

Dictamen Núm. 130/2020

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:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 28 de mayo de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 28 de febrero de 2020 -registrada de entrada el día 11 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños morales derivados de la adopción de medidas de protección respecto a su hijo menor de edad.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de julio de 2019, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la adopción de medidas de protección en relación con su hijo menor de edad.

Exponen que el niño, nacido en el año 2017, acudió a los tres meses de edad a una revisión pediátrica rutinaria que desencadenó “una concatenación inadmisibles de errores administrativos que provocaron que se vieran privados de forma totalmente injusta de la custodia de su bebé”, y a este de la posibilidad de estar con sus padres. Señalan que en dicha cita médica el pediatra “constata la correcta evolución del niño y se interesa por unas pequeñas marcas que el bebé presentaba” en sus mejillas, probablemente causadas “con los barrotillos de la cuna mientras dormía” y que ya habían consultado con anterioridad, ya que “el niño adoptaba `posturas extremas´ por la presencia de cólicos”, sin dar importancia a dichas “marquitas”, dado que el bebé tampoco manifestaba incomodidad o molestia.

Señalan que para su “sorpresa y estupor” el médico de cabecera “activa un protocolo de `maltrato´” ante la falta de precisión de la madre para determinar el origen de las lesiones, siendo ingresado el niño en un hospital del 27 al 31 de octubre de 2017 y “sometido a todo tipo de pruebas” que confirmaron su “perfecto estado de salud, condiciones físicas y psíquicas”, así como su correcto desarrollo.

Destacan que, pese al informe favorable emitido por una trabajadora social, la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias dicta Resolución el 31 de octubre de 2017 “declarando en situación legal de desamparo al menor, asumiendo la Administración por ministerio de (la) ley su tutela, suspendiendo a los padres en el ejercicio de la patria potestad y asumiendo la guardia del menor y su acogimiento desde dicha resolución y hasta el día 6 de julio de 2018, en el que unos días antes de cumplir el año y tras más de 8 meses de angustia y sufrimiento injusto el pequeño es nuevamente reintegrado al seno de sus padres, sin que desde entonces hasta hoy se haya realizado al núcleo familiar seguimiento alguno”.

Consideran la medida adoptada “totalmente injusta e innecesaria”, pues era además “fácilmente constatable la existencia de un error en los partes

médicos del menor, y que fueron en el acto parcialmente corregidos para variar la `versión definitiva de su diagnóstico´ por otro `no tan alarmante´”.

Solicitan una indemnización cuyo importe asciende a ciento cincuenta mil euros (150.000 €) para los progenitores, de los cuales corresponderían 75.000 € a cada uno de ellos.

Adjuntan diversa documentación entre la que se encuentran las Resoluciones de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales de 31 de octubre de 2017, de declaración de la situación de desamparo, y de 3 de julio de 2018, de cese de la tutela y de acogimiento en familia ajena del menor.

2. El día 13 de agosto de 2019, la Jefa de la Sección de Familia emite un informe en el que concluye que “la actuación de la entidad pública fue consecuente y escrupulosa en todo el procedimiento seguido”, sin que pueda considerarse que existieron “errores administrativos, ni (...) dilación en la actuación administrativa, que estuvo en todo momento sometida a la legalidad”.

3. Con fecha 27 de agosto de 2019 la Letrada del Menor emite un informe en el que resume el proceso judicial penal instruido y explica la actividad desplegada por la entidad pública de protección a fin de posibilitar el acogimiento familiar del menor con sus tíos paternos, tíos abuelos paternos y abuela, medida que no pudo culminarse por causas atribuibles a estos.

De acuerdo con la normativa que cita, concluye la adecuación a derecho de la resolución de desamparo adoptada, ajustada al superior interés del menor, principio básico rector de la actuación administrativa en la materia.

4. El día 4 de octubre de 2019, la Jefa de la Sección de Familia remite a la Instructora del procedimiento diversa documentación complementaria relativa a la reclamación presentada.

5. Mediante oficio notificado a los interesados el 15 de octubre de 2019, la Instructora del procedimiento les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días hábiles.

En fecha que no consta, presentan estos un escrito de alegaciones en el que exponen que la Consejería competente fue la única responsable de la decisión de ingresar al menor en un centro, dado que “no existió nunca una orden judicial” en este sentido. Defienden como alternativa la realización de un seguimiento domiciliario del menor, e inciden en la existencia de unos faxes enviados desde el hospital a la Consejería en los que se admite un “error” en el informe de la pediatra y la “rectificación de su diagnóstico”.

Solicitan la incorporación como prueba documental del expediente completo de protección de menores, petición que se cumplimenta el 16 de diciembre de 2019.

6. Mediante oficio notificado a los reclamantes el 20 de diciembre de 2019, la Instructora del procedimiento les concede un segundo trámite de audiencia.

En fecha que no consta, presentan estos un nuevo escrito de alegaciones en el que reiteran que “no concurrían presupuestos para la adopción” de la medida, que contradecía incluso el criterio manifestado por dos trabajadores sociales, y consideran que la decisión administrativa estuvo condicionada por un “error administrativo” en el informe emitido por la pediatra del hospital.

7. El día 7 de febrero de 2020, la Instructora del procedimiento, con el visto bueno de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En sus fundamentos expone que el daño sufrido por los progenitores no puede considerarse antijurídico, y rechaza la existencia de “actividad administrativa anormal o defectuosa en la medida en que la resolución de desamparo adoptada tuvo su causa en la actuación de los pediatras que activaron el protocolo de maltrato y la resolución judicial que inicia el procedimiento penal,

acordándose la medida cautelar de prohibición de aproximación de los progenitores al menor”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de febrero de 2020, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

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

SEGUNDA.- 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), 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.

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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 2 de julio de 2019, y el cese de la tutela tuvo lugar en virtud de Resolución de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales de 3 de julio de 2018 -aunque el reintegro efectivo del menor a sus progenitores se produjo tres días después, el día 6 del mismo mes-, por lo que cabe estimar que la acción ha sido ejercida dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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

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

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

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo

transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Los interesados solicitan una indemnización por los daños morales derivados de la separación de su hijo como consecuencia de la adopción de determinadas medidas de protección por parte de la entonces Consejería de Servicios y Derechos Sociales a resultas de una advertencia de presunto maltrato apreciada en una revisión pediátrica del menor.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, la declaración de desamparo del menor, y la correlativa asunción de la tutela por parte de la Administración mediante Resolución de 31 de octubre de 2017, implicó, primero, el ingreso del niño en un centro de menores y, después, su convivencia con una familia en la modalidad de acogimiento familiar, situación que persistió hasta el mes de julio de 2018, cuando cesa la tutela y aquel es reintegrado a la unidad familiar que forma con sus padres biológicos.

En relación con el daño invocado por los progenitores, debemos recordar que, si bien la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo por cierto (por todos, Dictamen Núm. 134/2015), tal y como pusimos de manifiesto en el Dictamen Núm. 56/2019, cabe presumir o deducir “la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”, y así lo hemos reconocido en supuestos análogos al presente, en los que la adopción de medidas de protección de menores por parte de la entidad pública competente implica la separación de sus

progenitores (entre otros, Dictamen Núm. 3/2019). En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que, a pesar de la indeterminación y subjetividad del concepto de daño moral, más amplio que el clásico *pretium doloris* y comprensivo de distinta graduación según su intensidad, descartadas situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad, su apreciación puede inferirse sin necesidad de prueba en ocasiones cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

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

En el caso examinado, los interesados razonan que la entidad pública podía haber acordado una medida de protección que no implicara la separación física del menor desde un primer momento, y la imposibilidad de visitarlo desde el mes de noviembre de 2017; señalan, en concreto, que podía haberse optado por realizar un seguimiento a la familia. A su juicio, la orden judicial previa a la resolución dictada por la Consejería declarando la situación de desamparo no ordenaba el ingreso del menor en un centro, y consideran que la decisión acordada por “la Consejería única y exclusivamente” fue una medida “lesiva y desproporcionada”. Al respecto aducen los informes emitidos por la trabajadora social del hospital y por idéntico profesional del ámbito municipal, y especialmente la circunstancia acreditada de que el primer informe emitido por una pediatra hospitalaria del diagnóstico, en el que figuraba la expresión “hematomas malares, impresiona de marcas digitales”, fue rectificado el mismo

día de su emisión (30 de octubre de 2017) sustituyendo aquella por la de "hematomas malares, sin mecanismo explicable".

En este contexto procede advertir, con carácter previo, que pese a que los reclamantes sostienen que la instrucción judicial estuvo "condicionada" por los "falsos indicios que le planteó la errada actuación de la Consejería", la reclamación planteada se dirige exclusivamente frente a esta, sin que exista constancia de la presentación de reclamación alguna de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia, regulada en el título V de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Entrando en el análisis de fondo del supuesto planteado, procede señalar primeramente que, como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:5817- (Sala de lo Civil, Sección 1ª), "el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores". En la misma línea, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de mayo de 2017-ECLI:ES:TSJAS:2017:1701- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), "la potestad tutelar de la Administración en este ámbito le permite adoptar medidas cautelares, provisionales o de acogimiento del menor, atendiendo a la ponderación de intereses en juego, y según el contexto concreto de actuaciones procesales concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. No estamos por tanto, ni ante una potestad estrictamente reglada, ni tampoco abiertamente discrecional, sino ante una potestad que puede y debe ejercerse bajo la perspectiva del interés del menor, observando elementales exigencias

de motivación y proporcionalidad, pero sin que (...) pueda en los casos de decisiones administrativas sobre posible situación de desamparo del menor, cuando median actuaciones judiciales penales frente a un progenitor, imputarse automáticamente responsabilidad a la Administración tanto si asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es absolutoria), como si no asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es condenatoria), ya que el instituto de la responsabilidad se asienta por hacer lo que no debe o por no hacer lo que se debe, pero nunca en casos como el enjuiciado, en que la Administración ha actuado guiada por el interés del menor y lo ha hecho contando con amparo en resoluciones judiciales irresistibles". También ha prevenido el Tribunal Supremo que "el juicio sobre lo acertado o desacertado de una decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después (...), sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de dichas medidas tuitivas, atendidas las circunstancias concurrentes en ese momento" (Sentencia de 28 de noviembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:8395-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

Pues bien, sentado lo anterior, en el caso sometido a nuestra consideración resulta que, en primer lugar, la Resolución de 31 de octubre de 2017 de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, por la que se declara la situación de desamparo y se asume la tutela del menor, se adopta después de haberse incoado un expediente de protección cuatro días antes, "tras recibirse notificación del hospital (...) en relación a magulladuras o hematomas en la cara del menor, de tres meses de edad", constando en sus antecedentes de hecho que el hospital remite parte al Juzgado de Guardia. En la misma fecha -31 de octubre de 2017-, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1 de Avilés dirige oficio al Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia "a fin de que con carácter urgente se adopten las medidas oportunas en orden a garantizar la protección del menor". Esto es, la Resolución se adopta tras la previa incoación de un expediente de protección instado a resultas de una

notificación hospitalaria sugestiva de “malos tratos” y habiéndose informado al órgano judicial.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la situación de desamparo se define en el artículo 18.2.c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como aquella que implica “riesgo para la vida, salud e integridad física del menor”. Atendiendo al relato de los hechos, resulta razonable considerar que la aparición de marcas en un bebé de tres meses constituye una situación que reviste un peligro potencialmente serio, ya que cualquier lesión física en un menor de tan corta edad resulta susceptible de provocar graves consecuencias.

En este sentido, la casuística jurisprudencial muestra que la “sospecha de malos tratos constituye un elemento imprescindible y suficiente para que la Administración de protección (...) actúe con diligencia a fin de evitar un daño mayor, teniendo en cuenta que dicha actuación se ha de ejercer tendente a la protección del menor” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de octubre de 2016 -ECLI:ES:TSJM:2016:13652- Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.^a).

Advertido este extremo, procede recordar que la constatación de una situación de desamparo implica, conforme al artículo 172.1 del Código Civil, la asunción de la tutela por ministerio de la ley por parte de la Administración y la suspensión de la patria potestad, así como la guarda del menor, tal y como recogen los artículos 12 y 19 de la citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Dado que el artículo 172 ter del Código Civil establece que “La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”, no resultaba posible que, tal y como pretenden los reclamantes, se adoptara otra medida ante la declaración de la situación de desamparo -que califican como “innecesaria y errada”-. Las actuaciones de la Consejería revelan, además, que se intentó el acogimiento familiar con miembros de la extensa familia, intento

que resultó frustrado por causas no imputables a la Administración, y que propició la adopción de la medida acordada con una familia dentro de un programa específico, cumpliendo así la prioridad establecida legalmente.

Apenas diez días después de la primera resolución, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 3 de Avilés dictó el Auto de 9 de noviembre de 2017, por el que se adopta la medida cautelar que impide a los progenitores la aproximación a menos de 200 metros del menor, “de acudir al domicilio o centro tutelado en el que se encuentre el mismo, de aproximarse a cualquier lugar con el mismo”; medida que, según se advierte en el auto judicial, se mantendría “durante la tramitación del procedimiento y en tanto no recaiga sentencia firme o auto de sobreseimiento o archivo”. Tal y como recoge el informe “con propuesta de confirmación de tutela”, emitido por la Sección de Familia del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia el 15 de noviembre de 2017, en el auto se establecía que existían “indicios fundados de la comisión de un delito de malos tratos en víctima de tres meses por parte de sus progenitores”. En el auto se mencionaba que el informe médico sugería que las marcas procedían de “impresiones digitales”, y apreciaba que el relato de los padres al atribuir los hematomas a “menoscabos fortuitos producidos al darse el menor contra los barrotes de la cuna” no se consideraba factible, “a tenor de la escasísima edad del menor y los menoscabos objetivados que sugieren la intervención activa de uno o sendos progenitores”. El auto también refería que “los hematomas se hallan en diversos estadios, como constata el informe inicial” del centro de salud, lo que llevaba a “colegir la reiteración de la conducta, y perpetrado *a priori* por mano humana a tenor de los vestigios recabados”. El informe de 15 de noviembre de 2017 refleja, asimismo, que en la decisión judicial se aludía a la existencia de “una situación de abuso, de una persona que necesita de una especial protección, que lleva a considerar que nos encontramos ante una situación evidente y objetiva de riesgo para el menor, y se deduce la alta probabilidad de que tales conductas se repitan”. En el auto, que reseña que la medida se adopta “a instancia del Ministerio Fiscal”,

se añade que aun habiéndose declarado la situación de desamparo “los progenitores a día de hoy vienen cumpliendo visitas” en el centro de protección en el que el bebé estaba alojado, “por lo que al fin de neutralizar cualquier riesgo para su integridad se hace preciso la adopción de la medida”.

La literalidad del auto judicial impide, por tanto, atribuir a la entidad pública la medida que implica una separación de los padres. Consta además que el 13 de noviembre de 2017 se envió al Juzgado un informe sobre el comportamiento del menor y su interacción con los progenitores en el que se reflejaba la correcta actitud de estos durante las visitas al centro, hasta su suspensión. Por otra parte, tal y como se refleja en el informe emitido con ocasión del procedimiento de responsabilidad patrimonial, el informe de 15 de noviembre de 2017 sí contempla la rectificación realizada en el informe médico, pero especificando que “como diagnóstico se mantiene la sospecha de malos tratos, por hematomas en ambos malares sin mecanismo explicable”. Efectivamente, el informe de alta emitido por el hospital el 30 de octubre de 2017 (folio 55) consigna como “motivo de ingreso” la “sospecha de malos tratos”, y como “diagnóstico principal” el de “sospecha de malos tratos”, reseñando en el apartado relativo a otros diagnósticos “hematomas faciales de causa no accidental (impresiona de marcas digitales)”; sin embargo, según explica la pediatra en marzo de 2018 a requerimiento del Juzgado que instruye la causa penal, ese apartado fue sustituido por el de “hematomas malares, sin mecanismo explicable”, por considerar que era una descripción más objetiva”, rectificación que tuvo lugar el mismo día 30 de octubre de 2017 y que fue remitida al día siguiente por fax a la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, con indicación de que “sustituye al anterior”. No obstante, el informe mantiene la “sospecha de malos tratos” tanto como “motivo de ingreso” como de “diagnóstico principal”.

Lo expuesto permite concluir que, frente a lo alegado por los progenitores, la Administración no ignoró la rectificación del extremo relativo a que “impresiona de marcas digitales”, pero la adopción de la medida

administrativa de protección fue consecuencia del auto judicial y del sustrato fáctico al que se enfrentaba, recogido en el informe sanitario, que seguía siendo sugestivo de “malos tratos”. El examen de la actividad desplegada por la Administración confirma que estuvo determinada por las decisiones judiciales; a mayor abundamiento, en el auto de sobreseimiento de las actuaciones penales se indica que la decisión se adopta “a la vista (...) fundamentalmente” de “la declaración testifical de la pediatra” autora del informe, que señaló que “todas las valoraciones no indicaban maltrato”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal (al que el artículo 174 del Código Civil atribuye la “superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores”) no instó la revocación de la declaración de la situación de desamparo y el retorno del menor con su familia, según posibilita el artículo 172.3 de la misma norma. Los reclamantes, en cambio, se opusieron a las medidas de protección en sede judicial, si bien formularon desistimiento una vez cesó la tutela.

Descartada pues la responsabilidad patrimonial de la Administración en la actuación seguida en aras de la protección del menor, tampoco apreciamos dilación en el restablecimiento de la situación familiar tras el sobreseimiento de las actuaciones penales, demora que sí hubiera sido imputable a la Administración y permitiría apreciar un anormal funcionamiento del servicio público implicado, como ejemplifican las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de marzo de 2016 -ECLI:ES:TSJCAT:2016:3621 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2012 -ECLI:ES:TSJM:2012:16730- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª).

En suma, las medidas adoptadas con carácter temporal respondieron a lo requerido por la autoridad judicial, sin que puedan considerarse irrazonables o arbitrarias. En rigor, se muestran obligadas y proporcionadas en aras del superior interés del menor ante los indicios en los que se basan, sin que la Administración pudiera acudir a otras cautelas que no implicaran la separación del menor, tal como sugieren los reclamantes, pues el Auto de 9 de noviembre

de 2017 es explícito al respecto y el artículo 172 del Código Civil aboca al acogimiento del desamparado. Coincidimos, por tanto, con la Letrada del Menor en que falta aquí la nota de antijuridicidad del daño pues, pese a las lamentables consecuencias que han supuesto para los afectados, el superior interés del menor impone ciertos sacrificios cuando se objetiva una sospecha de malos tratos.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.