

Dictamen Núm. 240/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de noviembre de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña Dorinda García García votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de mayo de 2023 -registrada de entrada el día 12 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los perjuicios sufridos por sus hijos menores de edad y que considera derivados de la pasividad de los servicios sociales implicados.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. En fecha ilegible, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración del Principado de Asturias y “todos aquellos que pudieran resultar responsables” de los perjuicios sufridos por sus hijos menores de edad a lo largo de ocho años y que considera derivados de la pasividad de la

Administración. El escrito se recibe en el registro de la Administración autonómica el 15 de septiembre de 2022.

Tras reseñar que es padre de una niña de 13 años y de un niño de 11 años a la fecha de presentación de la reclamación, y que ostenta sobre ellos la "custodia exclusiva desde el 8 de octubre de 2021" por auto judicial "que prohíbe las visitas por parte de la progenitora", indica que el 4 de junio de 2013 puso "en conocimiento de los servicios sociales la posible desprotección" de sus "hijos (...) por parte de su progenitora", y que el 27 de enero de 2014 presenta "una denuncia ante la policía debido a la situación de negligencia" en la que se encuentran los niños, "con picaduras de pulgas, piojos, así como sucios (...). El 5 de febrero de 2014 comunicó a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda la desprotección en la que se encontraban (...), tras lo que el Servicio de Infancia, Familia y Adolescencia procedió a la instrucción de (...) expedientes de protección (...) al objeto de valorar la situación (...) y la adopción en su caso de alguna medida de protección". Manifiesta que interpone "una demanda ante el Juzgado (...) por abandono de familia de la progenitora (...), que solicita a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda los informes sobre la situación" de sus hijos, y que por "Auto (...) de 10 de junio de 2014 se procede al sobreseimiento de las actuaciones por no aparecer suficientemente justificada la situación de desprotección (...). El 25 de noviembre de 2014 se establece la custodia compartida (...). El expediente de protección iniciado en el año 2014 (...) hace alusión a una posible situación de desprotección de (sus) hijos (...). Tal y como se indica en la resolución (...), se constatan una serie de indicadores de riesgo en relación a la progenitora: inadecuada gestión de los recursos económicos, inexistente apoyo familiar, precaria higiene personal, desorden en la vivienda, inadecuado seguimiento médico de los menores, domicilio itinerante y posible dejación de funciones por parte de (la madre) por negligencia. Dadas las circunstancias, se inicia intervención con la unidad familiar, en la que también reside otro hijo de la progenitora fruto de una relación anterior (...). Tras la intervención realizada se archivan los expedientes de protección (...) por Resolución el 11 de febrero de 2016".

Señala que continúa “notificando a los servicios sociales todas las situaciones de desprotección a las que se ven sometidos” los niños, y que aunque aquellos “no percibían la gravedad de la situación de desprotección” desde “el año 2014 hasta el año 2021” realizó notificaciones sobre las continuas negligencias observadas por parte de la progenitora a los servicios sociales correspondientes. Constan antecedentes de intervención en los servicios sociales, habiéndose cerrado las intervenciones puesto que en ningún caso se observó (...) gravedad suficiente como para realizar una intervención más exhaustiva (...). En noviembre de 2020” presenta “ante el Juzgado (...) demanda para custodia en exclusiva y patria potestad (...) ante la inacción de los servicios sociales y el deterioro de la salud mental y física de (sus) hijos por la situación de desamparo que estaban sufriendo durante el tiempo de custodia de la progenitora”, y alude a un “informe de la pediatra (...), donde indica que deriva a Salud Mental Infantil a (su) hija por los síntomas recurrentes de cefalea, problemas para dormir, temblores en manos, mareos y nerviosismo (...). El 8 de abril de 2021” vuelve “a notificar a los servicios sociales posible situación de desprotección en el ámbito familiar materno. El 14 de abril de 2021” presenta “una nueva notificación con la denuncia” formulada “el 13 de abril de 2021 donde indica que su hija le “revela que sufrió abusos sexuales por parte de un amigo de su hermano mayor. El 17 de abril de 2021 (le) traslada que está sufriendo abusos sexuales continuados por parte de su hermano mayor con vínculo materno (...). Notifico a los servicios sociales esta grave situación (...). Se reabre el expediente de desprotección el 17 de abril por parte de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar tras recibir notificación del hospital (...) dando cuenta de una situación de desprotección infantil por agresión sexual. A pesar de la situación de grave negligencia en la que se encuentran (sus) hijos cuando permanecen bajo la custodia de su madre, no hay intervención por parte de la Administración para evitar esta circunstancia (...). Ante la inacción de la Administración, el 27 de mayo de 2021” solicita “ante el Juzgado medidas cautelarísimas para la suspensión del régimen de guarda y custodia compartida (...). El 16 de septiembre de 2021 se dicta (...)

sentencia (...) por la que se reconoce a (su) hija (...) como víctima de unos abusos sexuales continuados cometidos por su hermano de vínculo materno (...) durante un período de más de cuatro años (...). Con fecha (...) 30 de septiembre de 2021 la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar dicta resolución” por la que se “declara la situación de desamparo de (sus) hijos, asume su tutela y guarda mediante acogimiento en familia ajena. El 8 de octubre de 2021 (...) se suspende la guarda y custodia compartida” de los niños y se le “atribuye en exclusiva (...), además suprimiendo las visitas a favor de la madre”.

Advierte que “queda abundantemente justificado que (su) hija estuvo sufriendo abusos sexuales durante años y una situación de negligencia muy grave durante el tiempo de custodia de la progenitora. Remarcar que por vivir en un ambiente de maltrato emocional (su) hijo (...) también fue víctima de esa situación, sufriendo en la actualidad secuelas psicológicas considerables y siendo, ambos, tratados en un programa de intervención psicológico (...). Desde el año 2013, fecha de (su) primera notificación a la Administración, hasta el año 2021 en (...) que se dicta sentencia en la que se prueban los abusos sexuales sufridos” por la niña, “son 8 los años” en los que estuvo “comunicando a la Administración la desprotección que observaba en (sus) hijos y que fueron ignorados por los servicios sociales (...), materializándose en una completa inacción (...) que derivó en unos abusos sexuales a (su) hija (...). Señalar que los abusos fueron continuados durante 4 años y que el abusador también es hijo de la progenitora y sujeto participante en todas las intervenciones realizadas por los servicios sociales al convivir con (sus) hijos. Por lo que la negligencia por parte de los mencionados servicios sociales sería mucho mayor al no detectar gravedad alguna en el núcleo familiar materno durante un período tan prolongado”.

Interesa la “asunción de responsabilidad sobre la negligencia en sus actuaciones al no haber detectado durante las diferentes intervenciones y en la realización del Plan de caso, ni los abusos sexuales continuados durante más de 4 años sufridos por (su) hija menor, ni el maltrato psicológico y emocional

sufrido por (sus) dos hijos menores, por la desprotección de vivir en un entorno de desamparo y desestructurado (...), siendo esta situación de vulnerabilidad propicia para el acercamiento sexual progresivo de su hermanastro, tal y como se indica en el informe del psicólogo de la Fiscalía de Menores”. Puntualiza que “en virtud de la Ley 35/2015, y tomando como referencia la tabla 2.B de indemnizaciones por perjuicio moral por calidad de vida muy grave, se solicita compensación económica de 1.200.000 euros, a razón de 150.000 euros por cada uno de los 8 años en los que (sus) hijos sufrieron perjuicios psicofísicos, psicológicos y morales en su calidad de vida, por la situación de desamparo por parte de la Administración debido a la actuación negligente y a la inacción de los servicios sociales dependientes de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar Social del Principado de Asturias que derivaron en abusos sexuales continuados a (su) hija”. Insiste en que “las secuelas que padecen (sus) hijos son varios trastornos emocionales de ansiedad y depresión, aclarando que concretamente su hija “padece fobia social, agorafobia, trastorno de ansiedad generalizada, trastorno de estrés postraumático, con síntomas comórbidos tales como: fuertes dolores de cabeza recurrentes, falta de concentración, cansancio, miedo, agitación, nerviosismo, insomnio, dermatilomanía, autolesiones, despersonalización, entre otros”, y precisa que “continúan en tratamiento psicológico a día de la fecha”.

2. Mediante oficio de 6 de octubre de 2022, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Económico de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Asimismo, pone en su conocimiento la designación de Instructora del procedimiento.

3. Los días 2 y 3 de noviembre de 2022, respectivamente, una Jefa de Sección de la Consejería instructora y la Directora del Instituto para la Atención Integral

a la Infancia y a las Familias suscriben un informe técnico. En él detallan que “esta entidad pública inicia expediente de protección en el año 2014, tras recibir escrito del padre (4 de febrero de 2014) dando cuenta de una situación de riesgo de sus hijos a cargo de la progenitora (...). El progenitor refiere que se encuentra separado de la progenitora de sus hijos desde junio de 2013. Desde la separación (...) hasta enero de 2014 (...) se encuentra residiendo (fuera de España). Regresa en enero de 2014 ‘a visitar a sus hijos’, momento en el que detecta que los menores se encuentran en una situación de cuidados físicos negligentes en relación a su madre. En el convenio regulador fijado de común acuerdo y que aporta (...) se atribuye la guarda y custodia a la madre y visitas al padre, señalando que si el padre se encuentra en (su país de origen) las visitas con sus hijos se reducirán a los períodos vacacionales que este se encuentre en España, recogido así por (...) Sentencia (...) de 3 de julio de 2013. Consta en el expediente (...) que el 30 de enero de 2014 (el padre de los menores) presenta escrito al Juzgado (...) donde expone la posible situación de desprotección en la que se encuentran sus hijos en relación con su madre (...), señalando cuidados negligentes y vida inestable de la madre (...). Expone que (...) pretende solicitar la guarda y custodia de los menores para él debido a la situación de abandono de los mismos, así como la patria potestad única para poder trasladarse con sus hijos a (su país de origen). El Juzgado (...) en Sentencia de divorcio contencioso (...) de 25 de noviembre de 2014 destaca que por acuerdo de ambas partes procede establecer la guarda y custodia compartida por semanas alternas (...), y por acuerdo de ambos los menores serán empadronados con la madre. Vista la notificación de 4 de febrero, el 12 de febrero de 2014 la entidad pública, siguiendo el protocolo establecido en el Manual de actuación ante situaciones de desprotección del Principado de Asturias, solicita a los servicios sociales (del) lugar de residencia de la progenitora en aquel entonces que inicie investigación ‘con la máxima urgencia’ encaminada a comprobar la situación de los menores, tal y como establece la Ley 1/95 de protección de menores del Principado de Asturias. Como respuesta a dicha petición los servicios sociales (...) emiten informe el 19

de junio de 2014” en el que señalan que en “la intervención realizada tras comprobar que inicialmente existía una situación de negligencia física en los cuidados de los menores se detecta una mejoría de la situación (...), confirmada de igual modo por los informes escolares emitidos por el colegio (...), por lo que consideran que no es necesario adoptar medida de protección, proponiendo el archivo de expediente en la Consejería de Servicios Sociales, continuando con la intervención por parte de los servicios sociales del municipio”.

Manifiestan que “en julio de 2014 la madre comunica su traslado” a otro municipio y que el 8 de julio de 2015 los servicios sociales de este último municipio “emiten informe no confirmando la situación de desprotección de los menores y proponen el archivo del expediente de protección en la Consejería de Servicios Sociales y continuidad por parte del municipio en la prestación de apoyo a la unidad familiar. Por todo ello, el 11 de febrero de 2016 se dicta resolución del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia declarando el fin del período de información previa y se procede al archivo de las actuaciones. A pesar del archivo en la entidad pública, ya que no es necesario adoptar medida de protección conforme a la legislación vigente, los servicios sociales (...) continúan con la intervención familiar iniciada, y así el 27 de julio de 2016 emiten informe dando cuenta de la situación de desprotección de gravedad moderada de los menores debido a una instrumentalización en conflicto entre las figuras paternas, iniciando intervención orientada a génesis de conciencia por parte de ambos progenitores. Los servicios sociales informan de la mala relación entre los progenitores y de la judicialización del conflicto; así pues, el progenitor habría presentado demanda para la modificación de la pensión de alimentos y solicitar PEF para el intercambio de los menores. En las notificaciones que realiza el padre ante los servicios sociales (...) en relación a la situación de desprotección de nuevo hace referencia a una situación de negligencia en la atención a las necesidades físicas (higiene, vestido, alimentación)”.

Reseñan que el 17 de septiembre de 2018 “el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia y a las Familias propone el archivo del

expediente de protección toda vez que se recibe informe de los servicios sociales (...) de 17 de mayo de 2017 dando cuenta del elevado grado de colaboración de ambos progenitores con la intervención propuesta, aunque (...) ninguno (...) haya tomado conciencia de la situación de conflicto que ambos mantienen y cómo esta puede repercutir en el bienestar de los menores, proponiendo la continuidad de la intervención./ Desde esa fecha hasta el año 2021 no se recibe ninguna notificación sobre la situación de los menores, ni por parte del colegio, salud o servicios sociales, ni por parte de ninguno de los progenitores”.

Añaden que el “17 abril de 2021 se reabre expediente de protección en esta Consejería tras recibir notificación por posible abuso sexual (...) tanto por el hospital (...) como por los servicios sociales (...), así como por el propio progenitor que realiza escrito dirigido a esta entidad para dar a conocer dicha situación./ Es en el hospital cuando la menor (...) relata que ha sufrido abusos de forma reiterada por parte de su hermanastro. Desde el momento de la notificación la Consejería actúa de forma inmediata. Reclama informe a los servicios sociales” de dos municipios “para conocer la intervención que se haya podido llevar a cabo hasta la fecha./ Recibida la notificación de abuso: 03-05-2021: se notifica la situación a la Fiscalía de Menores, esta informa el 04-05-2021 de imposición de medida cautelar de orden de alejamiento del presunto abusador (...). Se mantiene coordinación telefónica con el Equipo de Menores de Fiscalía de Menores, quienes informan del cumplimiento de la orden de alejamiento establecida (...). El 05-05-2021, se mantiene comparecencia con el progenitor donde se le explica expresamente que la guarda y custodia establecida en la actualidad no puede ser modificada en modo alguno por la entidad pública, y que dentro de nuestras competencias atribuidas es iniciar intervención encaminada a valorar el daño que la situación de abuso haya causado en la menor, reparar el mismo y valorar la capacidad de protección hacia la menor por ambos progenitores. Se orienta al progenitor a que inste de manera urgente una modificación cautelar de las medidas establecidas de cara a proteger a la menor. En dicho acto informa, y aporta posteriormente escrito

realizado por su abogado y dirigido al Juzgado (...) de fecha 19 de abril de 2021, donde (...) solicita `que el equipo psicosocial del Juzgado proceda a la valoración e informe de los menores y sus progenitores´. Se mantiene coordinación telefónica con su abogado a fin de conocer de forma fehaciente si se ha realizado procedimiento para medidas cautelares./ El 19-05-2021 se mantiene comparecencia con la progenitora, se le informa del inicio de intervención del programa de Trama Ciasi./ El programa (...) comienza a trasladar a la entidad pública las primeras incidencias destacando la falta de conciencia y colaboración de la progenitora con la intervención iniciada, toda vez que el presunto agresor es hijo suyo, llegando a responsabilizar a su hija de la situación de abuso sufrida y destacando la necesidad de ubicar a la menor en un entorno protector./ El 30-06-2022 (*sic*) se remiten informes al Juzgado (...) a fin de dar a conocer la grave situación en la que se encuentra la menor (...). El Juzgado (...) establece (...) juicio para resolver las medidas cautelares presentadas por el progenitor para el 13 de julio de 2021, y posteriormente, el 28-06-2021, informa de la suspensión del mismo al comparecer (la progenitora) sin abogado y procurador./ El 19-06-2021, y con el fin de evitar la incorporación (...) con su progenitora tras el período de vacaciones establecido con su progenitor, se remite notificación urgente a la Fiscalía de Menores dando cuenta de la grave situación en la que se encuentra la menor (...) en el contexto materno, instando a que se adopten medidas cautelares para" ella "y su hermano (...), misma notificación se remite al Juzgado (...). El 27-07-2021 el Juzgado (...) informa que no ha lugar a señalar con carácter urgente la comparecencia establecida toda vez que el Juzgado de Menores ha dictado orden de alejamiento del agresor (...). El 20-09-2021 se aporta más información al Juzgado (...) que da cuenta de la gravedad de la situación en la que se encuentra (la menor) si continúa en el contexto materno, debido a la hostilidad que esta le muestra situándola como la causa de la situación familiar y facilitando el contacto con el agresor, y cómo esta situación está repercutiendo negativamente en su recuperación./ El 23-09-2021 se informa al Juzgado (...) de la grave situación de la menor (...), así como de la imposibilidad de trabajar

con la madre y de su elevado grado de violencia. Así mismo, se informa sobre inicio de procedimiento para la asunción de la tutela de ambos menores, así como de la ausencia de familia para hacerse cargo de los menores, quienes deberían ingresar en centro de protección suponiendo una victimización secundaria (...) que implicaría un agravante en su situación de desprotección. Se solicita la colaboración del Juzgado para que dicte medidas cautelares que garanticen la seguridad de ambos menores. Del mismo modo se solicita el auxilio de la Fiscalía de Menores./ El 24-09-2021 se informa tanto a la Fiscalía de Menores como al Juzgado (...) de los trámites de audiencia de tutela realizados con el progenitor, la menor y la progenitora, resaltando la gran violencia verbal y ambiental mostrada por la progenitora./ El 28-09-2021 se informa al Juzgado del último informe emitido por Trama Ciasi, en el que se concluye `que el mantenimiento de la menor bajo la guarda de su madre perjudica el proceso de recuperación de daño en la menor, suponiendo una victimización secundaria que perjudica gravemente el desarrollo psicológico y emocional´, y se insta a la necesidad de adoptar medidas urgentes para garantizar el bienestar de la misma, y destaca que la entidad pública dentro de sus competencias sigue procediendo para declarar el desamparo de ambos menores. Misma información se traslada a Fiscalía de Menores./ En el informe de tutela de la Sección de Familia de 30-09-2021 se da amplia cuenta de la situación de la menor (...) y de su hermano (...) y valora la necesidad de declarar el desamparo en relación a ambos progenitores, asumiendo su tutela y ejerciendo la guarda mediante acogimiento de urgencia en la persona allegada a la familia con la finalidad de evitar con ello la institucionalización de los menores, lo que supondría una victimización secundaria de los mismos. En la misma se propone la suspensión del régimen de visitas de la progenitora con ambos menores y se orienta el PIP a la reunificación en el contexto paterno, así como a reparar el daño que la situación de abuso ha causado (...) e incorporando (al niño) en la intervención de cara a valorar el daño que la situación de negligencia haya podido causar en el menor./ El 04-10-2021 se dicta resolución por la que se declara la situación de desamparo de ambos

menores y se acuerda el acogimiento en familia ajena./ El 05-10-2021 se procede a continuar con la intervención que se venía realizando (...) de cara a reparar el daño causado por la situación de abuso y se decide incorporar a su hermano a la intervención con el fin de valorar si el menor tiene algún daño generado por la situación de desprotección./ El 05-10-2021 se informa al Juzgado de la situación de tutela urgente y provisional de los menores y acordando el acogimiento familiar con una persona referente para ellos, valorando primar el interés superior y legítimo de los menores sobre cualquier otro, hasta que se resuelva el procedimiento de medidas cautelares./ El 13-10-2021 se recibe auto de 8-10-21 por el cual el Juzgado (...) procede a suspender con carácter cautelar la guarda y custodia compartida sobre los menores, que se atribuye en exclusiva al padre, y suprime las visitas a favor de la madre en tanto se resuelven las medidas solicitadas./ El 21-10-2021 se dicta resolución por la que se cesa la medida de tutela acordada y se acata la orden judicial, y se continúa con la intervención de ambos menores a instancia de la entidad pública. De los informes emitidos por el programa se observan avances en todos los niveles. En el caso (del niño) se observa mayor estabilidad y adaptación (...) a su actual contexto familiar (convivencia permanente con su padre y hermana) y en relación a (la niña) se percibe una mejoría en su situación emocional al contar en la actualidad con un contexto familiar estable. La intervención con la unidad familiar se mantendrá todo el tiempo que la situación y los menores requiera”.

Concluyen que “desde el año 2014 a 2017 la entidad pública no asume medida de protección al advertir los servicios sociales que la situación familiar estaba contenida con la intervención que se venía realizando./ Que en todas las ocasiones que se ha recibido notificación de negligencia se ha procedido a intervenir con la unidad familiar según las competencias designadas por ley, tanto desde el ámbito de los servicios sociales municipales como del ámbito de los servicios autonómicos./ Que la actuación de los servicios sociales, ya sean de ámbito local o de ámbito municipal, no pueden asumir la responsabilidad que compete a los progenitores y que en este período (desde 2014 a 2021) el

progenitor ha mantenido la guarda y custodia compartida e incluso advierte la necesidad de que los servicios sociales `vigilen a sus hijos´ en los períodos en los que él se tenga que trasladar a (su país de origen) a trabajar./ Que desde el año 2017 al año 2021 la entidad pública no conoce la situación de los menores al no recibir ningún tipo de notificación ni de los servicios sociales, escuela o salud o el propio progenitor./ Que en el año 2021, reabierto el expediente de protección al tener conocimiento de la notificación de abuso, la entidad pública actúa con la mayor celeridad posible, sin desacreditar en ningún momento las palabras del progenitor”.

4. Previa solicitud formulada por la Instructora del procedimiento, con fecha 3 de noviembre de 2022 la Letrada del Menor informa sobre la reclamación formulada y, tras calificar de “desproporcionada y no ajustada a derecho la reclamación presentada”, anticipa ya que la misma debe ser desestimada “íntegramente”.

Advierte que “durante el período en que se extiende la reclamación” el progenitor de los menores ha mantenido la “patria potestad y la guarda y custodia de los niños compartida con la progenitora desde el 25 de noviembre de 2014” en virtud de sentencia judicial de divorcio contencioso de esa fecha, en la que se “destaca que por acuerdo de ambas partes procede establecer la guarda y custodia compartida por semanas alternas y por acuerdo de ambos progenitores los menores serán empadronados con la madre”. Razona que “el Código Civil reseña las obligaciones de los padres para con los hijos, y las mismas no pueden ser delegadas por uno en el otro sin más, esperando que el otro se encargue de las más esenciales y básicas necesidades del menor y que lo haga correctamente, sin atención ni supervisión concreta”.

Respecto al Auto de sobreseimiento de 10 de junio de 2014 dictado por el Juzgado ante el que se tramitó la demanda interpuesta entonces por su parte por abandono de familia frente a la otra progenitora, reseña que se basa en informes “de los servicios sociales”.

Se niega que el progenitor hubiera puesto en conocimiento de la entidad pública el “informe de la pediatra (...) donde indica que deriva a Salud Mental Infantil a (la menor) por los síntomas recurrentes de cefalea, problemas para dormir, temblores en manos, mareos y nerviosismo”.

Respecto a la solicitud de medidas cautelarísimas en 2021, reseña que “la instructora del expediente (...) orientó al progenitor sobre esta decisión para que una vez cesada la declaración de desamparo la reintegración se pudiera hacer con el padre de los niños”, proponiendo la declaración testifical de esta empleada pública “como testigo perito si se estima necesario”.

En cuanto a la invocada situación de desamparo, detalla las normas procedimentales y de fondo aplicables y concluye que “todos” los “requisitos (...) se cumplieron (...) en el presente caso, por lo que en nada la actuación de la entidad pública fue negligente como pretende el reclamante, sino ajustada al procedimiento administrativo y motivada por los hechos que se fueron conociendo./ Por Sentencia (...) de fecha 16 de septiembre de 2021 se declara al menor (...), hermanastro (...), como autor de un delito continuado de abuso sexual, imponiéndole la medida de dos años de internamiento terapéutico en régimen cerrado y el 30 de septiembre de 2021 se declara el desamparo de los menores (...), asumiendo su tutela”.

Afirma que “la resolución (...) de fecha 30 de septiembre que finaliza el procedimiento administrativo con la declaración (de) situación de desamparo de los niños está debidamente motivada con relación de hechos y fundamentos de derecho que justifican la decisión adoptada./ Las resoluciones administrativas que determinen la adopción de cualesquiera medidas de protección deberán ser notificadas al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores o guardadores del menor. Todos los interesados en el procedimiento que ahora estamos valorando fueron plenamente informados de las medidas, junto con la Fiscalía de Menores. De hecho, el ejercicio de la vía jurisdiccional por el padre así lo confirma, por cuanto que en ningún momento en las sentencias civiles que se dictaron respecto al menor se constató ningún error o falta administrativa que pudiera determinar una causa de nulidad o anulabilidad del procedimiento

administrativo de protección seguido./ Como precisó la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996, aunque la patria potestad por derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso privarse de la misma por ministerio de la ley cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente./ Por ello, la actuación de esta entidad se ajustó a estos parámetros, actuando cuando los hechos determinan una situación de desprotección de los niños que no fue apreciada anteriormente por los servicios sociales que intervinieron con la progenitora./ No cabe ahora pretender reclamación dineraria alguna por la actuación negligente de la entidad pública cuando la resolución de la entidad por la que se declaraba el desamparo fue perfectamente motivada y ajustada, tras valorar detenidamente los hechos que se han expuesto./ Es necesario probar por el reclamante que la actuación administrativa fue ilícita, arbitraria y desproporcionada, lo cual no se produce en este caso donde la actuación de la entidad pública ha actuado con celeridad desde el momento en que se conoce la situación de desprotección de los niños”.

Puntualiza que “los niños actualmente tienen una intervención con psicólogo derivado por la entidad pública. De acuerdo con el artículo 19 bis de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando se proceda a la reunificación familiar después de una declaración de desamparo, la entidad pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor”. Concluye que “de la atenta lectura al devenir cronológico de los acontecimientos personales, familiares, administrativos y procesales sucedidos en el expediente de protección del menor se desprende con absoluta claridad que en todo momento la Administración del Principado de Asturias con competencia en materia de protección de menores actuó motivadamente./ Los procedimientos administrativos y judiciales en materia de protección de menores adolecen de una serie de postulados básicos que es preciso recordar y

traer a colación, a efectos de su valoración por la Secretaría General Técnica como órgano instructor de los expedientes de responsabilidad patrimonial, y que prueban una vez más que la actuación de la Administración del Principado de Asturias en estos procedimientos sobre adopción de medidas de protección en relación a los menores ha sido ajustada (...) a la legalidad y a las circunstancias personales conocidas de los niños en cada momento personal y familiar de su vida./ El procedimiento en materia de protección de menores velará y estará siempre presidido por la defensa y supremacía del interés superior del menor, principio consagrado por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 2 y 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica estatal del Menor y, entre otros, también (por) el artículo 6.2.b) de nuestra Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias. El bienestar del menor es el único criterio claro a la hora de valorar la necesidad de la injerencia del Estado en la vida familiar de un menor, la dificultad se encuentra en determinar cuál es el interés superior del menor, máxime cuando éste no es un criterio absoluto, sino que es algo dinámico -sus exigencias pueden cambiar en cuestión de meses- y es genérico -debiendo concretarse en cada supuesto en concreto-./ La actuación del Ministerio Fiscal, como parte interesada en todo el procedimiento administrativo, garantizó en todo momento una actuación imparcial y ajustada a la legalidad de la Administración competente, que de no haber sido así hubiera tenido que ser impedida por el propio Ministerio Fiscal desde un primer momento en el ejercicio de la superior vigilancia de la tutela y otras medidas de protección acordadas que esta entidad ha ejercido sobre los menores y cuya vigilancia siempre compete al Ministerio Fiscal en aplicación al artículo 174 del Código Civil. De no haber actuado con la legalidad esta entidad, el propio Ministerio Fiscal debió de haber instado las medidas de protección que hubiesen sido necesarias de conocer los hechos. No olvidemos que a tal efecto consta en el expediente administrativo la notificación de todas estas medidas al Ministerio Fiscal de forma inmediata, tal y como se determina en el mismo artículo 174 del Código Civil en su párrafo segundo, y consta también que en ningún caso

dichas medidas propuestas o acordadas fueron impugnadas por la Fiscalía, por ajustarse plenamente a la legalidad vigente y al interés superior de los menores. La Administración, en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección referidas, actuará con la máxima flexibilidad y regida por el principio de proporcionalidad para garantizar en todo momento la adecuación de las medidas a la situación real del menor. Para ello, además de la documentación de todo procedimiento, se arbitrará un sistema eficaz de seguimiento que permita dicha actualización. Ciertamente que la legislación protectora de menores recoge también como principios básicos la prioridad de actuación en el entorno familiar de los menores, la integración en su familia biológica y la aplicación de medidas de reunificación familiar, pero en todos los casos estas medidas deben estar presididas por el principio superior de interés de los menores, y en el presente caso todos los profesionales técnicos intervinientes, servicios sociales municipales, Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, Comisión del Menor del Principado de Asturias, Ministerio Fiscal, todos sin excepción, han actuado teniendo en cuenta los hechos conocidos con ajuste al procedimiento administrativo. Nuestro ordenamiento constitucional sitúa a la familia como la primera institución directamente responsable de las obligaciones en relación a los menores. No obstante, y en consideración a la suma importancia de estas funciones, se alza en esta materia un sistema mixto de protección de menores, haciendo también descansar esta corresponsabilidad de brindarles asistencia y protección necesarias en los poderes públicos. Las Administraciones públicas no sólo tienen la obligación de prevenir cualesquiera situaciones de desprotección, sino que cuando los menores no tengan debidamente garantizada su asistencia en el ámbito familiar deben intervenir y brindarles la asistencia y protección necesarias. Pero esta labor comprometida en la protección de la infancia no es ni debe ser exclusiva de las Administraciones públicas en sentido estricto; también los órganos judiciales desde su ámbito jurídico propio deben ser continuadores de esta actuación administrativa protectora, salvaguardando siempre en sus facultades de revisión jurisdiccional los derechos e intereses de los menores en situación de

desamparo, revisando las actuaciones e intervenciones que de forma individualizada se llevan a cabo en relación a cada menor”.

Advierte que “no ha existido ninguna lesión en sus bienes o derechos que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público de protección de menores, ni existe ningún daño acreditado que sea efectivo y evaluable que estos no tengan obligación de soportar”.

5. Mediante oficio de 3 de marzo de 2023, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Económico de la Consejería instructora comunica al interesado el cambio de la persona encargada de la instrucción del procedimiento.

Con la misma fecha, pone en conocimiento de la compañía aseguradora de la Administración la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

6. El día 28 de marzo de 2023, el Instructor del procedimiento comunica la apertura del trámite de audiencia al reclamante y a la compañía aseguradora de la Administración por un plazo de diez días.

7. Con fecha 12 de abril de 2023, la compañía aseguradora de la Administración presenta un escrito de alegaciones en el que señala que “no existe el necesario nexo causal entre el daño que se alega y el funcionamiento de un servicio público”, remitiéndose tanto a las “consideraciones que se efectúan en el informe presentado por la Letrada del Menor” como en el “informe técnico firmado por la Directora del Instituto para la Atención Integral a la Infancia y a las Familias”.

Concluye que “la parte reclamante no ha acreditado que la actuación administrativa haya sido ilícita, negligente, arbitraria y/o desproporcionada”.

8. Ese mismo día, el interesado también presenta un escrito de alegaciones en el que relaciona hasta un total de 39 comunicaciones en el período comprendido entre el 11 de marzo de 2016 y el 15 de abril de 2021 -dirigidas

en su mayor parte a los servicios sociales de cuatro concejos distintos en los que los menores vivieron en compañía de su madre, y en especial a uno de ellos- que ponen de manifiesto la delicada problemática en la que se desenvolvía el ejercicio de la patria potestad compartida.

Considera que “queda sobradamente demostrado que ha fallado el sistema de protección infantil”, puesto que estuvo “ejerciendo (sus) responsabilidades como padre y ante la alarmante sospecha de una seria negligencia por parte de la progenitora” no cejó “en el empeño de notificar la situación de (sus) hijos, tanto a los servicios sociales, como al centro educativo, así como al centro de salud cuando era necesario. Por tanto, se evidencia que se realizaron los avisos oportunos alertando del ambiente peligroso en el que se encontraban” los niños, “que fueron minimizados, poco investigados por los equipos de intervención (...) o directamente ignorados, como sucedió por parte de los servicios sociales” de dos municipios, subrayando que “no solamente se trataba de un tema de higiene o falta de cuidados, era un contexto de desamparo y descuido del entorno materno, caldo de cultivo donde se estaban produciendo una serie de hechos muchísimo más graves de los notificados (...), así como las consecuencias fatales de las graves secuelas psicológicas y emocionales de (sus) hijos que siguen a día de la fecha”.

Incorpora al expediente una copia del “resumen historia clínica” de su hija en la que se contiene el informe de la pediatra al que se refiere en el escrito que da inicio al procedimiento.

9. El día 5 de mayo de 2023, el Instructor del procedimiento, con el visto bueno de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se aprecia que el reclamante “ostenta legitimación activa para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, en tanto en cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos (...) que la motivaron”.

Se advierte que “teniendo en cuenta que la declaración de desamparo de ambos menores por parte de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, entre otros, fue dictada a fecha 30 de septiembre de 2021, la reclamación se encuentra presentada en plazo”.

Se reseña que “desde el año 2014 y hasta el año 2021 el reclamante mantiene por su propia voluntad la guarda y custodia compartida (...). A su vez, recordar que a 16 de abril de 2014, mediante acta de comparecencia para valorar la medida de protección (...) a favor de los menores (...), el reclamante (...) se compromete expresamente a ‘instar a través de su abogado que se acelere el procedimiento para otorgarle a él la guarda y custodia (...) y continuar realizando el seguimiento médico y escolar de sus hijos’. Contradice este compromiso con la guarda y custodia compartida que con posterioridad se acuerda y que durante los siete años (2014-2021) se mantiene por el reclamante./ En suma, y en aras de insistir en el carácter primordial de la patria potestad con respecto a la intervención, subsidiaria, de la Administración, conviene reflejar los artículos 6 y 8 de la Ley (del Principado de Asturias) 1/995, de 27 de enero, de protección del menor. El artículo 6 incorpora, como principio rector de la actividad administrativa en materia de protección de menores, ‘la subsidiariedad respecto a las funciones inherentes a la patria potestad’. El artículo 8, por otra parte, insiste en esta característica de la actuación administrativa”. Se aprecia “una situación de la que el propio reclamante ha sido consentidor, en tanto y en cuanto ha mantenido la guarda y custodia compartida con la madre (...), no habiendo solicitado medida cautelar alguna ni tampoco (...) ante las autoridades judiciales una modificación del régimen de custodia hasta octubre de 2020. En suma, en atención al informe de la Letrada del Menor el reclamante ‘incluso advierte la necesidad de que los servicios sociales «vigilen a sus hijos» en los períodos en los que él se tenga que trasladar a (su país de origen) a trabajar’, evidenciando una clara dejación de sus funciones como titular de la patria potestad”.

Se razona que “no existe una regulación unificada del procedimiento administrativo para la tramitación de las medidas de protección de menores en

Asturias, sino que la Administración se ajusta al procedimiento administrativo común, con las especialidades derivadas del tema en cuestión. En este sentido, como indica la Letrada del Menor en su informe, "todo el procedimiento pretende valorar la situación de un menor a efectos de considerar si está desamparado. Ello conlleva verificar y valorar las circunstancias específicas que caracterizan su situación personal, sus necesidades y sus circunstancias socio-familiares, siendo a estos efectos oportunas y pertinentes las pruebas documentales, testificales y periciales que se consideren necesarias (...). El estudio pormenorizado de la situación del menor y de su entorno familiar que lleven a cabo los agentes sociales intervinientes deberá realizarse en las condiciones menos perturbadoras para el menor y con respeto a todos sus derechos". En este sentido, la actuación, tanto de los servicios sociales municipales como de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar ha seguido en todo momento el procedimiento legalmente establecido. En especial, subrayar que una vez recibida la notificación por parte del hospital (...) y de los servicios sociales municipales (...) acerca de los posibles abusos que la hija en común (...) podría estar sufriendo dentro del círculo familiar materno la actuación por parte de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar se caracteriza por su total celeridad y eficacia. Del quehacer ejecutado por parte de la Administración dejan constancia la Letrada del Menor y la Directora del Instituto para la Atención Integral a la Infancia y a la Familia en informes obrantes en el expediente, quedando perfectamente detallado cómo se actúa de forma óptima para evitar que la menor pudiera retornar al entorno familiar materno, en que sufrió los abusos (...). Es relevante tener en cuenta en este aspecto que la situación (en) que se encuentran tanto la Administración del Principado de Asturias como los diferentes servicios sociales municipales se caracteriza por la conflictividad y la hostilidad entre ambos progenitores. Queda sobradamente probado en los numerosos informes de servicios sociales, así como de los propios documentos aportados por el reclamante, la discordia y la rivalidad entre ambos progenitores, que se acusan mutuamente de ejercer violencia, de acoso, de instrumentalizar el entorno familiar". Se alude al valor

superior del interés del niño y a que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, fija en su artículo 11.2 "el principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: ` a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés; y c) su integración familiar y social´./ Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de desprotección de los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor. Esa decisión de separar a los niños de su unidad familiar, con su progenitora, se produce cuando se tiene constancia de que los menores están privados de la necesaria asistencia moral y material. Esto mismo se produce con la notificación recibida en abril de 2021, a raíz de la cual la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar actúa con total rapidez y efectividad".

Se reseña que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 señala que "la potestad de la Administración para asumir la tutela de los menores debe ejercerse observando elementales exigencias de motivación y proporcionalidad, sin que pueda imputarse automáticamente responsabilidad administrativa cuando se desconocen los hechos, ya que el instituto de la responsabilidad patrimonial se asienta por la antijuridicidad de la acción u omisión, pero nunca puede generarse derecho a indemnización ante cualquier actuación posible de la Administración y frente a escenarios completamente desconocidos". Se concluye que "el reclamante no acredita la existencia de un daño efectivo, evaluable y antijurídico que haya sido causa del funcionamiento, normal o anormal de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar del Principado de Asturias. Durante el período aducido (...), la Administración se ha encontrado con un ambiente hostil y conflictivo entre ambos progenitores y ha seguido el procedimiento legalmente establecido, con especial celeridad una vez recibida la denuncia de los abusos sexuales a la hija en común (...). Todo ello, además, es fundamental ponerlo en relación con el carácter subsidiario de la actuación administrativa conforme a la antedicha Ley 1/1995, pues el papel

principal de cara a proteger a los hijos se personifica en quien ejerce la patria potestad. En este caso, el titular de la patria potestad y reclamante en el presente procedimiento es quien, en primer lugar, ha mantenido por común acuerdo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores durante el período apuntado en su solicitud”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de mayo de 2023, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

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

SEGUNDA.- El artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), establece que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y

derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

En la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración se afirma la legitimación activa del interesado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial en tanto en cuanto “su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos (...) que la motivaron”. No obstante, en la misma propuesta se concluye que “procede desestimar la reclamación (...) dado que no ha existido ninguna lesión en sus bienes o derechos que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público de protección de menores, ni existe ningún daño acreditado que sea efectivo, evaluable y antijurídico, de acuerdo con la legislación vigente”.

En rigor, se observa aquí que el promotor de la reclamación -padre de dos menores de edad- actúa “en nombre y representación propia”, según consigna en el encabezamiento de su escrito, y hace extensiva la misma a “todos aquellos que pudieran resultar responsables”. Sin embargo, lo que solicita de la Consejería es “la asunción de responsabilidad sobre la negligencia en sus actuaciones al no haber detectado durante las diferentes intervenciones y en la realización del Plan de caso, ni los abusos sexuales continuados durante más de 4 años sufridos por (su) hija menor, ni el maltrato psicológico y emocional sufrido por (sus) dos hijos menores”, interesando finalmente “una compensación económica de 1.200.000 euros, a razón de 150.000 euros por cada uno de los 8 años en los que (sus) hijos sufrieron perjuicios psicofísicos, psicológicos y morales”.

En definitiva, aunque la reclamación se formula por el progenitor “en nombre y representación propia”, resulta evidente, a la vista tanto del relato de hechos en los que se fundamenta la pretensión como de la concreta petición de indemnización, que los daños cuyo resarcimiento se impetra no son los sufridos en su propia persona por el firmante del escrito sino en las personas de sus hijos menores.

Siendo los perjudicados menores de edad, su capacidad de obrar ha de ser forzosamente examinada desde la perspectiva de lo establecido en el inciso

primero del artículo 162 del Código Civil, a cuyo tenor “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”. De la documentación que conforma el expediente se colige que al momento de presentación de la reclamación -15 de septiembre de 2022- desplegaba sus efectos un “auto judicial” de fecha 8 de octubre de 2021 que otorgaba “la custodia exclusiva”, ostentando en el momento de formularse aquella el progenitor la patria potestad que sustenta su actuación representativa.

A pesar de estos confusos antecedentes, en aplicación del principio *pro actione* no procede una interpretación rigorista que, apegada a la literalidad de la formulación “en nombre y representación propia”, aboque a desestimar la pretensión deducida por falta de legitimación, debiendo entenderse que el promotor acciona en representación de los menores de edad perjudicados.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y los servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras”. En aplicación de este precepto, la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales, distribuye las diferentes actuaciones en materia de protección de menores, dentro de un marco de colaboración interadministrativa, entre los servicios sociales municipales y los que incumben a la Administración del Principado de Asturias, de modo que, como interpreta el *Manual de procedimiento de intervención ante situaciones de desprotección infantil para los servicios sociales de Asturias* (Consejería de Bienestar Social, segunda edición, 2008) “serán los servicios sociales municipales los encargados de apreciar y tratar las situaciones de riesgo, contando para el desarrollo de estas funciones con la colaboración de los servicios sociales autonómicos (Equipos Territoriales) siempre que lo

consideren necesario./ Por su parte, las situaciones de desamparo, caracterizadas por alcanzar un nivel de gravedad que aconseja la extracción del menor de la familia, la asunción de su tutela y la consiguiente suspensión de la patria potestad, así como la aplicación de la medida del programa de protección más adecuado en cada caso -acogimiento, alojamiento en un centro o adopción-, serán apreciadas y aplicadas por los servicios sociales autonómicos (el Equipo Territorial realizará valoración y propuesta que derivará al Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familia y Adolescencia), contando con la colaboración de los servicios sociales municipales cuando lo consideren necesario” (página 37). Asimismo, se señala que “De acuerdo con lo anterior, los servicios sociales municipales que reciban la notificación de una situación de desprotección o conozcan de la misma por sus propios medios, deberán investigar los hechos para verificar la situación denunciada y valorar, en su caso, si procede catalogarla como de riesgo o desamparo. Cuando la situación sea considerada de riesgo, los propios servicios sociales municipales adoptarán las medidas necesarias para intervenir y cuando la situación sea calificada de desamparo pondrán el caso en conocimiento de los servicios sociales (Equipos Territoriales) de la Administración regional”.

En el caso examinado, vistos los términos en los que la reclamación se formula e instruye, procede ventilar aquí la eventual responsabilidad de la Administración del Principado de Asturias, frente a la que se dirige el reclamante, sin perjuicio de la desigual implicación de los distintos servicios sociales municipales, cuya actuación sólo se documenta incidental o someramente en este expediente.

En definitiva, la Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación, sin que el hecho de que esta, a tenor del escrito inicial, pretenda extenderse a “todos aquellos que pudieran resultar responsables” de los hechos que allí se relatan, dada su inconcreción, permita a este Consejo ir más allá en la determinación de otros eventuales interesados.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se recibe en la Administración del Principado de Asturias el día 15 de septiembre de 2022, previa presentación de la misma en el registro del Ayuntamiento de Gijón en una fecha que no ha podido ser determinada, y en ella se solicita de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar “la asunción de responsabilidad sobre la negligencia en sus actuaciones” a lo largo de un proceso cuyo inicio el padre de los menores perjudicados sitúa en el día 4 de junio de 2013, fecha en la que afirma haber puesto en “conocimiento de los servicios sociales la posible desprotección de (sus) hijos (...) por parte de su progenitora”.

A los efectos ahora considerados, la propuesta de resolución toma como referencia para el establecimiento del *dies a quo* el día 30 de septiembre de 2021, fecha en la que por resolución de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar se declaró la situación de desamparo de los menores perjudicados. Este referente se reputa adecuado por cuanto esa resolución de desamparo no deja de ser un reconocimiento, previa constatación por parte de los servicios competentes de la Administración del Principado de Asturias, de que a tal fecha los dos menores perjudicados se encontraban “privados de la necesaria asistencia moral o material”, en los términos de lo regulado en el párrafo segundo del ya citado artículo 172.1 del Código Civil.

Así las cosas, es claro que la reclamación recibida en la Administración del Principado de Asturias el día 15 de septiembre de 2022 -y presentada en todo caso en fecha anterior en el registro del Ayuntamiento de Gijón- ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente establecido en el artículo 67.1 de la LPAC.

En cualquier caso, a la vista de los informes obrantes en el expediente, se observa que algunas de las secuelas que sufren los menores aún no estaban estabilizadas en el momento en el que se presenta la reclamación.

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

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución, y aunque hubiera sido deseable la incorporación de algunos documentos relevantes a los que se hace referencia en el expediente este Consejo entiende que su ausencia deriva de la especial protección que merece la intimidad de los menores afectados. En correspondencia con ello, en el presente dictamen se han acentuado las habituales cautelas imprescindibles para asegurar el anonimato de las personas concernidas.

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

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

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

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

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

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

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

SEXTA.- En la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa el padre de dos menores de edad solicita de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar del Principado de Asturias “la asunción de responsabilidad sobre la negligencia en sus actuaciones al no haber detectado durante las diferentes intervenciones y en la realización del Plan de caso, ni los abusos sexuales continuados durante más de 4 años sufridos por (su) hija menor, ni el maltrato psicológico y emocional sufrido por (los) dos hijos menores, por la desprotección de vivir en un entorno de desamparo y desestructurado debido a la inatención en el cuidado por parte de la progenitora, siendo esta situación de vulnerabilidad propicia para el acercamiento sexual progresivo de su hermanastro”.

Como ya hemos expuesto, el primero de los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública viene constituido por la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

Respecto a esta cuestión, la Administración reclamada fundamenta en la propuesta de resolución su sentido desestimatorio en “no quedar acreditada la existencia de daño alguno que haya sido ocasionado por el funcionamiento normal o anormal, del servicio público, así como tampoco queda probada la existencia de un daño efectivo, antijurídico y evaluable económicamente conforme a la legislación vigente”.

Es decir, para la Administración reclamada la instrucción del procedimiento no le ha permitido, no ya conectar causalmente daño alguno con origen en el proceder de los servicios implicados, sino poder dar por acreditada la existencia de un daño susceptible de ser indemnizado.

No obstante, advertido que los perjuicios que aquí se reclaman son los sufridos por los menores, no cabe excluir la efectividad del daño pues este se deduce del hecho de que el día 30 de septiembre de 2021 la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar se viera en la necesidad de declarar la situación

de desamparo, reveladora de que los perjudicados se encontraban “privados de la necesaria asistencia moral o material” (artículo 172.1 del Código Civil).

A mayor abundamiento, en el caso de la niña el relato de las experiencias sufridas por esta en forma de abusos sexuales en su entorno familiar que se recoge en el “informe de exploración de menor” (folios a 241 a 244) elaborado por el Instituto de Medicina Legal de Asturias a instancias de la Fiscalía de Menores no permite albergar duda alguna en relación con la cuestión ahora examinada.

En lo que respecta a su hermano, el párrafo final del “informe técnico” elaborado por la Consejería instructora los días 2 y 3 de noviembre de 2022 (folio 13) deja constancia de que en la actualidad “se continúa con la intervención de ambos menores a instancia de la entidad pública. De los informes emitidos por el programa se observan avances en todos los niveles. En el caso (del niño) se observa mayor estabilidad y adaptación (...) a su actual contexto familiar (convivencia permanente con su padre y hermana) y en relación a (la menor) se percibe una mejoría en su situación emocional al contar en la actualidad con un contexto familiar estable. La intervención con la unidad familiar se mantendrá todo el tiempo que la situación y los menores requiera”. En suma, se constatan los daños sufridos por los dos menores de edad.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer a los reclamantes el derecho a ser indemnizados por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, debe analizarse si los perjuicios alegados son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento de un servicio público y si han de reputarse antijurídicos.

Con relación al nexo causal, hemos manifestado en ocasiones anteriores (entre otros, Dictámenes Núm. 187/2011, 116/2013 y 34/2015) que la acción de responsabilidad también puede ejercitarse en un supuesto de inactividad o

pasividad de la Administración frente a la acción de un tercero que es quien de manera directa provoca el efecto lesivo. A este respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran de manera unánime que el fundamento de la responsabilidad de las Administraciones por el funcionamiento de los servicios públicos establecido en el artículo 106.2 de la Constitución ha de ser entendido como cualquier actuación administrativa cuyo control se somete a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, teniendo presente que el concepto de servicio público debe ser entendido como equivalente a cualquier actividad administrativa y que el concepto de actividad no debe ser considerado en su literalidad, toda vez que la Administración puede responder tanto por acción como por omisión. Ahora bien, en este último caso la responsabilidad patrimonial sólo surge si se acredita que la Administración tenía el deber jurídico de actuar y que tal deber ha sido incumplido dando lugar a una situación de anormalidad en el funcionamiento del servicio administrativo. Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998 -ECLI:ES:TS:1998:2032- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), “el funcionamiento anormal de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos (...), sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia (...), siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado”.

Sin embargo, como manifestamos en el Dictamen Núm. 204/2023, en los supuestos en los que la reclamación patrimonial se plantea no por una acción sino por una omisión de la Administración la relación de causalidad opera de modo distinto, de tal manera que, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1316- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), haciéndose eco de las de 27 de enero, 31 de marzo, 16 de mayo y 10 de noviembre de 2009, “no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad y que el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no

haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo”.

En el caso examinado, el padre de los menores perjudicados considera en su escrito de alegaciones que “queda sobradamente demostrado que ha fallado el sistema de protección infantil”, puesto que estuvo ejerciendo sus “responsabilidades como padre y ante la alarmante sospecha de una seria negligencia por parte de la progenitora” no cejó “en el empeño de notificar la situación de (sus) hijos, tanto a los servicios sociales, como al centro educativo, así como al centro de salud cuando era necesario. Por tanto, se evidencia que se realizaron los avisos oportunos alertando del ambiente peligroso en el que se encontraban (...), que fueron minimizados, poco investigados por los equipos de intervención EITAF o directamente ignorados (...), lo que claramente denota la dejación de funciones por parte de los servicios sociales dependientes de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar Social del Principado de Asturias, que derivaron en los hechos probados de abusos sexuales continuados durante 4 años a (su) hija, así como las consecuencias fatales de las graves secuelas psicológicas y emocionales” de los niños.

El sistema de “protección infantil” invocado por el padre de los menores perjudicados para sustentar la “dejación de funciones” sería en abstracto susceptible de fundar un nexo causal -por omisión o pasividad- entre el irregular funcionamiento del servicio público frente al que se reclama y los daños cuya indemnización postula, atendida la obligación de los poderes públicos, constitucionalmente consagrada como principio rector de la política social y económica en el artículo 39 de la Constitución, de proteger a la familia y a la infancia.

En efecto, en desarrollo de esta previsión constitucional en su momento se aprobó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, completada posteriormente por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia

y a la adolescencia, y más recientemente por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, aunque es claro que esta última no puede erigirse en parámetro de actuaciones anteriores a su entrada en vigor, tal como pretende confusamente el reclamante. Entre las disposiciones autonómicas, la norma de referencia en la materia es la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, así como la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales, en tanto que fija el marco competencial de actuación de los servicios sociales autonómicos y municipales.

Es en este escenario legal en el que deben encontrar plasmación los deberes de vigilancia o las concretas obligaciones de hacer, que en el supuesto de que hayan sido desatendidas por la Administración del Principado de Asturias, tal y como entiende el padre de los menores perjudicados, podrían desembocar en un reconocimiento de la responsabilidad patrimonial que se plantea.

Descrito el marco legal de referencia, nuestro análisis sobre el fondo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, y más en concreto si los daños sufridos por los menores perjudicados pueden anudarse causalmente a una supuesta inacción o dejación de funciones, descansa sobre la condición de la Consejería como entidad pública a la que, en el territorio del Principado de Asturias, se encomienda la protección de menores, en los términos de lo establecido en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, puesto en relación con el artículo 4 y concordantes de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor.

En este entorno jurídico se consagran diversos principios de singular relieve que modulan el alcance de la intervención protectora de los servicios sociales. Ante todo, el del interés superior del menor y, a su lado, el de preferencia del mantenimiento de los menores a cargo de sus progenitores -artículo 6.2.f) de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero-. De ahí que las Administraciones públicas, en materia de protección de menores, deban actuar guiadas por el principio de subsidiariedad progresiva respecto de

las obligaciones legales de padres o tutores. Precisamente, la Guía de buena práctica en la intervención social con la infancia, familias y adolescencia del Principado de Asturias, al igual que las aprobadas en otras Comunidades Autónomas, reconoce el “derecho del niño a vivir con su propia familia”, en cuanto la “crianza del niño con sus padres tiene unas ventajas exclusivas” que justifican que se deban “hacer los máximos esfuerzos para mantener al niño en su hogar”. Al respecto, ha de arrancarse de la distinción legal entre situaciones de riesgo, competencia de los servicios sociales municipales, y la situación de desamparo, de competencia autonómica, cuyo rigor implica la asunción automática de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública y la separación de la familia de origen. Las primeras se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, de modo que la intervención se limita a intentar “eliminar, reducir o compensar” en el seno de la institución familiar los factores de riesgo (artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero). En consecuencia, ante una situación de desprotección -como la relatada en la reclamación entre los años 2013 y 2020- la Administración está obligada a adoptar, en primer lugar, medidas de protección en el propio entorno familiar, y su actuación ha de tener un carácter flexible, adaptándose a las circunstancias del menor y de su familia en cada momento, para lo cual las medidas acordadas han de ser periódicamente revisadas. El principio de integración familiar sólo puede ser quebrado cuando los esfuerzos realizados en ese sentido por el ente público competente sean infructuosos e ineficaces y se hayan agotado todas las vías para su consecución, derivando la situación en un evidente riesgo lesivo para el menor. Singularmente, la reforma de 2015 ha venido a acotar la significación de las situaciones de precariedad laboral o económica en la familia, al disponerse que la “conurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar” (artículo 17.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero).

En el caso examinado, el relato de hechos en que se funda la reclamación abarca un dilatado espacio temporal que se remonta al 4 de junio de 2013, fecha en la que -según afirma el padre de los menores- puso “en conocimiento de los servicios sociales la posible desprotección de (sus) hijos (...) por parte de su progenitora”. En esa fecha la niña contaba con 4 años de edad y su hermano con 2. Al final del período cuestionado -que situaremos, por simplificar, en el 21 de octubre de 2021- la niña tenía 12 años y su hermano 10. A la fecha de emisión del presente dictamen ambos continúan siendo menores de edad.

Pues bien, no cabe soslayar que a lo largo de estos más de 8 años, con la sola excepción de unos escasos días -los que van del 13 al 21 de octubre de 2021-, ambos progenitores han venido ejerciendo de manera compartida la patria potestad sobre sus dos hijos menores por semanas alternas, conforme a lo fijado en el convenio regulador de común acuerdo tras la sentencia de divorcio. En consecuencia, en aplicación de lo establecido en el artículo 6.2.d) de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, el ejercicio de las competencias en materia de protección de menores que a la Administración del Principado de Asturias le atañen se ha encontrado sometido, entre otros principios rectores, a “la subsidiariedad respecto a las funciones inherentes a la patria potestad”.

Por otra parte, los informes incorporados al expediente por la Administración reclamada constatan que en un primer momento -el que siguió a la separación por mutuo acuerdo de los progenitores mediante Sentencia de 3 de junio de 2013- el padre ya había establecido contacto -al día siguiente, 4 de junio de 2013 (folio 143)- con los servicios sociales del Ayuntamiento donde al parecer tenía su residencia la madre de los menores -no con la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, frente a la que ahora reclama- para solicitar una cita por “los conflictos permanentes” que por aquel entonces rodeaban a la pareja, conflictividad conyugal reiterada y constante. Debemos señalar que a raíz de esta comunicación los servicios sociales municipales iniciaron una

actuación en el entorno familiar centrada tanto en la madre de los menores como en su familia extensa (folios 142 a 144).

Dada la inicial residencia del progenitor de los menores en el extranjero, no sería hasta su regreso cuando se pone en contacto por primera vez con los órganos encargados de la protección de menores en la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar. Según se recoge en el informe técnico de la Consejería instructora de 2 y 3 de noviembre de 2022, este primer contacto habría consistido en una “notificación” fechada el 4 de febrero de 2014. Además de este escrito, existe constancia documental en el expediente remitido de sendas comparencias previas del padre de los menores en la Oficina de Denuncias de la Policía Nacional (folios 139 y 140) los días 22 y 27 de enero de 2014, en las que se levantan dos atestados describiendo, respectivamente, el mal estado general con el que el padre manifestó haberse encontrado a sus hijos al regreso de su viaje a su país de origen y un incidente acaecido en la vía pública entre ambos progenitores.

Tras la “notificación” de 4 de febrero de 2014, la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar no solamente no permaneció inactiva, sino que como el propio padre de los menores perjudicados reconoce reaccionó de manera inmediata procediendo a la instrucción de dos expedientes de protección, uno por cada menor, a cuyo fin el día 12 de febrero de 2014, “siguiendo el protocolo establecido en el Manual de actuación ante situaciones de desprotección del Principado de Asturias”, la Consejería solicitó de los servicios sociales municipales que “inicie investigación `con la máxima urgencia` encaminada a comprobar la situación de los menores”.

Así lo hacen los servicios sociales locales, que en un primer informe fechado el 11 de marzo de 2014 (folios 39 a 43) concluyen que se trata de una “familia monoparental./ Padres separados sin mantener buenas relaciones y sin compartir responsabilidades familiares./ Escasos recursos económicos. Precariedad laboral./ Inexistente apoyo familiar./ Precaria higiene personal y de la vivienda, desorden./ Enfermedad congénita sin cirugía de una de las

menores./ Domicilio itinerante./ Posible situación de dejación de funciones por parte de la progenitora, negligencia”.

Continuando con la instrucción de los expedientes de protección iniciados, el día 16 de abril de 2014 tuvo lugar en las dependencias de la entonces Consejería de Bienestar Social y Vivienda una comparecencia del padre de los menores al objeto de “valorar la medida de protección” (folios 145 y 146). En dicha comparecencia, tras poner en conocimiento del padre los informes recabados hasta entonces -informe médico de la Gerencia del Área Sanitaria correspondiente, informe del colegio e informes de los servicios sociales municipales pertinentes-, se le informa de que “ante la situación de desprotección en que se encuentran sus hijos” la Consejería “procederá a adoptar la medida de protección más favorable al interés superior de los menores”. En la misma comparecencia, el padre se compromete a “instar a través de su abogado que se acelere el procedimiento de otorgarle a él la guarda y custodia de sus hijos y continuar realizando el seguimiento médico y escolar”, así como a “comunicar a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, SIFA, cualquier alteración o cambio que se produzca en la vida de sus hijos”.

Con posterioridad, los servicios sociales municipales que habían elaborado el informe de 11 de marzo de 2014, en el que se detectaba una “posible situación de dejación de funciones por parte de la progenitora, negligencia”, emiten un segundo informe el 19 de junio de 2014 (folios 49 y 50) en el que consta que “el 18 de febrero de 2014 se realiza la primera visita a domicilio conjunta por parte de la trabajadora social y educadora social. El 28 de marzo en una entrevista en el Centro Municipal de Servicios Sociales se acuerda iniciar una intervención sociofamiliar con (la madre de los menores), con el objetivo de mejorar su organización familiar y personal que contribuya al bienestar tanto de sus hijos como de ella misma. En abril se inicia una tanda de visitas en el domicilio (...) por parte de la educadora social. No se observa una situación grave de desprotección infantil. (La madre) acude diariamente (...) para llevar y recoger a sus hijos del colegio. En mayo de 2014, la hija mayor -hermana de los menores y nacida de una relación anterior de su madre- se

instala en un piso compartido, facilitando así el cumplimiento de horario para los más pequeños. (La madre) es una persona con cierta tendencia a la desorganización, dificultad para priorizar y centrarse en los aspectos urgentes antes que los necesarios./ Tras varias entrevistas, informaciones y acompañamiento, se considera innecesaria una intervención exhaustiva socioeducativa, aunque sí se propone un seguimiento no incluido en una intervención propiamente dicha para observar si aparecen nuevos indicadores de desprotección infantil que hagan necesario un plan de intervención (...). Se propone el archivo de los expedientes, aunque se continuará con el seguimiento de la unidad familiar por parte de los servicios sociales municipales”.

En paralelo a la instrucción de estos expedientes de protección por parte de la Consejería, y como consecuencia de una denuncia del padre de los menores, por el Juzgado competente se siguen diligencias previas por un presunto delito de “abandono de familia” por parte de la madre, decretándose por Auto de 10 de junio de 2014 el sobreseimiento provisional al no aparecer “debidamente justificada la perpetración del delito”. En relación con esta cuestión, en su escrito inicial el reclamante afirma que interpone “una demanda ante el Juzgado (...) por abandono de familia de la progenitora (...), que solicita a la Consejería de Bienestar y Social los informes sobre la situación de (sus) hijos. En el Auto (...) de 10 de junio de 2014 se procede al sobreseimiento de las actuaciones por no aparecer suficientemente justificada la situación de desprotección de (los niños), después de tener conocimiento de los informes de la Consejería”. Es decir, el padre de los menores parece pretender conectar causalmente el auto de sobreseimiento con unos “informes de la Consejería” que no concreta. Sin embargo, de los antecedentes de hecho del referido auto (folio 147) no parece desprenderse que ese archivo provisional obedezca a estos supuestos “informes de la Consejería”. A tenor del auto de archivo provisional “el (...) procedimiento se incoó por los hechos que resultan de las (...) actuaciones, habiéndose practicado las diligencias de investigación que constan (...). El Ministerio Fiscal en su informe de fecha seis de junio de dos mil catorce interesa, a la vista de las manifestaciones de la imputada, el

sobreseimiento de la causa. No existe acusación particular”. En consecuencia, en modo alguno puede darse por acreditado que el archivo obedezca a unos supuestos “informes de la Consejería” nunca concretados. Por otro lado, el ahora reclamante ni ejerció en el procedimiento penal la acusación particular, ni recurrió el referido auto.

También de manera paralela y coincidente en el tiempo con el inicio y posterior instrucción de los dos procedimientos de protección de los menores abiertos por la Consejería, el padre de los niños -que ya se encontraba separado de la madre en virtud de Sentencia judicial de mutuo acuerdo de 3 de junio de 2013- presenta el 5 de marzo de 2014 una demanda de divorcio contencioso. Esta demanda finaliza por Sentencia de 25 de noviembre de 2014 y en ella se recoge que “el artículo 91 del Cc obliga al Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, o caso de no aprobación del mismo, a determinar, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas. Por lo que procede acordar en el caso de autos las siguientes medidas (...): Al estar de acuerdo ambas partes, la patria potestad, tanto la titularidad como ejercicio, será compartida por ambos progenitores (...). La guarda y custodia será compartida por semanas alternas, de lunes a lunes, con recogida y entrega en el centro escolar./ Por acuerdo de ambos progenitores, los niños estarán empadronados con la madre (...). Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. Eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. La primera mitad de Navidad de 2014 corresponde a la madre (...). Nada que acordar en relación a la vivienda familiar, pues no existe”.

No deja de sorprender que, si bien en su comparecencia en la Consejería el día 16 de abril de 2014 al hilo de la instrucción de los dos procedimientos de protección abiertos el padre de los menores se había comprometido a “instar a través de su abogado que se acelere el procedimiento de otorgarle a él la guarda y custodia de sus hijos”, finalmente en la demanda de divorcio

contencioso interpuesta por él mismo en aquellas fechas se decidiera acordar con la madre de los menores de edad tanto la patria potestad compartida como que la guarda y custodia también fuera compartida, acordando igualmente ambos progenitores que los niños estuvieran empadronados con la madre.

Coincidiendo con esta sentencia de divorcio contencioso, la madre de los menores cambia de nuevo de residencia y retorna al municipio en el que había vivido en el año 2013, cuyos servicios sociales ya eran conocedores de la problemática del entorno familiar desde que el 4 de junio de 2013 el padre les expusiera la situación. Recordemos que entonces estos servicios sociales municipales habían iniciado una actuación en el entorno familiar centrada tanto en la madre de los menores como en su familia extensa.

Siendo conocedores los servicios sociales de este municipio de la pendencia de los dos expedientes de protección de los menores en fase de información previa, remiten a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda un informe (folios 51 a 63) con datos actualizados a fecha 19 de junio de 2015. En las conclusiones de este documento se hace referencia a una “desprotección no confirmada” y a que “el hecho notificado no se confirma ni se ha obtenido información que haga sospechar desprotección”. Como “actuaciones previstas”, se señala que “ante la no confirmación de desprotección de verificación de una desprotección no confirmada, identificando que el hecho notificado por el progenitor no se confirma ni se ha obtenido otra información que haga sospechar desprotección, desde estos servicios sociales se propone el archivo del expediente./ Se prevé únicamente continuar desarrollando la intervención familiar inherente a percepción de ayuda a familias por parte de la progenitora, y al seguimiento de los compromisos suscritos por ésta en el marco del Programa Personalizado de Incorporación Social realizado”.

En esta situación, según figura en el informe técnico elaborado por la Consejería instructora los días 2 y 3 de noviembre de 2022, “el 11 de febrero de 2016 se dicta resolución (...) declarando el fin del período de información previa y se procede al archivo de las actuaciones”.

No obstante lo anterior, y según se refleja en el mismo informe, “a pesar del archivo en la entidad pública ya que no es necesario adoptar medida de protección conforme a la legislación vigente, los servicios sociales” del Ayuntamiento al que la madre había retornado con sus hijos “continúan con la intervención familiar iniciada”.

Efectivamente, la documentación obrante en el expediente remitido (folios 188 a 191) acredita que el día 11 de marzo de 2016 los servicios sociales del concejo de residencia de la madre reciben un escrito presentado por el padre de los menores perjudicados en el que pone en su conocimiento nuevos datos sobre las “condiciones higiénico-sanitarias” y la “salud psicológica” de su hijos, que atribuye a los períodos en los que los niños están en compañía de su madre. Ante la eventualidad de que se trate de una “desprotección posible” (folio 69), los servicios sociales municipales cumplimentan con fecha 11 de mayo de 2016 un “protocolo de investigación” (folios 70 a 77) al término del cual se aprecia una “desprotección no confirmada, pero persisten las sospechas”. Continuando con esta intervención, el 21 de julio de 2016 los servicios sociales municipales elaboran un “informe de evaluación infancia y familia” (folios 78 a 89) en el que figura anotado, en el apartado dedicado a la “verificación de la situación de desprotección”, que “se considera que ha existido negligencia en la historia de crianza de los menores y se aprecian indicadores de instrumentalización en conflictos entre las figuras parentales. El sometimiento de los menores a repetidas investigaciones sobre su situación sociofamiliar debe dar paso a una intervención que permita finalizar con estas actuaciones”. En el mismo documento se califica como “moderado” el grado de “confirmación del nivel de gravedad”, y con una calificación de “difícil” en lo que respecta al “pronóstico para la capacidad parental”, decidiéndose la continuidad de la intervención municipal con la finalidad de crear una “génesis de conciencia de problema y motivación de cambio en los padres, tutores o guardadores”.

Copia de esta documentación se remite desde los servicios sociales municipales al Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia el día 27 de julio de 2016 (folio 64).

El 15 de mayo de 2017 estos mismos servicios sociales municipales remiten un nuevo "informe de evolución" al Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia en el que se recoge lo actuado en el período comprendido entre agosto de 2016 y marzo de 2017 (folios 94 a 101). En el apartado dedicado a "valoración y propuesta" se consigna que "no se observan cambios relevantes en la toma (de) conciencia de las figuras parentales acerca de su papel en las dificultades familiares, si bien van incorporando algunas variaciones en su funcionamiento que, de mantenerse, pueden facilitar una reducción de las tensiones y en esa medida beneficiar a los menores./ Dada la situación, se valora necesario dar continuidad a las actuaciones del EITAF con una finalidad de capacitación parental de acuerdo al Plan de Intervención que se adjunta, con una temporalidad de 6 meses".

Con estos antecedentes, en el informe técnico elaborado los días 2 y 3 de noviembre de 2022 se señala que "el 17 de septiembre de 2018 el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia y a las Familias propone el archivo del expediente de protección toda vez que se recibe informe de los servicios sociales (...) de 17 de mayo de 2017 dando cuenta del elevado grado de colaboración de ambos progenitores con la intervención propuesta, aunque no se observa que ninguno de los progenitores haya tomado conciencia de la situación de conflicto que ambos mantienen y cómo esta puede repercutir en el bienestar de los menores, proponiendo la continuidad de la intervención".

En este contexto, procede plantearse si se aprecia inactividad de los servicios competentes del Principado de Asturias desde que tuvieron conocimiento de la compleja situación del entorno familiar el 4 de febrero de 2014.

La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. Como hemos visto, una vez recibida el 4 de febrero de 2014 la "notificación" en la que el padre de los menores daba cuenta a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de la

deficiente situación en la que se había encontrado a sus hijos al regreso del viaje a su país de origen, la Consejería no solamente no permaneció inactiva sino que como él mismo reconoce reaccionó de manera inmediata, procediendo a la instrucción de dos expedientes de protección, uno por cada menor, a cuyo efecto el día 12 de ese mismo mes, “siguiendo el protocolo establecido en el Manual de actuación ante situaciones de desprotección del Principado de Asturias”, solicitó a los servicios sociales del municipio en el que a partir del 18 de diciembre de 2013 la madre había establecido su nueva residencia “que inicie investigación `con la máxima urgencia´ encaminada a comprobar la situación de los menores”.

Con tal forma de proceder, la entonces Consejería de Bienestar Social y Vivienda lejos de permanecer inactiva -como afirma el padre de los menores- lo que hizo fue activar, de manera inmediata, la incoación del expediente informativo previsto en el artículo 31.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, “en orden a la determinación de la posible situación de desamparo” en la que pudieran encontrarse, en su caso, los menores de edad perjudicados.

Dentro del expediente informativo abierto, la Consejería se dirigió en un primer momento a los servicios sociales del Ayuntamiento en el que los menores de edad perjudicados residían, recabando de los mismos el inicio de una “investigación `con la máxima urgencia´ encaminada a comprobar la situación de los menores”. Como hemos reseñado, estos servicios sociales municipales atendiendo la solicitud de la Consejería elaboran un primer informe el 11 de marzo de 2014 en el que se concluye una “posible situación de dejación de funciones por parte de la progenitora, negligencia”. Posteriormente estos servicios sociales emiten un segundo informe, el 19 de junio de 2014 (folios 49 y 50), en el que tras constatar que “no se observa una situación grave de desprotección infantil” proponen “el archivo de los expedientes, aunque se continuará con el seguimiento de la unidad familiar por parte de los servicios sociales municipales”.

Por lo demás, no concurriendo durante este primer período la inacción de los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias denunciada por el padre de los menores perjudicados, conviene tener presente que durante la fase inicial la madre de los niños tenía atribuida en exclusiva la guarda y custodia de los dos por haberlo acordado así ambos progenitores en el convenio regulador de la separación por mutuo acuerdo aprobado por Sentencia de 3 de junio de 2013. Guarda y custodia que pasaría a ser compartida entre ambos progenitores también por mutuo acuerdo tras la Sentencia de divorcio contencioso de 25 de noviembre de 2014.

Tras la propuesta del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia y a las Familias de proceder al archivo de los expedientes de protección a la vista de los informes recibidos de los servicios sociales municipales de los concejos en los que la madre residía en este primer período, los servicios encargados de la protección de menores en el Principado de Asturias no reciben hasta el año 2021 “ninguna notificación sobre la situación” de los niños, “ni por parte del colegio, salud o servicios sociales, ni por parte de ninguno de los progenitores”, por lo que difícilmente puede advertirse omisión por su parte. Al respecto, en el trámite de audiencia el padre de los menores perjudicados relaciona hasta un total de 39 comunicaciones en el período comprendido entre el 11 de marzo de 2016 y el 15 de abril de 2021 dirigidas en su mayor parte a los servicios sociales de los distintos concejos -en especial a uno de ellos- en los que los menores residían en compañía de su madre, y que ponen de manifiesto la delicada y variada problemática en la que se desenvolvía el ejercicio de la patria potestad compartida. Es obvio que careciendo los servicios encargados de la protección de menores en el Principado de Asturias del conocimiento de dicha problemática a lo largo de ese período difícilmente se puede apreciar inacción por su parte. Respalda lo anterior la relación de destinatarios (folios 121 y 122) de las “numerosas comunicaciones” que el padre de los menores afirma haber realizado “entre el año 2016 y 2021” exponiendo la situación de la unidad familiar, entre los cuales no figuran los servicios encargados de la protección de menores en el

Principado de Asturias frente a los que reclama. Es decir, en ningún caso en los expedientes abiertos en el asunto examinado se observó una situación de desprotección grave que requiriese una medida de protección de urgencia. Debe repararse, además, en que las distintas comunicaciones referidas por el padre atañen a cuestiones relacionadas con la falta de higiene personal, necesidades de vestuario y quejas sobre la organización y alimentación de los menores, sin que ninguno de los progenitores hubiera advertido o denunciado otra índole de riesgos.

Por otro lado, dichas comunicaciones ponen de relieve una de las dificultades a las que se hace referencia en los informes de los técnicos a la hora de evaluar la situación real de la familia, cual es la instrumentalización de los menores en los conflictos entre las figuras parentales y los recíprocos reproches entre ambos.

No ayudaron tampoco a dicha evaluación los constantes cambios de domicilio de la madre y los niños, que determinaron la intervención de distintos equipos de asistencia social de cuatro municipios distintos entorpeciendo así un seguimiento más continuado.

Cabe concluir que, en relación con la deficiente atención de la progenitora respecto a los menores argüida por el reclamante, la Consejería actuó de conformidad con los informes remitidos por los profesionales de los Ayuntamientos que no permitían fundamentar la declaración de una situación de desamparo, medida que podía ser declarada desproporcionada. De hecho, durante este período el padre no acudió a la jurisdicción ordinaria a solicitar una modificación de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio en relación a la custodia de los menores argumentando la desatención materna. Y es que tampoco la precaria situación económica y laboral del progenitor avalaba otras medidas de protección. En definitiva, de las actuaciones documentadas en el expediente, y partiendo del citado principio de intervención subsidiaria de los servicios sociales en favor de la búsqueda de la protección de los menores en el entorno familiar, compartida la guarda y custodia de los menores, se constata un seguimiento por los servicios sociales de las situaciones denunciadas a lo

largo de los años en distintos expedientes que se cierran con una resolución motivada y no impugnada, sin que quepa suplantar el criterio de esas decisiones en un cauce de responsabilidad patrimonial desde una perspectiva *ex post facto*.

Así las cosas, habría que esperar hasta el mes de abril de 2021 para que los servicios encargados de la protección de menores en el Principado de Asturias fueran de nuevo alertados sobre la situación de los perjudicados, y ello como consecuencia de la puesta en conocimiento (folio 226) de una agresión sexual sufrida por la niña en el mes de agosto de 2020.

A partir de este momento, como primera medida, tal y como se recoge en el informe técnico de 2 y 3 de noviembre de 2022, el "17 abril de 2021 se reabre expediente de protección en esta Consejería tras recibir notificación por posible abuso sexual de (la niña) tanto por el hospital (...) como por los servicios sociales (...), así como por el propio progenitor". Reabierto el expediente de protección, la Consejería solicita informe a los servicios sociales de los dos Ayuntamientos en los que por entonces residían los menores en función de la semana en la que la guarda y custodia correspondía a cada uno de los progenitores "para conocer la intervención que se haya podido llevar a cabo hasta la fecha". De forma paralela, una vez recibida la notificación de abuso, el día 3 de mayo de 2021 desde la Consejería "se notifica la situación a la Fiscalía de Menores", que informa al día siguiente de la "imposición de medida cautelar de orden de alejamiento del presunto abusador (...). Se mantiene coordinación telefónica con el Equipo de Menores de Fiscalía de Menores, quienes informan del cumplimiento de la orden de alejamiento establecida". Según se recoge en este mismo informe, el 5 de mayo de 2021 "se mantiene comparecencia con el progenitor donde se le explica expresamente que la guarda y custodia establecida en la actualidad no puede ser modificada en modo alguno por la entidad pública y que dentro de nuestras competencias atribuidas es iniciar intervención encaminada a valorar el daño que la situación de abuso haya causado en la menor, reparar el mismo y valorar la capacidad de protección hacia la menor por ambos progenitores. Se

orienta al progenitor a que inste de manera urgente una modificación cautelar de las medidas establecidas de cara a proteger a la menor. En dicho acto informa, y aporta posteriormente escrito realizado por su abogado y dirigido al Juzgado (...) de fecha 19 de abril de 2021, donde (...) solicita `que el equipo psicosocial del Juzgado proceda a la valoración e informe de los menores y sus progenitores´. Se mantiene coordinación telefónica con su abogado a fin de conocer de forma fehaciente si se ha realizado procedimiento para medidas cautelares". Según se recoge en el informe técnico, el 19 de mayo de 2021 "se mantiene comparecencia con la progenitora, se le informa del inicio de intervención del programa de Trama Ciasi./ El programa (...) comienza a trasladar a la entidad pública las primeras incidencias destacando la falta de conciencia y colaboración de la progenitora con la intervención iniciada, toda vez que el presunto agresor es hijo suyo, llegando a responsabilizar a su hija de la situación de abuso sufrida y destacando la necesidad de ubicar a la menor en un entorno protector". El 30 de junio de 2021 "se remiten informes al Juzgado (...) a fin de dar a conocer la grave situación en la que se encuentra la menor". El 19 de junio de 2021, "con el fin de evitar la incorporación de (la menor) con su progenitora tras el período de vacaciones establecido con su progenitor, se remite notificación urgente a la Fiscalía de Menores dando cuenta de la grave situación en la que se encuentra la menor (...) en el contexto materno, instando a que se adopten medidas cautelares para (ella) y su hermano (...), misma notificación se remite al Juzgado (...). El 27-07-2021 el Juzgado (...) informa que no ha lugar a señalar con carácter urgente la comparecencia establecida toda vez que el Juzgado de Menores ha dictado orden de alejamiento del agresor hacia" la niña. El día 20 de septiembre de 2021 "se aporta más información al Juzgado (...) que da cuenta de la gravedad de la situación en la que se encuentra (la menor) si continúa en el contexto materno, debido a la hostilidad que esta le muestra situándola como la causa de la situación familiar y facilitando el contacto con el agresor, y cómo esta situación está repercutiendo negativamente en su recuperación". El 23 de septiembre de 2021 "se informa al Juzgado (...) de la grave situación de la menor (...), así como de

la imposibilidad de trabajar con la madre y de su elevado grado de violencia. Así mismo, se informa sobre inicio de procedimiento para la asunción de la tutela de ambos menores, así como de la ausencia de familia para hacerse cargo de los menores, quienes deberían ingresar en centro de protección suponiendo una victimización secundaria (...) que implicaría un agravante en su situación de desprotección. Se solicita la colaboración del Juzgado para que dicte medidas cautelares que garanticen la seguridad de ambos menores". Con fecha 24 de septiembre de 2021 "se informa tanto a la Fiscalía de Menores como al Juzgado (...) de los trámites de audiencia de tutela realizados con el progenitor, la menor y la progenitora, resaltando la gran violencia verbal y ambiental mostrada por la progenitora". El 28 de septiembre de 2021 "se informa al Juzgado del último informe emitido por Trama Ciasi en el que se concluye "que el mantenimiento de la menor bajo la guarda de su madre perjudica el proceso de recuperación de daño en la menor, suponiendo una victimización secundaria que perjudica gravemente el desarrollo psicológico y emocional", y se insta a la necesidad de adoptar medidas urgentes para garantizar el bienestar de la misma, y destaca que la entidad pública dentro de sus competencias sigue procedimiento para declarar el desamparo de ambos menores. Misma información se traslada a Fiscalía de Menores". En un informe de tutela de la Sección de Familia de 30 de septiembre de 2021 "se da amplia cuenta de la situación de la menor (...) y de su hermano (...) y valora la necesidad de declarar el desamparo en relación a ambos progenitores asumiendo su tutela y ejerciendo la guarda mediante acogimiento de urgencia en la persona allegada a la familia, con la finalidad de evitar con ello la institucionalización de los menores lo que supondría una victimización secundaria de los mismos. En la misma se propone la suspensión del régimen de visitas de la progenitora con ambos menores y se orienta el PIP a la reunificación en el contexto paterno, así como a reparar el daño que la situación de abuso ha causado en (la niña) e incorporando (al hermano) en la intervención de cara a valorar el daño que la situación de negligencia haya podido causar en el menor". Así las cosas, el 4 de octubre de 2021 "se dicta

resolución por la que se declara la situación de desamparo de ambos menores y se acuerda el acogimiento en familia ajena”. El 5 de octubre de 2021 desde la Consejería “se informa al Juzgado de la situación de tutela urgente y provisional de los menores y acordando el acogimiento familiar con una persona referente para ellos, valorando primar el interés superior y legítimo de los menores sobre cualquier otro, hasta que se resuelva el procedimiento de medidas cautelares”. Tras recibirse en la Consejería el 13 de octubre de 2021 el Auto de 8 de octubre de ese mismo mes “por el cual el Juzgado (...) procede a suspender con carácter cautelar la guarda y custodia compartida sobre los menores que se atribuye en exclusiva al padre y suprime las visitas a favor de la madre, en tanto se resuelven las medidas solicitadas”, el día 21 de ese mismo mes “se dicta resolución por la que se cesa la medida de tutela acordada y se acata la orden judicial, y se continúa con la intervención de ambos menores a instancia de la entidad pública”.

A la vista de este pormenorizado relato en el que se deja constancia de la actividad desarrollada por parte de los servicios competentes del Principado de Asturias en la protección de los menores una vez que fueron alertados, en el mes de abril de 2021, de la agresión sexual sufrida por la niña en agosto de 2020, tampoco a lo largo de este período cabe apreciar -tal y como sostiene el padre de los menores- la inacción de los servicios sociales por él denunciada, cuya actividad se desarrolló de conformidad con los criterios pautados por la Fiscalía de Menores y el órgano jurisdiccional interviniente.

Lamentablemente los abusos en el ámbito familiar resultan difíciles de detectar, y en el presente caso no sólo pasaron desapercibidos para los profesionales que realizaron el seguimiento de la familia, sino incluso para los dos progenitores, que en ningún caso advirtieron ni denunciaron indicios de los mismos.

Como consecuencia de ello, este Consejo entiende que no concurre en el presente supuesto la supuesta inactividad o pasividad por parte de la Administración del Principado de Asturias, personificada en la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar frente a la que se reclama, por lo que no cabe

sustentar una relación de causalidad entre los daños sufridos por los menores y el funcionamiento de los servicios públicos, observándose que la actuación de la Consejería fue continua y acorde con los principios informadores que rigen el alcance de la protección social de los menores en atención a la información de la que disponía, sin que esa actuación pueda erigirse en causa hábil de un daño cuyo origen es ajeno a la Administración reclamada.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.