

Expediente Núm. 164/2018
Dictamen Núm. 3/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General Adjunto:
Mier González, Manuel Eduardo

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de enero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de junio de 2018 -registrada de entrada el día 20 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, para el resarcimiento de los daños morales sufridos a causa de las medidas de protección de menores adoptadas por los servicios sociales en relación con sus hijos.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 7 de junio de 2016, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños morales derivados de las medidas administrativas de protección de menores adoptadas sobre sus hijos.

Según refiere, en noviembre de 2005 fue “privado” de sus hijos (un niño y una niña) al ingresar estos en un centro de protección de menores por motivos que nadie le ha “explicado, justificado, ni probado”, limitándose a partir de entonces su relación con ellos a una visita de una hora cada quince días. Aclara que en el año 2012 le entregan la custodia a la madre y las visitas tienen lugar exclusivamente en un punto de encuentro durante tres horas cada quince días, ampliándose en junio de 2013 la frecuencia de las mismas, aunque no se valora la posibilidad de otorgarle la tutela de los niños a pesar de que la madre no los cuida debidamente. Indica que finalmente el 29 de agosto de 2015 decide hacerse cargo de ellos al ser abandonados por su progenitora, pero el hijo no quiere vivir con él, atribuyendo tal determinación filial a la intervención administrativa que -según afirma- le impidió trabar “una adecuada relación y apego” con los menores, quienes “han crecido con la idea de un padre ausente y que les podía causar algún daño”, sin que los servicios sociales intentaran “ningún tipo de intervención, programa de ayuda o acercamiento” a sus hijos, a los que siempre ha estado dispuesto a “atender y cuidar”.

Cuantifica el daño moral sufrido, “a falta de examinar el expediente administrativo y de poder aportar un informe de perito”, en diecinueve mil euros (19.000 €). Finalmente solicita que se le dé audiencia y vista del expediente.

A su escrito adjunta copia, en muchos casos incompleta, de diversos documentos y actuaciones administrativas relativas a la intervención de los servicios sociales sobre su familia, de un escrito de demanda de modificación de medidas para la obtención de la patria potestad exclusiva y la custodia de sus hijos presentado el día 3 de septiembre de 2005, de una denuncia realizada el 3 de agosto de 2013 ante la Policía Nacional a raíz del incidente producido en el intercambio de los niños tras una visita y de sendos escritos de queja formulados ante la Consejería con fechas 4 de septiembre y 16 de octubre de 2013.

2. Con fecha 24 de junio de 2016, la Jefa de la Sección de Familia remite al Servicio Jurídico de la Consejería instructora una copia de la Resolución de la Directora General de Servicios Sociales de Proximidad, de 6 de noviembre de 2015, por la que se asume la guarda y el acogimiento residencial del hijo del reclamante y se adopta una medida de intervención técnica de apoyo a la familia para la hija y el progenitor.

3. Mediante Resolución de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales de 5 de julio de 2016, se admite la reclamación interpuesta y se designa instructora del procedimiento.

4. El día 13 de julio de 2016, 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, de la ficha de acreedores debidamente cumplimentada y del Libro de Familia o documento análogo que acredite la relación de parentesco.

El día 21 del mismo mes, el interesado atiende al requerimiento y presenta una copia de su documento nacional de identidad y del Libro de Familia, así como la ficha de acreedores.

5. Con fecha 28 de julio de 2016, la Instructora del procedimiento solicita un informe al Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia y a la Letrada del Menor.

La Letrada del Menor comunica a la Instructora del procedimiento el día 9 de octubre de 2016 que el informe requerido ha de recabarse del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia, por ser a este órgano al que corresponde la protección de los menores y la atención a las familias.

Con fecha 21 de noviembre de 2016 la Directora del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia informa que la reclamación ha de ser desestimada, pues entiende que no existe “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 este no tenga obligación de soportar”.

Este informe se libra atendiendo a las consideraciones alcanzadas en otro de carácter técnico, elaborado por la Trabajadora Social de la Sección de Centros de Menores en fecha que no consta, en el que su autora refiere que el día 5 de junio de 2005 el ahora reclamante acude a un centro de servicios sociales a iniciativa propia solicitando información en relación con la guarda y custodia de sus dos hijos y sobre los trámites necesarios para acoger a una hija de su expareja. Según explica, en la primera entrevista el reclamante expuso que compartía con la madre de los menores, que tenía cuatro hijos, la custodia de un niño y una niña que eran también hijos suyos. En ese momento él era el cuidador de los menores ante las dificultades que tenía la madre de los niños, de la que estaba separado, para atenderlos correctamente. El 5 de julio de 2005 la madre manifiesta su conformidad con que los dos hijos del solicitante y una hija suya quedaran a cargo de este, y el día 15 del mes siguiente el padre se presenta ante la trabajadora social manifestando la intención de solicitar el acogimiento familiar de la hija de su expareja, programándose una visita al domicilio familiar para el día 19 del mismo mes. Al visitar la vivienda se aprecian “deficientes condiciones de habitabilidad e higiene”, pues había escombros “que ocupaban toda la cocina” y “cables de luz sueltos (...)”, el salón estaba lleno de múltiples y variados objetos desordenadamente encima de una mesa” y el “pasillo, la cocina y dos habitaciones estaban llenas de ropa, juguetes (...), cajas de juguetes (y) objetos aparentemente inservibles”, por lo que “era difícil transitar sin tropezar, no había espacio para el juego ni para sentarse a comer”. La acumulación de enseres impedía el acceso a las ventanas, por lo que en la casa hacía “mucho calor” y se apreciaba una “total falta de ventilación”; además, el padre no permitía acceder a una tercera

habitación en la que, según decía, tenía "armas (espadas y catanas)". Por ello, las trabajadoras sociales le advierten que la vivienda no reúne condiciones de habitabilidad y le proponen cuidar a los niños en casa de su expareja, lo que rechaza. En una nueva visita realizada el 28 de julio se observa que la vivienda sigue presentando acumulación de objetos y el progenitor continua sin permitir ver aquella habitación. Los intentos posteriores de visita resultan infructuosos debido a la falta de colaboración del interesado. Por las mismas fechas la madre manifiesta "estar desbordada en la atención de sus cuatro hijos debido a su horario laboral", y atribuye a esta causa la decisión de que "sus hijos permaneciesen con (su expareja) como solución previa a la solicitud de guarda cautelar". Verbaliza querer "desistir" de la solicitud de acogimiento para su hija manifestando su "desconfianza en la forma en que (su expareja) atendía a (la niña)", a la que se le había diagnosticado en consulta pediátrica "un episodio de vaginitis, lo que hacía sospechar de un posible abuso por parte del adulto". Se comprueba entonces que los informes médicos ponen de manifiesto "hábitos de higiene deficientes" en los menores, falta de asistencia a las consultas de revisión, irregularidades en el calendario de vacunación, problemas psicológicos en dos de ellos, "genitales irritados" en la revisión de los cinco años de la hija de la expareja del interesado y un episodio de "vulvovaginitis" en su propia hija. La valoración por parte de los servicios sociales concluye con la apreciación de "diversas problemáticas y circunstancias (disfunciones en el adecuado cumplimiento de las responsabilidades para con los menores, total inadecuación del espacio físico en el que residen, imposibilidad de la madre de conciliar su vida laboral con la atención a sus hijos, relación problemática de ambos adultos e indicadores de riesgo y desatención del adulto con el que convivían) que generaban una situación de falta de protección en los menores", por lo que se procede a su ingreso cautelar autorizándose al padre, con fecha 7 de septiembre de 2005, a visitar a sus hijos en el centro donde se encuentran alojados con una periodicidad de 3 días a la semana. El día 13 de ese mes la Consejería dicta resolución por la que asume cautelarmente la guarda de los niños, que comunica al interesado en comparecencia personal, explicándole de

viva voz las razones motivadas por las que se había adoptado la medida y entregándole además una copia compulsada de la misma. Finalmente, tras las pertinentes entrevistas de valoración a los menores en las que la hija de la expareja describe tocamientos y los hijos refieren el empleo habitual de la violencia por parte del adulto, el 16 de noviembre de 2005 se declara la situación de desamparo asumiendo los servicios sociales la tutela y guarda de los menores, lo que se notifica a los padres. Tanto estos como la abuela son autorizados a realizar visitas en el centro de acogida.

6. Con fecha 3 de febrero de 2017, la Instructora del procedimiento acuerda abrir un periodo probatorio de 30 días intermediando “las documentales aportadas por el interesado”, así como “otra documental, de oficio”, consistente en el informe del servicio responsable, lo que se notifica al reclamante el día 21 del mismo mes.

7. Mediante oficio de 18 de julio de 2017, la Instructora del procedimiento solicita al Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia la remisión del expediente administrativo cuya vista insta el interesado en el escrito de reclamación.

El día 28 de agosto de 2017, la Jefa de la Sección de Centros de Menores traslada a la Instructora del procedimiento un escrito en el que señala que el 29 de junio de 2016 ya se le remitió al reclamante una “copia íntegra de los expedientes de protección de sus hijos”. Se adjunta una copia del acta de comparecencia firmada el 19 de mayo de 2016 por aquel en la que manifiesta comprender los términos de las “medidas de protección de guarda e intervención técnica para cada menor”.

8. Mediante escrito de 31 de enero de 2018, la Instructora del procedimiento comunica al interesado la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándole la relación de los documentos que obran en el expediente.

9. Con fecha 20 de febrero de 2018, el perjudicado comparece en las dependencias administrativas y obtiene copia de algunos documentos, y el día 23 de febrero de 2018 una letrada que dice actuar en representación del mismo, lo que acredita mediante documento privado, accede al expediente -integrado por más de 2.400 folios repartidos en ocho tomos- y solicita copia de diversos documentos que se le entregan según se hace constar en la correspondiente diligencia.

10. Se incorpora al expediente a continuación una copia de los documentos recibidos por el reclamante en el trámite de audiencia, tal y como resulta del índice que acompaña a la solicitud de nuestro dictamen. Entre otros, son los siguientes: a) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 9 de noviembre de 2006, por la que se desestima la demanda deducida por la representación del padre frente a la Resolución de 13 de septiembre de 2005 mediante la que los servicios sociales asumen cautelarmente la guarda de los niños, la cual se confirma en su integridad "al haber adoptado las medidas de protección idóneas para la salvaguarda del superior interés de los menores". b) Escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por la representación del interesado frente a la Sentencia de 9 de noviembre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo, en el que la representación de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social manifiesta, "en cuanto a la diferenciación establecida entre los niños en base a su filiación, argumentando que él únicamente quiere recuperar y por tanto asumir la guarda y custodia de los dos que tiene reconocidos", que "la entidad pública considera inviable la separación de los hermanos ya que siempre ha existido convivencia entre ellos, y ellos se sienten hermanos a todos los efectos, aunque no hayan sido reconocidos por el mismo padre". c) Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de mayo de 2007, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación del interesado frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 9 de noviembre de 2006. d) Sendos escritos

mediante los cuales la Jefa de la Sección de Centros de Menores comunica al interesado la denegación de las solicitudes de ampliación del régimen de visitas y de la atribución de la guardia y custodia de sus hijos. En el primero de ellos, fechado el 19 de febrero de 2008, se le indica al reclamante que para hacer efectiva su pretensión de ver ampliado el régimen de visitas “puede dirigirse a los servicios sociales municipales de su zona para constatar el cambio en su situación personal y sus circunstancias, dado que en otras ocasiones se ha negado a colaborar en el seguimiento que desde los servicios sociales se pretendía realizar”, y en el otro, de 6 de mayo del mismo año, se hace alusión al contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de 25 de mayo de 2007 en la que, según se expresa, quedan claras las circunstancias a las que “se veían expuestos los menores, altamente perjudiciales para su desarrollo”, condicionando la estimación de su solicitud de obtención de la guarda y custodia, en los términos indicados en la citada resolución judicial, a la demostración de habilidades parentales, para lo que “deberá facilitar el seguimiento y conocimiento de sus circunstancias, acreditando y dirigiéndose a los servicios municipales de la zona en la que resida”. e) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 21 de mayo de 2014, desestimatoria de la demanda presentada por el interesado frente a la Resolución de 10 de septiembre de 2013 de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda por la que se acordó dejar sin efecto la medida de régimen de día para sus hijos manteniendo la medida de intervención técnica de apoyo a la familia acordada por Resolución de 20 de diciembre de 2012 y la reunificación familiar de los menores con su madre. f) Escrito de oposición al recurso de apelación formulado por el representante del perjudicado contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 21 de mayo de 2014, en el que se trae a colación la “fundamentación jurídica de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de (...) Oviedo de 13 de enero de 2010 (...), por la que se desestima la demanda presentada por (el interesado) pretendiendo la revocación de la Resolución de 16 de noviembre de 2005 amparándose en el cambio de sus circunstancias personales”, y en el que se señala que “nada se

ha probado en orden al cambio de las circunstancias personales y de las pautas educativas del demandante, dato predominante y preferente sobre los demás (...), no se ha puesto a disposición de los servicios sociales para informarse de los programas, etc. (...), a los que podría acudir para poder recuperar la guarda de sus hijos, actuación que sí denotaría un verdadero interés por recuperar aquellos, no siendo suficiente, únicamente, el hecho de visitarlos y formular demandas continuas a la Administración". g) "Protocolo de urgencia" relativo al hijo del reclamante, adoptado por los técnicos de la Fundación Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Gijón el día 24 de agosto de 2015, en el que se refleja que el menor "solicita el alojamiento en centro como medida de protección", pues su madre se ha trasladado a vivir a otra Comunidad Autónoma y no desea vivir con su padre. h) Propuesta que suscriben la Jefa de la Sección de Centros de Menores y un Trabajador Social con fecha 30 de septiembre de 2015, relativa a la asunción de la guarda con alojamiento en centros del hijo del interesado y la adopción de una medida de intervención técnica de apoyo a la familia en relación con la hija y el propio padre. i) Informe pericial social, de 18 de noviembre de 2016, en el que una Trabajadora Social, Técnica pericial adscrita por la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana a los Juzgados de Primera Instancia de Oviedo, refiere, tras entrevistar a la familia, que el hijo define como "buena" la relación con su padre, al que considera "como la única persona que desde siempre se ha preocupado por él", y manifiesta su pretensión de mantener la relación con el padre e ir ampliándola paulatinamente hasta la finalización del curso académico con el fin de conocerse mejor antes de tomar la decisión de ir a residir con él. Tras significar que "no se han detectado problemas psicopatológicos en el progenitor que le incapaciten para ejercer las funciones parentales"; que "dispone de estabilidad económica y de vivienda, así como de una estructura familiar de apoyo para el cuidado de los menores"; que el hijo "muestra vinculación con la familia paterna", y que "no se han detectado situaciones de desprotección en su hija (...) desde la incorporación al domicilio paterno", concluye, "atendiendo al interés superior del menor", que "el progenitor está

capacitado para asumir las funciones inherentes a la patria potestad, por lo que se recomienda ampliar el régimen de visitas e incorporar al menor al domicilio familiar al finalizar el curso escolar". j) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 22 de noviembre de 2016, por la que se homologa la transacción extrajudicial acordada entre el padre y la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, con informe favorable del Ministerio Fiscal, en los términos siguientes:/ La reincorporación del menor al domicilio paterno a la finalización del curso escolar, con una medida de intervención técnica y hasta ese momento un aumento del régimen de visitas, estableciendo todos los fines de semana con pernocta, una semana de vacaciones en Navidad y las vacaciones de Semana Santa, sin perjuicio de su ampliación en el caso de que el menor y el padre lleguen a un mutuo entendimiento". k) Protocolo de Urgencia, adoptado el día 22 de agosto de 2017 por la Fundación Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Gijón, en el que se refleja que el hijo del interesado "acude al Centro de Servicios Sociales del Llano refiriendo estar residiendo en la calle desde hace unos dos meses. Verbaliza "hace unos dos meses un juez determinó que volviera a vivir con mi padre pero cuando acudí a su casa no quiso que entrase. Desde entonces he pasado varias noches con algunas amistades y el resto en la calle". l) Resolución de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales de 29 de noviembre de 2017, por la que se declara la situación de desamparo y se asume la tutela y guarda del hijo del reclamante con acogimiento residencial, suspendiendo a los padres en el ejercicio de la patria potestad.

11. El día 1 de marzo de 2018 la representante del perjudicado presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que solicita la ampliación del plazo de audiencia concedido para la presentación de alegaciones, a lo que accede la Consejería instructora mediante Resolución adoptada el 7 del mismo mes.

12. Con fecha 9 de marzo de 2018, la representante del perjudicado presenta un escrito de alegaciones en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que parte de considerar que las medidas adoptadas por los servicios sociales en relación con sus hijos desde el año 2005 se basaron en hechos infundados (sospecha de abusos a una menor, hija de su expareja, que convivía con él). Refiere que, asumida por los servicios sociales la tutela y guarda de los menores e internados estos en un centro, se le deniega sistemáticamente "información" de la que "ha carecido durante todo el expediente de infancia desde 2005 hasta que sus hijos vuelven a vivir con él en 2015", impidiéndole en consecuencia "involucrarse en la evolución" de los menores. Las visitas, según refiere, son "desautorizadas `por principio´, sin motivos fundados y fundamentados", atribuyéndolas al "castigo" por unos supuestos abusos que "nunca fueron probados", y significa que mientras a la madre, que había manifestado no poder atender a los niños, "se le conceden visitas semanales" al padre se le impone un régimen de visitas quincenales, que se reducen a "una al mes" en noviembre de 2005, pese a tener "piso en propiedad y suficientes medios económicos y sobrados apoyos familiares". Afirmar que las deficientes condiciones de higiene y habitabilidad del domicilio familiar que se tuvieron en cuenta para privarle de la custodia de sus hijos eran transitorias, pues la vivienda "se estaba acondicionando para poder acoger y cuidar a los menores", y niega que el progenitor impidiese la realización del oportuno seguimiento familiar por los servicios sociales, si bien reconoce que "se muestra reacio a colaborar", lo que la representante estima "comprensible" pues "no entiende que le quiten a sus hijos". Afirmar que en los años sucesivos se continúa con "la política de no aumentar las visitas a mi cliente con sus hijos (a pesar del deseo de los mismos de estar con su padre)" y, por el contrario, aumentan las "visitas y salidas, incluso con pernocta y de fin de semana y vacaciones con su madre", hasta que finalmente se decide "sin explicación, información y colaboración" la reunificación familiar con la madre en 2012, a pesar de que esta progenitora era -según señala- "más inestable en todos los aspectos, sin vivienda propia, sin ayudas familiares y sociales, con una pareja

que dice conocer de hace pocos meses”. Refiere que en septiembre de 2013 el reclamante presenta una queja al sentirse “perjudicado por habersele apartado de la infancia de sus hijos” sin que “se le haya informado de los avances y la evolución y seguimiento” que se les hacía. Afirma que “durante dos años”, desde la resolución de reunificación, “el hijo comienza con un comportamiento conflictivo” que atribuye al “error cometido por la Administración en la decisión de reunificación familiar” al apoyar a la madre, a la que califica como “dudosa, superficial, llena de inestabilidades”. Sostiene que a causa de esta equivocación el hijo del reclamante “se ha descarrilado” y “presenta graves dificultades en la relación con su padre provocadas por esa ausencia paterna, por ese rechazo que se le ha transmitido desde (la) Consejería, impidiendo una relación fluida con mejores y mayores visitas, con comentarios favorables que nunca se hicieron, con apoyos hacia su padre que no se intentaron con la insistencia, diligencia y preocupación que hubiera sido precisa, sin evitar ni negar comentarios perniciosos y perjudiciales en la imagen de su padre por parte de la madre”. Considera “lógico” tal desapego, pues “le quitaron a sus hijos cuando estos contaban con 2 y 3 años de edad, respectivamente”. Señala que se ha privado “al padre de vivir su infancia y de ser informado de su evolución, preocupaciones, problemas, etc. que hubiera necesitado conocer para ayudar a su hijo (...). En cambio su hermana (...), a pesar de su separación forzada de su padre, de sus escasas, supervisadas y distanciadas visitas, del abandono por parte de su madre, quiere vivir con su padre, le tiene gran afecto a él y a su familia paterna”.

Concluye afirmando que “de todo lo alegado resulta evidente el funcionamiento anormal y la inactividad de los organismos públicos competentes (...) en este largo proceso y el grave perjuicio que se ha causado no solo (al reclamante) impidiendo y obstaculizando una relación normal con sus hijos que han crecido con la idea de un padre conflictivo que les podría causar algún daño, sino a sus hijos”.

13. Mediante oficio de 13 de abril de 2018, la Instructora del procedimiento solicita a la Sección de Centros de Menores del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia copia de “todas las actuaciones judiciales obrantes en el expediente que no se encuentran incluidas entre la documentación remitida”.

Con fechas 17 y 23 de abril de 2018, la Jefa de la Sección de Centros de Menores le traslada copia de diversas resoluciones judiciales, algunas de las cuales ya figuraban incorporadas al expediente.

14. El día 17 de mayo de 2018, la Instructora del procedimiento suscribe, con la conformidad de la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, una propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Tras efectuar un relato pormenorizado de la forma en que discurrieron los hechos, acaba razonando que la reclamación ha sido interpuesta dentro de plazo, que el interesado está activamente legitimado y que, “si bien no se puede poner en duda la existencia de un daño, un sufrimiento” en él, “al verse apartado temporalmente de sus hijos (...), queda acreditado en el expediente que la actuación protectora de la Administración ha sido adecuada y ajustada a la legalidad vigente y a los intereses de los menores, por lo que no concurre en el reclamante el derecho a ser indemnizado ni queda acreditada en el expediente la existencia de una lesión en sus bienes o derechos que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público de protección de menores./ Así, si bien existe un daño moral que puede ser evaluado económicamente, este carece de la necesaria calificación de antijurídico porque el reclamante tiene el deber de soportarlo, al ser una medida adoptada para la protección de un bien superior”.

Apunta que “de no haber actuado la Administración con la debida diligencia y legalidad el Ministerio Fiscal debería haber recurrido las medidas de protección propuestas o acordadas que le fueron notificadas”, lo que no sucedió en ningún caso, constituyendo ello prueba de la corrección de la actuación administrativa.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de junio de 2018, 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto que analizamos, la reclamación va dirigida a obtener el resarcimiento del sufrimiento moral que habrían ocasionado en el reclamante ciertas decisiones administrativas adoptadas por los servicios autonómicos de protección del menor que, al declarar en 2005 a sus hijos en situación de desamparo asumiendo la entidad pública su tutela y guarda en un centro de protección, al atribuir posteriormente (en 2012) la guarda y custodia a la madre y al establecer un régimen de visitas paternas a lo largo de esos años que entiende inadecuado, no solo le habrían privado de convivir con los menores en los primeros años de su infancia, sino que habrían incidido negativamente en la relación que mantiene con su hijo en la actualidad. Presentada la reclamación casi once años después de la adopción de la primera de las actuaciones administrativas que se reputan lesivas, a la hora de determinar si la acción ha sido tempestivamente ejercitada debemos considerar que cabe apreciar en los perjuicios reclamados las características del daño continuado, definido como aquel que, con base en una unidad de acto, se produce día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad de forma que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva en tanto subsiste el hecho que lo produce. De este modo, en el caso concreto que analizamos el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año para reclamar ha de situarse en la fecha en que el padre asume la guarda y custodia de sus hijos, lo que tiene lugar el día 26 de junio de 2015, pues en este momento, según consta en la propuesta de resolución, los progenitores firman un convenio en el que pactan que aquella corresponda al padre. Por tanto, presentada la reclamación con fecha 7 de junio de 2016, ha de considerarse ejercitada dentro del plazo legalmente establecido.

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

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

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, 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 que lo declare (entre otros, Dictámenes Núm. 141/2013, 70/2014, 132/2015 y 123/2016).

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”, pues “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, 90/2014 y 123/2016). Además, los diferentes informes obrantes en el expediente (en este caso, los librados por la Directora del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia y la Trabajadora Social de la Sección de Centros de Menores) no pueden considerarse “prueba documental” que

requiera práctica alguna, sino que son, simplemente, documentos que figuran en aquel y de los que se dará conocimiento al interesado con ocasión del trámite de audiencia, como 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la LPAC.

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

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de

producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

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

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación del padre de dos menores como consecuencia de ciertas decisiones adoptadas por la entonces Consejería de Bienestar Social y Vivienda que, según afirma en el escrito de alegaciones, evidenciarían un funcionamiento anormal del servicio público. Más concretamente señala que, al asumir la entidad pública la tutela y guarda de los menores disponiendo su acogimiento residencial con fijación de un régimen de escasas visitas paternas en comparación con las autorizadas a la madre, y al atribuir posteriormente a la progenitora la guarda y custodia de los hijos, se le impidió participar en la crianza e implicarse en su evolución durante la infancia perjudicando además su relación con los niños, con el consiguiente daño moral.

Probada la efectiva adopción por parte del servicio público autonómico de las medidas a las que se imputan los perjuicios, y considerando además que el interesado ha mantenido una actitud combativa casi constante frente a dicha

intervención, podemos presumir la realidad del daño moral que se invoca con independencia de cuál haya de ser su concreta valoración económica; cuestión esta que solo abordaremos de concurrir el resto de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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.

Parte el reclamante de considerar que las medidas adoptadas por los servicios sociales fueron adoptadas de modo injustificado, a modo de “castigo” ante unos hechos -los supuestos abusos sexuales por su parte hacia una menor que convivía con él, hija de su expareja- que nunca llegaron a resultar probados. Tal planteamiento, sin embargo, no obedece a la realidad de lo ocurrido. Los pronunciamientos judiciales recaídos en los procedimientos de revisión instados por el padre frente a las resoluciones adoptadas por los servicios autonómicos vienen a confirmar que la intervención administrativa tuvo siempre como finalidad proteger el interés superior de los menores ante la constatación de las circunstancias que se describen. Así, entre otros documentos, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de mayo de 2007 se destacan las deficiencias apreciadas en la higiene de los menores, la falta de condiciones de habitabilidad de la vivienda en que residían, la actitud obstruccionista del padre al seguimiento familiar por parte de los servicios sociales y el trato inadecuado del adulto con los menores, por más que los supuestos abusos sexuales no llegaran a probarse como se asume en la propia sentencia. Como consecuencia de la acreditación de tales hechos, según consta en la resolución judicial citada, se determinó un “alto riesgo” de exposición de los menores a “circunstancias claramente perjudiciales para el

desarrollo equilibrado de su personalidad” que constituían por sí solas justificación suficiente de las medidas adoptadas, aunque también se tuvo en cuenta que atender a la pretensión del padre, que solicitaba la guarda y custodia de únicamente dos de los cuatro hermanos, suponía su separación y tal situación, siguiendo las orientaciones del Código Civil, debía evitarse en la medida de lo posible. En definitiva, la acreditación de determinados hechos relativos a la actitud del progenitor y las condiciones de habitabilidad fueron los determinantes de las medidas adoptadas por los servicios sociales, y no los indicios de unos supuestos abusos sexuales.

Por otra parte, cabe destacar que la justificación de la intervención administrativa -explicitada en las resoluciones judiciales que obran en el expediente- nunca se ocultó al progenitor -como pretende su representante; al contrario, el padre siempre la conoció y la rebatió en vía judicial, si bien con resultados infructuosos.

En segundo lugar, ha de subrayarse que cabía la revisión de las medidas protectoras adoptadas en su día y confirmadas en sede judicial si variaban las circunstancias y el padre facilitaba el seguimiento y conocimiento de las mismas y de su entorno personal. Esto también lo conocía el progenitor, pues así se le indicó en numerosas ocasiones; entre otras, en la sentencia anteriormente citada y en los escritos de respuesta a las peticiones formuladas a lo largo de 2008 para la ampliación del régimen de visitas y obtención de la guarda y custodia que obran incorporados al expediente. Sin embargo, ante la actitud de rechazo del citado seguimiento por parte del padre y la consiguiente falta de acreditación de su capacidad para asumir el rol parental, de los que dan cuenta, por ejemplo, el informe técnico obrante en los folios 120 y 121 del expediente y las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 13 de enero de 2010 y de 21 de mayo de 2014, no se producen variaciones sustanciales en las medidas adoptadas hasta que mediante Resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de 20 de diciembre de 2012 se atribuye la guarda y custodia a la madre. Tal decisión, que cabe destacar fue consentida en su momento por el padre, ha sido correctamente adoptada tras

la inclusión de la familia en un programa de reunificación que implicaba la realización del oportuno seguimiento y que permitió verificar, según se refleja en el informe técnico obrante en los folios 150 y siguientes del expediente, que la madre estaba en condiciones de hacerse cargo de los menores, ya que disponía de una vivienda adecuada en régimen de alquiler, tenía un empleo que compaginaba con el cuidado de los niños y una pareja estable que, a su vez, mantenía una relación positiva y cercana con los hijos, todos los cuales consideraban a la madre como referente afectivo existiendo entre ellos una relación de confianza.

Por último, a la vista de los documentos incorporados al expediente, debemos descartar que las "graves dificultades" en la actual relación paterno-filial y el hecho de que el hijo no viva con el ahora reclamante puedan achacarse, según señala en el escrito de alegaciones, al "rechazo que se le ha transmitido desde (la) Consejería". Ante la ausencia de prueba por el interesado de esta imputación, hemos de estar a lo recogido en los informes técnicos que figuran en el expediente, y entre ellos destaca el librado con fecha 18 de noviembre de 2016, del que no resulta que el menor muestre rechazo alguno hacia su padre; al contrario, le describe como "la única persona que desde siempre se ha ocupado de él", califica como "buena" su relación y manifiesta su deseo de incorporarse en el futuro al domicilio paterno. Por otra parte, no cabe ignorar que en la consideración que el hijo pueda tener de su padre en la actualidad y, por consiguiente, en la relación entre ambos ha debido tener incidencia el incumplimiento por el propio progenitor de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 7 de Oviedo de 22 de noviembre de 2016, determinante de que por Resolución de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, de 29 de noviembre de 2017, se declarase la situación de desamparo con asunción de su tutela y guarda con acogimiento residencial, suspendiendo a los padres en el ejercicio de la patria potestad.

En definitiva, habiendo actuado los servicios sociales correctamente, con el respaldo judicial y del Ministerio Fiscal, debe descartarse que el daño moral cuya existencia hemos presumido pueda conectarse causalmente con un

funcionamiento anormal del servicio público, como pretende el reclamante. A mayor abundamiento, puesto que la propia conducta del progenitor ha contribuido a causar el daño que pretende imputar a la actuación administrativa debe soportarlo a su costa sin 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 ADJUNTO,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.