



**Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 268/2013

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 7 de octubre de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad y Política Social (por delegación de la Excma. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 25 de octubre de 2012, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la declaración de desamparo y acogimiento familiar permanente de su hija (expte. 353/12), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** x, padre de la menor x, a través de representación letrada presentó un escrito de fecha 24 de noviembre de 2011, ejercitando una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración regional originada por la declaración de desamparo de su hija y posterior de acogimiento familiar permanente de la misma a favor de una tercera persona, solicitando una indemnización de 100.000 euros en concepto de daños morales.

Según expone, al fallecimiento de la madre de su hija, de la que se encontraba divorciado desde hacía tiempo, se le concedió judicialmente la guarda y custodia de x, aunque ésta nunca llegó a irse a vivir con él. A pesar de que sabía que podía hacer efectiva la resolución judicial por la que se le concedía dicha tutela, prefirió esperar a que su hija quisiese ir a vivir con él de forma voluntaria. El Servicio de Protección de Menores (en lo sucesivo SPM) entendió que esta actitud, respetuosa con la situación tan difícil que estaba atravesando la niña por el reciente fallecimiento de su madre, constituía un abandono y, en consecuencia, llevó a cabo las siguientes actuaciones:

1.<sup>a</sup> Por la Dirección General de Familia y Menor se dicta Resolución de 1 de marzo de 2010, por la que se declara el desamparo de la menor, asumiendo la entidad pública la tutela, con suspensión de la patria potestad del padre y delegando la guarda provisional en su padrastro, x.

2.<sup>a</sup> Por la misma Dirección General se dicta una nueva Resolución de 24 de mayo de 2010, por la que se acuerda el acogimiento permanente de x a favor del citado x.

Recurridas en vía judicial dichas Resoluciones éstas son declaradas nulas a través de Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Murcia, el 25 de noviembre de 2010, notificada al reclamante el 1 de diciembre de 2010 y aclarada por auto del siguiente día 9 de diciembre.

Como consecuencia de la actuación administrativa antes descrita considera el interesado que se le han causado daños que se concretarían en la pérdida de toda relación con su hija quien, en el momento de interponer la reclamación, aún no está bajo su guarda y custodia; el tiempo que se ha visto privado de la presencia de la menor; la angustia vital que le ha supuesto vivir esta situación lo que le ha provocado estar de baja en su trabajo y tener que recibir tratamiento psiquiátrico; y, finalmente, el descrédito y deshonor ante sus vecinos y allegados que consideraban que "*tenía que haber hecho algo lo suficientemente grave como para que la Administración le quitara a su hija*".

Se alega por el reclamante que concurren los presupuestos generadores de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración, constatada en la sentencia anulatoria de las arbitrarias y voluntaristas resoluciones administrativas en virtud de las cuales se le apartó de su hija, así como por el irregular proceder administrativo en todo el expediente, produciendo los daños antes descritos que no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que solicita la indemnización antes señalada.

**SEGUNDO.-** El 14 de diciembre de 2011, por Orden de la Consejera de Sanidad y Política Social, se acordó la incoación del procedimiento y el nombramiento de instructora, lo que fue debidamente notificado al interesado.

Se trasladó la reclamación a la --, habida cuenta que la Dirección General de Asuntos Sociales, Igualdad e Inmigración tiene suscrita con esa compañía una póliza de responsabilidad civil. La citada mercantil indica, con fecha 29 de diciembre de 2011, que los hechos por los que se reclaman no se encuentran entre las contingencias cubiertas por la póliza que sólo alcanza a "*los perjuicios que sean consecuencia directa de un previo daño corporal o material cubierto por la póliza y sufrido por el reclamante de dicho perjuicio*".

**TERCERO.-** Con fecha 16 de diciembre de 2011 la instructora solicita al SPM de la citada Dirección General, la remisión del expediente e informe sobre los hechos objeto de la reclamación.

Por el Centro Directivo antes mencionado se remite el expediente e informe en el que, en síntesis, se indica lo siguiente:

- a) El expediente por el que se asume la tutela administrativa de la menor se abrió como consecuencia de la comparecencia ante el SPM de la tía de x el día 5 de noviembre de 2009, en la que solicita el acogimiento familiar de la niña con sus abuelos maternos, debido a que el padre, a pesar de que ostenta la guarda y custodia de su hija desde el 16 de diciembre de 2008, no se ha hecho cargo de la misma que continúa residiendo con su padrastro, x, y con su hermano Alberto (hijo del x y de la fallecida madre de x).
- b) Puestos en contacto con el padre éste pone de manifiesto sus dificultades para hacerse cargo de la menor que no quiere irse a vivir con él, ante lo que ha optado por no acudir a la policía para que lo auxilie a ejecutar la sentencia por la fuerza, porque considera que esa circunstancia haría mucho daño a su hija.
- c) Con permiso del padre el SPM entrevistó a x quien manifestó su deseo de continuar viviendo con quien ha

estado haciéndolo durante 13 años (su padrastro y su hermano x). Ante estas declaraciones se consideró la posibilidad de formalizar el acogimiento familiar de la menor con su padrastro y llevar a efecto una mediación intergeneracional que acercarse al padre y a la hija y mantuviese la relación con su hermano menor x (hijo de su padre biológico y de su compañera sentimental).

d) Planteada esta posibilidad a x fue rechazada en principio, pero posteriormente la aceptó por considerar que podría ser lo mejor para su hija. Consecuentemente dio su consentimiento por escrito y no formuló alegación alguna en vía administrativa.

e) Entendiendo que existía una negligencia por parte del padre en el cumplimiento de sus deberes como único ostentador de la patria potestad de su hija al fallecer la madre (había transcurrido un año desde que judicialmente se le había otorgado la custodia de su hija sin que hubiese instado la ejecución de la sentencia), se estimó "que existía una posible situación de desamparo y se procedió a la valoración del caso, sin pretender con ello la desatención absoluta de las resoluciones judiciales y por el contrario con la finalidad de resolver una situación de entrada conflictiva, pero que tras unos meses, las partes mostraron su conformidad para el acogimiento familiar de la menor con su padrastro".

f) Afirma que, según dispone el artículo 172 del Código Civil, "una situación de desamparo no sólo abarca un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, sino también el incumplimiento de esos deberes aun a sabiendas que puede ejercerlos, y nos encontraríamos por tanto en un caso de omisión, dado que el padre no estaba ejerciendo como tal desde la ausencia de la madre y había dejado que sus responsabilidades las asumiese el padrastro".

g) No consta al SPM que el reclamante, tras el fallecimiento de su esposa, haya pasado cantidad alguna para la manutención de su hija, aunque, según declaración de la familia de x, sí que está cobrando la pensión de orfandad.

h) Según se constata en el expediente nunca se ha puesto en duda que x cumpliese, cuando la niña era pequeña, el régimen de visitas que tenía establecido; tampoco se ha dudado del cariño que pueda tener por la menor, pero lo que sí resulta evidente es que, tras el fallecimiento de la madre, se ha producido un distanciamiento entre ambos, hasta el punto de haber estado ocho meses sin verse (desde marzo hasta noviembre del año 2009). Esta circunstancia es reconocida por la Sentencia anulatoria de las Resoluciones administrativas, ya que en la misma se afirma que el reclamante ha desatendido las necesidades emocionales de su hija, limitándose hasta el fallecimiento de su madre a ejercer de visitador, obligándola a apoyarse exclusivamente en su padrastro y familia materna, provocando que el distanciamiento fuera aún mayor; además tampoco exigió que se cumpliese de inmediato la Sentencia.

i) La decisión del SPM de declarar el desamparo de la menor se apoyó, por un lado, en el incumplimiento por parte del padre de sus deberes de protección y atención a las necesidades emocionales de su hija y, por otro, a la propia declaración de la menor que manifiesta no estar recibiendo de su padre el apoyo psicológico que necesita tras la muerte de su madre.

j) El Centro de Salud Mental Infanto-Juvenil de San Andrés, informó que x "...tras fallecer la madre y ante la posibilidad que se le pudiera obligar a vivir con el padre, empezó a experimentar síntomas de ansiedad en el

*período previo al juicio, síntomas que se vieron acentuados tras ser realizado el mismo apareciendo cuadro de ansiedad paroxística con sensación de opresión en el pecho, disnea, frío y temblores. Existe un alejamiento emocional de x con su padre y una baja e irregular iniciativa del padre para establecer contacto con su hija. Todo esto demuestra la dificultad del padre y su desistimiento para hacerse cargo de su hija, antes de nuestra intervención y que ha continuado hasta la actualidad".*

k) El distanciamiento entre la menor y su padre constituía una situación de facto cuando se produjo la intervención del SPM, es más, ese distanciamiento fue el que provocó dicha intervención, y no al revés como se afirma en la reclamación.

I) A la fecha de emisión del informe, 25 de enero de 2012, la situación se mantiene, puesto que el padre de x continua sin hacer efectiva la guarda y custodia que tiene atribuida judicialmente.

**CUARTO.-** Acordada la apertura de periodo de prueba por treinta días para practicar, los diez primeros para proponer, el 3 de abril de 2012 el reclamante presentó escrito de proposición, admitiendo la instructora la práctica de la documental y rechazando la testifical al no considerarla relevante para la valoración del objeto principal del procedimiento.

**QUINTO.-** El 16 de julio de 2012 se dio audiencia al interesado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP), concediéndole un plazo de 10 días para que, con vista del expediente, pudiera formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimara procedentes, lo que hizo mediante escrito de 31 de julio de 2012, en el que reitera su petición indemnizatoria.

**SEXTO.-** Seguidamente la instructora formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación indemnizatoria, tras lo cual, completada la documentación reglamentaria, se solicitó el Dictamen del Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta en la fecha que se indica en el encabezamiento.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

1. El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la actual Consejería de Sanidad y Política Social competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del SPM.

2. Respecto a si la reclamación ha sido formulada dentro del plazo legalmente establecido, el artículo 142.4 LPAC establece que si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o de forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva. Por otro lado el artículo 4.2 RRP señala que el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme. La posible antinomia entre ambas disposiciones que, en virtud del principio de jerarquía normativa, debería resolverse a favor de lo establecido en el texto legal, ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo, que mediante Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> de 18 de abril de 2000 ha venido a sentar el criterio según el cual la compatibilidad entre dichos preceptos es evidente, ya que el Reglamento se ha limitado a precisar el *dies a quo* del plazo establecido por la Ley (Dictamen núm. 179/08 de este Consejo Jurídico).

Partiendo de esta premisa -inicio del plazo en la fecha de la firmeza-, en el asunto objeto del presente Dictamen se desconoce en qué momento se produjo tal firmeza. Indica el reclamante que la sentencia le fue notificada el día 1 de diciembre de 2010 y que con fecha del siguiente día 9 de diciembre se dictó Auto de aclaración, aunque en este caso no señala la fecha de notificación. Considerando, en el peor de los casos para el interesado, que dicha notificación se hubiese producido el mismo día 9, la sentencia habría adquirido firmeza una vez transcurrido el plazo de cinco días para su impugnación mediante el correspondiente recurso de alzada ante la Audiencia Provincial, lo que se habría producido el día 14 de diciembre de 2010, con lo que el plazo para interponer la reclamación vencería el día 14 de diciembre de 2011. El escrito por el que se entabla la acción tiene fecha del día 24 de noviembre de 2011, pero no consta el día en que el mismo se presentó ante el correspondiente registro administrativo; no obstante, como quiera que la resolución de admisión a trámite de la reclamación es de 14 de diciembre de 2011, cabe inferir que la pretensión ha sido deducida de forma temporánea.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

### TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Mantiene el reclamante que el hecho de que las resoluciones de la Dirección General de Familia y Menor de 1 de marzo y 24 de mayo de 2010, por las que se declaró el desamparo de su hija, se asumió la tutela de la misma por la Administración y, finalmente, se acordó el acogimiento permanente de x con su padrastro, x, fuesen anuladas en vía judicial, reintegrándole la guarda y custodia que se le había reconocido también judicialmente con anterioridad, hace nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por ende, su derecho a ser indemnizado por los daños sufridos que concreta en la pérdida de toda relación con su hija, la angustia vital que le ha supuesto vivir dicho alejamiento, así como el descrédito y el deshonor ante sus conocidos que, lógicamente, presumían que no era merecedor de ostentar la custodia de su hija.

El artículo 142.4 LPAC establece que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de actos administrativos no presupone el derecho a la indemnización. La jurisprudencia y la doctrina sobre el citado precepto vienen a destacar que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, ya que para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido es preciso que cumplan los restantes requisitos exigidos, a saber, daño efectivamente individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica, en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (artículos 139 y 141.1 LPAC).

En este sentido tanto la doctrina jurisprudencial como la consultiva ha venido manifestando que el hecho de que una actuación administrativa no sea ratificada en vía jurisdiccional, al estimar que los fundamentos que lo sostienen no son legalmente correctos, no constituye razón suficiente para estimar que concurre responsabilidad patrimonial en la actuación administrativa, pues es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que considere ser los más adecuados a la legalidad, en tanto se desenvuelva dentro de márgenes razonados y razonables (entre otras, SSTS de 17 de diciembre de 1981, 11 de marzo de 1999 y 13 de enero de 2000).

La jurisprudencia, al valorar la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de la anulación de un acto administrativo, establece diferentes consecuencias en función de que el acto administrativo haya sido reglado o discrecional, y en función de que se haya o no aplicado un concepto jurídico indeterminado. Así la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 11 de marzo de 1999, expresa lo siguiente:

*"El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto, que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.*

*En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que, siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discretionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.*

*El caso que contemplamos, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discretionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a estos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la*

*Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleve el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones".*

Precisamente en el supuesto objeto del presente Dictamen nos encontramos con una serie de resoluciones administrativas (las antes mencionadas, que fueron posteriormente anuladas judicialmente), dictadas por la Dirección General de Familia y Menor (hoy Dirección General de Política Social), en la que se integra el SPM, a quien le corresponde ejercer las funciones que ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, como entidad pública competente para la protección de los menores (artículo 44 de la 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia -en lo sucesivo LIRM- en relación con el Decreto 146/2011, de 8 de julio, en redacción dada por el Decreto 145/2012, de 16 de noviembre) mediante las que se declaró el desamparo de la menor, atendiendo a lo que al respecto se establece tanto en el artículo 172 del Código Civil, como en los artículos 22 y 24 LIRM. A tenor del citado artículo del Código Civil se considera como situación de desamparo la que se produce a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, constituyendo esta última circunstancia un concepto jurídico indeterminado de tal manera que la constatación de su existencia supone una valoración por parte de la Administración de los distintos factores que concurren en el caso concreto, aunque, eso sí, con respeto a las garantías que al efecto estén establecidas y que aquí se concretarían en el artículo 24 LIRM, que exige un procedimiento que habrá de finalizar mediante resolución motivada en el que, en todo caso, será oído el menor y se garantizará el derecho de audiencia de los padres, tutores o guardadores de los menores, así como el de ser informados del contenido de la resolución que recaiga en el mismo y de los recursos que procedan, todo lo cual, según se constata en el expediente, se cumplió escrupulosamente.

Conviene traer aquí a colación la doctrina del Consejo de Estado citada por este Consejo Jurídico, entre otros, en su Dictamen 197/2002, en el que se afirmaba: "Por su parte, el Consejo de Estado ha afirmado que para que la anulación de un acto o disposición administrativa genere derecho a indemnización es necesario que se funde en una ilegalidad manifiesta, ya que la relatividad del Derecho, como la de las demás ciencias sociales, convierte en inaceptable la tesis de que todo desacuerdo de la Administración, cuando se produce en cuestiones esencialmente opinables, haya de derivarse forzosamente una exigencia rigurosa de responsabilidad patrimonial (Dictamen de 12 de julio de 1990). Abunda este órgano consultivo en dicha tesis en su reciente Dictamen número 2186/2001, de 27 de septiembre, en el que señala que no puede imputarse responsabilidad patrimonial de la Administración "por la sola razón de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa anule el acto administrativo al estimar que los fundamentos jurídicos que lo sostienen no eran los correctos, pues es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según unos determinados criterios siempre opinables. Sólo si ocurre una "flagrante desatención normativa" (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1986 y 15 de noviembre de 1989) cabría la procedencia de la indemnización".

Lo anterior permite afirmar que la Administración actuó, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, dentro de unos márgenes razonados y razonables, tal como exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con respeto a la normativa aplicable, y ello impide considerarla, por el sólo hecho de que sus resoluciones hayan sido posteriormente anuladas, responsable patrimonialmente.

II. Descartada, pues, la posibilidad de declarar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración por el mero hecho de que sus resoluciones fuesen anuladas, cabe ahora analizar si en las actuaciones que culminaron con dichas resoluciones concurrieron los requisitos legalmente establecidos para considerar que existe tal responsabilidad, a saber, un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.

Para determinar si existe relación de causalidad entre el funcionamiento del SPM y los daños que el reclamante alega haber sufrido, es necesario analizar si éstos pueden ser imputados a dicho servicio público. El x entiende que sí existe esa relación, porque han sido las decisiones administrativas tomadas por la Administración las que le han hecho perder toda relación con su hija.

El Consejo de Estado pone de manifiesto en numerosos Dictámenes (entre otros, los números 968/2002 y 62/2003) que en las reclamaciones por responsabilidad patrimonial la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos *necesitas probando incumbit ei qui agit y onus probandi incumbit actori* y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También el Tribunal Supremo en múltiples sentencias, entre ellas la de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de octubre de 2005, afirma que la carga de la prueba del nexo causal corresponde a quien reclama la indemnización, consecuencia de la responsabilidad de la Administración, concluyendo que si dicha prueba no se produce no existe responsabilidad patrimonial.

El interesado califica la actividad administrativa desplegada por el SPM de arbitraria y voluntarista, dirigida a impedir que se ejecutara la sentencia por la que se le atribuía la guarda y custodia de su hija. Con independencia de que dicha afirmación no se encuentra avalada por actividad probatoria alguna (sólo se apoya en el hecho de que las resoluciones administrativas en las que se plasmó fueron, posteriormente anuladas en vía judicial), hay que dejar constancia de que la actuación administrativa dirigida a salvaguardar los intereses de la menor, constituye el ejercicio de una potestad-deber que se ejerce siempre con base en los informes de los profesionales sobre las necesidades de aquélla.

Sentado lo anterior, con el fin de valorar correctamente las imputaciones que se vierten en la reclamación, resulta conveniente, tal como hace la propuesta de resolución, realizar un resumen de las actuaciones administrativas llevadas a cabo y su adecuación a la normativa aplicable, así como determinar en qué medida la propia actuación del interesado ha influido en la producción del daño por el que reclama.

La primera actuación administrativa que se cuestiona es la declaración de desamparo de la menor, pues estima el x que su hija no estaba incursa en tal situación. El Código Civil considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 172.1, párrafo 2º). Por su parte en el artículo 22,b) LIRM se establece como una causa de desamparo aquella situación en la que se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.

De estas definiciones legales se infiere que la situación de desamparo es una situación de hecho que se produce por la concurrencia de dos requisitos: uno de resultado (que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral y material) y otro causal (que dicha privación de asistencia se haya producido a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los

menores). En el supuesto que nos ocupa se entendió que el padre estaba incumpliendo sus deberes de protección puesto que con conocimiento pleno de que podía ejercerlos (instando la ejecución de la sentencia que le concedía la custodia) no lo hizo, desatendiendo a su hija tanto económica (retenía el importe de la pensión de orfandad) como moralmente (falta de atención hacia las necesidades emocionales de la menor), consintiendo que tales responsabilidades fuesen asumidas por el padrastro de x. Así en el informe del SPM, de 25 de enero de 2012, se indica que "...entendiendo que existía una negligencia en el padre de sus deberes como único ostentador de la patria potestad de su hija al fallecer la madre, desde hacía un año, se entendió que existía una posible situación de desamparo y se procedió a la valoración del caso, sin pretender con ello la desatención absoluta a las resoluciones judiciales y por el contrario con la finalidad de resolver una situación de entrada conflictiva, pero que tras unos meses, las partes mostraron su conformidad para el acogimiento familiar de la menor con su padrastro". Hay que destacar que tal análisis de la situación se lleva a cabo transcurrido más de un año desde que se dictó la sentencia por la que se otorgaba al reclamante la guarda y custodia de su hija.

No cabe duda que la situación de x que se encontraba de hecho conviviendo con la que ella consideraba como su única familia (su padrastro y su hermano), siguiendo con la misma rutina que tenía antes del fallecimiento de su madre (residía en la misma vivienda, acudía al colegio de siempre y continuaba relacionándose con los mismos amigos), pero que al mismo tiempo era consciente de que existía la posibilidad de que tuviese que abandonarlo todo para irse a vivir con su padre biológico con el que apenas había mantenido relación, desencadenó en la menor problemas psicológicos acreditados mediante el informe del Centro de Salud Mental Infanto-Juvenil de San Andrés (citado al folio 372), en el que se indica que "...tras fallecer la madre y ante la posibilidad que se le pudiera obligar a vivir con el padre, empezó a experimentar síntomas de ansiedad en el período previo al juicio, síntomas que se vieron acentuados tras ser realizado el mismo apareciendo cuadro de ansiedad paroxística con sensación de opresión en el pecho, disnea, frío y temblores". Esta realidad, junto con la declaración de la propia menor que, en la entrevista que mantiene con los técnicos del SPM, afirma de forma clara y contundente su deseo de residir con su padrastro (con quien convive desde la separación de sus padres, cuando ella tenía tres años) y con su hermano por parte de madre, justifica, a juicio de este Órgano Consultivo, que se iniciase una intervención protectora que tuviese en cuenta el interés de la niña y no el de los adultos que la rodeaban (padre, padrastro y familia extensa por parte de madre), y aquel interés parecía exigir la permanencia de x en el que siempre había constituido su hogar familiar. Esta apreciación fue compartida en su momento por el propio reclamante, quien prestó su consentimiento y no formuló alegaciones en el trámite de audiencia que se le concedió en el expediente administrativo que culminó con la asunción por parte de la entidad pública de la tutela de la niña y la delegación de la guarda en el padrastro. El hecho de que posteriormente esa resolución fuese anulada judicialmente no supone, como ya se ha analizado en el apartado anterior de la presente Consideración, elemento suficiente para estimar que se ha incurrido en responsabilidad patrimonial.

En el expediente figuran datos más que suficientes para entender que el distanciamiento entre el reclamante y su hija no se produce, como alega aquél, por la intervención administrativa, sino más bien al contrario, fue la constatación de ese distanciamiento lo que llevó al SPM a actuar. En este sentido resulta esclarecedora la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, por las que se declaran nulas las resoluciones administrativas a las que el interesado atribuye el daño por el que reclama, pero en la que también se afirma que "(...) tampoco puede desconocerse la desatención del progenitor biológico hacia las necesidades emocionales de su hija, ya que hasta el fallecimiento de la madre, aquél se limitó a ejercer como padre visitador los fines de semana alternos (según relató la menor durante su exploración), y tras producirse el óbito no fue capaz de asumir (en la percepción de x), el dolor que aquélla estaba experimentando, obligándola a apoyarse exclusivamente en su padrastro y la familia materna, agravándose el distanciamiento afectivo que ya parecía existir y que hubiera exigido por su parte una mayor implicación personal, al margen de las actuaciones procesales que ha llevado a cabo. A tal fin, tendría que haber exigido el cumplimiento inmediato de la sentencia judicial que le atribuía la custodia de la niña (...)".

Por consiguiente, el daño alegado, aunque no probado, consistente en el alejamiento paterno filial, no reúne el requisito de antijuridicidad, y ello porque el reclamante, en atención a las circunstancias analizadas en la presente Consideración, vendría obligado a soportarlo. Es más, el distanciamiento entre padre e hija se ha debido en gran

medida a la conducta del propio reclamante quien no llevó a cabo las actuaciones judiciales y de otro tipo que hubiesen propiciado un acercamiento y, muy probablemente, el establecimiento de unas bases sobre las que asentar una relación afectiva entre ambos. La hipotética inexistencia de la actividad administrativa en la que ahora se residencia el origen del daño que se alega, no habría evitado el retraso en la ejecución de la sentencia por la que se otorgaba la guarda y custodia de su hija (a la fecha de la interposición de la reclamación aún no se había hecho efectiva), así como tampoco el transcurso del tiempo en el que se ha ido consolidando dicho alejamiento.

No puede, pues, afirmarse la existencia de nexo de causalidad entre la actuación del SPM y el daño que se le imputa, ya que queda demostrado, a través de los documentos y actuaciones incorporadas al expediente, que sólo a la conducta del padre se debe el haber sufrido la separación de la que se queja y, por lo tanto, sólo a él cabe imputar la responsabilidad por el resultado dañoso por el que reclama.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta elevada en cuanto desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por las razones expresadas en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.