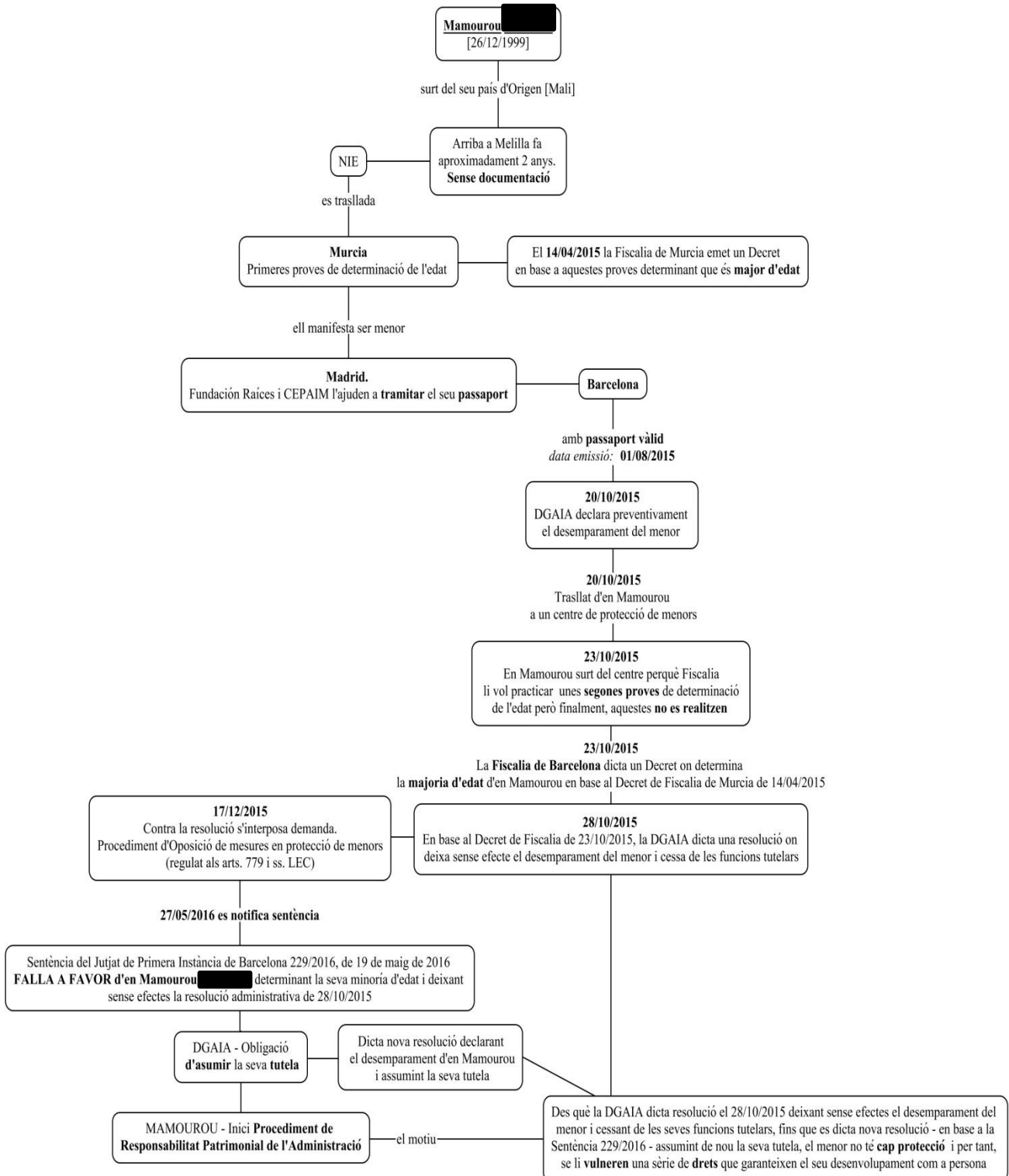
Instrucció FGE 2/2001, de 28 de juny, sobre la interpretació de l'actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/Instruccion2_2001.pdf?idFile=cf6c5ce0-91be-42d5-82e0-b1eee17bf4ba>.

Circular FGE 2/2006, de 27 de juliol, sobre diversos aspectes relatius al règim dels estrangers a Espanya [en línia]. [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/cir02-2006.pdf?idFile=4abf06dc-da77-42f2-af15-3b204556f19e>.

Consulta FGE 1/2009, de 10 de novembre, sobre alguns aspectes relatius als expedients de determinació de l'edat dels menors estrangers no acompanyats. [Consulta: 19/05/2017]. Disponible a: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/CONSULTA%201-2009\[1\]\[1\].pdf?idFile=7af83efa-ce9d-456c-9c61-68944f5bb4ee](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/CONSULTA%201-2009[1][1].pdf?idFile=7af83efa-ce9d-456c-9c61-68944f5bb4ee)>.

ANNEXOS

Annex 1. Esquema del cas



2. Resolució de la DGAIA de 28 d'octubre de 2015 de tancament de desemparament

 Generalitat de Catalunya
Departament de Benestar Social i Família
Servei d'Atenció a la Infància
i l'Adolescència de les Comarques
de Barcelona

DATA.....: 28/10/2015
REGISTRE...: 00435553-0501S
DEPT. BENESTAR SOCIAL I FAMÍLIA

ALBERT [REDACTED]
EN REPRESENTACIÓ DE
MAMOUROU [REDACTED]
ASSOCIACIO NOVES VIES
C/ MONISTROL, 31 BAIXOS
08012 BARCELONA

Ref.: EF19 - Barcelona comarques / in / In

Exp. 85400/ED-118670-2015;
Cognoms, Nom: [REDACTED], Ibrahim;

Assumpte: notificació de resolució de tancament de l'atenció immediata i arxiu de l'expedient de desemparament

Senyor,

Us notifico que la persona titular de la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència ha dictat una resolució en relació amb Ibrahim [REDACTED] de la qual us trameto una còpia.


Contra aquesta resolució podeu interposar oposició en el termini de dos mesos a comptar des de la notificació i sense necessitat de reclamació administrativa prèvia.

En cas que vulgueu oposar-vos judicialment a la resolució heu de presentar un escrit davant del Jutjat Degà dels de 1a Instància Barcelona, G.V. Corts Catalanes, 111, edifici P, 08014 BCN, indicant breument el que demaneu i la resolució a la que us oposeu, sense que sigui necessari, en aquest moment inicial, la intervenció d'advocat i procurador.

Aquesta oposició es resoldrà mitjançant judici verbal d'acord amb el que determinen els articles 753, 779 i 780 de la Llei d'enjudiciament civil.

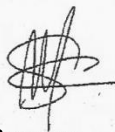
En compliment del que diu l'article 108.2 de la Llei 14/2010 us informo que en el cas que no tingueu prous recursos econòmics per litigar, podeu sol·licitar un advocat i un procurador d'ofici al mateix jutjat o al col·legi d'advocats del partit judicial on presenteu l'escrit d'oposició. Per sol·licitar el reconeixement del dret a justícia gratuïta haureu de presentar la sol·licitud corresponent segons el model normalitzat, juntament amb tota la documentació necessària que acrediti uns ingressos anuals de la unitat familiar inferiors al que marca la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta.

Avinguda del Paral·lel, 52
08001 Barcelona
Tel. 934 83 10 00
Fax 935 51 77 07

 Generalitat de Catalunya
Departament de Benestar Social i Família
**Servei d'Atenció a la Infància
i l'Adolescència de les Comarques
de Barcelona**

No obstant això, i d'acord amb l'article 123 de la Llei 14/2010, de 27 de maig, no us podeu oposar a aquesta resolució si el desemparament s'ha confirmat judicialment o bé si ha transcorregut el termini d'un any des de la notificació de la resolució de desemparament i no heu sol·licitat que es deixi sense efecte per canvi substancial de les circumstàncies que el varen motivar. Aquesta limitació s'ha d'interpretar d'acord amb el que disposa la disposició transitòria quarta de la Llei 14/2010, de 27 de maig.

Atentament,



MERCE

Cap de la Secció
ST d'Atenció a la Infància i l'Adolescència de Barcelona Comarques
Barcelona, 28 d'octubre de 2015

Avinguda del Paral·lel, 52
08001 Barcelona
Tel. 934 83 10 00
Fax 935 51 77 07

3. Demanda contra la resolució de la DGAIA de 28 d'octubre de 2015

JUTJAT PRIMERA INSTÀNCIA NÚM. 18 DE BARCELONA

Procediment Oposició de mesures en protecció de menors 864/2015-4

Susana [REDACTED], Procuradora dels Tribunals, en nom i representació Mamourou [REDACTED], natural de Mali, segons tinc degudament acreditat en actuacions per designa del torn d'ofici, com a millor procedeixi en Dret, sota la direcció tècnica d'Albert [REDACTED], Advocat de l'Illustre Col·legi de Barcelona, amb despatx professional a Barcelona, carrer Monistrol 31 baixos (CP 08012), tel. 646247743 i correu electrònic albertparescasanova@icab.cat i DIC:

Que per la present, i seguint les expresses instruccions del meu representat, interposo el present escrit inicial d'oposició a la resolució administrativa de tancament d'atenció immediata de data 28 d'octubre de 2015 en la qual s'adopta la resolució de considerar que Mamourou [REDACTED] és una persona major d'edat ,malgrat està en possessió d'un passaport (S'ADJUNTA CÒPIA DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA) amb les següents circumstàncies, i això sobre la base dels següents

FETS

1. La DGAIA resol declarat en situació de desemparament en data 20 d'octubre de 2015 al menor Mamourou [REDACTED].
2. En data 28 d'octubre de 2015, NOMÉS 8 DIES POSTERiors, la DGAIA declara que Mamourou [REDACTED] és una persona major d'edat sense realitzar cap tasca d'investigació sobre el passaport del menor.
3. Que la resolució no ha tingut en compte la doctrina jurisprudencial emesa pel Tribunal Suprem.
4. Que la resolució comet l'error de posar el nom que consta als registres de la policia nacional sense que en cap cas s'hagi comprovat d'on surt aquest nom i si aquest nom és el vertader o no del menor.

FONAMENTS DE DRET

Únic.- Que d'acord amb l'article 780.2 de la LEC, qui pretengui oposar-se a una resolució administrativa en matèria de protecció de menors presentarà escrit inicial en el qual succintament expressarà la seva pretensió i la resolució al fet que s'oposa.

En virtut d'això,

SUPLICO AI JUTJAT: Que es tingui per presentat el present escrit inicial d'oposició a la resolució administrativa de tancament de desemparament de data 28 d'octubre de 2015 en la qual s'adopta la resolució de considerar que Mamourou [REDACTED] és una persona major d'edat malgrat està en possessió d'un passaport i prèvia reclamació de

testimoniatge de l'expedient administratiu s'emplaça a aquesta part per a la presentació de la corresponent demanda.

És de justícia que demano a Barcelona a 6 de novembre de 2015

Albert [REDACTED]
Advocat

Susana [REDACTED]
Procuradora



4. Sol·licitud de mesures cautelars en el marc del procediment d'oposició de mesures en protecció de menor

JUTJAT PRIMERA INSTÀNCIA NÚM. 18 DE BARCELONA

Procediment Oposició de mesures en protecció de menors 864/2015-4

AL JUTJAT

Susana [REDACTED], Procuradora dels Tribunals, en nom i representació Mamourou [REDACTED], natural de Mali, segons tinc degudament acreditat en actuacions per designa del torn d'ofici, com a millor procedeixi en Dret, sota la direcció tècnica d'Albert [REDACTED], Advocat de l'Il·lustre Col·legi de Barcelona, amb despatx professional a Barcelona, carrer Monistrol 31 baixos (CP 08012), tel. 646247743 i correu electrònic albert[REDACTED]@icab.cat i DIC:

Que en l'escrit d'interposició de demanda es va sol·licitar a través d'un altressí **UNES MESURES CAUTELARS QUE EN AQUEST ESCRIT ES REPRODUUEIXEN:**

Que, per mitjà d'aquest escrit, a causa de la concurrència de fets i circumstàncies que s'acrediten en la redacció dels fets, demano al Jutjat que decreti la mesura cautelar consistent en que es suspengui l'execució de la resolució impugnada.

Fonamento aquesta sol·licitud en els fets i fonaments següents:

L'article 158 del Codi Civil estableix:

Artículo 158

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

El fet de no ser atès per la DGAIA i per la Fiscalia malgrat el seu coneixement de la seva situació de menor d'edat ha comportat que se l'hagi expulsat del centre de menors tractant-lo com adult i per tant l'execució de l'acte de l'expulsió ocasionaria perjudicis de reparació impossible, atès que la persona afectada per l'activitat de l'administració tutelar del menor no gaudiria de cap dels drets que es reconeixen en els diferents tractats internacionals sobre els drets dels infants ni es respectaria els drets reconeguts en el nostre ordenament jurídic. Tenint en compte que actualment el menor viu a un pis amb amics i persones adultes no és apte per a persones menors d'edat, que es troba en situació de desemparament no es veurien garantits els seus drets com a persona menor d'edat i per tant estaria en ple perjudici quan assolís els 18 anys.

FETS

1. El meu principal, segons resulta dels documents que s'adjunten en el moment de presentar la demanda, és un menor d'edat que la DGAIA que ha estat declarat desemparat i ha assumit la corresponent tutela i, malgrat acreditar de forma fefaent que és menor d'edat, s'ha arxivat l'expedient de tutela.
2. El menor atès per la DGAIA està en situació de desemparament ja que no gaudeix de la presència dels seus progenitors ni de cap persona que es pugui responsabilitzar d'ell.

FONAMENTS DE DRET

1. Correspon a aquest Jutjat la competència per conèixer d'aquesta demanda cautelar, atès que és davant del qual se segueix el litigi principal del qual aquesta mesura és instrumental i dependent (article 723 de la LEC).
2. Aquesta sol·licitud s'ha de tramitar d'acord amb l'article 730 i següents del mateix text legal, on es regula el procediment de concessió de mesures cautelars.
3. D'acord amb el que he manifestat anteriorment en l'apartat dels fets, concorren els pressupostos que estableixen els articles 726 i 728 de la LEC.
4. **Cal tenir present l'aparença del bon dret per la doctrina jurisprudencial emesa pel Tribunal Suprem en la Sentencia N°: 453/2014 en el Recurso N°: 1382/2013.**
5. Pel que fa a la imposició de les costes, cal atènyer-se al que preveu l'art. 736.1 *in fine* de la LEC, en relació amb l'art. 394 LEC.

Per això,

SOL·LICITO: Que decreti la mesura cautelar de **que es suspengui l'execució de la resolució de la DGAIA que s'impugnaa.**



Barcelona a 11 de febrer de 2016

Susana [REDACTED]

Albert [REDACTED]



5. Sentència de 27 de maig de 2016

| | | | |
|--|---|---|---|
| <p style="font-size: small;">Doc. electrònic garantit amb signatura e. Adreça web per verificar: https://sejjudicial.gencat.cat/AP/consultacsv.html Data i hora 23/05/2016 09:18</p> <p style="font-size: x-small;">Codi Segur de Verificació: SS48DDLL0052P2E6SGHIL2T1IBAXYS906 Signat per Selva Sanyo, Registre.</p> |  <p>27/05/2016</p> | | |
| <p>Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia) Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 4 - Barcelona - C.P.: 08075</p> <p>TEL.: 935549418 FAX: 935549518 EMAIL: instancia18.barcelona@xij.gencat.cat</p> <p>N.I.G.: 0801942120158214755</p> <p>Oposición medidas en protección menores 864/2015 -4 Materia: Proceso especial oposición a medidas administrativas</p> <p>Cuenta BANCO SANTANDER: Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia) Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos) Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos) Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)</p> <table border="0" style="width: 100%;"><tr><td style="width: 50%;">Parte demandante/ejecutante: Mamourou [REDACTED] Procurador/a: Susana [REDACTED] Abogado/a: Albert [REDACTED]</td><td style="width: 50%;">Parte demandada/ejecutada: DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I A L'ADOL·LESCÈNCIA (DGAIA) Procurador/a: Abogado/a:</td></tr></table> | | Parte demandante/ejecutante: Mamourou [REDACTED] Procurador/a: Susana [REDACTED] Abogado/a: Albert [REDACTED] | Parte demandada/ejecutada: DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I A L'ADOL·LESCÈNCIA (DGAIA) Procurador/a: Abogado/a: |
| Parte demandante/ejecutante: Mamourou [REDACTED] Procurador/a: Susana [REDACTED] Abogado/a: Albert [REDACTED] | Parte demandada/ejecutada: DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I A L'ADOL·LESCÈNCIA (DGAIA) Procurador/a: Abogado/a: | | |
| <p>SENTENCIA Nº 229/2016</p> <p>Magistrado: Regina [REDACTED] Lugar: Barcelona Fecha: 19 de mayo de 2016</p> | | | |
| <p>ANTECEDENTES DE HECHO</p> <p>PRIMERO.- En este Juzgado se siguen autos de Oposición a resolución administrativa, con número 864/2015 en los que por el Procurador de los Tribunales Sr/Sra. Aparicio Abella, en representación de MAMOUROU [REDACTED] se presentó demanda en fecha 17 de diciembre de 2015 contra la resolución administrativa de fecha 28 de octubre de 2015 que deja sin efecto el desamparo del recurrente.</p> <p>SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 21 de diciembre de 2015, se dio traslado de la copia de la demanda y de los documentos aportados a la parte demandada. Se emplazó a la misma, para que se realizase la contestación en el plazo de 20 días hábiles a contar desde el emplazamiento.</p> <p>TERCERO.- La parte demandada contestó a la demanda en fecha 2 de febrero de 2016.</p> <p>CUARTO.- El día 18 de mayo de 2016, con asistencia de ambas partes se procedió a la celebración de la reseñada Vista, ratificándose las partes en sus escritos, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.</p> | | | |
|  | <p style="font-size: x-small;">Administració de justícia a Catalunya · Administración de Justicia en Cataluña</p> <p style="font-size: x-small;">Pàgina 1 de 10</p> | | |



Durante la Vista se practicó la prueba propuesta por las partes y declarada pertinente.

Tras la práctica de la prueba, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La ley 37/1.991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción modificada por la ley 8/ 2002 de 27 de Mayo, atribuye a la Generalitat de Cataluña la función, que ejerce a través de la Dirección General de Atención a la Infancia, de proteger a los menores que se encuentren en situación de desamparo, atribuyendo a este organismo las funciones tutelares sobre dicho menor así como la facultad de adoptar las medidas mas oportunas y necesarias para conseguir su protección efectiva y poder llevar a cabo su integración en la sociedad, estableciendo el art. 2.6 de la citada ley que el Juez, a petición de los padres, el tutor, del guardador, de los familiares citados en el apartado 4 de este artículo, del Ministerio Fiscal o del Organismo competente debe confirmar o dejar sin efecto la declaración de desamparo.

Como dice la SAP de Barcelona de 2 de Mayo de 2005, *"el desamparo es aquella situación de hecho que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material o se advierta peligro, físico o psíquico, para el menor. El desamparo por lo tanto es una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias lo que exige la asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos. Como la necesaria protección al menor ha de procurarse atendiendo a su interés pero sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece, institución familiar cuya protección a su vez garantiza el artículo 39 de nuestra Constitución, la declaración de desamparo debe efectuarse de forma restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común, ya que , en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación".*

Son dos los presupuestos de intervención de la DGAIA: la minoría de edad y la

Codi Segur de Verificació: SS48D9UJ05ZPZEB5GSHL2THBAXYS06
Signat per Saiva Santoyo - Regidre
Doc. electrònic garantit amb signatura e. Adreça web per verificar: <https://regidre.gencat.cat/AP/icomultaCSV.html>
Data i hora: 23/05/2016 09:18





falta de asistencia o protección moral o material.

El art. 2.2 de la LLei 37/91 establece en que supuestos se considera que el menor se encuentra en desamparo, exigiendo el punto 4 del mismo artículo una resolución motivada, comunicada al Ministerio Fiscal y notificada a los padres quienes también deben ser informados de los derechos que les asisten y de cómo pueden canalizar su oposición. El art. 9.2 del Reglamento de Protección de los Menores y Adopción aprobado por Decreto 2/1997 considera que hay factores de riesgo social cuando concurren indicios de determinados supuestos (que enumera de la letra a) a la k).

En el mismo sentido la Ley 14/2010, de 27 de Mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Para acreditar la minoría de edad existe prueba documental como la certificación de nacimiento del médico que asistió al parto, la inscripción del nacimiento, el Libro de Familia, el DNI del menor. El problema surge respecto de los menores extranjeros indocumentados o con documentación que procede de países con los que España no tiene suscrito convenio (art. 323 de la LEC) cuando su aspecto físico parece contrario a la manifestación de su edad (indocumentados) o al contenido del pasaporte.

SEGUNDO.- El instante de las presentes actuaciones, se opone a la resolución de la DGAIA de fecha 28 de octubre de 2015 por la que se resuelve el cese de las funciones tutelares asumidas con carácter preventivo de acuerdo con el Decreto de la Fiscalía Provincial de Barcelona que considera acreditado que el joven es mayor de edad, dejando sin efecto la guarda otorgada al director del centro de acogida y cerrando y archivando el expediente.

TERCERO.- Del expediente administrativo se desprende que la actuación de la DGAIA se inicia el 20 de octubre de 2015 como consecuencia de la puesta a disposición por parte de los Mossos D'Esquadra de una persona nacida en Mali y que al parecer tenía 17 años. El 20 de octubre de 2015 se acordó brindarle protección inmediata, disponiendo su ingreso en centro de menores mientras se realizaba el correspondiente estudio personal y familiar. Debido a su aspecto físico, la Fiscalía de Menores de Guardia ordena que se realicen las pruebas de edad radiológicas y la ortopantomografía constando en informe Forense de fecha 20 de octubre de 2015, que dicho informe es provisional y que sólo se ha explorado físicamente al supuesto menor, y en base a ello se determina que MAMOUROU [REDACTED] tiene una edad de 18 años o más. La razón por la cual no se realizan las pruebas radiológicas en Barcelona es porque el demandante ya había sido explorado por la Fiscalía de Menores de Murcia, donde consta informe de 1 de abril de 2015, donde se concluye tras los estudios radiológicos

Codi Segur de Verificació: SS46DUJUSPZFE6SCHL2THAAXY96
Signat per Selva Santoyo, Regidor.
Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://justicia.gencat.cat/A/PromoueteCSV.html>
Data i hora: 23/05/2016 09:18





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sijusticia.gencat.cat/AP/consultacsv.html>
Codi Segur de Verificació: SS4BD0U0SP2PE0SGIHL21HBAXYS06
Data i hora: 23/05/2016 09:18
Signal per Seva Santoyo, Registra.

que el Sr. Dembele tiene más de 18 años. El Decreto de Fiscalía de 22 de octubre de 2015 considera al actor mayor de edad a los efectos de la Sección de Menores Protección. Como la DGAIA declaró el desamparo preventivo de MAMOUROU [REDACTED] el 20 de octubre de 2015, y sin que conste ninguna actuación nueva más que el Decreto de Fiscalía y el informe forense ni ningún hecho posterior en el expediente administrativo, se decide cerrar el expediente dictando la resolución que se impugna judicialmente.

CUARTO.- La DGAIA actúa en un principio otorgando validez a la declaración del actor en la que manifestaba que era menor de edad (más tarde incluso declarando preventivamente el desamparo del mismo); es tras el Decreto de Fiscalía y amparándose exclusivamente en dicho Decreto cuando decide cesar en la asunción de funciones tutelares. Existe pues contradicción entre las declaraciones del supuesto menor y el informe forense que sirvió de base a Fiscalía de Protección de Menores para considerar a MAMOUROU [REDACTED] mayor de edad.

Cuando el actor se presentó ante la Fiscalía de menores de Murcia no aportó ningún documento acreditativo de su identidad y de su edad, razón por la cual se le realizaron las pruebas antes mencionadas. Posteriormente cuando se presentó ante la Fiscalía de menores de Barcelona presentó certificado de nacimiento y pasaporte de Mali donde consta que la fecha de nacimiento es 25 de diciembre de 1994.

QUINTO.- La actual doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión de los menores de edad extranjeros en España se ha fijado en dos sentencias de dicho tribunal de 23 y 24 de septiembre de 2014, en las que se establece lo siguiente: *"No obstante lo cual se les dará justificada respuesta, a partir de la sentencia de esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2014 (rec.1382/2013), que ha declarado como doctrina jurisprudencial la siguiente: el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad; conclusiones a las que, en lo que aquí interesa, se llega por lo siguientes argumentos:*

1.- 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





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sijusticia.gencat.cat/AT/consultacsv.html>
Codi Segur de Verificació: SS48D9LJ0S2PZE6SGHIL2THBAXY5906
Data i hora: 23/05/2016 09:18
Signat per Solva Santoyo - Regidra

Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país 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 identidad y nacionalidad de su titular.

2.- Dispone el artículo 35.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, 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", señalando en su artículo 25.1 que "El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000).

En cuanto a los artículos 6 y 190 del Reglamento Extranjería, según el primero, para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provistos de alguno de los documentos que cita, entre ellos el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen o procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el derecho internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de los titulares. Conforme al segundo, y en lo que aquí interesa, cuando los Cuerpos y

Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación





del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

3.- La correcta interpretación de los artículos de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho.

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

5.- Un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados

Codi Segur de Verificació: SS4BD9LUSZP2E6SGHLLZTHBAXYS06
Signat per Selva Santoyo - Regina.
Data i hora: 23/05/2016 09:18
Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ojt.catala.gencat.cat/AP/consultacsv.html>





miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.

La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda".

Así también la Audiencia Provincial de Barcelona ha venido recogiendo esta doctrina en las sentencias que ha dictado en esta materia. Así en la sentencia de 13 de octubre de 2015, donde se revoca una sentencia dictada por este Juzgado, se establece: "El presente recurso versa sobre la situación de un menor extranjero no acompañado que se encuentra en situación irregular en España, y en concreto sobre el valor de la documentación que lleven los extranjeros cuando dicha documentación contenga datos que no puedan conciliarse con la realidad física de la persona, es decir, cuando exista una discrepancia entre la minoría de edad que figure en el documento y la complejión física del o de la joven.

Mediante el recurso de apelación, el demandante cuestiona la corrección de la decisión administrativa de someter a pruebas de edad a extranjeros no acompañados que se encuentren en situación irregular en España para averiguar su edad real y de prescindir del valor de los documentos aportados en los que conste su minoría de edad.

De los antecedentes del presente asunto resultan de interés los siguientes:

1º.- El expediente administrativo de desamparo fue abierto por la DGAIA el 7 de abril de 2014. Se inició a consecuencia de la personación del hoy recurrente en las dependencias de los Mossos d'Esquadra ante los que manifestó que era menor. Desde la comisaría de policía fue trasladado al Hospital Clínic donde se le realizan pruebas relativas a la determinación de la minoría de edad, y posteriormente fue trasladado al Centro de Menores CODA 1 de Barcelona. Tras la redacción por parte del Médico Forense del informe médico en el que se determina su mayoría de edad, la DGAIA determina su salida del centro, tras el dictado del Decreto de Fiscalía de 15 de abril de 2014 en fecha 29 de abril de 2014 (folios 25 y 26).

2º.- En el Decreto de Fiscalía de 15 de abril de 2014 se hace constar que el 7 de abril de 2014, quien dijo llamarse Constantino "se presentó en la OAM manifestando ser menor de 18 años aportando un pasaporte de Gambia en el que figuraba como fecha de nacimiento el 7 de junio de 1997 en Gambia. Por parte de la OAM se informó que no podía acreditarse la veracidad a los datos de dicho pasaporte y que no había podido

Doc. electrònic garantit amb signatura e. Adreça web per verificar: <https://sijusticia.gencat.cat/AF/consultacsv.html>
Codi Segur de Verificació: SS48BDLJOSZP2E6SGHIL2THBAXYS06
Signat per Solva Santoyo, Regidra.
Data i hora: 23/05/2016 09:18





Doc: electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://justicia.gencat.cat/AP/consultacSV/html>
Data | hora 23/05/2016 09:18
Cont: Segur de Verificació: S648D9UJ052P2E6S0HLL2THEAXY996
Signat per Selva Santoyo, Regidor.

confirmarse su identidad en ninguna base de datos. A la vista de ello se realizó con fecha 8 de abril de 2014 un primer informe preliminar por parte del médico forense y se acordó la práctica de prueba radiológica de muñeca y ortopantomografía a partir de cuya realización se determinó con fecha de hoy por parte del médico forense que su edad mínima más probable es de 18 años" (folio 17). Del expediente administrativo de protección y en concreto de los datos del menor extranjero acompañado que aparecen consignados en el archivo de protección de la OAM se extrae que éste se presentó voluntariamente portando un pasaporte expedido en Gambia (folio 47). En la comparecencia de fecha 10 de abril de 2014 del MENAS se consigna que "...el menor procedent de Gambia... porta passaport y partida de naixement originals..." (folio 59). Tambien se recoge esta circunstancia en la ficha de detecció del Ayuntamiento de Barcelona (folio 60) y en el informe propuesta del CODA 1 (folio 61).

3º.- El primer informe médico recoge como conclusiones generales que la edad ósea directa es de 18:6 meses o 19 años y la edad estimada por la ortopantomografía de al menos 18 años y como conclusión médico legal que la edad mínima más probable sería de 18 años. Si bien se indica que existe un margen de error no estimable en este caso al no disponer de estudios poblacionales de referencia (folio 80 vto). El segundo informe emitido en fecha 7 de octubre de 2014 ratifica las conclusiones referidas (folio 207).

4º.- En fecha 14 de mayo de 2014 Constantino se opuso a la resolución administrativa de la DGAIA acompañando su pasaporte y certificado de nacimiento, documentos expedidos en Gambia en los que aparece como fecha de nacimiento el NUM000 de 1997. Acompañados legalizados al acto de la vista y obrantes a los folios 13 a 15 y 156 a 159 de las actuaciones).

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2015 seguida de otras de 18 de junio y 3 de julio de 2015, a propósito de la minoría de edad de menores extranjeros en situación irregular y sobre la realización de pruebas para descartar la veracidad de los documentos oficiales que aseveran la minoría de edad ha señalado, recogiendo la doctrina jurisprudencial recogida en sentencias de 23 y 24 de septiembre de 2014 "que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de persona documentada como indocumentada las técnicas médicas especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad".





Codi Segur de Verificació: SS48BDLUSZPZ6E6SGHIL2THAAXYS06
Signat per Solva Sanyo, Rognia;
Data i hora: 23/05/2016 09:18
Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sedejuziciala.gencat.cat/AF/consultacsv.html>

El examen del supuesto que nos ocupa a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta debe llevar a estimar el recurso planteado dado que en el presente caso y de lo actuado en el expediente administrativo no aparece debidamente justificada la realización de las pruebas de determinación de edad realizadas. El hoy recurrente se presentó ante los Mossos y posteriormente en la DGAIA con su documentación, pasaporte y certificado de nacimiento expedido por las autoridades de su país y cuya validez, que no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente, 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. Su legalización, acto administrativo por el que se otorga validez a un documento extranjero, por el Consulado de España en Dakar aparece ajustada a la normativa existente (OM AEC /1563/2007 de 24 de mayo) atendido el hecho de que Gambia no ha suscrito el Convenio de La Haya, evitándose así la cadena de legalizaciones.

Y de los datos de esta documentación -ratificada por su país de origen una vez el menor se hallaba en territorio español- se desprende su minoría de edad por lo que, siguiendo la doctrina expuesta, no puede ser considerado extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad y debe estarse a la edad consignada en la documentación aportada al tiempo del dictado de la resolución administrativa, 17 años”.

SEXTO.- En el presente caso se observa que el Sr. Dembele compareció ante la Fiscalía de Menores con partida de nacimiento y pasaporte de Mali donde consta que el mismo nació el 25 de diciembre de 1999, por lo que tiene en la actualidad 16 años, siendo que dichos documentos no han sido impugnados por ninguna de las partes, y que además consta que fueron tramitados personalmente por el actor ante la Embajada de Mali en Madrid con la ayuda de la Fundación Raíces, abonando las tasas para obtener la documentación y con un periodo de espera de 3 meses para obtener el documento. Asimismo en el acto de la vista la parte actora aportó Carta de Identidad Consular de Mali del Sr. Dembele donde también consta la fecha de nacimiento antes establecida.

Por lo tanto, la Fiscalía de Menores de Barcelona no tendría que haber ordenado la realización de pruebas adicionales para la determinación de la edad del actor dado que no se trataba de una persona indocumentada, sino que el mismo aportó documentación oficial que acreditaba su identidad y su minoría de edad.

Por ello procede estimar la demanda presentada y dejar sin efecto por improcedente la resolución de la DGAIA de 28 de octubre de 2015.

SÉPTIMO.- No procede hacer pronunciamiento sobre las costas atendida la naturaleza del procedimiento.





Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

ESTIMO la demanda de MAMOUROU [REDACTED] contra la resolución administrativa de 28 de octubre de 2015, dejando sin efecto la misma por improcedente.

No procede la condena en costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala de lo civil de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Librese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévase el original al libro de sentencias del juzgado.

Notifíquese esta resolución a las representaciones procesales de las partes.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Codi Segur de verificació: S546D9UJ05PZEE6SCHL2THBAXY3B6
Signat per Salva Santoyo, Regidor.
Data i hora: 23/05/2016 09:18
Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AF/comulacCSV.html>



Annex 3. Escrit de sol·licitud de l'inici del procediment

DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA

DON MAMOUROU [REDACTED], amb núm. de passaport B0982331, i amb domicili a efectes de notificacions del present procediment a C/ Monistrol 31 (baixos), front aquesta Administració compareix i com millor procedeixi en dret **EXPOSA:**

Que mitjançant el present escrit, i en virtut del què disposa l'article 145 de la Llei 30/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic Comú de les Administracions Públiques, dins el termini i en la forma legal, formula **RECLAMACIÓ DE RESPONSABILITAT PATRIMONIAL** contra aquesta Administració pels següents

MOTIUS

PREVI.- ANTECEDENTS DE FET

1.- En data **20.10.2015** la DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA dicta una resolució per la qual assumeix la guarda d'en Mamourou [REDACTED] com a conseqüència de la posada a disposició del menor per part dels Mossos d'Esquadra. S'aporta de DOCUMENT N°1, la resolució de l'Administració per la qual assumeix provisionalment la tutela del menor.

2.- No obstant això, vuit dies més tard, en base al Decret de Fiscalia de **22.10.2015** que determina que en Mamourou [REDACTED] és major d'edat, la DGAIA dicta una nova resolució de tancament de desemparament, en data **28.10.2015**. S'aporta de DOCUMENT N°2, la resolució de l'Administració per la qual declara el tancament de l'expedient d'en Mamourou [REDACTED] i deixa sense efectes l'assumpció de la seva tutela.

Aquesta resolució s'emet **malgrat que en Mamourou [REDACTED] disposava d'un passaport vàlidament expedit** per les autoritats competents i no havia estat impugnat en cap moment, sense realitzar cap tipus d'actuació dirigida a comprovar la vertadera edat del menor i actuant de forma **contrària al principi i dret de l'interès superior del menor**. S'aporta de DOCUMENT N°3, còpia del passaport de Mamourou [REDACTED].

4.- Front aquesta resolució, s'interposa demanda; i és admesa a tràmit pel Jutjat de Primera Instància n°18 de Barcelona i es dicta SENTÈNCIA 229/2016 en data **19.05.2016** que s'acompanya al present de DOCUMENT N° 4, la decisió del qual va ésser la següent:

“1.- Estimar la demanda de MAMOUROU [REDACTED] contra la resolució administrativa de 28 de octubre de 2015, dejando sin efecto la misma por improcedente.”

5.- Que en virtut d'aquesta sentència la DGAIA dicta una nova resolució assumint de nou la tutela del menor.

6.- Que fins que no es dicta aquesta nova resolució en Mamourou [REDACTED] ha estat **desemparat dels drets que li assisteixen durant un període de set mesos** (del 28 d'octubre de 2015 al 27 de maig de 2016), vivint en un pis d'acollida de la fundació CEPAIM amb persones majors d'edat.

PRIMER-. PROCEDÈNCIA DE LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE LA GENERALITAT

1.1 Requisits per la concurrència de la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques: previsions legals

L'article 106.2 de la Constitució Espanyola reconeix el dret a l'administrat a ser indemnitzat, en els termes que estableix la llei i sempre que la **lesió** que ha sofert sobre els béns i drets sigui **conseqüència del funcionament dels serveis públics**.

En la mateixa línia els arts. 32.1 i 24.1 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic (LRJSP) desenvolupen el precepte i reconeixen els dret que tenen els particulars a ser indemnitzats per les Administracions públiques per qualsevol lesió soferta en els seus béns o drets, dimanant del **funcionament normal o anormal de les Administracions públiques** que no tinguessin el deure jurídic de suportar.

Per a que sorgeixi la responsabilitat de l'Administració és necessari que concorrin una sèrie de requisits: actuació administrativa, resultat damnós, existència de relació de causalitat entre l'acte i el dany, no concurrència de força major i que no es tingui el deure o obligació de suportar el dany experimentat.

A més, la viabilitat de la pretensió indemnitzatòria no depèn de l'actuació lícita o il·lícita de l'Administració sinó de l'exigència de **nexe causal** que faci imputable a l'Administració l'obligació de rescabalar al particular, i en l'**antijuricitat** de la lesió referida a l'existència de l'obligació en l'administrat de suportar el perjudici sofert.

1.2 Concurrència en aquest cas de tots els requisits per a que procedeixi la indemnització

Establerts els requisits necessaris per a que concorri el deure d'indemnitzar per part de l'Administració pels danys causats a particulars, procedim a exposar cadascun d'aquests per justificar que en Mamourou [REDACTED] té dret a ser **indemnitzat pels danys morals soferts com a conseqüència de la seva expulsió del sistema de protecció de menors.**

Abans, s'han de tenir en compte les dades següents:

El període de temps que en Mamourou [REDACTED] ha estat sense rebre protecció per part de la DGAIA, tal i com se'n deriva de l'exposició dels fets, és:

| | |
|---|---------------------------|
| Data d'entrada sota la protecció de la DGAIA | 20/10/2015 |
| Data d'expulsió de la DGAIA | 28/10/2015 |
| Data on la DGAIA assumeix de nou la seva tutela com a conseqüència de la Sentència 229/2016 | 27/05/2016 |
| Temps fora de protecció de la DGAIA | 231 dies (7 mesos) |

a. **Lesió indemnitzable. Antijurídic, efectiu, individualitzable i avaluable econòmicament**

L'apartat segon de l'article 32.2 LRJSP "dels principis de la responsabilitat" estableix que "*en todo caso, el daño alegado habrá de ser **efectivo, evaluable económicamente e individualizado** con relación a una persona o grupo de personas*".

Per tant, respecte a que el dany hagi de ser **EFFECTIU**, s'entén que ho hagi de ser en un sentit **actual i real**, d'acord amb l'establert per l'art. 106.2 de la *norma normarum* i la reiteració que en fa l'art. 32.1 LRJSP. Per tant, caben ser indemnitzats tot tipus de danys – materials, personals i inclús morals – però no la simple frustració d'expectatives.

La no assumpció de la tutela d'en Mamourou [REDACTED], ratificant-se en un Decret de Fiscalia que determinava la majoria d'edat del mateix i sense dur a terme cap altra actuació de verificació, tenint per conseqüència l'expulsió del sistema de protecció de menors i obrant en contra del principi bàsic d'interès superior del menor que tots els poders públics estan obligats a complir, genera un **detriment per l'efectiu desenvolupament personal del menor durant el temps que es troba desemparat**. Per tant, els danys generats a la seva persona, es produeixen en un sentit actual i real, ja que afecten al temps que l'Administració no se'n fa càrrec de la seva tutela.

En relació al dany **INDIVIDUALITZABLE**, es considera que el dany que s'ha produït com a conseqüència de l'actuació de l'Administració és un fet que **afecta de forma individual** al subjecte i que **en cap cas genera una càrrega que afecti a la col·lectivitat**. Es podran donar casos semblants però cadascun té les seves particularitats.

És requisit *sine qua non* que el perjudici ocasionat sigui **AVALUABLE ECONÒMICAMENT**. En aquest cas, es tracta d'uns danys que deriven d'una resolució administrativa de l'Administració. Aquests danys impliquen una falta d'atenció i un impediment de gaudir dels drets que li són reconeguts com a menor.

Resulta il·lustrativa la sentència del Tribunal Suprem 888/2007 (Sala Civil, Secció 1^a), de 27 de juliol de 2007 (RJ 2007/5149), que indica que “*el dany moral és aquell causat al conjunt de drets i béns de la personalitat que integren el denominat patrimoni moral*”. Per tant, que sigui un dany moral no significa que aquest no sigui avaluable econòmicament ja que no és una simple molèstia sinó que es tracta d’un **perjudici amb transcendència econòmica apreciable**.

Tanmateix, l’article 34.1 de la mateixa Llei, complementa l’anterior article i disposa que “*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

Encara més important és remarcar que, **descartant la concurrència de força major** en el present cas, en Mamourou [REDACTED] no tenia el deure jurídic de suportar l’actuació de l’Administració ja que ostentava un document vàlid i afirmava ser menor d’edat la qual cosa el legitimava per ser titular dels drets que reconeix l’ordenament jurídic i que no li van ésser garantits. En aquest sentit, resulta il·lustrativa la Sentència del Tribunal Suprem 453/2014 (Sala Civil, secció 1^a), de 23 de setembre de 2014 (recurs 1382/2013) i la Sentència del Tribunal Suprem 452/2014 (Sala Civil, secció 1^a), de 24 de setembre de 2014 (recurs 1382/2013). Ambdós estableixen en el mateix sentit que:

“l’immigrant passaport o document equivalent del qual se’n derivi la seva minoria d’edat no pot ésser considerat un estranger indocumentat per a ser sotmès a les proves complementaries de determinació de l’edat, ja que no procedeix qüestionar sense una justificació raonable perquè es realitzin dits proves quan es disposa d’un passaport vàlid”.

En conseqüència, i com dictaminen les sentències del Tribunal Suprem anteriorment indicades i la **Sentència 229/2016**, d’1 de maig per la qual es deixa sense efecte la resolució administrativa de **28.10.15**, en Mamourou [REDACTED] **no tenia el deure jurídic de suportar el dany que ha sofert**.

b. Imputació del dany a l’Administració

En el cas, l’origen del dany deriva de la resolució administrativa de **28.10.2015**, que comporta l’expulsió il·lícita del sistema de protecció de menors, que li ha provocat una sèrie de danys que no tenia el deure jurídic de suportar. Aquest acte jurídic resulta contrari a la legalitat tal i com deriva de la jurisprudència aportada al respecte. L’Administració és **responsable per l’anul·lació d’actes administratius**. És cert que per si sola aquesta acció no genera responsabilitat però, en aquest cas, s’ha produït un dany que confirma l’actuació contrària a dret que s’imputa a l’Administració, en concret, a la DGAIA.

En aquest cas els danys no deriven d’una omissió, passivitat despreocupació o descuit (funcionament normal), sinó que es subsumeix clarament dintre el supòsit de **funcionament anormal de l’administració** (art. 106 CE), ja que l’expulsió d’un menor del sistema de protecció és una conducta absolutament negligent.

c. Existència de relació de causalitat entre l'actuació i el dany

La resolució que emet la DGAIA en data **28.10.2015** pren causa del Decret de Fiscalia de **23.10.2015** el qual determina que en Mamourou [REDACTED] és major d'edat, basant-se en un anterior Decret de Fiscalia de Murcia (de data **14.04.2015**) que es dicta en raó d'unes proves de determinació de l'edat practicades a Murcia.

L'Administració de la Generalitat, en concret la DGAIA, acceptant el contingut del Decret de Fiscalia i **en contra de la doctrina del Tribunal Suprem apuntada anteriorment i/o sense haver adoptat altres mesures per comprovar la veracitat del mateix i obrar pro interès del menor**, dicta resolució deixant sense efectes el desemparament del menor. El Decret de Fiscalia, tot i despertar dubtes, no pot ésser recorregut de forma directa (Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia 1911/2015 (Sala Contenciosa-administrativa, Secció 2^a), de 3 de novembre de 2015) ara bé, això no fa que l'Administració hagi d'estar vinculada a aquest.

El fet de donar per bo l'establert pel Decret de Fiscalia, sense tenir en compte l'edat establerta al passaport vàlidament emès i no realitzar cap tipus d'actuació dirigida a qüestionar l'edat del menor, qualifica l'actuació de negligent i per tant, es verifica una **relació de causa directa** entre el dany produït i el fet imputable a l'Administració.

SEGON.- ELS DANYS I PERJUDICIS OCASIONATS I LA SEVA AVALUACIÓ ECONÒMICA

L'activitat de l'Administració descrita als apartats precedents va causar greus danys i perjudicis al demandant, directa o causalment imputables al funcionament anormal de l'Administració.

L'extensió de l'obligació d'indemnitzar respon, segons el que disposa l'art. 106.2 CE i l'art. 32.1 de la LRJSP, al principi de la **reparació integral**, d'aquí que la reparació ha de comprendre tots i cadascun dels danys al·legats i provats pel perjudicat. Aquest principi resulta molt senzill quan el dany del que es parla és de caràcter patrimonial i no tant quan el contingut és de caràcter moral, la qual cosa no fa que sigui impossible ja que cada cop hi ha més doctrina al respecte.

1.1 Danys i perjudicis ocasionats

A en Mamourou [REDACTED] – entès com a menor que ha patit un procés difícil d'arribada des del país d'origen, que es troba sol i amb una manca d'afecte, que ha de començar a donar passes sense un recolzament familiar, que prové d'un país on no ha rebut un ensenyament adequat i que, òbviament, li pot repercutir a l'hora d'enfrontar-se al món professional – l'Administració de la Generalitat l'ha deixat desemparat en un període de set mesos, de 28 d'octubre de 2015 a 27 de maig de 2016, amb el benentès que **CEPAIM només es va fer càrrec de proporcionar atenció i un habitatge digne**, que no es pot obviar, entraven dins la responsabilitat de l'Administració. En definitiva, li han estat vulnerats una sèrie de drets, anant en contra del que dicta l'art. 10.3 de la

LOPJM: “*els menors estrangers que es trobin a Espanya tenen dret a l’educació, assistència sanitària i serveis i prestacions socials bàsiques, en les mateixes condicions que els menors espanyols*”.

Concretament, els drets vulnerats i per tant danys indemnitzables, al present supòsit, són els següents:

a. Dret a la sanitat

La Constitució Espanyola no el considera com un dret fonamental – no es troba entre els arts. 10 a 29 – no obstant això, tant la LDOIA com la LOPJM el reconeixen. A tot menor li ha d’estar garantida una atenció sanitària per així disminuir els seus factors de risc per a la salut i desenvolupar-se en un entorn saludable, d’acord amb la seva edat i nivell de maduresa.

b. Dret a l’educació.

La CE reconeix l’educació com un dret fonamental de l’art. 27. Tanmateix, la LDOIA el reconeix a l’art. 13. En aquest sentit cal que els menors rebin una educació, almenys l’establerta obligatòriament. Per tal d’adquirir uns coneixements i valors que els ajudin a desenvolupar-se autònomament i construir la pròpia identitat.

c. Dret a la integritat moral

Aquest és reconegut per la Constitució en el seu art. 14. La LOPJM estableix a l’art. 18.2 que es considera una actuació gravetat per a la integritat físic o moral del menor les següents:

“(...) se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor (a) el abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla, (...) (g) ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria, (h) cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”.

A més, sens perjudici d’altres drets no tant fonamentals però que han de ser garantits per un adequat desenvolupament del menor. Com són el dret a un nivell bàsic de benestar (art. 41 LDOIA), el dret a la responsabilitat en la criança i formació (art. 37 LDOIA), a saber relacionar-se i conviure (art. 38 LDOIA), a ser subjecte d’unes mesures d’atenció social i educativa davant les situacions de risc (art. 104 LDOIA) i el dret al lleure (art. 57 LDOIA).

Tots aquests drets, entre d'altres, conformen el **principi d'interès superior del menor** i s'han de complir per poder garantir el seu desenvolupament ple com a persona. Aquest perfil de menors, tenen més tendència a veure's immersos en factors de risc que poden recaure en conductes també de risc. Per aquest motiu és important activar uns factors de protecció, que atenuen els efectes de les dificultats que provoquen els factors de risc, disminuint la probabilitat de desenvolupar conductes de risc, aconseguint així **educar al menor cap a la plena autonomia**.

1.2 Criteris jurisprudencials

Són nombrosos els casos pels quals es priva de llibertat a una persona fruit d'un error judicial o qualsevol altre tipus de funcionament anormal de l'Administració de justícia. Els perjudicis que se'n deriven d'aquesta actuació es poden considerar similars al cas que ens ocupa, en atenció al que emana de la jurisprudència del Tribunal Suprem i per tant, podem entendre aplicables els criteris que aquest Tribunal utilitza per la seva quantificació.

La STS (Sala 3ª, Secció 6ª), de 26 de juny de 1999 (recurs 2475/1995, RJ 7638) atorga una indemnització de **20.718.834 ptas. (124.523€)** per **401** dies que va estar privat de llibertat. Aquesta sentència resulta destacable en el sentit que el Tribunal considera els danys que pot comportar la presó indeguda. A més, entén aquest Tribunal que la indemnització ha d'ésser **progressiva** i que per tant, cada dia que passa augmenta la quantitat que s'ha d'indemnitzar al perjudicat.

*“Al perjuicio moral, que cualquier ingreso en prisión comporta por el **desprestigio social y la ruptura con el entorno además de la angustia y la frustración** que conlleva, se añaden en este caso las **circunstancias personal del encausado**, [...]” cuando el encarcelamiento se ha producido por un hecho delictivo de connotaciones infamantes, deja un estigma de consecuencias personales, familiares y sociales impredecibles.”*

La mateixa sentència (també en el mateix sentit la STS (Sala 3ª, Secció 6ª), de 20 de febrer de 1999 (recurs 6151/1994); STS (Sala 3ª, Secció 6ª), de 29 de març de 1999 (recurs 8172/1994, RJ 3783)), ha considerat rellevants per la l'edat, salut, conducta, major o menor probabilitat d'oblidar els danys, com ha pogut afectar psicològicament el perjudici ocasionat sobre la persona, etc.

*“consideramos razonable la progresión en la indemnización, dado que la **prolongación indebida de la prisión agrava gradualmente el perjuicio**, y que son **relevantes las circunstancias de edad, salud, conducta cívica**, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, **mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social** del hecho así como la **huella que hubiera podido dejar** la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiese padecido.”*

Amb tot, els danys que valoren aquestes sentències es poden entendre similars als que ha sofert en Mamourou [REDACTED] i per tant, es pot entendre aplicable, a efectes de quantificació, aquest criteri **d'increment progressiu de la quantia en funció dels dies que es troba desemparat**. En Mamourou, persona menor d'edat, que es troba en una **etapa de creixement i desenvolupament de la seva autonomia** i en un entorn allunyat del familiar, fa que la probabilitat que es trobi en una situació d'angoixa, por, frustració i dificultat per oblidar el succeït.

A més, per entrar a valorar els trastorns psíquics, resulta il·lustrativa la STS (Sala 3^a, Secció 6^a), de 27 d'abril de 2005 (recurs 2986/2001). També, pot ésser rellevant, en relació de les circumstàncies personals i familiars de les víctimes de presó indeguda la STS (Sala 3^a, Secció 6^a), de 18 de juny de 2009 (recurs 4730/2007). Ambdues també es podrien extrapolar al cas en concret.

D'altra banda, trobem casos en que s'ha indemnitzat moralment als pares per la pèrdua de la pàtria potestat d'un fill/s com a conseqüència de la il·legítima actuació de l'Administració o casos en què s'ha indemnitzat un menor per la vulneració dels seus drets fonamentals. El més usual, vulneració del dret a la imatge.

En aquest sentit, es pot portar a col·lació la STSJ de Catalunya 184/2016 (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 4^a), de 2 de març de 2016 i la STS 383/2015 (Sala Civil), de 30 de juny de 2015.

La primera, atorga una quantitat de **75.000€** a cadascun dels recurrents pel dany moral ocasionat a uns pares en tant que l'Administració no els vol restituir la tutela als mateixos, fent cas omís a unes proves mèdiques que determinen el contrari.

La segona sentència, porta per cas la vulneració d'un dret fonamental a un menor. **Si un menor té el dret d'ésser indemnitzat per la vulneració del dret a la seva imatge** (dret fonamental que reconeix l'art. 18 de la CE) com ocorre en la sentència mencionada amb la quantitat de **500€**, és evident que **també ha de resultar indemnitzat pels danys morals ocasionats per l'Administració i que han produït perjudicis en el seu dret a l'educació, sanitat i integritat entre d'altres ja esmentats**, durant el temps que no se li ha atorgat assistència.

En aquest cas, la Sala quantifica el dany "*en quinientos euros pues, al margen de que no se valoran en la demanda las circunstancias por las que se reclama una suma superior, como son los doce mil euros, la lesión sufrida por la vulneración de los derechos fundamentales del menor no alcanza la gravedad pretendida pues su imagen apenas queda afectada por una publicación meramente informativa y de carácter gratuito, dado además el tiempo transcurrido desde entonces hasta la formulación de la demanda*". No obstant això, el temps que en Mamourou va ésser privat dels seus drets

va ser més temps i en relació a l'esmentat amb anterioritat, la quantia augmentarà progressivament.

1.3 Resum de la indemnització que es reclama

En totes aquestes sentències, cada supòsit de fet contempla característiques diferents i no es pot equiparar, en termes de benestar, l'estada a una presó a l'atenció que ha rebut per fundació CEPAIM, no obstant això, totes esdevenen causa d'una indeguda actuació de l'Administració i una vulneració d'uns drets que impedeixen el ple desenvolupament de la persona i la seva plena autonomia. A tal efecte, considero pertinent valorar-les, pensant en el cas que ocupa, i en raó d'aquestes dispo sol·licitar la següent quantia a la baixa pels danys causats a Mamourou [REDACTED], desglossada de la següent forma:

50€/dia, incrementat en un 5% cada període de 30 dies. És a dir: **1.500€** (primer període – octubre a novembre), **1653,75€** (segon període – novembre a desembre), **1.736,44€** (tercer període – novembre a desembre), **1.823,26€** (quart període – desembre a gener), **1.914,42€** (cinquè període – febrer a març), **2.010,14€** (sisè període – març a abril), **2.110,65€** (setè període – abril a maig).

TOTAL INDEMNITZACIÓ 12.730,66€

Aquesta sens perjudici de les conclusions a les quals s'arriben un vegada es valorin les proves sol·licitades.

Per tot això,

SOL·LICITO A AQUESTA ADMINISTRACIÓ que es tingui per presentat aquest escrit i s'acordi el procedent per a que es tramiti la present reclamació, tenint-me per part interessada, se'm notifiquin totes les resolucions i actes que es dictin sota la pendència del mateix, acordant practicar els mitjans de prova i finalment es dicti resolució expressa on s'estimi la present reclamació i en conseqüència, el reconeixement del dret de l'actor a ser indemnitzat amb la quantitat de **DOTZE MIL SET-CENTS TRENTA EUROS AMB SEIXANTA SIS CÈNTIMS (12.730, 66€)**, en concepte d'indemnització pels danys soferts il·legítimament, la qual haurà de ser objecte d'actualització, en el seu cas, meritant-se l'interès legal de demora des de la data d'aquesta reclamació fins al seu total pagament.

ALTRESSÍ DIC que, d'acord amb el que disposa l'article 6 del Reial Decret 429/1993 i preceptes concordants, sol·licito la rebuda a prova al present procediment, a efectes del qual proposa els següents MITJANS DE PROVA:

- 1) **DOCUMENTAL**, per tal que s'uneixin i admetin a la present reclamació els documents que s'adjunten a aquest escrit.
- 2) **PERICIAL**, consistent en que aquesta Administració, nomeni a un metge expert per a que efectui informe psicològic que analitzi i respongui sobre les següents qüestions, d'acord amb el que estableix l'art. 339 LEC. Conseqüències psicològiques que s'han generat durant el termini de no protecció.
- 3) **TESTIFICAL**, a fi que es rebi declaració al següent testimoni, amb citació a aquesta part per assistir a les declaracions de:
 - DON XXX, treballador social que s'ha fet càrrec d'en Mamourou.

Per tot l'anterior, SOL·LICITO que es tingui per proposats els mitjans de prova dels que intenta valdre's aquest apartat, i actuï en conseqüència.

A Barcelona, a 22 de maig de 2017

MAMOUROU [REDACTED].

ALBERT [REDACTED].
Lletrat.

A LA GENERALITAT DE CATALUNYA
DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES
(SECRETARIA D'AFERS SOCIALS I FAMÍLIES)
DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA

AVINGUDA PARAL·LEL, 52
08004 BARCELONA