

Expediente Núm. 41/2013
Dictamen Núm. 73/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
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 18 de abril de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 28 de febrero de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia de la declaración de un menor en situación de desamparo dejada sin efecto por la jurisdicción civil.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 21 de febrero de 2012, los interesados presentan en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la situación de desamparo de su hijo y nieto, respectivamente, declarada por Resolución de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social de 3 de octubre de 2005, con asunción de su tutela por ministerio de la ley y suspensión de la patria potestad.

Exponen que a consecuencia de esta declaración el menor -en aquel momento recién nacido, y en cuyo nombre y representación, además de en el propio, manifiesta actuar su progenitor- ingresó en un centro de acogida, y que dicha decisión fue recurrida por el padre, ahora reclamante, ante el Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo, que confirmó la resolución mediante Sentencia de 18 de julio de 2007. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial dicta Sentencia el 6 de mayo de 2008 por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto, acordándose la revocación de la resolución y disponiendo “la restitución del apelante (...) en la guarda y custodia sobre su hijo menor, ejerciendo los derechos de patria potestad sin limitación alguna”, y acordándose, “sin perjuicio de lo anterior (...), que por parte de los Servicios Sociales del Principado de Asturias se proceda a un seguimiento de la evolución del menor y de su situación familiar tendente a evitar cualquier desprotección del niño”. Finalmente, interpuesto recurso de casación por la Consejería de Bienestar Social, el Tribunal Supremo -Sala de lo Civil- dicta Sentencia el 21 de febrero de 2011 por la que se desestima aquel y se confirma el pronunciamiento de la Audiencia Provincial.

Los interesados señalan que “como consecuencia de la actuación de la Administración”, que, a su juicio, “supuso una clara vulneración de los derechos inherentes” a sus “relaciones paterno filiales y familiares”, como demuestran las decisiones judiciales reseñadas, el menor se “vio separado de su padre y su abuela durante 996 días, desde el (...) 3 de octubre de 2005 hasta el (...) 24 de junio de 2008, lo que sin duda les ha originado un daño moral incuestionable”, generándoles una “situación de ansiedad, estrés y desesperación” que entienden “debe ser en la medida de lo posible resarcida”.

La indemnización que solicitan asciende a un total de doscientos cincuenta y ocho mil novecientos sesenta euros (258.960 €), de los cuales 99.600 € corresponderían al padre, 99.600 al menor y 59.760 € a la abuela paterna.

2. Mediante Resolución de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad de 8 de marzo de 2012, se admite la reclamación, se encomienda su tramitación al Servicio que se indica y se designa instructora del procedimiento.

El día 20 de abril de 2012, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Económico comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en la Consejería de Bienestar Social e Igualdad, el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos del silencio administrativo. Igualmente, les requiere para que aporten documentación acreditativa de la relación de parentesco invocada y del "referente indemnizatorio utilizado" para el cálculo del importe solicitado, consignándose la suspensión del procedimiento entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento.

Con fecha 3 de mayo de 2012, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito al que acompañan copias de sus documentos nacionales de identidad y de sus Libros de Familia, precisando que para la cuantificación de la indemnización "se han tomado como referencia los criterios que han venido estimando los tribunales para supuestos similares" con arreglo al principio de "reparación integral" del daño, consagrado en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De forma más concreta, especifican que la obtención del importe resulta de la atribución de una cantidad a cada uno de los días de separación del menor transcurridos.

3. El día 4 de junio de 2012, la Instructora del procedimiento solicita un informe al Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia y a la Letrada del Menor del Principado de Asturias.

4. Con fecha 12 de junio de 2012, la Letrada del Menor emite informe en el que rechaza las imputaciones de arbitrariedad y falta de justificación atribuidas por los interesados a la decisión cuestionada. Señala, en primer lugar, que se ha cumplido el procedimiento legalmente establecido para la declaración de la situación de desamparo, habiéndose iniciado de oficio "durante el periodo de

gestación” de la madre y de acuerdo con lo informado por los Servicios Sociales, y siendo debidamente informados los progenitores y la abuela en comparecencia presencial en la que, entre otras cuestiones, a esta última se le indicó la posibilidad de solicitar el acogimiento de su nieto.

En segundo lugar, recuerda que la resolución adoptada “fue incluso ratificada” por el Juzgado de Primera Instancia “tras valorar detenidamente que la propia abuela reconoce que los progenitores por sí solos no podrían ocuparse adecuadamente del niño”, así como que “el propio fallo” de la posterior Sentencia de la Audiencia Provincial que revocó la medida de protección inicialmente adoptada estableció diversos condicionantes para la restitución de la patria potestad al progenitor concretados en la realización de un seguimiento por parte de los Servicios Sociales competentes, “de tal manera que tan pronto se detecte una situación de efectivo desamparo deberá (...) procederse conforme señala el artículo 172” del Código Civil.

Asimismo, resalta el informe que “la Fiscalía de Menores del Principado de Asturias (...) respaldó todas y cada una de las actuaciones de esta entidad en el ejercicio de sus competencias”, y que también “el Fiscal del Tribunal Supremo apoyó la admisión y estimación del primer motivo alegado en el recurso de casación” interpuesto por la entidad pública contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, lo que, según se razona, corrobora el pleno ajuste a la legalidad y al superior interés del menor de la actuación administrativa.

Concluye que los reclamantes “no tienen derecho a ser indemnizados (...) porque 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 de acuerdo con la legislación vigente, máxime cuando la mera anulación por el orden jurisdiccional de disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización”.

El informe se acompaña de 40 documentos entre los que cabe destacar los siguientes: a) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 18 de julio de 2007, por la que se confirma la Resolución de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social de 3 de octubre de 2005, por la que se declaraba en

situación de desamparo al menor, asumiendo su tutela y acogimiento un centro de protección. b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 6 de mayo de 2008, por la que se acuerda la restitución del apelante en la guarda y custodia de su hijo. c) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011 -Sala de lo Civil-, en la que se afirma “entender que se ha protegido el interés del menor con la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Oviedo”, que se confirma, desestimándose el recurso de casación interpuesto por la Consejería actuante. d) Informes emitidos por la Fundación Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Gijón a lo largo de varios años, y que comprenden el periodo transcurrido desde el momento anterior al nacimiento del menor, incluyendo la valoración (negativa) de la solicitud de acogimiento formulada por los abuelos paternos en el año 2006 y el seguimiento posterior a la incorporación del menor al entorno familiar paterno, en el que se constata una evolución positiva. e) Resolución de la Consejera de Bienestar Social y Vivienda de 26 de abril de 2011, por la que se acuerda archivar el expediente de protección respecto del menor, “sin perjuicio de la continuidad de la intervención que ya se está llevando a cabo” por los Servicios Sociales. f) Documentación emitida por la Fiscalía del Tribunal Supremo y por la Fiscalía de Menores del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias. g) Informes emitidos por el centro de protección en el que residió el menor desde octubre de 2005 hasta junio de 2008.

5. El día 26 de junio de 2012, emite informe el Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia. En él se enumeran las actuaciones llevadas a cabo por el Servicio, tanto las realizadas con carácter previo al nacimiento del menor como la adopción de la medida, y se reiteran las circunstancias que aconsejaron dicha decisión, cuya adecuación se reitera en el momento actual, constatándose la existencia de “una situación de desamparo y no de riesgo” en la que concurrían una pluralidad de elementos determinantes de la incapacidad de “ambos progenitores como alternativa de convivencia” y la “ausencia de otras figuras familiares” por las que pudiera optarse. Igualmente, se efectúan diversas referencias legales a la protección normativa del *nasciturus* y se subraya el

“trabajo intensivo” desarrollado en el ámbito familiar al que se incorpora el menor.

6. Con fecha 3 de agosto de 2012, la Instructora del procedimiento acuerda la apertura del periodo probatorio, que consta notificado a los reclamantes el día 8 de ese mismo mes.

7. Mediante escrito notificado a los interesados el 13 de noviembre de 2012, la Instructora del procedimiento les comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de diez días, y les adjunta una relación de los documentos obrantes en él.

El día 21 del mismo mes, un representante de los reclamantes comparece en las dependencias administrativas y examina el expediente, interesando una copia de varios documentos que se le entregan, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto. Figura incorporado al mismo el escrito de uno de los interesados, fechado el 20 de noviembre de 2012, en el que confiere su representación a favor de la persona compareciente.

Mediante escrito presentado en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 30 de noviembre de 2012, los perjudicados sostienen que la instrucción confirma la existencia de responsabilidad por parte de la Administración, alegando que “no tenían el deber jurídico de padecer el daño provocado”, y resaltan que “los informes de los servicios sociales obrantes” en el expediente corroboran “lo desproporcionado e injustificado de la actuación” sufrida, pues constatan que “ninguno de los supuestos motivos que impulsaron” a adoptar “tan drástica medida” tenían “la entidad suficiente” para ello, precisando que con posterioridad se ha acreditado “el perfecto desarrollo del menor en el entorno familiar” en el que ahora reside, habiendo sido archivado por la propia Consejería el expediente de protección abierto en el mes de abril de 2011.

8. Con fecha 31 de enero de 2013, la Instructora del procedimiento, con el visto bueno del Secretario General Técnico, formula propuesta de resolución en

sentido desestimatorio. En ella, tras reproducir los argumentos contenidos en los informes suscritos por la Letrada del Menor y el Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia, se concluye que de lo expuesto “se desprende que en el momento de dictarse la Resolución por la cual se declaraba al menor (...) en situación de desamparo concurrían una serie de circunstancias que hacían inviable cualquier otra decisión (...). En consecuencia, la solución tomada por los Servicios Sociales del Principado de Asturias era la única vía para asegurar el interés primordial del menor, tal y como se recoge en el artículo 2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995 (...), con independencia de que posteriormente la situación haya cambiado y el progenitor y la abuela se encuentren en situación de prestarle los cuidados necesarios”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de febrero de 2013, registrado de entrada el día 6 de marzo de 2013, 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 Bienestar Social y Vivienda, 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.- 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, estando facultado el padre (a tenor de la fotocopia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente) para actuar en nombre y representación de su hijo menor de edad, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

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

TERCERA.- Analizamos en este caso la reclamación de responsabilidad que se atribuye a una Resolución de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social por la que se declara en situación de desamparo a un menor que fue dejada sin efecto por la jurisdicción civil.

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".

El párrafo 4 del mismo precepto señala que "La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".

Es cierto que nos encontramos ante un acto privado de efectos por la jurisdicción civil y no anulado en vía administrativa o contencioso-administrativa

que no estaría contemplado en el supuesto de hecho de este precepto. Sin embargo, la resolución de declaración de la situación de desamparo es un acto dictado por un órgano administrativo en ejercicio de la función de asistencia y protección de los menores desamparados atribuida por disposición del artículo 172.1 del Código Civil. De conformidad con el artículo 19.3 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, que regula las actuaciones de la Administración del Principado de Asturias en esta materia, el acto adoptado tiene eficacia inmediata, sin perjuicio de su impugnación en vía judicial por los interesados disconformes con la misma. La atribución a la jurisdicción civil de la competencia para la resolución de los recursos u “oposiciones” que se formulen, que se justifica por los efectos civiles de la declaración de desamparo, consistentes en la suspensión de la patria potestad, no impide subsumir este caso en el citado precepto de la LRJPAC.

En este asunto, la sentencia definitiva es la dictada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación, que confirma la de la Audiencia Provincial, que había dejado sin efecto la declaración de desamparo. Dicha sentencia data del 21 de febrero de 2011, por lo que, presentada la reclamación el día 21 de febrero de 2012, es claro que 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 que, pese a la ausencia de firma de uno de los informes emitidos por los servicios intervinientes -el de Infancia, Familias y

Adolescencia-, cabe entender que su contenido es asumido por la responsable del mismo, que suscribe el oficio de remisión que lo acompaña.

También observamos que durante el trámite de audiencia comparece un representante cuya acreditación no se atiene a los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LRJPAC, y que, no obstante, se le exhibe la documentación obrante en el expediente, lo que contradice las más elementales exigencias derivadas del principio de confidencialidad que debe presidir la tramitación de todo tipo de procedimientos que pudieran afectar a la actuación protectora sobre los menores, recogido expresamente en el artículo 6 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.

Por último, 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 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

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.- Constituye el objeto del presente asunto la reclamación de daños formulada por el padre y la abuela de un menor en relación con una situación de desamparo declarada por la entidad pública competente en materia de protección en el momento del nacimiento de aquel y que fue, posteriormente, dejada sin efecto por la jurisdicción civil.

Por lo que se refiere a la efectividad del daño alegado, de índole moral, y concretado por los reclamantes en la “situación de ansiedad, estrés y desesperación” derivada de la “privación injustificada de su hijo y nieto” y de su “padre y abuela”, respectivamente, y con independencia de la dificultad inherente a la prueba de los mismos y su cuantificación, podríamos entender que la constatación de la declaración de desamparo en virtud de la Resolución

de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social de 3 de octubre de 2005 y la consecuente asunción de la tutela e internamiento del menor nos permiten presumir la existencia de un daño moral en los reclamantes, admitiendo, según las reglas del criterio humano, un enlace entre ambos hechos. No obstante, en caso de concurrir los requisitos determinantes de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, las restantes circunstancias deducidas del expediente habrían de ser tenidas en cuenta en la correspondiente valoración económica del daño, que los interesados cuantifican tomando como referencia exclusiva los días en que el menor estuvo ingresado en el centro, encontrándose entre aquellas la existencia de un régimen de visitas para ambos progenitores o el contacto mantenido con los abuelos durante ese periodo.

Sin embargo, respecto al menor, no podemos concluir, a falta de prueba alguna en este sentido que hayan aportado los interesados o de otros datos que se desprendan de la documentación obrante en el expediente, que ese mismo intervalo temporal haya perjudicado su normal desarrollo y evolución, o que le haya infligido un daño moral, tal y como se pretende. Así, el último informe emitido por el Área del Menor, fechado dos semanas antes de su incorporación al domicilio familiar, constata que el niño "continúa evolucionando favorablemente", presentando "un desarrollo normal acorde a su edad en todas las áreas de conducta", en línea con lo expuesto en los precedentes que fueron evacuados, reflejando su seguimiento, durante su estancia en el centro de protección.

Ahora bien, la existencia de un daño no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de acreditarse que el alegado ha sido ocasionado por el funcionamiento de un servicio público de titularidad de la Administración a la que se reclama y que es antijurídico.

Los interesados razonan que las decisiones judiciales dimanantes de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo evidencian el carácter "desproporcionado e injustificado" de la medida inicialmente adoptada por parte de la Administración, afirmando que "no están obligados a soportar los perjuicios de una decisión administrativa que los tribunales han declarado no

conforme a derecho". En su escrito de alegaciones exponen, además, que la evolución posterior de los hechos ha confirmado la aptitud del padre y de la abuela para criar al niño.

Al respecto, hemos de partir de lo establecido en el artículo 142.4 de la LRJPAC, cuya aplicación al caso hemos justificado con anterioridad, en cuanto a que la anulación de los actos administrativos "no presupone derecho a la indemnización". Es decir, la anulación del acto es requisito necesario, pero no suficiente, para declarar la responsabilidad de la Administración, pues se precisa -como en todos los supuestos- que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público y que no concurra en el perjudicado el deber de soportarlo.

Con carácter previo al pertinente análisis del funcionamiento del servicio público, resulta oportuno señalar que, según establece el artículo 31 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, "La determinación de la situación de desamparo, a los efectos de la presente Ley, se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 172.1 del Código Civil". A tenor de este precepto, "La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada". En un segundo inciso, califica como situación de desamparo "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

En la apreciación de la situación de desamparo han de tenerse en cuenta, además de la situación de desprotección, las características del menor y

del entorno socio-familiar del mismo. Para declarar el desamparo es suficiente que este sea potencial o futuro, como en el caso de los recién nacidos cuyos padres no quieren o no pueden atender.

Como hemos tenido ocasión de afirmar en nuestro Dictamen Núm. 229/2011, concurren en esta materia una pluralidad de derechos e intereses que han de ser valorados. Así, al derecho del menor a la asistencia moral y material y al pleno desarrollo de su personalidad se une su derecho a no ser separado de sus padres y el derecho de estos a la vida familiar y a educar a sus hijos, dimanantes del artículo 39 de la Constitución, primando en caso de conflicto el interés del menor, a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en la citada Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.

En el presente supuesto, estimamos que la situación del menor de cuya declaración de desamparo deriva la reclamación que analizamos revela esta complejidad, también evidenciada en la discrepancia, en cuanto a su valoración, que mantienen no solo el órgano administrativo y los judiciales, sino también estos últimos entre sí, habida cuenta que el Juzgado de Primera Instancia frente al cual se formuló oposición a la medida adoptada ratificó la misma.

En primer lugar, la Resolución de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social de 3 de octubre de 2005 declaró el desamparo del menor atendiendo a las circunstancias personales en las que se encontraban sus padres. Así, la madre padece una "importante discapacidad" que ha determinado su permanencia, a lo largo de varios años, en un centro especializado, habiendo comunicado durante la gestación el padecimiento de malos tratos por parte del padre, quien a su vez presenta "antecedentes de consumo de estupefacientes" e "historial delictivo", teniendo reconocida una situación de minusvalía "por patologías secundarias al consumo de drogas", señalándose la "imposibilidad de asumir la responsabilidad que supone la crianza del bebé", que contaba entonces con unos días de vida. Presentada oposición frente a la decisión

administrativa, la ya mencionada Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo confirmó la misma, recogiendo en sus fundamentos de derecho que del “examen del contenido del expediente administrativo (...) se desprende claramente que la medida de protección adoptada (...) es ajustada a la función tuitiva que tiene conferida” la entidad pública de protección, “atendidas las circunstancias personales y familiares de sus progenitores”. En la citada sentencia -que refleja la situación existente en la fecha de su emisión (mes de julio de 2007)- también se constata que, conviviendo en ese momento los padres en el domicilio de la abuela paterna, esta reconoce “que los progenitores por sí solos no podrían ocuparse adecuadamente del niño (...). Falta de capacidad para la crianza (...) que fue establecida en el informe pericial incorporado a los autos”, en el que incluso se rechazaba, por “inviable”, una posible “supervisión por parte de la abuela” debido a la relación de “sumisión” que mantenía respecto a su hijo.

Tras el examen del expediente instruido, hemos de compartir la consideración contenida en la propuesta de resolución de que al declararse el desamparo del menor “concurrían una serie de circunstancias que hacían inviable cualquier otra decisión”, siendo en ese momento la única que garantizaba una adecuada protección del superior interés del mismo. No puede obviarse que, tal y como resulta acreditado, la adopción de la medida se vio precedida de una intervención por parte de la Administración que resulta reflejada en los diversos informes emitidos por los Servicios Sociales ya durante el periodo de gestación del menor, habiéndose valorado las circunstancias concurrentes de forma ponderada. Igualmente, resulta probada la adecuación al procedimiento legalmente establecido del acto cuestionado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, siendo la Resolución adoptada con carácter urgente posteriormente confirmada por la de 13 de octubre de 2005, previa propuesta de ratificación elevada por la Comisión del Menor, y constando la comparecencia presencial de los ahora reclamantes el día 11 del mismo mes en la Consejería a fin de informarles de todas las cuestiones relativas al contenido de la medida dispuesta.

Con posterioridad, la Audiencia Provincial revocó la decisión adoptada, argumentando que concurre una situación de “desamparo potencial que no ha llegado a materializarse, dado que los padres no han tenido la oportunidad de cuidar a su hijo”, y, si bien acepta la incapacidad de la madre para hacerlo, razona, con base en la prueba practicada en el juicio, que el progenitor “puede reunir aptitudes para ello”, reprochando al informe pericial emitido con ocasión del procedimiento seguido en primera instancia la falta de concreción de la causa que imposibilita el cuidado por parte del padre, al que, en todo caso, ordena efectuar un seguimiento que permita la intervención en caso de detectarse una “situación de efectivo desamparo”. Esta última disposición, a juicio del Tribunal Supremo, resulta “seguramente lo más importante” en su valoración de la protección del interés del menor brindada por la sentencia dictada en apelación, por cuanto “la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores”, señalándose además, de forma expresa, que “el padre lleva” en el momento de dictarse aquella “una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negada por la Administración recurrente”.

Cabe apreciar, por tanto, que ambas sentencias tienen en cuenta que la situación del padre -no así la de la madre- no es idéntica a la existente en el momento de declararse la situación de desamparo, lo que no rechaza la entidad pública. Incluso en la apelación el propio reclamante alegaba que “los problemas de drogodependencia y delincuencia asociada” que entonces le aquejaban “se encuentran superados en la actualidad”. Por tanto, estimamos que no existe una divergencia absoluta que permita calificar de antijurídicos los efectos de la medida protectora inicialmente adoptada, que -ha de recordarse- fue ratificada en primera instancia sin ninguna objeción.

Como hemos observado también en dictámenes anteriores, semejante discrepancia entre el juicio que el caso merecía a la Administración y la conclusión alcanzada por los órganos judiciales no puede ser, sin más, reprochada al funcionamiento del servicio público de protección de menores, sino que es inherente a la complejidad del sistema y al componente humano y

afectivo de la materia; cuestiones que, a tenor de la elevada litigiosidad y las consiguientes sentencias de las Audiencias Provinciales, dificultan la resolución de los casos.

A mayor abundamiento, la Fiscalía de Menores del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias no solo no se opuso a la declaración de desamparo, sino que rechazó la demanda de oposición formulada por el padre, y, una vez dictada la sentencia en apelación que restituía al reclamante en su patria potestad, emitió un Decreto, con fecha 30 de mayo de 2008, en el que, "atendida la grave situación familiar del progenitor y los riesgos que el cambio en el régimen de guarda implica para el menor", se conminaba a la Consejería a la realización de un seguimiento de la evolución "del menor una vez pase a convivir con su padre", informando mensualmente del resultado del mismo. Igualmente, con ocasión del procedimiento instado ante el Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal apoyó parcialmente el recurso de casación interpuesto por la entidad pública, interesando la estimación del primer motivo alegado por aquella, por cuanto, a su juicio, la sentencia recurrida no valoraba, "partiendo de los hechos probados, el interés del menor de forma adecuada, en la medida que hace prevalecer el interés del padre, oponiéndose a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera".

Con base en ello, procede concluir que la Resolución de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social de 3 de octubre de 2005, que declaró la situación de desamparo del hijo y nieto de los reclamantes, no infringió el estándar de funcionamiento del servicio público en estos casos.

Una vez declarada la situación de desamparo del menor, la suspensión de la patria potestad y la asunción de la tutela y guarda del menor por la Administración son efectos que se producen por ministerio de la ley, por lo que nada tienen que ver con un presunto funcionamiento anormal del servicio público de protección de menores.

Finalmente, ha de resaltarse que el menor, durante su ingreso en el centro, fue objeto de una adecuada atención y cuidado, siempre conforme a las necesidades que iba presentando. Por otro lado, frente a la afirmación de los reclamantes de que tan solo precisaron "una orientación y apoyo en aspectos

puntuales para dotar de más recursos e instrumentos a la familia, sin que haya sido necesario ni mucho menos un control o vigilancia exhaustivo del menor en su entorno familiar”, los informes obrantes en el expediente evidencian que la labor de los Servicios Sociales tras la incorporación del niño a su entorno familiar paterno como consecuencia de la decisión de la Audiencia Provincial ha resultado decisiva para lograr una evolución satisfactoria, merced a una intervención que se ha prolongado durante tres años.

En definitiva, consideramos que el funcionamiento del servicio público de protección de menores de la Administración del Principado de Asturias ha sido correcto, y que los efectos de la medida de protección adoptada no reúnen la nota de antijuridicidad que sería legalmente exigible para acoger la pretensión de los reclamantes.

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.