

Expediente Núm. 68/2008
Dictamen Núm. 34/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Jiménez Blanco, Pilar
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de marzo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de febrero de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, como consecuencia de diversas medidas adoptadas por la Administración en relación con el acogimiento de una menor.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de septiembre de 2007, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la representante de los interesados (en adelante

representante) por los daños, morales y materiales, que señala han sufrido como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración del Principado de Asturias en el procedimiento de acogimiento de una menor en situación de desamparo.

Según relata en su escrito, "el 22 de enero de 2002 (...) la Audiencia Provincial de Oviedo dicta sentencia por la que declara a mis mandantes acogedores permanentes de su nieta menor" y, "desde esa fecha, el Instituto Asturiano de Atención Social (a) la Infancia, Familia y Adolescencia ha intentado por todos los medios que no se cumpla dicha sentencia intentando todo tipo de argucias con aspecto legal para impedir el cumplimiento de la misma, como lo fue un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que por supuesto no cabía y (...) que el (Tribunal Supremo) no admitió".

Expone que los interesados solicitaron la "ejecución provisional (...), la cual fue acordada por el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo el 16 de octubre de 2002, dando un plazo de 20 días para el cumplimiento de la sentencia", y que "la Administración no entregó" a la menor en el plazo señalado, oponiéndose "a la ejecución".

El Tribunal Supremo -continúa- "no admite el recurso de casación (...) y la sentencia de la Audiencia deviene firme", por lo que proceden los interesados a solicitar, "con fecha 23 de junio de 2004 (...), la entrega de su nieta" a la Consejería correspondiente. Ante la respuesta negativa, "en fecha 16 de julio (debe entenderse de 2004) se presentó nuevo escrito al que se acompañaba la identificación completa del auto del Tribunal Supremo que declaraba la firmeza de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial (...), encontrándose mis mandantes con una respuesta terminante de la Directora del Instituto de la Infancia, indicando que (...) no se procederá a la entrega aludida". A su vez se les informa de la intención de interponer un "recurso de amparo contra el auto del Tribunal Supremo (...), recurso que no procedía y que no fue ni admitido a trámite".

Señala que, "siempre intentando evitar el cumplimiento de la Sentencia de la Audiencia Provincial (...), la Consejería de Vivienda y Bienestar Social instó ante el Juzgado de Familia de Oviedo un procedimiento de jurisdicción voluntaria de cesación del acogimiento de mis representados y ha solicitado unas medidas cautelares para dejar sin efecto la ejecución que se tramita en el Juzgado de Instrucción N.º 3" de Oviedo. Añade que, con fecha 16 de mayo de 2005, "el Juzgado de Familia de Oviedo dictó Auto (...) en el que acordó suspender la ejecución (de la sentencia) del Juzgado N.º 3 y dejar a la niña con los cuidadores de hecho/. Frente a este auto se interpuso por la Fiscalía de Menores de Asturias escrito interesando la nulidad del mismo (...). Dicha nulidad fue dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial" de Oviedo.

Posteriormente, y sin que se entregue la menor a sus abuelos, "el 29 de abril de 2005 la Consejería de Vivienda y Bienestar Social presenta ante el Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo cesación definitiva de acogimiento familiar (...), iniciando con ello otro largo y tortuoso procedimiento judicial, dilatando y entorpeciendo el cumplimiento de la sentencia firme". Este Juzgado, mediante Sentencia de 19 de junio de 2006, "desestima la demanda de oposición presentada por la representación procesal" de los interesados, "confirmando la medida (...) relativa al cese del acogimiento familiar de la menor (...) por sus abuelos". Los ahora reclamantes presentaron "recurso de apelación ante la Audiencia Provincial" de Oviedo; recurso que fue desestimado por "Resolución de 1 de diciembre de 2007".

Sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso señala que "la entidad pública cuando entregó a la niña (a una familia de acogida) no tuvo en cuenta en forma adecuada el principio de prioridad de integración" de aquella "en su entorno familiar" y que "debido al mal actuar de la Consejería transcurrieron cinco años y once meses hasta la última sentencia (...) que otorgaba el acogimiento permanente de (la menor) con sus abuelos. Por lo que entiende la Sala que es mucho tiempo para la menor, ya que (...) ha

empezado al colegio y se ha integrado en una ciudad” muy alejada de “su familia extensa”.

Sobre los daños producidos, indica que, “además del sufrimiento moral provocado en este largo y penoso procedimiento”, hay que tener en cuenta los “gastos cuantiosos de letrados y procuradores, psicólogos, etc. que han tenido que sufragar (...) durante todo ese tiempo en el que han luchado y siguen luchando por recuperar a su nieta”.

En lo atinente a la “relación de causalidad”, considera la representante que la “Administración autonómica (...) ha intentado por todos los medios que no se diera cumplimiento a la sentencia” que “declaraba a mis mandantes acogedores permanentes de su nieta” y que, “con su actuación (...), no sólo ha producido un daño moral a mis mandantes que no tienen obligación de soportar (...), sino que también (...) se lo ha producido a la menor (...), que (...) ha tenido que ver cómo se la ha intentado separar de su familia extensa”.

En relación con la indemnización, refiere un “sufrimiento profundo, reiterado y constante al ver cómo se desvanecían sus esperanzas de recuperar a su nieta e integrarla de nuevo en su familia de sangre”, lo que cuantifica, tomando como “referente indemnizatorio (...) las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad”, en setecientos mil euros (700.000 €), insistiendo en los fundamentos jurídicos de su escrito que la Administración “ha creado un daño efectivo, tanto moral como económico, evaluable y cuantificable para mis mandantes no teniendo los mismos obligación de soportarlo”.

Junto con el escrito acompaña un poder general y especial para pleitos, conferido por los interesados a favor de la procuradora que comparece en el presente procedimiento en su nombre y representación.

2. El día 9 de octubre de 2007, la Consejera de Bienestar Social dicta resolución ordenando “incoar expediente de responsabilidad patrimonial” y “nombrando

instructora del mismo". Dicha resolución se notifica a la representante el día 29 de ese mismo mes.

Con fecha 5 de noviembre de 2007, se notifica a la representante la fecha de recepción de la reclamación, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

3. Previa solicitud de la instructora, con fecha 22 de octubre de 2007, la Letrada del Menor emite un informe "en relación a las actuaciones realizadas por la Administración del Principado de Asturias en materia de protección de menores", que se efectúa, según señala, a petición del Servicio responsable de la actividad administrativa que ha ocasionado la presunta lesión indemnizable.

Dicho informe comienza con una detallada exposición, cronológicamente ordenada, de todas las actuaciones llevadas a cabo por la Administración autonómica en relación con la menor objeto de este procedimiento; relato que se remonta al día 9 de diciembre de 1997 y que finaliza el día 16 de octubre de 2007.

Según se especifica en el mismo, el 9 de diciembre de 1997 los servicios sociales de la zona remitieron al entonces "Servicio de Familia y Menores" un informe sobre el núcleo social de la futura, en aquel momento, madre de la menor, indicando que mantuvieron una "entrevista en el domicilio" de sus padres (ahora abuelos de la menor), y que la abuela dijo no querer "saber nada de su hija, que hace pocos días vino a pedir dinero, gritando que había roto aguas, que la echó de casa sin darle nada". También habría señalado, según se recoge en aquel informe, que pensaba denunciar a quien suponía padre de la criatura, "motivada dicha actitud por móviles económicos".

Una vez nacida la niña, "el día 22 de diciembre de 1997, el abuelo (...) comparece en el Servicio de Familia y Menores", manifestando que "su hija (...) abandonó el domicilio paterno para irse a vivir con su compañero sentimental, persona perteneciente al mundo marginal y con problemas de drogas"; que su

hija "les propuso que se hicieran cargo de la niña sin que en ningún momento vieran en ella deseos de cambiar de vida para en un futuro próximo poder ocuparse de su hija, motivo por el cual consideran que no pueden asumir a su nieta dado que ello implicaría un conflicto permanente" con la madre de la pequeña. El día 30 de diciembre de 1997, la Consejería de Servicios Sociales resuelve incoar "expediente de protección" y asume la guarda de la menor "como medida provisional durante la tramitación" del procedimiento. Ingresada "la niña en la Unidad del Menor del Centro Materno Infantil" -prosigue la Letrada del Menor- "se le autorizan a la madre visitas diarias".

En un informe sobre las visitas realizadas por los padres de la menor, de fecha 21 de mayo de 1998, se constata que "estas han ido descendiendo notablemente de forma que en los meses de abril y mayo tan sólo han visitado a la niña una vez", y se deja reflejado que resulta llamativo que "nadie de su familia, en concreto sus abuelos, se hayan interesado por la niña pues no ha establecido nadie contacto con el centro".

El día 9 de julio de 1998, los abuelos maternos manifiestan al Servicio de Familia y Menores que el padre de la menor ha fallecido en un accidente y que la madre se encuentra ingresada en estado grave, y piden autorización para "visitar a su nieta a la que no conocen. Además, desean solicitar el acogimiento familiar de la niña". El día 21 de ese mismo mes, y ante los servicios sociales correspondientes a su domicilio, los abuelos aclaran que antes no habían "solicitado el acogimiento de la niña" por miedo al padre y que, por esa razón, tampoco la habían visitado, mencionando que "están capacitados para atender a la niña, que es la única nieta que tienen y que quieren hacerse cargo" de ella, y el día 30 de julio de ese mismo año el Servicio de Familia y Menores autoriza a los abuelos a realizar una visita semanal al Centro Materno Infantil.

Como consecuencia de la muerte del padre de la menor, se ingresan en el Juzgado correspondiente "16.210.700 pesetas para la satisfacción de la indemnización que proceda a los perjudicados (...), a la espera de la decisión

judicial sobre la situación personal” de la hija del fallecido, “quien parece ser la única perjudicada legal”.

Continúa indicando la Letrada del Menor que un informe de los servicios sociales correspondientes, de fecha 9 de septiembre de 1998, en relación con una entrevista mantenida con la madre de la menor, constata que “esta está fuera del domicilio familiar, que al alta hospitalaria estuvo dos días en la calle, viviendo en una casa abandonada”, y recoge textualmente la opinión de la madre de la niña señalando que “está claro que (la abuela) quiere a la cría ahora por el dinero que hay por medio”.

Con fechas 11 de septiembre y 5 de octubre de 1998, la trabajadora social y el Área del Menor, respectivamente, emiten informe negativo sobre la solicitud de acogimiento presentada por los abuelos, proponiendo, por considerarlo más favorable para la menor, un hogar ajeno. El día 19 de octubre de 1998, la Viceconsejería de Bienestar Social declara a la menor en situación de desamparo y, en la misma fecha, desestima la solicitud de acogimiento realizada por sus abuelos. La madre de la menor recurre la medida de guarda administrativa, que es ratificada en primera instancia por el Juzgado correspondiente y en apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo el día 8 de noviembre de 1999, instando a la Consejería para que, a la mayor brevedad posible, se concluya la medida provisional de guarda de la niña.

El día 11 de febrero de 2000 fallece en accidente la madre de la menor y, con fecha 9 de noviembre de ese mismo año, la Directora del Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familia y Adolescencia comunica a los abuelos el inicio del expediente de acogimiento preadoptivo de dicha menor. Previamente, había sido ingresada, a favor de la menor, la cantidad de 20.842.800 pesetas como indemnización por el accidente de tráfico sufrido por sus padres.

La Letrada del Menor describe la oposición de los abuelos a todas las medidas adoptadas por la Administración y detalla los diferentes informes técnicos y sociales incorporados al expediente, todos ellos contrarios al acogimiento solicitado por aquéllos y favorables a la integración de la niña en una familia ajena, hasta que, el día 6 de marzo de 2001, el Consejero competente formaliza un convenio de acogimiento familiar preadoptivo, trasladándose la menor a vivir fuera del Principado de Asturias con sus acogedores. Los informes sobre el seguimiento realizados por los servicios administrativos territoriales correspondientes a su nuevo domicilio son muy favorables a la integración. Así, la Psicóloga del Servicio de Infancia y Familia de la Diputación pertinente informa, el día 14 de mayo de 2001, que “la menor se siente querida, aceptada y totalmente integrada. La vinculación afectiva es fuerte y la evolución global de la menor es muy positiva en todos los aspectos”. También con esa misma fecha, la respectiva Unidad de Trabajo Social “valora la idoneidad de la permanencia de la menor en su actual núcleo familiar”.

El día 26 de julio de 2001, el Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Oviedo desestima la demanda interpuesta por los abuelos sobre el acogimiento en familia ajena. Sin embargo, con fecha 15 de enero de 2002, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo revoca la sentencia anterior, acuerda dejar sin efecto las resoluciones de la Consejería y decreta el acogimiento a favor de los abuelos maternos. En aclaración de sentencia, el día 8 de febrero de 2002, la Audiencia Provincial manifiesta que el acogimiento constituido a favor de los abuelos es de carácter permanente.

Con fecha 8 de marzo de 2002 los acogedores preadoptivos interponen recurso de casación frente a la sentencia anterior; recurso que también interpone el Letrado Defensor del Menor el día 11 de marzo de 2002. El Tribunal Supremo, por Providencia de 8 de julio de 2002, deniega la medida cautelar que habían solicitado los abuelos el 3 de mayo en relación con la

custodia de la menor, argumentando que sus efectos pueden conseguirse mediante la ejecución provisional de resoluciones judiciales.

Solicitada por los abuelos la ejecución provisional, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo, por Auto de 16 de octubre de 2002, acuerda que se ejecute la sentencia en el plazo de veinte días. Los acogedores preadoptivos, mediante escrito de fecha 29 de octubre de 2002, se oponen a la ejecución y el Fiscal de Menores, el 24 de noviembre de 2002, declara procedente no haber lugar a la ejecución provisional de la Sentencia de 15 de enero de 2002, al entender que no resulta acorde al interés de la menor una brusca ruptura de la convivencia, proponiendo establecer un régimen de visitas a sus abuelos. El 25 de noviembre de 2002, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo determina que procede estimar la oposición a la ejecución despachada, dejando sin efecto el anterior Auto de fecha 16 de octubre de 2002. Interpuesto recurso por los abuelos, la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante Auto de 25 de julio de 2003, declara firme el auto apelado, afirmando que no se puede ejecutar provisionalmente la resolución judicial en tanto no se resuelva el recurso de casación interpuesto.

Por Auto de 15 de julio de 2004, el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación presentado por falta de interés casacional, declarando firme la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 15 de enero de 2002.

El 19 de julio de 2004, el Servicio Jurídico del Principado de Asturias interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional solicitando la suspensión de la ejecución de la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo.

Con fecha 20 de octubre de 2004 los acogedores preadoptivos plantean ante el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución, instando retrotraer las actuaciones por defectos procesales en su tramitación. El día 2 de noviembre de 2004 el Fiscal de Menores informa favorablemente la solicitud de los acogedores y, con fecha 25 de noviembre de 2004, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo declara la

nulidad de las actuaciones, acordando dar traslado del auto, despachando ejecución, a los acogedores preadoptivos de la menor.

El día 14 de diciembre de 2004, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo realiza una exploración a la menor, determinándose su voluntad contraria a venir a Asturias. En relación con la ejecución de la sentencia, se levanta acta del acuerdo alcanzado entre todas las partes implicadas (Fiscalía, abuelos, acogedores preadoptivos y Administración del Principado de Asturias) y, según el mismo, la menor pasará a residir, de forma definitiva, con sus abuelos a partir de junio de 2005; mientras tanto, pasará una parte de sus vacaciones en Asturias y se establecerá un amplio régimen de comunicación telefónica; durante el año 2005, y después de cada periodo vacacional, la menor será examinada por el equipo psicosocial adscrito a los juzgados.

Mediante Providencia de 20 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional acuerda inadmitir el recurso de amparo interpuesto.

El día 14 de enero de 2005, el informe del centro donde se encuentra escolarizada la menor señala que ha sufrido un importante estancamiento a nivel cognitivo y social; que demuestra desinterés, inquietud, inseguridad y una profunda tristeza, y que se aferra fuertemente a sus padres. El día 18 de enero de 2005, tras la estancia de la menor en el domicilio de sus abuelos durante las Navidades de 2004, el equipo psicosocial del juzgado realiza un extenso análisis sobre su estado y evolución, y concluye que, si se atiende a las necesidades de la niña y no a las de los adultos, lo más aconsejable para ella es preservar su actual núcleo de convivencia.

El día 14 de marzo de 2005, el equipo de adopción nacional propone el cese del acogimiento familiar con los abuelos maternos, acordado en su momento por la sentencia de la Audiencia Provincial, y la adopción de una medida cautelar consistente en la atribución de la guarda a sus actuales cuidadores.

En un informe psicológico sobre el seguimiento de la niña, de fecha 30 de marzo de 2005, se refleja que la separación de la menor de su familia acogedora tendrá consecuencias nefastas para su evolución psicológica, constituyendo dicha separación un "maltrato psicológico grave". El equipo psicosocial del juzgado, tras las vacaciones de Semana Santa de la menor con sus abuelos, señala que, "de llevarse a efecto la residencia definitiva de la niña en Asturias, se prevé un coste (...) muy alto para la menor, no sólo a corto plazo, porque se pretenden destruir los vínculos emocionales (de esta) con la familia acogedora, con la consiguiente confusión, tristeza y pérdida de identidad para ella, sino también a largo plazo", para abordar las necesidades educativas de la adolescencia. Dicho informe concluye "que lo más aconsejable para la niña sería que continuara en su núcleo familiar (el de la familia acogedora) y que mantuviera un contacto de régimen de visitas con los abuelos maternos", subrayando que los acogedores están mostrando capacidad para preservar la estabilidad emocional de la niña, "no predisponiéndola en contra de sus abuelos", contrarrestando los "mensajes e información contraproducente de la abuela materna".

La Consejería de Vivienda y Bienestar Social, mediante Resolución de 29 de abril de 2005, insta al Letrado Defensor del Menor a presentar ante el juzgado competente la demanda de cesación de acogimiento familiar de la menor por sus abuelos, lo que se hace efectivo el día 5 de mayo. La demanda mencionada incluye la medida cautelar de mantenimiento de la convivencia de la menor con sus acogedores, y el Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo (Juzgado de Familia), mediante Auto de 16 de mayo de 2005, acuerda atribuir provisionalmente la guarda de la menor a los acogedores preadoptivos, en tanto se resuelve la cesación del acogimiento permanente. El Juzgado N.º 3 de Oviedo, mediante Auto de 29 de junio de 2005, accede a la suspensión cautelar de la entrega de la menor a los abuelos en tanto se mantenga la medida cautelar dictada por el Juzgado de Familia. Sin embargo, por Auto de 7

de diciembre de 2005, la Audiencia Provincial de Oviedo declara nulas las medidas cautelares acordadas por el Juzgado de Familia, por falta de competencia funcional del mismo.

Con fecha 12 de enero de 2006, los abuelos presentan ante el Juzgado de Familia un escrito de oposición a la resolución administrativa de cesación de acogimiento familiar y, paralelamente, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo resuelve, por Auto de 24 de abril de 2006, la entrega de la menor a sus abuelos el día 1 de julio de 2006 en el aeropuerto de Asturias, sin perjuicio de lo que decida en su día el Juzgado de Familia a la vista de las circunstancias que concurren.

El Juzgado de Familia, mediante Sentencia de 19 de junio de 2006, confirma el cese del acogimiento familiar de la menor por sus abuelos, por entender que la defensa del superior interés de la menor exige su permanencia en la familia formada por sus acogedores preadoptivos, estableciendo un régimen de estancias y comunicaciones con aquéllos en periodos vacacionales. Interpuesto recurso de apelación por sus abuelos, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, con fecha 1 de diciembre de 2006, lo desestima, por considerar que el superior interés de la menor está en evitar el “más que probable peligro grave para su equilibrio personal, emocional y mental que representaría el romper con su familia de apego y referencia” (la de sus acogedores preadoptivos) y su inserción en la familia de origen. Finalmente, la Audiencia Provincial de Oviedo, en autos dimanantes del Juzgado de Instrucción N.º 3, resuelve, con fecha 16 de octubre de 2007, que la entrega definitiva acordada por Auto de 24 de abril de 2006 de dicho Juzgado carecía de sentido, teniendo en cuenta al cese del acogimiento acordado por el Juzgado de Familia y confirmado por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial.

Tras exponer los antecedentes del caso, la Letrada del Menor enuncia diversas “consideraciones de derecho” y concluye, básicamente, que “en todo momento la Administración del Principado de Asturias (...) actuó en defensa del

supremo interés de la niña (...), como principio de relevancia suprema reconocido por toda la legislación internacional, nacional y autonómica en materia de protección de menores". A modo de resumen, indica que "la entidad pública en ningún momento estuvo obligada como tutora de la menor a proceder a su entrega y retorno al núcleo familiar de sus abuelos maternos más que por el Auto de 24 de abril de 2006, dictado por el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo; pero, señalando dicho auto (hoy revocado) como fecha de ejecución (...) el 1 de julio de 2006, el dictado con fecha anterior (...), el diecinueve de junio de 2006, de la Sentencia de Primera Instancia que revocaba el acogimiento, hizo que su aplicación deviniera imposible por su revocación sobrevenida, y todo ello legalmente, porque, conforme al tenor de los artículos 774 y ss y cc de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias dictadas en procesos matrimoniales y de menores, aunque se recurran, no suspenderán la eficacia de las medidas en ellas adoptadas./ Es decir, dictada la sentencia sobre cesación del acogimiento, esta fue directamente aplicable pese a que los abuelos interpusieron recurso de apelación, que, tras su tramitación procesal también fue desestimado, pero la Administración no incumplió (...) ninguna obligación de entrega de la menor tutelada"; que "la actuación de la Administración (...) ha sido exquisita y ajustada en todo momento a la legalidad y a las circunstancias personales de la menor en cada momento personal y familiar de su vida", destacando al respecto que el procedimiento en materia de menores "estará siempre presidido por la defensa y supremacía del interés superior del menor", y que este no es "absoluto", sino "dinámico" y "genérico, debiendo concretarse en cada supuesto", que la "desjudicialización de los primeros escalones de la protección infantil" determina una "habilitación positiva para actuar" y una "correlativa obligación de actuar", en el sentido de que la Administración "no sólo puede intervenir, sino que 'debe hacerlo'"; que la "actuación del Ministerio Fiscal (...) 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 impugnada por el propio Ministerio Fiscal”, subrayando el hecho de que todas las medidas adoptadas fueron notificadas a este órgano, y 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 la menor”; y 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 del interés de los menores, y en el presente caso todos los profesionales técnicos intervinientes (Juzgados, servicios sociales municipales, Consejería, Ministerio Fiscal, equipo psicosocial adscrito al Juzgado, etc.), todos sin excepción, han coincidido en la imposibilidad de integración de (la menor) en su entorno familiar biológico”.

Termina aclarando que, “si bien la actuación protectora de la Administración (...) ha sido siempre adecuada y ajustada a la legalidad vigente y a los intereses de la menor, las vicisitudes administrativas y procesales han sido muchas y la realidad determinará que en ningún momento se ha producido una actuación determinante de responsabilidad patrimonial” y que los reclamantes “no tienen derecho a ser indemnizados (...) en cantidad alguna, porque no ha existido ninguna lesión en sus bienes o derechos que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público (...), ni existe ningún daño acreditado (...) efectivo y evaluable que estos no tengan la obligación de soportar (...), máxime cuando la mera anulación por el orden jurisdiccional de disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización y (...) cuando cualquier otra responsabilidad por la lentitud de la Administración de Justicia o el mal funcionamiento de los Tribunales debiera ser regida y exigida al amparo de la Ley Orgánica del Poder Judicial y no (...) a esta Administración protectora”.

4. El día 6 de noviembre de 2007, la representante aporta “poder compulsado (...) para su unión” al expediente.

5. Con fecha 10 de diciembre de 2007, la Consejera de Bienestar Social resuelve el nombramiento de una nueva instructora, lo que se traslada a la representante el día 11 de ese mismo mes.

6. Evacuado el trámite de audiencia mediante escrito notificado a la representante el día 19 de diciembre de 2007, esta presenta, con fecha 2 de enero de 2008, un escrito de alegaciones. En él señala que los hechos detallados en el informe elaborado por la Letrada del Menor “en nada afectan a esta reclamación hasta el (...) reseñado el 15 de enero de 2002, fecha en la que la Audiencia Provincial de Oviedo dicta sentencia en la que declara a mis mandantes acogedores permanentes de su nieta”; que todos “los hechos anteriores a la reseñada sentencia y concernientes a la vida de la menor (...) en nada afectan a este procedimiento por dos motivos fundamentales:/ Cuando la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial dicta la referida sentencia ya conoce sobradamente toda la situación anterior de la menor, y de su familia (...), y a pesar de la contumaz oposición de la Consejería de Bienestar Social declara a los abuelos (...) acogedores permanentes de su nieta./ Por ello entendemos que no son estos hechos objeto de este procedimiento, ya que el mismo tiene por objeto enjuiciar la actuación de la Consejería (...) desde el 15 de enero de 2002”.

Sobre la actuación de la Administración, manifiesta que “fue declarada, cuando menos, errónea por los Tribunales de Justicia, pero esa declaración no pudo ser ejecutada ante la oposición de la Consejería (...). Como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 1 de diciembre de 2006 -añade el escrito- (...), `la actuación de la entidad pública al acordar el

acogimiento de la menor por una familia alejada físicamente de su entorno, cuando existía familia de origen que podía hacerse cargo de la misma, no tuvo en cuenta en forma adecuada el principio de prioridad de integración de la niña en su entorno familiar' (...) y continúa:/ También lo es que una vez fue revocada esta decisión inicial por los Tribunales otorgando la guarda a su familia de origen, los abuelos maternos, hoy recurrentes, mostró una radical oposición a la ejecución de lo acordado por la Autoridad Judicial (...), planteando con tal finalidad sucesivas incidencias y recursos que a la postre se mostraron improcedentes".

Afirma que "el informe del Letrado del Menor (...) no desvirtúa en modo alguno la reclamación (...), ya que del mismo se deriva que ha existido un daño efectivo, pues reconoce que estuvo obligada a la entrega de la menor aunque enseguida pasa a dar explicaciones de por qué no lo hizo", y considera que el daño es "evaluable económicamente" y que la "menor también ha sufrido en este largo procedimiento", sosteniendo que "si la Administración hubiera cumplido la sentencia dictada (...) o, a más, hubiera decretado en su momento el acogimiento permanente de mis mandantes y no de una familia extraña, ni mis mandantes ni la menor hubieran sufrido el mismo", y estima que "es el tiempo el que ha tomado la decisión".

Finaliza reiterando la solicitud de indemnización por el "daño efectivo y evaluable causado" a sus mandantes "por la actuación indebida de la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias".

A modo de "otrosí digo", solicita que se "una a la presente reclamación (el) expediente íntegro de la menor (...) obrante en los archivos de la Consejería". Junto con el escrito acompaña una copia de la Sentencia número 453 de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo.

7. Con fecha 15 de febrero de 2008, la instructora del procedimiento, con el V.º B.º del Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social,

formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En similares términos a los expuestos por la Letrada del Menor, indica que “la actuación protectora de la Administración (...) ha sido siempre adecuada y ajustada a la legalidad (...) y a los intereses de la menor, y que las vicisitudes administrativas y procesales han sido muchas, no produciéndose en ningún momento una actuación determinante de responsabilidad patrimonial, puesto que no ha existido ninguna lesión en los bienes o derechos de los reclamantes (...) ni existe ningún daño acreditado (...) efectivo y evaluable que estos no tengan obligación de soportar (...), máxime cuando cualquier otra responsabilidad por la lentitud de la Administración de Justicia o mal funcionamiento de los Tribunales debiera ser regida y exigida al amparo de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Por último, la propuesta de resolución analiza la cuantía y la naturaleza del daño alegado por los reclamantes (“sufrimientos profundo, reiterado y constante al ver cómo se desvanecían sus esperanzas de recuperar a su nieta e integrarla de nuevo en su familia de sangre”), señalando que estos “únicamente han mostrado interés en la integración de su nieta en el seno de su familia biológica desde que el padre de aquélla falleciese como consecuencia de un accidente (...). Con anterioridad, los reclamantes no habían manifestado preocupación alguna por la menor, expresando, desde el primer momento, su conformidad en que esta fuera alojada en un centro de menores dependiente de la Consejería, al que ni siquiera acudían a visitarla”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de febrero de 2008, registrado de entrada el día 7 de marzo de 2008, 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., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

Con fecha 17 de diciembre de 2008, notificado el día 19 del mismo mes, el Consejo Consultivo solicita a V. E., al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio (en adelante Reglamento del Consejo Consultivo), la remisión de dieciséis (16) documentos concretos, suponiendo su especial relevancia en orden a la determinación de los hechos denunciados.

Mediante escrito de 22 de enero de 2009, registrado de entrada el día 27 de ese mismo mes, V. E. remite copia diligenciada de los documentos requeridos.

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 del Consejo Consultivo, 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.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto

directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 presenta con fecha 28 de septiembre de 2007, habiéndose dictado la sentencia que definitivamente desestima la pretensión de los interesados el día 1 de diciembre de 2006. Manifestándose en tal fecha el efecto lesivo que estos atribuyen a la actuación administrativa, es claro que la reclamación fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

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.

No obstante, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades. En primer lugar, destacamos que el informe del Servicio responsable ha sido elaborado por otro distinto -Letrada Defensor del Menor-,

sin que tal decisión, que parece adoptada verbalmente, y la posterior asunción por el Servicio correspondiente de sus conclusiones se haya formalizado debidamente.

En segundo lugar, hemos de recordar que el artículo 9 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial establece que el órgano instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, y ello mediante resolución motivada, añadiendo en el apartado segundo que “cuando sea necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un periodo extraordinario de prueba”. Si bien en el escrito inicial de reclamación los interesados no proponen medio de prueba alguno, en las alegaciones solicitan, “para una correcta resolución de la presente reclamación”, que se incorpore al procedimiento el “expediente íntegro de la menor” obrante en los archivos de la Consejería. Sin que se haya incorporado, ni dictado resolución motivada alguna sobre el rechazo de la mencionada prueba documental, el órgano instructor eleva propuesta de resolución, incumpliendo así lo previsto en dicha norma. No obstante, hemos de considerar que la documentación requerida, relativa a la situación de desamparo de una menor, ha de ser especialmente protegida, como señala el artículo 141 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en función del “superior interés de los menores y para preservar su intimidad”. Por ello, dado que la Administración no discute los hechos relevantes planteados en la reclamación; que los interesados tampoco se oponen, en el trámite de audiencia, al relato del informe administrativo incorporado al expediente, y que, en puridad, no solicitan esa información para redactar sus alegaciones, sino que entienden que resultaría necesaria “para una correcta resolución de la presente reclamación” por parte de la Administración, estimamos que la omisión de la prueba no genera indefensión alguna que obligue a retrotraer las actuaciones al momento en que aquélla debió practicarse, aunque habrá de subsanarse el defecto de resolución expresa sobre la prueba documental propuesta

incorporando a la resolución final que se adopte el pronunciamiento motivado ahora omitido. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento del Consejo Consultivo.

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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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.- Se somete a nuestro dictamen la reclamación de responsabilidad patrimonial interesada por los abuelos de una menor, en relación con determinadas actuaciones de la Administración del Principado de Asturias en materia de desamparo y protección de menores que finalmente concluyeron, con la oposición de tales abuelos, en el establecimiento de un acogimiento preadoptivo por personas ajenas a la familia biológica de la niña, domiciliadas fuera de nuestra Comunidad Autónoma.

Debemos analizar en primer lugar la efectividad del daño alegado, y a este respecto destacamos que en el escrito de reclamación se hace referencia a dos conceptos diferentes: de una parte, se aduce el daño moral de los reclamantes y de la propia menor, señalando que son los primeros “quienes sufren terriblemente al pensar que su única nieta crece lejos de su familia y cuidada por personas totalmente ajenas a la misma”, añadiendo que “desde su nacimiento están luchando contra viento y marea para tenerla en su compañía”, y que también se ha producido un daño de idénticas características a la menor, “que a sus nueve años de edad ha tenido que ver cómo se la ha intentado

separar de su familia extensa”; de otra, se alude a los “gastos cuantiosos de Letrados y Procuradores, Psicólogos, etc. que han tenido que sufragar (...) durante todo este tiempo en el que han luchado y siguen luchando para recuperar a su nieta”. Sin ninguna cuantificación concreta, y sin aportar prueba alguna -factura, minuta profesional o similar-, valoran ese conjunto de daños -morales y materiales- en la cantidad de setecientos mil euros (700.000 €).

Sobre la efectividad del daño, este Consejo viene manteniendo de forma reiterada que la carga de la prueba incumbe a quien sostiene el hecho y no al que lo niega, de acuerdo con los principios jurídicos recogidos en los aforismos *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* y *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*. Sobre la base de lo anterior, y por lo que se refiere a lo que denominaremos “costas judiciales” (honorarios de Letrados y Procuradores e intervención de peritos en la causa), hemos de reiterar que los interesados no aportan ninguna prueba acerca de su existencia, lo que, en principio, impediría tenerlos por ciertos. No obstante, y puesto que cabe presumir, dada la realidad de los procesos judiciales en los que han sido parte, la existencia de gastos por tales conceptos, aun desconociendo su cuantía concreta, este Consejo Consultivo ya se ha pronunciado sobre la improcedencia de reclamarlos de la Administración por el procedimiento autónomo de responsabilidad patrimonial (Dictamen Núm. 100/2006, entre otros), teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada al respecto. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de marzo de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), ha señalado que “en cuanto a las costas procesales, al existir un régimen propio para decidir sobre su imposición a los litigantes, entendemos que el pronunciamiento que al respecto se ha de contener en la sentencia anulatoria del acto o disposición impide su reclamación ulterior cuando se ejercita separadamente la acción por responsabilidad patrimonial de la Administración”, y la Sentencia de 15 de julio de 2000, de la misma Sala y Sección, indica que “entre los perjuicios indemnizables, reclamados en la demanda, no son atendibles los costes de los

procesos judiciales seguidos por la demandante para lograr la devolución de las cantidades ingresadas en las arcas públicas por el inconstitucional gravamen complementario, ya que, según hemos declarado en nuestras Sentencias de 2 de febrero de 1993, 29 de octubre de 1998 y 18 de marzo de 2000 (recurso de casación 922/1996, fundamento jurídico quinto), el régimen propio para decidir sobre la imposición a los litigantes de las costas procesales impide su reclamación ulterior cuando se ejercita separadamente la acción de responsabilidad patrimonial”.

Un segundo grupo de daños a los que se refieren los interesados serían los daños morales generados por las medidas administrativas adoptadas con relación a la menor, y a este respecto, con independencia de los problemas que ocasiona la prueba de este tipo de daños y su cuantificación, cuestiones sobre las que, en su caso, habremos de profundizar más adelante, podríamos entender que la simple constatación de los hechos fundamentales relatados, en el sentido de que la niña finalmente se ha integrado en una unidad familiar ajena, contra el criterio de los abuelos que solicitaron su acogimiento, nos permite presumir la existencia de un daño moral en los reclamantes, admitiendo un enlace entre ambos hechos, según las reglas del criterio humano, y avanzar en el análisis del resto de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En todo caso, como principios que habrían de presidir, llegado el momento, la consideración de ese daño moral que presumimos, hemos de dejar constancia de que, en un primer momento, los abuelos renunciaron a todo contacto con esa niña, quedando acreditado en el expediente que una vez alumbrada por su madre malvivió con ella en la calle durante algún tiempo, sin apoyo alguno de los ahora reclamantes, quienes igualmente ignoraron su existencia durante la primera etapa de su vida, una vez ingresada en los servicios asistenciales correspondientes. Y también deberíamos tener en cuenta, dado que el interés superior de la menor es el criterio rector que debe presidir cualquier decisión

sobre su guarda y custodia, que no cabe plantear pretensiones fundadas exclusivamente en el interés particular de los adultos, desligados del interés de esa menor. Por ello, en el caso concreto que nos ocupa, la apreciación del daño moral imputado por los abuelos ha de atemperarse con la constatación de que todos los informes públicos elaborados por distintos especialistas sobre las necesidades de la niña se mostraron unánimes al estimar que el interés de esta, y no el de los adultos, exigía su permanencia en el hogar de la familia de acogida. En definitiva, no resulta posible valorar el daño moral que dicen haber sufrido los abuelos como si este tuviera una naturaleza aislada o exenta, sino que habríamos de ponderarlo en relación objetiva con los intereses superiores de la menor; intereses a los que en absoluto pueden sentirse ajenos los familiares reclamantes, aun cuando los perciban de modo incompatible con los suyos propios.

Y por lo atinente al daño moral supuestamente producido a la menor, hemos de manifestar, de un lado, que los ahora reclamantes no pueden actuar en defensa o representación de los intereses de su nieta, dado que no son sus acogedores, y, de otro, a la vista de los informes obrantes en el expediente, hemos de negar la existencia misma de ese supuesto daño, toda vez que la menor siempre manifestó su interés en permanecer con su familia de acogida y el propio equipo psicosocial adscrito a los juzgados informó, al menos en dos ocasiones, que eran las estancias vacacionales con sus abuelos las que le producían un daño emocional.

Establecida, siquiera sea con carácter de presunción, la existencia de un daño moral en los abuelos, hemos de analizar si se cumplen el resto de los requisitos que permitan determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, como hemos sostenido en numerosos dictámenes, la realidad de un daño no debe significar, por sí misma, la declaración de responsabilidad patrimonial, 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, hemos de analizar si existe relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso alegado.

Los interesados aluden a la actividad administrativa desplegada, calificándola de "argucia" dirigida a impedir la ejecución de la sentencia que otorgaba el acogimiento a los abuelos; en particular, atribuyen el obstruccionismo a dos decisiones de la Administración: la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue inadmitido, y la presentación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que corrió idéntica suerte.

Con carácter previo, hay que dejar constancia de que la actividad desplegada por la Administración para salvaguardar los intereses de la menor constituye el ejercicio de una potestad-deber que se ejercita a la vista siempre del criterio unánime de los profesionales que informan sobre las necesidades de aquélla. Por tanto, ningún reproche cabe realizar a la interposición de los recursos legales a su alcance, siempre orientados a la defensa de lo que aquellos profesionales consideraban como interés de la menor, al margen del que pudieran simultáneamente postular los familiares o acogedores en cada momento.

Sentado esto, con la finalidad de valorar correctamente las imputaciones que efectúan los reclamantes y el resto de lo actuado por la Administración, hemos de realizar un resumen de los principales avatares del largo proceso judicial al que aquéllos se refieren, contrastando sus afirmaciones con los datos e informes incorporados al procedimiento.

En primer lugar, resulta incuestionable que, en Sentencia de apelación de 15 de enero de 2002, la Audiencia Provincial de Oviedo resolvió el acogimiento de la menor a favor de sus abuelos. Sin embargo, omiten estos en su relato que los propios acogedores, y no sólo la Administración autonómica, presentaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se habría

interpuesto, respectivamente, los días 8 y 11 de marzo de 2002. Por tanto, la interposición del recurso de casación por la Administración autonómica no guarda relación directa y objetiva con un primer “retraso” en la entrega de la menor al que se refieren los reclamantes, ya que la inexistencia de esa actividad administrativa no habría evitado el supuesto daño, pues la mera interposición de la casación por los acogedores en aquel momento hubiera producido los mismos efectos.

La realidad es que los abuelos solicitaron, como medida cautelar, la entrega de la niña el 8 de marzo de 2002 y, en un primer momento, la Audiencia Provincial de Oviedo, por Auto de 8 de abril de 2002, la deniega por falta de competencia objetiva. Dirigida la acción frente al Tribunal Supremo, por Providencia de 8 de julio de 2002, el Alto Tribunal la deniega igualmente señalando que “sus efectos pueden conseguirse a través de la ejecución provisional de resoluciones judiciales, regulada en los artículos 542 y siguientes de la (Ley de Enjuiciamiento Civil) en el caso de que procediera”. Ello nos conduce a considerar que el retraso que observan los reclamantes en la ejecución de la sentencia, y que atribuyen al recurso de casación interpuesto, se debe más bien a una errónea elección, por su parte, de los mecanismos procesales correspondientes.

Retomada por los interesados la vía de la ejecución provisional, por Auto de 16 de octubre de 2002, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo accede a la misma estableciendo un plazo de 20 días para la entrega de la menor. Frente a dicha resolución judicial se interpone recurso por la Consejería correspondiente, pero también por los acogedores, oponiéndose asimismo a la entrega inmediata el Fiscal de Menores, quien plantea un régimen provisional de visitas a favor de los abuelos. El Juzgado, por Auto de 25 de noviembre de 2002, estima la oposición. Apelada la resolución por los abuelos, la Audiencia Provincial de Oviedo, por Auto de 25 de julio de 2003, desestima el recurso, declarando firme el auto. Como en el supuesto del recurso anterior, hemos de

advertir que no sólo la Consejería, sino también los acogedores en aquel momento, se opusieron a la medida cautelar; por tanto, parece evidente que el tiempo transcurrido entre la fecha del auto (16 de octubre de 2002) y el pronunciamiento de la Audiencia Provincial (25 de julio de 2003) no cabe imputarlo a la Administración autonómica. Aun en la hipótesis de que la Administración no hubiera planteado oposición a la ejecución, subsistiría la formulada por los acogedores de la menor y, consecuentemente, se habría desencadenado el mismo procedimiento, transcurriendo idéntico o muy similar periodo de tiempo. Ello al margen de que parecían existir sólidas razones, y no meras "argucias" legales, para oponerse a dicha ejecución, teniendo en cuenta, por un lado, que a las mismas se sumó el Fiscal de Menores -según relata la Letrada del Menor- y, por otro, que fueron atendidas por la Audiencia Provincial en el mencionado Auto de 25 de julio de 2003. Había pasado, por tanto, un año y medio desde la Sentencia de 15 de enero de 2002 sin que se alcanzase su ejecución y, a tenor de lo que venimos razonando, dicho plazo hubiera igualmente transcurrido sin intervención alguna de la Administración autonómica, habida cuenta de que los órganos judiciales tendrían que haber resuelto los recursos e impugnaciones presentadas por los acogedores de la niña en aquel momento.

Pero es que el 15 de junio de 2004, el Tribunal Supremo inadmite la casación interpuesta y la Sentencia de la Audiencia Provincial de 15 de enero de 2002 deviene firme, por lo que, en realidad, desde la fecha de la sentencia de apelación habían transcurrido ya prácticamente dos años y medio hasta que se alcanzó la firmeza de la misma, por un pronunciamiento de "inadmisión".

Según el relato de los interesados, no negado de contrario por la Administración, el 16 de julio de 2004 habrían solicitado a la entidad tutelar la ejecución de la sentencia firme y, el 19 de ese mismo mes, el Servicio Jurídico del Principado de Asturias interpone recurso de amparo ante el Tribunal

Constitucional, pero su inadmisión -declarada el 21 de diciembre siguiente- en nada interfiere en el procedimiento de ejecución.

El 20 de octubre de 2004 son los acogedores preadoptivos quienes -afirma la Letrada del Menor y no se niega de contrario- plantean ante el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo la declaración de nulidad de las actuaciones tendentes a la ejecución de la sentencia firme, instando la retroacción de las mismas al momento de la solicitud frente a la Administración. El Fiscal de Menores informó favorablemente dicha solicitud y el Juzgado, mediante Auto de 25 de noviembre de 2004, acuerda dicha nulidad y la retroacción del procedimiento, dando traslado de ello a los acogedores, apreciando que "se ha producido una evidente indefensión, al no ofrecérseles la posibilidad de formular alegaciones". En el dispositivo del mencionado auto se acuerda citar a las partes a una vista el día 1 de diciembre de 2004 y, según acta levantada en dicha fecha, la vista se pospone hasta el 14 de ese mismo mes para que pueda comparecer la menor.

Por tanto, conforme a lo que acabamos de relatar, desde la firmeza de la sentencia (inadmisión por el Tribunal Supremo de la casación el día 15 de junio de 2004) hasta el 14 de diciembre de ese mismo año, el proceso de ejecución se dilata como consecuencia de la oposición de los acogedores y los defectos procesales en la tramitación de la misma, que obligaron a la retroacción de actuaciones. En dicho proceso, como hemos anticipado, ninguna incidencia tiene la interposición del recurso de amparo por la Administración del Principado de Asturias, pues no consta que haya paralizado o suspendido la ejecución de la sentencia firme.

Finalmente, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo resuelve, el 14 de diciembre de 2004, con acuerdo de todas las partes implicadas -según manifiesta la Letrada del Menor y no resulta desvirtuado de contrario-, que la entrega de la niña a los abuelos se realizará en junio de 2005 y, para facilitar su proceso de adaptación a la nueva situación, establece un régimen de visitas en

periodos vacacionales y amplias comunicaciones telefónicas. También se acuerda que el desarrollo del proceso sea objeto de seguimiento por el equipo psicosocial del Juzgado.

A la vista de todo ello, hay que dejar constancia de que, en contra de lo sostenido en la reclamación, en este momento se dispone, con el consentimiento de los ahora reclamantes, el modo de ejecutar la sentencia de 15 de enero de 2002, si bien se somete a seguimiento la transición desde un sistema de acogimiento provisional a otro permanente, con la finalidad de garantizar el interés prevalente de la menor en todo este proceso. En el curso de esta supervisión, el estado y evolución de la menor ponen de manifiesto una serie de hechos que afectan a la decisión acerca del mejor modo de salvaguardar sus intereses.

En efecto, según se deduce del relato que efectúa la Administración, y que no se niega por los interesados, los informes de ese equipo psicosocial adscrito al Juzgado no son favorables a la integración de la menor en el seno de su familia biológica, sino que, por el contrario, al plasmar el seguimiento relativo a la estancia de la pequeña con ellos durante la Navidad, dejan constancia, el 18 de enero de 2005, de que "las características de los abuelos van a dificultar a corto plazo la incorporación de la menor a su núcleo familiar, al pretender una ruptura traumática de los vínculos afectivos que la niña tiene con la familia acogedora y, a largo plazo, van a suponer un entorno que puede satisfacer las necesidades materiales de la menor, pero no las emocionales./ Si se atiende a las necesidades de la niña y no (a las) de los adultos, lo más aconsejable para ella es preservar su actual núcleo de convivencia y ampliar sus relaciones familiares con unas visitas con los abuelos maternos, sumando redes de apoyo y no sustituyendo una familia por otra".

Informes igualmente negativos se emiten por el equipo de adopción nacional el día 14 de marzo de 2005, que propone en esa fecha el cese del acogimiento familiar con sus abuelos, y también por el equipo psicosocial

adscrito al Juzgado que, con ocasión de las vacaciones de Semana Santa, el 12 de abril de 2005, estima que de llevarse a efecto la residencia definitiva de la niña en Asturias es previsible un coste muy alto para la menor, no sólo a corto plazo, porque se pretenden destruir los vínculos emocionales de la niña con la familia acogedora, sino también a largo plazo. Por ello, considera que lo más aconsejable para la niña sería que continuara en su núcleo familiar (actual) y que mantuviera un contacto de régimen de visitas con los abuelos maternos.

Como consecuencia de estos datos se inicia un nuevo proceso y la Consejería insta la cesación del acogimiento familiar ante el Juzgado de Familia. Como medida cautelar, solicita la permanencia de la niña con sus acogedores actuales; petición que resulta estimada por Auto del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo, de 16 de mayo de 2005. Al respecto, los interesados señalan en su escrito de reclamación que “el Juzgado de Familia de Oviedo dictó auto vulnerando los principios de seguridad jurídica, del juez predeterminado por la ley y de control jurisdiccional”. El Fiscal de Menores solicita la nulidad del auto del Juzgado de Familia y este, por Auto de 23 de junio de 2005, mantiene la medida, hasta que el día 29 de ese mismo mes, el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo accede a la suspensión cautelar de la entrega de la menor a los abuelos en tanto se mantenga la anterior medida cautelar del Juzgado de Familia. La controversia jurídica es resuelta por la Audiencia Provincial de Oviedo el 7 de diciembre de 2005, al acordar la nulidad de las medidas cautelares ante el Juzgado de Familia.

Entretanto, la ejecución sigue su curso en los términos consentidos por los abuelos, y el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo, pese a los informes desfavorables descritos, determina, por Auto de 24 de abril de 2006, que la entrega de la niña se efectuará el día 1 de julio de ese mismo año en el Aeropuerto. Sin embargo, antes de que se cumpliera dicho plazo, el Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo, mediante Sentencia de 19 de junio de 2006,

confirma el cese del acogimiento de los abuelos y establece un régimen de visitas a su favor.

Resulta ilustrativa la argumentación de esa sentencia en orden al cese del acogimiento, al indicar que un “cambio sustancial y fundamental a los efectos de la resolución a dictar es que (...) la menor se incorporó a la familia (los acogedores preadoptivos) en marzo de 2001, cuando tenía tres años, y ahora tiene ocho años de edad, habiendo devenido a ser la única familia que asume como propia, en la que se ha integrado de forma estable y que le ha aportado seguridad personal y estabilidad emocional”. Ello pone de relieve un dato esencial, que el contexto de valoración del interés de un menor varía con el transcurso del tiempo, hasta el punto de hacer perder a un acogimiento el carácter “permanente” que se le reconoció precisamente en función de un cambio fundamental en las circunstancias existentes en el momento en que aquél se declaró.

La sentencia, posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial, asume, en definitiva, la tesis de la Consejería de entender que las circunstancias actuales, fruto del tiempo transcurrido, deben hacer variar la consideración final sobre cuál es el interés superior de la menor enfrentado con el de las familias que pretenden su acogida. Tales circunstancias, que los reclamantes atribuyen a la actuación torticera de la Administración autonómica, se deben más bien a lo complejo del proceso, a la negativa inicial de los abuelos a hacerse cargo de la niña (que no debe olvidarse es el dato relevante que pone en marcha el procedimiento de acogimiento por una familia ajena) y a la intervención permanente, constante e infatigable de esa familia de acogida -de idéntica intensidad pero en sentido contrario a la desplegada por los abuelos-, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de aquéllos, de modo que, según hemos razonado, los procedimientos judiciales relatados (recurso de casación, amparo constitucional, y oposición a todas las medidas de ejecución planteadas ante el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Oviedo), habrían

debido sustanciarse igualmente, con los mismos plazos procesales, aun sin la participación de la Consejería respectiva. En síntesis, no cabe atribuir a la Administración la actuación que constituye la causa objetiva del transcurso del tiempo de cuyas consecuencias se duelen ahora los interesados y que les mueve a reclamar indemnización.

El Tribunal Supremo, al analizar el nexo causal, ha sentado como doctrina reiterada “que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse se imponen aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia en hipótesis hubiera evitado aquél” (entre otras, Sentencia de 25 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª); posición doctrinal acogida igualmente por el Consejo de Estado (Dictamen 3914/1998, de 21 de enero de 1999).

Si los acogedores de la niña plantearon, tal como hemos expuesto, una constante oposición a las pretensiones de los abuelos, impugnando todos y cada uno de los pronunciamientos judiciales que consideraban perjudiciales a los intereses que defendían, la hipotética inexistencia de la actividad administrativa no habría evitado los supuestos retrasos e impedimentos a la ejecución de la sentencia y, consecuentemente, tampoco el paso del tiempo que finalmente contribuyó a que la menor fuera confiada definitivamente a la familia acogedora. Por tanto, no podemos apreciar la existencia de un nexo causal entre la actividad administrativa y el daño que se le imputa, pues consideramos que los retrasos a que aluden los interesados obedecen a la complejidad del procedimiento y, en definitiva, al sistema de recursos y demás instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico pone a disposición de todos los ciudadanos.

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

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.