

Expediente Núm. 97/2016
Dictamen Núm. 123/2016

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 19 de mayo de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de marzo de 2016 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños morales sufridos por la pérdida definitiva e irrevocable del vínculo afectivo y la relación paterno-filial con sus dos hijos menores.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 16 de abril de 2015, quien declara ser “padre biológico con filiación reconocida” de dos menores presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños morales que atribuye a las medidas administrativas de protección de menores adoptadas sobre sus hijos, que concluyeron con su adopción por una pareja seleccionada por la Entidad Pública.

Expone que por la "Consejería se promovió expediente de adopción (...) que finalizó por Auto de fecha 9 de septiembre de 2014, confirmado a su vez por Auto (...) de 2 de febrero de 2015", y que en dicho procedimiento "se denegó la posibilidad de necesidad de asentimiento" del ahora reclamante por considerar que "había consentido la asunción de las funciones de guardia y tutela por la meritada Administración y, a mayor abundamiento, que me encontraba impedido realmente para el ejercicio de la patria potestad o incurso en causa para ello".

Afirma que, sin embargo, "la intervención administrativa de dicha tutela de los menores fue siempre subsidiaria de la intervención penal" por un presunto delito de maltrato a los menores que acarreó "la suspensión cautelar de la patria potestad y la prohibición expresa de comunicarse con los menores"; medidas que "se encontraban plenamente vigentes tanto en el momento de la declaración administrativa de la situación de desamparo como al momento de cumplirse el plazo de impugnación de la misma (...). Por ello no es cierto, como afirma la Administración, que mi persona hubiese consentido la actuación administrativa (...). Simple y llanamente no cabía una impugnación en sede civil puesto que, en todo caso, bajo ningún concepto los tribunales de orden civil podrían dejar sin efecto las medidas penales, por lo que la hipotética impugnación que se predica, de haber sido estimada, conllevaría la incongruente situación de que tal resolución estimatoria, revocando la situación de desamparo, debería otorgar civilmente la tutela y la guarda y custodia de los menores a quien penalmente no podía legalmente tenerlos en su compañía". Por ello, insiste el interesado en "lo absurdo del planteamiento de considerar como recurrible la situación de desamparo mientras subsistiesen las medidas cautelares penales". Añade que una vez producida su absolución penal, "instó la rehabilitación del ejercicio de la tutela ante esta Administración", pero que dicha petición "fue rechazada y, tras su impugnación judicial, se mantuvo la misma".

Manifiesta que paralelamente la Administración inició los trámites para la "entrega en adopción de los menores", y que estos concluyeron con "la confirmación judicial de la adopción, en cuyo procedimiento una vez más se

parte de la ficticia posibilidad de mi persona de haber impugnado la declaración de desamparo mientras se hallaban subsistentes las medidas penales". En consecuencia, entiende que se le impone "un perjuicio material y moral absolutamente desproporcionado e insubsanable al derivarse la pérdida total y absoluta de la relación entre los hijos biológicos y su padre"; daño "objetivado y cristalizado con la firmeza del expediente de adopción en el presente año 2015".

Considera que ello "supone un claro supuesto de responsabilidad patrimonial (...) por un más que evidente funcionamiento anormal del servicio de protección de menores", consistente en el "mantenimiento de la medida de protección de menores y la negativa a la revisión de la misma por la exigencia de un infundado trámite impugnatorio materialmente inviable de lo cual era plenamente consciente la propia Administración".

En cuanto al nexo causal con el daño moral que invoca, indica que "la Administración en ningún momento (...) permitió la más mínima posibilidad de revisar la situación de los menores, conduciendo de manera inexorable al resultado lesivo, y en modo alguno puede entenderse que la ulterior confirmación judicial de las actuaciones administrativas por cuestiones meramente formales supone excluir la existencia de dicho funcionamiento anormal". En consecuencia, no se puede afirmar, "como ha reiterado la Consejería, que el juego del plazo del artículo 172.7"del Código Civil "impone el deber de soportar las resoluciones administrativas sin más por juego de la prescripción o caducidad".

Finalmente, cuantifica el "daño moral por la pérdida de la relación paterno filial" en 20.000 € por cada uno de los menores; esto es, cuarenta mil euros (40.000 €) en total.

2. Mediante Resolución de la Consejera de Bienestar Social y Vivienda de 4 de mayo de 2015, se admite la reclamación interpuesta y se designa instructora del procedimiento.

3. El día 6 de mayo de 2015, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Económico de la Consejería instructora comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Asimismo, le requiere para que en el plazo de diez días aporte "copia del documento nacional de identidad (...). Ficha de acreedores debidamente cumplimentada (...). Copia del Libro de Familia o documento análogo que acredite la relación de parentesco (...). Referente indemnizatorio para calcular el importe reclamado", advirtiéndole expresamente que en caso de incumplimiento "se le tendrá por desistido de su petición".

El día 21 de mayo de 2015, el interesado atiende al requerimiento y presenta una copia de su documento nacional de identidad, la ficha de acreedores, una copia compulsada del Libro de Familia y una sentencia del Tribunal Supremo "donde se establece el referente indemnizatorio".

4. Con fecha 4 de junio de 2015, la Instructora del procedimiento solicita un informe al Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia, como servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la presunta lesión indemnizable, y a la Letrada del Menor.

La Letrada del Menor emite, el 10 de junio de 2015, un informe detallado sobre los hechos en el que se deja constancia de los siguientes antecedentes:

a) Con fecha 13 de febrero de 2008 se incoa expediente de protección como consecuencia del atestado instruido por la Comisaría de Oviedo de la Dirección General de Policía. Según refiere la Letrada, el atestado recoge que el "día 12 de febrero de 2008 se recibe llamada del pediatra de guardia" del Hospital Universitario Central de Asturias que informa del ingreso de "una niña de tres meses de edad en estado de coma como consecuencia probable de haber sufrido malos tratos físicos (...). Detectan `lesiones internas graves en la cabeza, extensas de varias veces, producidas en diferentes días, y muy sugerentes, típicas de malos tratos´, observándose en el rostro dos heridas que denotan un cuidado negligente". Relata la policía que por tales hechos los padres son detenidos, y que el matrimonio tiene otros dos hijos -una "niña de

tres meses, gemela” de la ingresada, “y otro de diecisiete meses”-. También refiere el atestado que, entrevistada la Jefa de la Sección de Pediatría del hospital, llamó su atención “la aparente inexperiencia de los padres y su torpeza con respecto de los menores”, precisando que la misma niña ahora hospitalizada en un ingreso anterior “mostraba mal aspecto, de descuido, suciedad y mal olor”. A este expediente se incorpora un informe de la Concejalía del Ayuntamiento de residencia de los padres en el que se deja constancia de que la trabajadora social afirma que “detectó en más de una ocasión que las dos gemelas (...) presentaban moratones en mejillas, cuello y hombros”; un informe de los Servicios Sociales Mancomunados, en el que se reseña que la familia ocupa una vivienda social que dispone de tres habitaciones pero que “hace uso de una sola habitación (donde duermen los cinco)”, y un informe de la pediatra del centro de salud en el que pasan consulta en el que se indica que la otra hermana gemela “no sujeta adecuadamente la cabeza, no sonrío cuando se le hacen carantoñas (...), presenta un hematoma en región malar derecha y una herida lineal en pliegue de la mandíbula (...). Igualmente presenta dos lesiones en la región inferior de las nalgas redondeadas y simétricas que están en proceso de curación pero que podían corresponder a quemaduras”.

b) Mediante Auto de 15 de febrero de 2008, el Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo acuerda suspender provisionalmente la guardia y custodia de los tres hijos de la pareja atribuyéndosela a la Administración del Principado de Asturias.

c) El día 21 de febrero de 2008, el Hospital Universitario Central de Asturias emite informe de alta sobre la otra hermana gemela en el que se recoge, como diagnóstico principal, “sospecha de maltrato infantil”, y como diagnósticos secundarios “traumatismo craneal, fractura biparietal, traumatismo costal, fracturas 8.º, 9.º y 10.º arcos costales derechos y lesiones cutáneas diversas”.

d) Mediante Resolución de 27 de febrero de 2008, la Consejería de Bienestar Social declara la situación de desamparo y asume la tutela y guarda de los tres menores implicados.

e) El día 4 de marzo de 2008, se emite un informe clínico sobre la situación de la menor hospitalizada que recoge, como diagnóstico principal, "maltrato infantil", y como diagnósticos secundarios "encefalopatía postraumática severa con desconexión del medio, catarata y luxación de cristalino con desprendimiento retiniano extenso en ojo derecho, edema de papila crónico en ojo izquierdo, fracturas en radio distal y fémur derechos".

f) Con fecha 14 de marzo de 2008, los padres de los tres menores "comparecen ante la Letrada del Menor (...) y se les informa presencialmente de la situación de desamparo y asunción de tutela de estos menores por la Entidad Pública, entregándoles copia de la Resolución administrativa de tutela (...) y explicándoles presencialmente las consecuencias legales de dichas medidas de protección, así como los recursos y acciones legales a su alcance (...). Se les aclara el plazo de recurso legal y se les vuelve a indicar el plazo de recurso de tres meses indicado en la resolución y el plazo de revocación de dos años".

g) El día 27 de marzo de 2008 "la Consejería de Bienestar Social se persona" en el Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo "en el procedimiento penal abierto por maltrato y lesiones graves".

h) Con fecha 28 de marzo de 2008, la representación procesal del progenitor "interpone dos recursos de reforma y subsidiarios de apelación" frente a los autos del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo "y contra las medidas cautelares acordadas de alejamiento y ausencia de comunicación del progenitor con los menores".

i) El día 14 de abril de 2008, la Letrada del Menor se opone a dichos recursos. Afirma que, "independientemente de que el progenitor sea declarado autor de las lesiones o no, el hecho objetivo es que mientras sus hijos vivían con él en modo alguno ejerció la función protectora inherente a la patria potestad".

j) Con fecha 15 de abril de 2008, se emite informe por el Área del Menor del Centro Materno Infantil en el que se recoge, respecto a la hermana gemela ingresada en dicho centro, que la "expresión de tristeza y sufrimiento en el rostro, sus movimientos y gestos de evitación y pánico, el lloro al aproximarse

al adulto, las cicatrices de los glúteos y barbilla, así como las fracturas detectadas, indicaban la violencia que había recibido en su medio familiar (...), con un ligero retraso global en su desarrollo psicomotor como consecuencia del déficit de estimulación y aportes afectivos en su medio familiar”.

k) Mediante Auto de 22 de abril de 2008, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial acuerda “desestimar el recurso de apelación interpuesto por (...) el progenitor, confirmando las resoluciones judiciales de instrucción que acordaban la guarda y custodia de los menores por la Entidad Pública y la medida de alejamiento y ausencia de comunicación”.

l) El día 2 de julio de 2008, el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo “acuerda el archivo de las actuaciones civiles incoadas a raíz de la presentación de un procedimiento sobre oposición a las medidas de protección acordadas (...), al haberse producido la preclusión por el transcurso del plazo para presentar y formalizar la demanda sin que se hubiera presentado (...), quedando firme dicha resolución judicial”.

m) Con fecha 26 de enero de 2009, el Juzgado de Instrucción de Pravia “acuerda incoar un procedimiento sumarial por lesiones graves” frente a los progenitores.

n) El día 19 de enero de 2010, el informe pericial psicosocial realizado por las técnicas adscritas a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo, determina que, “atendiendo al interés superior de los menores (...), se consideran adecuadas las medidas adoptadas por la Consejería de Bienestar Social y (...) proponen el mantenimiento de dichas medidas”.

o) Por Resolución de la Consejera de Bienestar Social de 1 de junio de 2010, se inicia “expediente para la adopción de una medida de protección de acogimiento familiar preadoptivo en familia ajena” de los tres menores, “advirtiendo a la familia que podían manifestar su conformidad o disconformidad por escrito”.

p) El día 22 de febrero de 2011, la Audiencia Provincial condena a los progenitores como autores de tres delitos, dos de lesiones sobre las hijas gemelas y otro de “violencia habitual”, con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, guarda o acogimiento.

q) Mediante Resolución de 15 de marzo de 2011, la Consejera de Bienestar Social presta el “consentimiento al acogimiento familiar preadoptivo previo a la propuesta de adopción” de los dos menores no hospitalizados, “ordenando la formalización del convenio de acogimiento familiar preadoptivo correspondiente”.

r) Con fecha 14 de noviembre de 2011, el Tribunal Supremo absuelve al progenitor “de los delitos por los que había sido condenado en la instancia” y mantiene su condena por dos delitos de lesiones (diecisiete años de prisión) para la progenitora.

s) El día 18 de diciembre de 2011 fallece una de las hermanas gemelas como consecuencia de las graves lesiones que padecía.

t) Con fecha 26 de enero de 2012, el progenitor solicita a la Consejería de Bienestar Social “la revocación de la declaración de desamparo de fecha 27 de febrero de 2008 de los menores (...), solicitando la restitución de la patria potestad y de la guardia y custodia, dejando sin efecto el acogimiento preadoptivo en familia ajena”.

u) El día 9 de marzo de 2012, la Letrada del Menor se opone a la admisión a trámite del escrito anterior. Argumenta que el “artículo 172.7 del Código Civil determina que pasado el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa (...) decae totalmente el derecho de los progenitores a oponerse a las decisiones adoptadas”. Además, el artículo “40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta (...) el tribunal civil podrá suspender las actuaciones”. Sin embargo, en este caso, “ni por la Fiscalía de Menores ni por el Juzgado se consideró procedente suspender los procedimientos civiles (...) porque no se consideraba decisivo el resultado del sumario penal para resolver (...). Se consideraba ya suficientemente probado que, tal y como indicaba el informe psicosocial del Juzgado, se debía mantener alejados a estos menores del entorno familiar donde han sufrido maltrato”. En concreto, el informe detalla que “el progenitor omitió a finales del año 2007 y comienzos del año 2008, por su comportamiento, los deberes de protección más inexcusables y elementales hacia sus hijos, por cuanto que

cuando aún convivía con ellos no ejerció adecuadamente la patria potestad, y siendo su acción bien dinámica (maltratándoles) o bien omisiva (despreocupándose de su cuidado) protagonizó un incumplimiento de los deberes de asistencia, cuyo concepto es muy amplio y no se circunscribe exclusivamente a no maltratar de forma grave a los hijos (...), sino que (...) se extiende a los más simples deberes asistenciales (...), lo cual no realizó adecuadamente según se constató en la tramitación del expediente de desamparo”.

v) Con fecha 15 de marzo de 2013, la Consejera de Bienestar Social e Igualdad resuelve no admitir a trámite la solicitud presentada por el progenitor sobre revocación de la declaración de desamparo de los dos menores supervivientes.

w) Mediante Decreto de 25 de junio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo “inadmite la demanda planteada” por el progenitor en “aplicación del artículo 172.7 del Código Civil, al considerar caducada la acción por el transcurso del plazo legal de dos años”.

x) Por Auto de 27 de septiembre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo desestima el recurso de revisión interpuesto por el progenitor frente al decreto anterior.

y) El día 15 de enero de 2013, la Consejera de Bienestar Social presenta al Juzgado de Familia competente la demanda de incoación del expediente de adopción de los dos menores supervivientes.

z) Con fecha 20 de febrero de 2013, el progenitor presenta demanda de necesidad de asentimiento a la adopción en el Juzgado.

a.a) Mediante Auto de 4 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el progenitor contra la decisión judicial de instancia que no admitió la impugnación de la resolución administrativa de 15 de marzo de 2012. Refiere la Letrada que la Sala “expresa con claridad que una cosa es que no se haya alcanzado certeza suficiente para fundamentar una condena penal del recurrente y otra bien distinta que la sentencia absolutoria de este elimine toda posibilidad de reproche de esa misma conducta en otros ámbitos; en este orden de cosas, el tribunal civil

podría y debería haber ponderado el riesgo que para los menores podría suponer devolver su guarda y custodia a quien nunca se habría ocupado de su cuidado y, en la mejor de las hipótesis, ni siquiera se habría percatado de lo manifiestamente inadecuado de la atención que les prodigaba el consorte en quien había delegado por completo esas funciones y ha sido condenado por dos delitos de gravísimas lesiones y otro de maltrato familiar continuado”.

a.b) Con fecha 24 de mayo de 2013, el Equipo Psicosocial del Juzgado, a petición del Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo, informa sobre la necesidad de asentimiento a la adopción y afirma que el progenitor no ha ejercido de manera adecuada los deberes de protección inherentes al rol parental.

a.c) Por Sentencia de 26 de junio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo desestima la demanda interpuesta por el progenitor, declarando no ser preceptivo su asentimiento a la adopción de los dos hijos supervivientes. Subraya la Letrada que la sentencia declara “que el demandante nunca apreció la existencia de una situación de maltrato por parte de su mujer hacia sus hijos, ni el grave estado de salud en el que se encontraba su hija (...) (actualmente fallecida), ejerciendo con total pasividad su rol parental, derivando hacia su mujer el cuidado y la crianza de sus hijos”.

a.d) El día 16 de julio de 2013, el progenitor interpone recurso de apelación contra la sentencia anterior, y por Sentencia de la Audiencia Provincial de 28 de octubre de 2013 se desestima el recurso, dada la “nula implicación del progenitor en el cuidado de sus hijos”.

a.e) Con fecha 10 de junio de 2014 el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación planteado contra la sentencia anterior.

a.f) Por Auto de 9 de septiembre de 2014, el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo acuerda constituir la adopción de los menores supervivientes. En sus fundamentos se recoge, según indica la Letrada, que “el progenitor presenta una capacidad intelectual límite” y que “su limitación cognitiva y su modelo familiar de crianza han determinado que el ejercicio de su rol parental se haya caracterizado por un total desconocimiento de la evolución de los menores y un papel muy secundario en el cumplimiento de las

tareas de crianza (...). De lo actuado se desprende que (...) han sido oídos los padres biológicos de los menores, oponiéndose a la adopción de sus hijos, si bien la demanda interpuesta por el padre solicitando que se estimara la necesidad de su asentimiento en la adopción de sus hijos ha sido desestimada por sentencia firme”.

a.g) Con fecha 30 de septiembre de 2014 el progenitor interpone recurso de apelación contra el auto anterior, que es destinado por la Audiencia Provincial el día 2 de febrero de 2015.

La Letrada del Menor argumenta que el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo denegó la necesidad de asentimiento del progenitor a la adopción porque este había consentido la tutela de los menores y porque se encontraba incurso en causa de privación de la patria potestad. En concreto, la sentencia afirma que “el demandante nunca apreció la existencia de una situación de maltrato (...), ejerciendo con total pasividad su rol parental”. Añade que una vez absuelto penalmente, y con ocasión de su solicitud de rehabilitación del ejercicio de la tutela, la Audiencia Provincial argumentó que “una cosa es que no se haya alcanzado certeza suficiente para fundamentar una condena penal (...) y otra bien distinta que la sentencia absolutoria de este elimine toda posibilidad de reproche de esa misma conducta en otros ámbitos”. Destaca, a continuación, que el Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo no consideró necesario suspender las actuaciones del procedimiento civil a la espera del resultado del procedimiento penal porque, tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial y la Fiscalía de Menores, consideraron en todo momento suficientemente probado que, como indicaba el informe psicosocial del Juzgado, se debía mantener a estos menores alejados del entorno familiar donde habían sufrido el maltrato.

Por último, subraya que las medidas administrativas adoptadas “han sido confirmadas judicialmente en todas las instancias”; que siempre se actuó “en defensa del supremo interés de los niños”, conforme disponen el “artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2 y 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica Estatal del Menor, y artículo 6.2.b) de nuestra Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor

del Principado de Asturias”; que todas las actuaciones fueron notificadas al Ministerio Fiscal, quien “apoyó y corroboró la actuación de esta Entidad en todos los procedimientos judiciales”, y que la “actuación de la Entidad Pública (...) ha sido totalmente avalada por la actuación revisora judicial, sin que por ninguna instancia se alegara reparo o reproche alguno a estas actuaciones protectoras”, con cita concreta de “dos informes psicosociales del Equipo adscrito al Juzgado de Familia, quince resoluciones judiciales en vía civil -nueve resoluciones judiciales del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo (Juzgado de Familia), cinco resoluciones judiciales de la Audiencia Provincial de Oviedo (...), así como un auto del Tribunal Supremo, además de dos sentencias penales (una de la Audiencia Provincial y otra del Tribunal Supremo)”, cuya copia acompaña.

5. El día 15 de junio de 2015, la Coordinadora del Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia “da por reproducido” el informe de la Letrada del Menor y concluye que “el reclamante no tiene derecho a ser indemnizado (...), puesto que no se ha producido ninguna lesión en sus bienes y derechos como consecuencia de nuestras actuaciones”.

6. Con fecha 27 de julio de 2015, la Instructora del procedimiento acuerda abrir un periodo probatorio de 30 días intermediando “las documentales aportadas por el interesado./ Otra documental, de oficio, consistente en informe del funcionamiento del Servicio (que) habría ocasionado la pretendida lesión indemnizable./ Otra documental, de oficio, consistente en el informe emitido por la Letrada del Menor”.

7. Mediante escrito de 28 de septiembre de 2015, la Instructora del procedimiento comunica al interesado la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándole la relación de documentos que obran en el expediente.

8. El día 19 de febrero de 2016, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en el informe emitido por la Letrada del Menor, que reproduce en gran medida. Entiende que la reclamación es pertinente desde el punto de vista adjetivo, dado que aprecia la legitimación del interesado y el cumplimiento del requisito temporal al que se sujetan las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, en cuanto al fondo, sostiene que, aunque deba presumirse la existencia de un daño moral en el progenitor al verse “apartado de sus hijos”, no “existe ningún daño acreditado que sea efectivo y evaluable y que este no tenga obligación de soportar de acuerdo con la legislación vigente”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de marzo de 2016, 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 Servicios y Derechos Sociales, 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), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 16 de abril de 2015, y cabe presumir que el momento en el que el reclamante conoce definitivamente el carácter irrevocable de la pérdida del vínculo afectivo y de la relación paterno-filial con sus dos hijos coincide con aquel en que se dicta el auto judicial que desestima su apelación frente a la adopción de los menores -el día 2 de febrero de 2015-, por lo que, aun desconociendo la fecha de notificación del mismo, 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.

Sin embargo, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, y con independencia de las formalidades que la Administración considere necesarias para el nombramiento del instructor, este Consejo ha manifestado en numerosos dictámenes que en los procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada, y este lo es (artículo 6 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, en relación con el artículo 68 de la LRJPAC), la mera presentación de la reclamación por su parte supone que el procedimiento se ha iniciado sin necesidad de acto formal alguno de la Administración (entre otros, Dictámenes Núm. 141/2013, 70/2014 y 132/2015).

Asimismo, observamos que la Administración resuelve abrir un periodo para la práctica de la prueba. Al respecto, ya hemos señalado en dictámenes anteriores que “la incorporación al procedimiento de los documentos que los interesados aporten con su solicitud de iniciación no requiere acto formal alguno de admisión, ni conlleva la necesidad de realizar ‘práctica’ alguna, tan solo ha de procederse a su valoración, y ello porque, según se infiere del artículo 6.2 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, la prueba documental que se incorpora con la solicitud inicial no puede confundirse con la posible práctica de las pruebas, en el trámite correspondiente, propuestas por los interesados en su escrito inicial y admitidas durante la instrucción, o de aquellas otras que, de oficio, acuerde el órgano instructor” (entre otros, Dictámenes Núm. 22/2013 y 90/2014). Además, los diferentes informes incorporados al procedimiento (en este caso, los del servicio presuntamente responsable del daño y el de la Letrada del Menor) no pueden considerarse “prueba documental” que requiera práctica alguna, sino que son, simplemente, documentos obrantes en el expediente de los que se dará conocimiento al interesado con ocasión del trámite de audiencia, como así efectivamente se hizo. En consecuencia, ningún trámite de práctica de prueba debió arbitrarse en el curso de la instrucción.

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.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación del “padre biológico” de dos menores como consecuencia de un expediente de adopción promovido por la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, que considera le causó un daño moral consistente en “la pérdida definitiva e irrevocable del vínculo afectivo y la relación paterno-filial” con sus hijos.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, resulta acreditado que por Auto del Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo de 9 de septiembre de 2014 se acordó constituir la adopción de dos menores (hijos del interesado) por una pareja seleccionada por la Entidad Pública, y que la resolución judicial fue confirmada por Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de febrero de 2015, que desestimó la apelación interpuesta por el ahora perjudicado. En definitiva, ha quedado probado el hecho -adopción de sus dos hijos menores- al que el progenitor liga la causación de los perjuicios cuya indemnización pretende, por lo que podemos presumir el daño moral que refiere.

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

El interesado afirma que “la intervención administrativa de dicha tutela de los menores fue siempre subsidiaria de la intervención penal”, y deduce que, una vez producida su absolución penal, resultaría indudable la “existencia de una actuación administrativa anormal o defectuosa”, como fue el “mantenimiento de la medida de protección de menores” de la que derivaría, a su entender, la obligación de reparar el daño causado.

Frente a tal planteamiento, hemos de dejar sentado, en primer lugar, que no existe “actuación administrativa anormal o defectuosa”, y ello por la simple razón de que todas y cada una de las medidas adoptadas en este largo proceso a iniciativa de la Entidad Pública contaron con el respaldo judicial, como concluye la Letrada del Menor en su extenso informe y se constata en las resoluciones judiciales que lo acompañan. Incluso el propio interesado, que ahora se presenta como padre de dos menores cuando en realidad lo era de tres -una de ellas fallecida a consecuencia de malos tratos-, reconoce que tras producirse su absolución penal “instó la rehabilitación del ejercicio de la tutela ante (la) Administración (...). Dicha petición fue rechazada y, tras su impugnación judicial, se mantuvo la misma”. Cabe entonces preguntarse a qué “actuación administrativa anormal o defectuosa” se refiere, pues todas ellas fueron avaladas por los distintos tribunales de justicia. La pretensión del reclamante de calificar -según sus propios criterios- como actividad administrativa anormal aquella que los jueces, con carácter definitivo, consideraron acorde al ordenamiento jurídico no puede prosperar.

Al margen de lo anterior, tampoco puede ser admitida la premisa en la que sustenta toda su argumentación -“la intervención administrativa (...) fue siempre subsidiaria de la intervención penal”-. En efecto, si bien resulta evidente que en un primer momento la medida de protección adoptada por la jurisdicción penal como consecuencia de los malos tratos constatados se encuentra en el origen del largo proceso relatado, también es incuestionable que una vez dictada la absolución del interesado los distintos tribunales civiles siguieron considerando su falta de idoneidad para recuperar la patria potestad sobre los dos hijos supervivientes. Así, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 9 de Oviedo de 26 de junio de 2013 (recordemos que el

interesado había sido absuelto por Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2011) determinó que no resultaba preceptivo su asentimiento para la adopción de sus hijos “por hallarse (...) incurso en causa de privación de la patria potestad” que deriva de la aplicación del artículo 172.1 del Código Civil, dado que “nunca apreció la existencia de una situación de maltrato por parte de su mujer hacia sus hijos, ni el grave estado de salud en el que se encontraba su hija (...) (actualmente fallecida), ejerciendo con total pasividad su rol parental, derivando hacia su mujer el cuidado y la crianza de sus hijos. Partiendo de esta situación nos encontramos con unos niños de seis y cinco años que nunca, hasta ahora, habían disfrutado de un ambiente familiar protector y estable”. En consecuencia, “descarta cualquier posibilidad de retorno de los menores con su padre”.

En idéntico sentido, la Sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 28 de octubre de 2013, dictada en apelación sobre la necesidad de asentimiento para la adopción, razona que en la “resolución de 4 de marzo de 2013 (...) ya habíamos advertido que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 116” de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “el tribunal civil puede examinar con libertad de criterio los mismos hechos enjuiciados por el tribunal penal”, por lo que “reiteramos que el reparto de roles dentro de la familia (...) no disculpa que (el interesado) hubiera ceñido su actuación al papel de proveedor de recursos materiales, absteniéndose de toda implicación en el cuidado de unos niños que fueron víctimas de un maltrato grave y reiterado”, poniendo el acento en “su inaceptable despreocupación sobre el inadecuado cuidado que a diario recibían sus hijos”. En consecuencia, la sentencia reitera que el reclamante se encuentra “incurso en causa de privación de la patria potestad, pues, con arreglo al artículo 154” del Código Civil, “el deber básico que incumbe a sus titulares es ejercitar esa función tuitiva siempre y sin excepción en beneficio de los menores”.

Finalmente, hemos de referirnos al Auto de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 2 de febrero de 2015, sobre oposición a la adopción. Argumenta la Audiencia, después de apreciar “similitud argumentativa entre los motivos de este recurso” y el relativo a la necesidad de

asentimiento para la adopción interpuesto por el mismo interesado, que “antes de la declaración de desamparo el recurrente no estaba ejerciendo sus deberes como progenitor de forma adecuada (no se encargaba de los menores, delegando ese trabajo en la madre, desconocía aspectos relevantes de su desarrollo y carácter, no detectó signo alguno en los menores del maltrato (...), su estilo educativo era negligente y no muestra reactividad emocional ante el hecho del fallecimiento de su hija”.

En definitiva, como textualmente afirma el Auto de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de marzo de 2013, “una cosa es que no se haya alcanzado certeza suficiente para fundamentar una condena penal (...) y otra bien distinta que la sentencia absolutoria (...) elimine toda posibilidad de reproche de esa misma conducta en otros ámbitos”, y resulta indudable que en el ámbito estrictamente civil tanto la Administración como los distintos tribunales apreciaron que el ahora interesado se encontraba incurso en “causa de privación de la patria potestad” por haber desatendido sus deberes más elementales en relación con el cuidado y tutela de sus hijos.

Todo ello nos conduce a estimar que el daño moral que -hemos presumido- se causó al ahora interesado no puede considerarse antijurídico, de lo que se deriva que tiene la obligación de soportarlo. De una parte, no existe actividad administrativa anormal o defectuosa, en la medida en que todas ellas fueron confirmadas por los distintos tribunales. De otra, es la propia conducta del progenitor -ahora reclamante- la que justifica la adopción de las decisiones administrativas a las que imputa el daño. Como consta en los diferentes informes y resoluciones judiciales que se han transcrito, el progenitor desatendió gravemente las obligaciones sobre sus hijos propias de la patria potestad. Esa incapacidad -reiteradamente apreciada, incluso cuando ya había sido absuelto por el Tribunal Supremo de las consecuencias penales de su conducta- constituye el fundamento de la intervención administrativa y de la adopción de todas las medidas de protección desplegadas en aras del superior interés del menor. Por ello, no cabe duda de que fue el ahora reclamante quien como consecuencia de su conducta, al menos pasiva u omisiva, desencadenó la actividad de la Administración concluida siete años más tarde (los que mediaron

entre febrero de 2008 y febrero de 2015) con la adopción de sus dos hijos menores por una pareja seleccionada por la Entidad Pública. En consecuencia, por razón de sus propios actos, consideramos que el interesado tiene el deber jurídico de soportar, con carácter definitivo, la pérdida de la "relación paterno-filial" a la que se refiere en su reclamación sin derecho a indemnización alguna.

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,