

1.6. Responsabilidad Civil

*INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES POR RUPTURA
DE LA RELACION PATERNO-FILIAL CUANDO LOS PROGENITORES
SON PRIVADOS INDEBIDAMENTE DE LA COMPAÑÍA Y RELACIÓN
DE SUS HIJOS POR LA ADMINISTRACIÓN*

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA.—III. RESPONSABILIDAD POR LA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA Y GUARDA DE HIJOS. RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. BREVE REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO. 2. CARÁCTER Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 30

DE ABRIL DE 2010, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 4. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS. 5. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CIVILES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente publicación de la sentencia de 30 de abril de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la Sala de lo Contencioso Administrativo, nos sirve para hacer una serie de reflexiones sobre un tema que desgraciadamente se produce con cierta frecuencia y que ya habíamos analizado en alguna ocasión. Las reclamaciones indemnizatorias por parte de los padres, frente a la Administración, por los daños morales sufridos por la pérdida definitiva de la relación parental con los hijos dados en adopción, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración Autonómica.

Efectivamente, en el mismo entorno, el derecho de familia, si hace poco analizábamos, un novedoso supuesto de responsabilidad extracontractual, que daba lugar a un daño moral sufrido por uno de los progenitores al ser privado por el otro del derecho a relacionarse con su hijo, y lo hacíamos tomando como punto de partida la sentencia del Tribunal Supremo, 30 de junio de 2009, en el orden civil (1) (jurisdicción competente cuando el daño se produce entre particulares), ahora cuando es la Administración la que con su funcionamiento anormal como consecuencia de una actuación administrativa irregular, en las medidas de acogimiento y adopción de un hijo biológico, causa un daño, tomaremos como punto de partida la importante sentencia de lo contencioso-administrativo —que es la jurisdicción competente cuando el daño es causado a un particular (2) por la Administración—.

En ambos casos, puede observarse que se produce la ruptura del vínculo parental, de los padres y los hijos, pero por caminos diferentes, resultando com-

(1) RUIZ JIMÉNEZ, J. y TEJEDOR MUÑOZ, L., «Indemnización de daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado el otro de relacionarse con su hijo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 210, págs. 805 a 813.

(2) Dejando al margen, claro está, que la responsabilidad civil provenga de una conducta penal, hemos de advertir que la responsabilidad civil de la Administración está sometida siempre a competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero—, idea reforzada en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ), modificada por las Leyes Orgánicas 6/1998, de 13 de julio, y 19/2003.

No siempre ha sido así, pues antes la competencia se repartía entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, según que el hecho causante de la responsabilidad se hubiera ocasionado en una relación de la Administración sujeta al derecho público o al derecho privado, por la cuál resulta decisivo tener en cuenta el tiempo en que se dictó la sentencia para saber cual es el órgano jurisdiccional competente. Puede verse sobre este tema, MORETÓN SANZ, F.; TEJEDOR MUÑOZ, L., y RUIZ JIMÉNEZ, J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2000. La Responsabilidad Civil de los Centros Docentes», en el *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, BFD*, núm. 16, segunda época, 2000, págs. 241 a 256, y LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, coordinado por LASARTE ÁLVAREZ y LÓPEZ PELÁEZ, Dykinson, Madrid, 2007.

petentes consecuentemente órdenes jurisdiccionales diferentes. Ambos convergen y nos sitúan en la misma problemática de la responsabilidad civil extracontractual, y tienen en común que dan lugar a la indemnización del daño moral, eso si presentan notables diferencias, según el daño provenga de un particular o de la Administración. Como es bien sabido, la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración está sujeta a un régimen específico, y distinto del propio de la responsabilidad extracontractual del Derecho común (3), y a una jurisdicción diferente, ya que la responsabilidad patrimonial de la Administración se ventila ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que al hilo de todo ello, comparemos el tratamiento indemnizatorio que tiene la privación indebida de compañía de los hijos, como consecuencia de una declaración de desamparo (cuando el funcionamiento anormal de la Administración, bien por los órganos administrativos o judiciales, impide la reinserción del menor en su familia de origen, siendo por ello privados de derecho de permanecer con su núcleo familiar originario), según que la cuestión se haya ventilado en la jurisdicción contencioso-administrativa o en la jurisdicción civil.

Partiendo de que la Administración tiene un papel primordial en el ejercicio de su función de protección a los menores, no es este el momento de analizar (4) la institución del desamparo, ni las diversas medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, ni de cómo se debe ponderar el interés del menor con el resto de los intereses en juego, y de cómo estos principios pueden entrar en contradicción.

El problema que pretendemos abordar es la responsabilidad derivada de declarar a unos menores en situación de desamparo (5), bien porque se ha

(3) Efectivamente, si el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2009, nos situaba en el régimen general de la responsabilidad por culpa o negligencia del artículo 1902 del Código Civil, que responde a principios subjetivos, la sentencia de 30 de abril de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, nos sitúa en el supuesto de responsabilidad patrimonial de la administración, que responde a principios objetivos, artículos 139 a 144 de la LRJAE.

(4) TEJEDOR MUÑOZ, L., «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», en *Protección jurídica del menor*, obra coordinada por PONS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ, 2.ª ed., Colex, 2009, págs. 125 a 167, e «Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos», en *RCDI*, núm. 697, septiembre-octubre de 2006, págs. 2103 a 2015.

(5) Recientemente se ha fijado la doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica, mediante la sentencia de 31 de julio de 2009 (RJ 4581), en este sentido, en su Fundamento sexto declara que: «Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico». Esta interesante sentencia requiere un tratamiento individualizado.

producido de forma improcedente, o bien porque siendo procedente la declaración en su origen se hayan producido posteriormente cambios sustanciales que supongan una evolución positiva de los padres que les permita desempeñar adecuadamente sus funciones, y que pese a ello y haber una sentencia judicial que ordene la reinserción del menor en la familia de origen, se haga imposible la ejecución de la misma por considerarse que se ha prolongado excesivamente la situación de separación, y que es mejor para los menores permanecer en la familia de acogida o adopción que volver a la de origen, produciéndose una imposibilidad de recuperar afectiva y materialmente a los hijos.

Es decir, todos estos casos tienen en común, que tras la adopción de medidas de protección tomadas por la Administración, los padres biológicos se han opuesto a las mismas, y se ha producido una privación indebida de la compañía de los hijos, que ha originado un daño como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración Pública, dando lugar a la responsabilidad civil de la Administración Pública o de la Administración de Justicia, o de ambas a la vez, y, además, estas situaciones afectan exclusivamente a familias desfavorecidas socialmente, que viven en un umbral de pobreza, e incluso en un entorno marginal, poco favorable, donde frecuentemente asoma la drogadicción, enfermedad, etc...

En consecuencia, analizaremos el daño moral, la responsabilidad patrimonial del Estado, y su diferente tratamiento en la vía contencioso-administrativa y en la vía civil.

II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA

Los daños morales (6) se definen por el profesor LASARTE (7) como «aquellos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas —como la libertad, la salud, el honor, etc.—, extraños a la noción de patrimonio y que no repercuten de modo inmediato, sobre este». Como añade el citado profesor, «la doctrina y la jurisprudencia tienden a admitir, desde hace ya largo tiempo, que todo daño, material o moral, siempre que sea real y demostrado, da lugar a la reparación» desde que la primera, y famosa, sentencia del Tribunal Supremo declaró la susceptibilidad de reparación del daño moral el 6 de diciembre de 1912. En este sentido, puede citarse, la sentencia de 25 de junio de 1984 (*RJ* 1986/1145).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, dictada sobre el daño moral, ha reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (sentencia de 22 de mayo de 1995 [*RJ* 1995/4089]), relativa

(6) Ya nos habíamos preocupado, hace unos años, del tratamiento del daño moral con ocasión del transporte aéreo, y lo hacíamos tomando como punto de partida el análisis de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000, y repasando cómo se había ido perfilando el concepto en los diversos pronunciamientos que los tribunales han dictado como consecuencia, en aquella ocasión, de las demoras producidas en el transporte aéreo. TEJEDOR MUÑOZ, L., «Daños morales en el transporte aéreo. Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005 págs. 2101 a 2110.

(7) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 14.ª ed., 2010, pág. 300 y sigs.

e imprecisa (sentencias de 14 de diciembre de 1996 [RJ 1996/8970] y 5 de octubre de 1998 [RJ 1998/8367]).

Quedando fuera de toda duda la indemnización del daño moral, en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (sentencias de 9 de mayo de 1984 [RJ 1984/2403], 27 de julio de 1994 [RJ 1994/6787], 22 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8097], 14 de mayo y 12 de julio de 1999 [RJ 1999/3106 y 4770], entre otras). Adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad (sentencia de 19 de octubre de 1998). En este sentido, es necesario destacar cómo se acogen por la Sala Primera del Tribunal Supremo, varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (sentencia de 27 de julio de 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (sentencia de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998 [RJ 1998/8412], 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996/3793 y 7235]), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

Precisamente, como muestra de este criterio aperturista y de la admisión de nuevos supuestos en el marco de la responsabilidad contractual, señala VICENTE DOMINGO (8) la citada sentencia de 31 de mayo de 2000, en la que se aplicaba la doctrina del daño moral por un retraso de ocho horas en un vuelo. También se ha incluido, por el Tribunal Supremo, dentro del concepto de daño moral, la pérdida de oportunidad (9).

Dentro de los diversos aspectos que pueden integrar el daño moral, destaca el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (sentencias de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995/4086], 19 de octubre de 1996 [RJ 1996/7508], y 24 de septiembre de 1999 [RJ 1999/7272], 14 de julio de 2006 [RJ 2006/6380], 5 de junio de 2008 [RJ 2008/3556]).

La sentencia de 25 de junio de 1984 (RJ 1984/1145), considera que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico o espiritual producido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad, y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento causado (sentencia de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983/2956]).

En efecto, la reciente Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (sentencia de 25 de junio de 1984 [RJ 1986/1145]), sentencia de 23 de julio de 1990 (RJ 1990/6164), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia; sentencia de 6 de junio de 1990 (RJ 1990/5780), la zozo-

(8) VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, F., 2.ª ed., 2003, Aranzadi, pág. 245.

(9) Por ejemplo, sobre este tema en un caso de la responsabilidad civil profesional del abogado, puede verse la interesante sentencia de 14 de mayo de 1999, por incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento a sus clientes: «Responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil de los abogados demandados. Daño moral inferido por negligencia profesional. Indemnización mancomunada en atención a sus respectivas conductas. Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2003», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004, págs. 373 a 380.

bra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (sentencia de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995/4089]), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998 [RJ 1998/551]), representa el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades, o incluso, resultados pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada... (sentencia de 2 de julio de 1999 [RJ 1999/4770]) y de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089). La sentencia de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242), mantiene que el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que la padece.

Según la doctrina mayoritaria (10), solo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino solo, en algún modo compensables. En este sentido, como precisa la sentencia de 14 de julio de 2006, «los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización, al menos, palia el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afeción y ofensa que se implantó».

Una de las cuestiones más espinosas cuando nos acercamos a los daños morales es precisamente cómo se cuantifican. Efectivamente, en cuanto a la cuantía de los daños indemnizables, el problema es como dice el profesor LASARTE (11) que: «una vez probados y acreditados, hay que estar al prudencial criterio del juzgador, pues no hay previsión normativa que sea capaz de englobar la riqueza de supuestos de hechos».

El propio Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, ha puesto de manifiesto que la cuantificación económica de los daños morales, siempre difícil, debe fijarse equitativamente atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión, así la sentencia de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3556) señala que: «corresponde a los Tribunales fijarlos equitativamente (sentencias de 19 de diciembre de 1949 [RJ 1949/1463], 25 de julio de 1984 [RJ 1984/1145], 3 de junio de 1991 [RJ 1991/4407], 27 de julio de 1994 [RJ 1994/6787], 3 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8353] y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996/7235]), atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida (sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1999 [RJ 1999/7272])».

En el mismo sentido, se pronuncia la Sala de lo Contenciosos-Administrativo del Tribunal Supremo, en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se producen daños morales, así a título de ejemplo, en la sentencia de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7007), tras reconocer la ne-

(10) Sobre la función compensatoria de la responsabilidad civil, por todos, puede verse, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil* (dirigido por PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CORDECH), T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1971 y sigs.

(11) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 14.ª ed., 2010, pág. 301.

cesidad de indemnizar por los daños morales declaró (12): «Cuestión distinta es la cuantía de la indemnización solicitada por la apelante. Puesto que, efectivamente, es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automático para fijar la indemnización en casos como el presente. No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio».

III. RESPONSABILIDAD POR LA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA Y GUARDA DE HIJOS. RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. BREVE REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO

La responsabilidad patrimonial está reconocida constitucionalmente, de un lado en el artículo 9.3 de la Constitución, que impone la responsabilidad de los poderes públicos, y de otro, en el artículo 106.2 del citado texto, que señala 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».

Como nos recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de abril de 2010 (13), «dicho precepto constitucional tiene su desarrollo legislativo en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (14) y concretamente, dispone el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Por su parte, el artículo 141.1 prevé 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».

Por último, es necesario señalar que la Administración de Justicia tiene un régimen de responsabilidad propio conforme señala el artículo 121 CE al preceptuar que: «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Este precepto constitucional fue desarrollado (15) por la Ley Orgánica del Poder

(12) Sentencia de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª (RJ 1992/7007).

(13) RJ 2010/299140.

(14) Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

(15) El artículo 139.4 LRJPAC dispone que: «la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley

Judicial (LOPJ), de 1 de julio de 1985. Norma que recoge, de un lado, la responsabilidad civil directa del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia comprendiendo los supuestos de error judicial (16) y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (17) (arts. 292 a 297), y, de otro, la responsabilidad civil personal de los Jueces y Magistrados (arts. 411 a 413).

2. CARÁCTER Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La jurisprudencia sostiene que la responsabilidad civil de la Administración Pública, tiene los siguientes caracteres (18): a) *Es un sistema unitario y general*

Orgánica del Poder Judicial», realizando por tanto una remisión a la regulación establecida en dicha Ley.

(16) En cuanto a la reclamación de indemnización por causa de error, debe recalcarse que previamente a la reclamación, ante el Ministerio de Justicia, es necesario, que el error haya sido declarado por una decisión judicial que expresamente lo reconozca.

Esta decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión, o bien con arreglo a un procedimiento especial que establece la ley. De acuerdo con este procedimiento, debe señalarse por un lado, que la pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una sala o sección del Tribunal Supremo, la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61 LOPJ, que es la misma que conoce de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la sala de lo contencioso-administrativo de dicho tribunal [art. 293.1.b) LOPJ], y por otro, que un supuesto de error judicial es el de responsabilidad por prisión preventiva indebida, conforme se establece por el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

(17) Nótese que en estos supuestos el deber de soportar el daño sólo se excluye cuando se ha producido un supuesto de anormalidad en su funcionamiento.

Como afirma BUSTOS LAGOS, J. M., «engloba aquellos supuestos en los que la responsabilidad nace de una inadecuada o irregular tramitación de un procedimiento judicial debidas a la negligencia del juzgador, a las dilaciones intencionadas atribuibles a cualesquiera órganos de la Administración de Justicia o al mal funcionamiento de los servicios auxiliares, siempre que se trate de actos directamente relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional», «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, 2.ª ed., Aranzadi, pág. 1621.

Al igual que en la responsabilidad administrativa general, también aquí se exige que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone, por sí sola, derecho a indemnización. El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. El interesado dirigirá su reclamación directamente al Ministerio de Justicia en el plazo de un año y se tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, procediendo recurso contencioso-administrativo en caso de denegación.

En esta categoría se engloban los supuestos de retrasos administrativos o judiciales que excedan del margen ordinario.

(18) Destacamos por su claridad, la sentencia de 4 de enero de 1991 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (RJ 1991/500), cuando señala, al referirse a la responsabilidad directa y objetiva de la Administración, que: «La copiosa jurisprudencia sobre la materia

aplicable a todas las Administraciones Públicas (art. 144 LPC) y que abarca todo tipo de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (19). *b)* Es una responsabilidad directa y única de la Administración frente al perjudicado sin necesidad de que se identifique al agente del daño, no se dirige por tanto a sus funcionarios o autoridades (art. 145.1 y 2. LPC), y *c)* Es de naturaleza objetiva, se genera por la relación de causalidad entre la actuación del agente y el daño producido, independientemente de todo elemento de intencionalidad o falta de diligencia del agente, es decir sin necesidad de que concurra culpa o negligencia (art. 139.1 LPC).

A modo de recordatorio, conviene precisar que la responsabilidad de la Administración exige los siguientes requisitos, según la interpretación jurisprudencial (20):

ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales, sintéticamente expuestos los siguientes: *a)* la legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa; *b)* servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suele presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; *c)* de ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello; ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración, que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal».

(19) Conforme a una muy consolidada interpretación, servicio público, es una noción amplia, sinónima de acción u omisión administrativa.

(20) Concretamente, en relación a los requisitos exigibles, la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a, de 4 de enero de 1991, señala los siguientes: «Primero.—La efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente valuable. Segundo.—Que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto administrativo legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión). Tercero.—Que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso de tiempo que fija la Ley. Sentencias de 15 y 18 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986/8109 y *RJ* 1986/8115); 19 de enero de 1987 (*RJ* 1987/426); 15 de julio de 1988 (*RJ* 1988/5896) y 13 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/19)».

Puede verse, también en el mismo sentido, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1998, de la Sala 3.^a (*RJ* 1998/2656): *a)* El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. *b)* En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. *c)* El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. *d)* Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizarse, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Además, la responsabilidad patrimonial de la administración ahora contemplada en la normativa anteriormente citada es objetiva, según ha declarado también reiterada jurisprudencia. En consecuencia, baste la concurrencia de los anteriores elementos para que, con independencia de la normalidad o anormalidad en el funcionamiento del servicio, surja el deber de responder por los daños causados. También, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 13 de abril de

- a) Efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- c) Que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contrario al derecho (antijuridicidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva).
- d) Ausencia de fuerza mayor (21).
- e) Que no haya prescrito el derecho reclamar (22).

Llegado a este punto, conviene resaltar que cuando los interesados no están de acuerdo con las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de ley, se pueden oponer (23), sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa (24). La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor deberá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores (25).

Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa (26) en materia de protección de menores habrá de presentar un escrito inicial, en el que su-

2005, que señala como tales «1.º Realidad de un resultado dañoso, incluyéndose en el daño el núcleo cesante; 2.º La antijuridicidad del daño o lesión, viniendo dada la calificación de este concepto tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor, como, principalmente, porque la persona que la sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto; 3.º Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, merced a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece; 4.º El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, debiendo el daño ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa».

(21) 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 las técnicas 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, artículo 141.1 LRJAE.

(22) El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, artículo 14.e) 5 LRJAE. Por tanto, el plazo para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial es idéntico que el establecido por el artículo 1968 del Código Civil.

(23) Un estudio de las distintas causas de oposición al acogimiento, a través de distintas sentencias de las Audiencias, puede verse en DÍEZ GARCÍA, H., «Desamparo de menores y acogimiento», en *Aranzadi*, vol. III, 19, págs. 2239-2270.

(24) Artículo 172.6 del Código Civil y artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con mayor extensión, vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., «La guarda, acogimiento...», *op. cit.*, pág. 158.

(25) Conforme establece el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Disposición Final 2.ª-4. de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

(26) Señala DÍEZ GARCÍA, que en la mayoría de las ocasiones que se formula oposición se solicita, al tiempo, el cese de las medidas que hubieran podido acordarse. Para

cintamente expresará su pretensión y la resolución a la que se opone. Se hará mediante el juicio verbal.

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida... están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por el cambio de circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (art. 172.7 del CC).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es el momento de analizar la sentencia de 30 de abril de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo (27).

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 2010, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Se trata de una decisión judicial que ha tenido gran repercusión social y que constituye un claro exponente de la temática que examinamos. En ella se condena a la Administración Autonómica de Cataluña a indemnizar a los recurrentes, por los daños sufridos en su propia persona, por el funcionamiento anormal de la Administración en el acuerdo de medidas de acogimiento y adopción del que era su hijo biológico.

El caso es ciertamente complejo, y los hechos con trascendencia en el debate que resultan acreditados a raíz del análisis del expediente administrativo, se encuentran en Fundamento quinto de la sentencia (28), es, por tanto, necesario para situarnos en el tema, referirnos a los mismos:

«...mediante parto domiciliario, nace un varón el 27-9-2000, que requiere posterior traslado del neonato desde el Hospital de Vilanova hasta el Hospital de la Casa de Maternidad por síndrome de abstinencia neonatal. Consta que la madre no va a visitarlo hasta diez días después. El padre se encuentra entonces en prisión preventiva. Se contacta con la abuela materna, quien tiene entonces la guarda de hecho de otro hijo de la madre, Guillermo —nacido en 1996—, manifiesta que no puede hacerse cargo del nuevo bebe así como la adicción de su hija desde los trece años a diferentes sustancias estupefacientes. La abuela paterna, que vive en Sevilla, tampoco puede hacerse cargo. El día 20-10-00 solicitan la intervención de la DGAIA, por cuanto la madre no acude a dos visitas reclamadas. Se dicta resolución administrativa de desamparo en fecha de 23-10-00 y se dispone la asunción de las funciones tutelares sobre el menor, así como su retención en el Hospital Casa de Maternidad de Barcelona. Se constata que ambos padecen una importante adicción a sustancias estupefacientes de larga duración.

ello, los padres (u otros parientes del menor) suelen alegar el cambio de circunstancias que dieron lugar a la intervención de la entidad pública y que propiciaron tanto la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela automática como el acogimiento (provisional o no) que hubiera podido constituirse. En consecuencia, lo habitual es que en estos procedimientos se reexamine de nuevo la situación del menor y de su familia; lo que puede convertirse en una especie de revisión de las causas que, en su día, dieron lugar a la declaración de desamparo...». «Desamparo de menores...», *ob. cit.*, pág. 20.

(27) *JUR* 2010/29940.

(28) Por la gran extensión de este fundamento vamos a fragmentarlo.

...Se inicia la actuación para el ingreso del menor en un centro de acogimiento, que se produce en fecha de 7-11-00. Consta, asimismo, la oposición de los padres en fecha 8-11-00, momento en el que expresan querer recuperarlo y que aunque la situación es delicada esperan que en uno o dos meses cambie completamente y que desean visitarlo. Consta Resolución de la DGAIA de fecha 15-1-2001 por la que se acuerda disponer el ingreso del menor en el Centro de acogimiento (29)...

Tras varias entrevistas con los padres (30)... Por parte del Centro de acogimiento se formula el 9-5-2001 valoración relativa a considerar procedente el no retorno del menor con sus padres biológicos, y que ningún miembro de la familia extensa puede hacerse cargo con lo que propone la adopción de una medida de protección de acogimiento por una familia preadoptiva, así como el establecimiento de un régimen de visitas mensual con los padres biológicos (31)...

(29) Fundamento quinto sigue: «...Según el Centro las visitas semanales de los padres han sido irregulares: durante el mes de noviembre acudieron a tres visitas. El mes de diciembre realizaron una visita. El mes de enero realizaron dos visitas. Desde el 16 de enero al 13 de marzo no realizaron ninguna visita. Durante el mes de abril se realizó la última visita del niño. Sin embargo de la sentencia de 20-1-2004 dictada por la Sección 18.ª de la AP de Barcelona se desprende como hecho probado que hubo más visitas, puesto que se realizaron todas las de carácter bimensual que se fijaron...».

(30) Fundamento quinto sigue: «...En fecha de 13-3-2001 se realiza por el Centro de acogimiento una entrevista con los padres, donde expresan su deseo de recuperar a Javier, que poseen una vivienda, así como ingresos económicos. En fecha de 20-3-2001 en una nueva entrevista manifiestan, a diferencia de la anterior, no tener ingreso alguno, ni soporte familiar, que acuden al CASS de Vilanova dos veces por semana para controles analíticos y de orina y tratamiento con metadona. Por el Centro de Acogimiento se argumenta en el informe o síntesis evaluativa que no se puede seguir un plan de trabajo con los padres por la dificultad de contactar con ellos y su falta de conexión con la realidad y su situación desorganizada en su entorno. Se trata de conclusiones, no de hechos, ni se exponen los datos objetivos en los que descansan...».

(31) Fundamento quinto sigue: «...En fecha de 25-4-2001 se notifica a los actores que la DGAIA acuerda que las visitas pasan a ser de semanales a mensuales y que la siguiente será el día 9-5-2001 a razón de una hora al mes, informándoles que propondrán un acogimiento preadoptivo.

En fecha de 29-6-2001 se acuerda que por el ICAA, Institutí Càtala d'Acolliment i Adopcions, que se promueva judicialmente la constitución de un acogimiento preadoptivo del menor con la familia idónea, y habilitar al ICAA para la constitución de un acogimiento simple en familia. Esta Resolución se notifica a los padres en fecha de 26-9-2001.

En fecha de 7-8-2001 consta una llamada telefónica del padre, señor Fernando, manifestando que desde mediados de junio de 2001, ambos padres están ingresados de manera voluntaria en dos Centros de Rehabilitación distintos, él en Alicante y ella en Murcia, y que ha superado con éxito la primera fase del tratamiento de desintoxicación. Solicitan visitas.

En fecha de 13-8-2001, vuelve a llamar el padre, señor Fernando, solicitando visita al centro, que se acuerda para el 24-8-2001. Acuden ambos desde Alicante y Murcia. En ella se les informa que posiblemente las visitas se suspenderán durante tres meses debido al acogimiento simple que se producirá de forma inmediata. Se inicia el acogimiento el 30-8-2001.

La decisión de suspensión de visitas se notifica a los padres en fecha de 10-10-2001 formalmente en fecha de 10-10-2001, en el centro REMAR en el que están ingresados.

Tras el Plan de acoplamiento establecido por Resolución del ICAA de 6-9-2001, se acuerda el acogimiento simple en tanto no se resuelva judicialmente el acogimiento preadoptivo. Tal Resolución no consta notificada a los actores ni como destinatarios.

Por parte del Centro de desintoxicación REMAR se realiza informe en fecha de 5-9-2001 y es recibido por DGAM en fecha de 18-9-2001, indicando oficialmente el ingreso de

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública catalana se fundamenta en el funcionamiento anormal del Departamento de Bienestar Social y Familia (hoy conocido como Departamento de Acción Social y Ciudadanía), a partir de la Resolución de la DGAM de fecha 29 de junio de 2001 y 31 de agosto de 2001, y de la Resolución del ICAA de fecha 6 de septiembre de 2001, que acuerda el acogimiento preadoptivo del menor, y de la Resolución del «Institut Català d'Acolliment i d'Adopcions» (en adelante ICCA), de fecha 6 de septiembre de 2001, que acuerda el acogimiento simple en tanto no se resuelva judicialmente el acogimiento preadoptivo.

Recogemos por su importancia, parte del fundamento:

Tercero... «los actores accionaron en la vía civil la oposición de las medidas de protección adoptadas..., en atención ...a obtener una declaración judicial que las declarara improcedentes y retornara al menor a su situación anterior de tal manera que pudieran acreditar su idoneidad como padres para el ejercicio de la tutela con el contenido de derechos y deberes. Tal oposición siguió los trámites pertinentes establecidos legalmente, siendo que fue vista en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia, número 45 de los de Barcelona... [sentencia de fecha 10-12-2002 (32), confirma no haber lugar a la revocación de las Resoluciones anteriores].

...se interpuso recurso de apelación (33) con el objetivo de revocación de la sentencia de instancia y de conseguir acreditar la improcedencia de las me-

los padres en los diversos centros de desintoxicación, y, que la evolución es buena pero el proceso es lento.

Se traslada el caso a la EAIA «Alt Penedès-El Garraf», que no había tenido antes conocimiento alguno ni de la situación de los padres ni del menor Javier.

En fecha de 13-11-2001 los señores [...] solicitan la reanudación de las visitas y el 20-11-2001 el EAIA del Alt Penedès-El Garraf realiza un informe propuesta sobre la solicitud de visitas, pero no conocía ni el caso hasta el mes de julio. El EAIA no dispone de elementos de juicio ante tal situación, reconociendo la actitud de los padres biológicos respecto a su deseo de recuperar a su hijo. Proponen reanudar el régimen de visitas.

El 12-2-2001, tras múltiples informes de REMAR relativos a la situación de los padres y a la evolución positiva del tratamiento, se vuelven a conceder visitas con carácter bimensual a razón de una hora cada dos meses, coincidiendo temporalmente con la presentación de demanda de oposición a las medidas de 29-6-2001 y de 6-9-2001. Se concertan dos visitas para el día 21-5-2002 y 23-7-2002, mediante Resolución de fecha 21-3-2002, contra la que los actores se oponen solicitando una periodicidad mayor —quincenal—.

Se contienen dos Informes de la «Associació Parlament», entidad colaboradora del Departamento de Bienestar Social en los que se manifiesta la dificultad de entender el menor las visitas, así como la situación de descontrol que le genera. Proponen continuar con el acogimiento preadoptivo».

(32) En el Fundamento quinto se aclara: «...Por entender que existe falta de vinculación y relación afectiva “totalmente consumada”, si bien reconoce el importante esfuerzo que están realizando los padres biológicos por recuperar el control de su vida. Considera que todavía están en una situación de fragilidad, que no alcanza un grado de seguridad suficiente. Se concluye que la medida de protección más adecuada es la de acogimiento preadoptivo del menor en familia ajena. Confirma la Resolución del ICAA, relativa al acogimiento simple con finalidad preadoptiva...».

(33) En el Fundamento quinto se añade: «...en base a considerar que si bien es cierto que existió causa de desamparo, que sin duda fue también consentida, no se realizó nada sobre el núcleo parental, cronología sobre sus adicciones, alcance de las mismas, naturaleza simple o politoxicomanía, y que la situación actualmente es “irreversible” por la convalidación que realiza el propio transcurso del tiempo, pero “se actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos insuficientes, y con el prejuicio

didadas adoptadas y la recuperación del menor. Y tras esta sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20-1-2004, formularon preparación de recurso de casación, y posterior interposición, como consta en autos. La Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Catalunya dictó Auto en fecha de 17-1-2005, notificado en fecha de 21-1-2005 por el que se inadmitía el recurso de casación preparado contra la sentencia de la APB de 20-1-2004.

Por ello, en este momento, las medidas de acogimiento preadoptivo en familia ajena así como *la de* acogimiento simple en tanto no se resuelva judicialmente el preadoptivo, quedaron firmes y, por tanto, la situación del menor, aunque todavía no roto el vínculo familiar paterno-filial con los padres biológicos, por cuanto ello se produce por sentencia del Juzgado PI, número 45 de 10-9-2007, de constitución de la adopción del menor, era ya irreversible, puesto que solo dependía de que el acogimiento preadoptivo no hubiera resultado exitoso en la relación de los padres acogedores y el menor acogido, sin que ya pueda tener relevancia una hipotética y acreditada curación o desintoxicación así como la consistencia de un entorno familiar estable».

Veamos si se dan los requisitos necesarios antes estudiados, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración, una vez que el desamparo es inamovible:

- a) Existe un daño causado por la actuación deficiente, que queda perfectamente constatado por el Tribunal y cifrado en: «la pérdida de la posibilidad de establecer respecto de los padres un vínculo afectivo real con su hijo biológico, a partir de la acreditación de la existencia de una posibilidad de evolución positiva de los padres a partir del ingreso en un Centro de deshabitación el 10-6-2001 —él—, y el 15-6-2001 —ella—, tras un largo periodo de dependencia y adicción a las drogas por ambos».
- b) Existe nexo causal, produciéndose una relación directa, relevante y eficiente en la producción del resultado dañoso, cual es la destrucción de la vinculación con los padres biológicos, para el establecimiento de un nuevo vínculo fuerte, directo y sin posibilidad de retorno, sin planteamiento que ante la nueva situación, observada y manifestada por los padres, la Administración protectora elude, califica indiciariamente de incierta y la plasma como manifiestamente negativa, por cuanto, aunque la evolución recuperatoria es evidente, no hay probabilidad de superación. Ciertamente, es como decir, no vale la pena luchar por mantener el vínculo biológico, siquiera manteniéndolo vivo, esperando la señal indicativa de que existe posibilidad.

Precisamente el nexo causal resulta ser la verdadera cuestión objeto de debate, razonando el Tribunal lo siguiente:

Sexto: ...«En el presente caso, la parte actora sostiene un mal funcionamiento de la Administración demandada, por cuanto actuó erróneamente, con falta de diligencia a la hora de en primer lugar, ser la causante de la falta de vínculo afectivo con el menor, que después fue la que por sí misma propició la irreversibilidad de la situación, cuando ya eran evidentes los signos de rehabilitación de los padres del menor. Y, en segundo lugar, actuación conjunta, control e información con respecto a la situación de los padres, siendo que la DGAM ya

más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración... y sin posibilidad razonable de rehabilitación”».

conocía previamente la suspensión de las visitas con el menor y su salida del centro de acogida para pasar al acogimiento simple con finalidad preadoptiva, que los padres llevaban dos meses en rehabilitación, y que habían superado la primera fase con éxito. Por tanto, se imputa una falta de atención al otro parámetro de evaluación a la hora de adoptar una medida tan drástica como es la suspensión del régimen de visitas cuando ya el anterior era de carácter mensual y a razón de una hora al mes.

...es ciertamente relevante tener en cuenta que no se está analizando la procedencia de la situación declarada el 23-11-2000 de desamparo del menor, la misma no es discutida por los padres y, sigue siendo el punto recurrente de la Generalidad de Cataluña cuando no es la actuación analizada, desde el punto de vista de exigencia de relación de causalidad con la causación del daño.

...Las actuaciones de las que los actores pretenden hacer nacer la declaración de la existencia de responsabilidad patrimonial vienen a situarse temporalmente en aquel momento en que la Administración tiene conocimiento de la voluntad no solo verbal, que ya era manifiesta, y por tanto relevante, de querer mantener el vínculo con su hijo, sino efectiva y directa, como es por ejemplo: ingreso en un Centro de desintoxicación, cada uno por separado, atendiendo a una efectiva voluntad de superar el problema de adicción que tenían y recuperar a su hijo. Ello era más que suficiente para la iniciación, desde aquel mismo momento, de un plan de trabajo, previa información, control y diagnóstico de la verdadera situación del entorno familiar. La Administración no actúa, califica la situación como extremadamente frágil, incierta y sin posibilidad alguna de recuperación, siendo que se cierra frontalmente esa posibilidad, y se centran y enmarcan en el procedimiento de acogimiento en familia ajena, no olvidemos con finalidad preadoptiva, es decir, con la clara voluntad del establecimiento de un nuevo vínculo a modo del paterno-filial, borrando todo resquicio con el anterior...

...La cuestión a debatir, ...no es la situación de desamparo, ...sino la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración Pública en base a la efectividad de una ruptura del vínculo con todas sus consecuencias, tanto para el menor como para sus progenitores y hermanos, que provocó la Administración con la adopción no justificada del acogimiento simple en familia, y la suspensión injustificada de las visitas cuando ya eran mensuales, conociendo, ya en agosto de 2001, que desde junio de 2001 ambos progenitores se encontraban en Murcia y Alicante, sin ingresos económicos y sin posibilidades de apoyos familiares para sostener las mismas dentro del primer periodo o fase de desintoxicación voluntaria y que la evolución era buena, es decir, por causas absolutamente ajenas a su voluntad. ¿Qué hizo la Administración con esa primera comunicación de evolución positiva de recuperación de los padres en agosto de 2001? Pues cerrar la posibilidad con la suspensión del ya mínimo régimen de visitas, ya franqueando cualquier posibilidad de que el contacto en ese momento pudiera ser beneficioso para ambos, hijo y padres biológicos en atención a una motivación mutua. Y dadas las circunstancias, ¿qué debía haber hecho? ¿Le era exigible otra actuación? (34)...

(34) En este punto, también es claramente indicativa, por reveladora, las conclusiones de la sentencia de la AP de Barcelona, de 20-1-2004, al señalar que: «Tal actuación, o tal intento, siquiera, hubiera sido especialmente beneficioso para todos: el menor hubiera crecido, después de un breve paso por un centro, en una familia de acogida temporal con la que, de guardar después algún recuerdo —lo que es más que difícil se conserve más atrás de los dos años— pudiera mantener algún tipo de lazo o relación, los padres habrían podido afrontar con mayor tranquilidad su proceso curativo —sin desdeñar que el trauma inferido haya sido acicate a la vez— a la par que hubieran mantenido un contacto real, una identidad como padres, y el reencuentro, también progresivo, hubiera sido muy poco traumático; retorno que en realidad no excluiría, al ser firme el desamparo, necesari-

La conclusión es que la Administración ignoró el proceso de desintoxicación y reestructuración de la familia [...], que debiera haber sido analizada, con una sospecha razonada de irrecuperabilidad, puede ser que sí, pero en ningún caso, frustrada de antemano. Ese acogimiento simple con finalidad preadoptiva acordado por Resolución de 29-6-2001 y suspensión de visitas, determinan esa finalidad clara y directa, preconcebida para establecer un vínculo parental sustitutivo, que borrara uno anterior; sin seguir por tanto, los trámites, no formales, que sí se siguieron, sino de fondo, de concepción de la institución cuando exista una evidencia cierta de irrecuperabilidad de ese entorno por una razonable conclusión para ello. En definitiva, ajustando su actividad al caso concreto y a su obligación de dirigir su actuación en beneficio del menor, lo cual implica sopesar todas las posibilidades y, admitir unas y descartar otras con objetividad.

...no cabe imputar a los padres, la ruptura del vínculo, cuando si bien es cierto que en los primeros siete meses se encuentran incapacitados para el ejercicio de la tutela, más tarde se encuentran impedidos por un internamiento para deshabitación, en Murcia y Alicante, y ...carecen de una estructura social, familiar y económica que pueda facilitar el cumplimiento pautado y rígido de las mismas....Falta la justificación objetiva de la Administración de intentar actuar, como alternativa difícil pero posible, en el ámbito familiar, de conservarlo, recuperarlo, y dotarlo de autonomía para el cumplimiento del objetivo. Simplemente, como mantiene la AP Barcelona, no había voluntad de actuar en ese ámbito biológico, era difícil, sí, pero cabía la oportunidad».

- c) Existe antijuridicidad, ya que es clara la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada por el funcionamiento negligente de la Administración protectora a la hora de valorar, controlar y determinar, sin datos objetivos razonables, la imposibilidad de creación de un entorno familiar estable. Estas razones determinan suficientemente la antijuridicidad del daño.
- d) Por último, se considera que la acción de oposición al acogimiento se ejercitó en el plazo establecido por los artículos 142.5 LJRPA y 4.2 del Real Decreto 429/1993 (35). El Tribunal entiende que la doctrina

riamente, la tutela pública, sino que tendría el alcance de una atención en propia familia; con lo que la Administración conservaría el seguimiento y el control de la situación; sin perjuicio de nadie; y por ello esa actuación administrativa podría hoy ser objeto de todo pláceme en la medida que habría sabido usar todo su potencial en la debida medida».

(35) En este sentido, se afirma en el Fundamento tercero: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiterando que el día inicial no será aquel en que se produce el daño, sino también aquel en que termina de manifestarse el efecto lesivo, o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la trascendencia y del mal que padece (sentencias de 5 de junio de 1991, 10 de mayo de 1993 y 30 de abril de 1996). Asimismo, el Tribunal Supremo ha establecido el distingo entre daños continuados y daños permanentes, como pone de manifiesto la sentencia de 22 de junio de 1995, denominando daños permanentes a los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanentes en el tiempo el resultado, lesivo, en tanto que los segundos son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. ...en el supuesto de daños continuados, al producirse éstos día a día en el tiempo, produciéndose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad, como consecuencia de un único hecho inicial, con lo que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no cesa el hecho causante de los mismos, lo que ha llevado a la jurisprudencia a señalar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos, por contraposición a lo que ocurre en los

de los daños continuados es aplicable y determina que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos.

Una vez reconocida la existencia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración, queda por abordar una de las cuestiones más interesantes, el problema relativo a la cuantificación de los daños morales, precisamente ante la dificultad de determinar el sufrimiento de los padres, se valora positivamente acudir para estimarlos al Baremo de Circulación (36), ya que, según razona la sentencia, éste permite indemnizar por igual sin tener que valorar concretamente cuánto ha sufrido cada uno. No es la primera vez que los tribunales

daños permanentes, en que el plazo comienza a computarse en el momento en que se produce la conducta dañosa».

(36) En concreto el Fundamento séptimo dice así: «los actores se ajustan al baremo de circulación en su actualización de 2006, entendiendo que pudiera ofrecer unos indicios de lo que puede suponer la pérdida de un hijo asimilándolo a otros supuestos vistos por el Tribunal Supremo en caso de indebida privación de libertad. Como recoge el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 9-3-2010, recurso 2413/2008: Tales baremos, que tienen una función orientativa y no vinculante, al ser su ámbito propio la valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad, sirven de referencia por la seguridad y objetividad jurídica que implica, un sistema objetivo de resarcimiento, razón por la que se suele invocar en el ámbito de la Seguridad Social; por ello, el importe de la indemnización ha de fijarse estimativamente por el Tribunal teniendo en cuenta las cantidades reconocidas en casos análogos y en su caso, las que pudieran resultar aplicables, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales, de la tasación mencionada». ...con relación al presente caso, no existen asuntos análogos o similares que pudieran determinar el establecimiento de algún criterio a la hora de cuantificar la pérdida que pueda suponer la ruptura de la relación parental, por lo que únicamente queda la aplicación del Baremo de Circulación a título orientativo, siendo que es procedente considerar que la aplicación del baremo que realiza la actora con respecto a la pérdida del hijo y al daño moral que causa se encuentra cumplidamente resarcido, en virtud del principio de indemnidad y reparación integral, en la cantidad de 980.000 euros. Esta Sala considera que no debe hacerse pronunciamiento alguno en relación a los hermanos biológicos de..., por cuanto ni ha habido convivencia, ni relación alguna, ni por tanto, puede integrar un concepto diferenciado de indemnización a parte de la determinada a los padres. Como medida compensatoria se acuerda procedente el abono de los correspondientes intereses legales desde la fecha de interposición de la reclamación administrativa de 20-1-2006 en que se formuló solicitud de resarcimiento a la Administración, hasta la fecha de notificación de la presente sentencia...».

La argumentación no es nueva, en diversas ocasiones para valoración de los daños morales, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha utilizado para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, entre los criterios de cuantificación de la indemnización, la aplicación por analogía del anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor. Vid., por ejemplo, la sentencia de 23 de abril de 2004 de la Sala 3.^a (RJ 1994/3913).

Por otra parte, recordemos que el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberán actualizarse las cuantías, actualmente rige la Resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2010 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE 5-2-2010).

utilizan como criterio de valoración los baremos a la hora de cuantificar el daño moral, sistema que permite fijar una cantidad total para el conjunto de los que integran una categoría (en este caso, los padres).

Expresamente afirma la sentencia que no se pronuncia sobre la posible indemnización de los hermanos, ya que no ha habido convivencia ni relación alguna, por lo que por lo tanto no puede integrar un concepto diferenciado de indemnización aparte de la determinada a los padres. Realmente, creemos que al decir esto, si bien no está individualizando los daños, de algún modo los está valorando y está considerando que no tienen entidad para apreciarlos. Nos preguntamos si en este tipo de supuestos, los daños no pueden afectar también al resto de los hijos, en cuyo caso deberían valorarse de forma individualizada, ¿el hecho de impedir que crezcan juntos unos hermanos no significa dejar de prestar la necesaria atención a las otras personas más necesitada de especial protección de la familia: a los hermanos menores de edad que se quedan en la familia de origen ¿es que ellos no sufren también un menoscabo en sus relaciones familiares al romperse su lazo de unión?

4. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS QUE RECONOCEN INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA DE LOS HIJOS ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN EL RETORNO DE LOS MENORES A SU FAMILIA BIOLÓGICA

Es interesante a estos efectos referirnos a un supuesto en el que, declarándose improcedente el acogimiento familiar, el padre ve frustrado su derecho a recuperar a su hijo, porque el largo tiempo transcurrido hace que se considere imposible el retorno a su familia de origen, al considerarse mas conveniente para el interés del menor permanecer en la familia adoptiva, esta privación indebida de la compañía de los hijos da lugar a una indemnización (37). El

(37) Destacamos aquí algunos supuestos donde se ha declarado improcedente el desamparo, decretado por la Administración, y en los aunque posteriormente se consiguió la reinserción de los menores de nuevo en las de familias biológicas, han producido una lesión en los derechos de los menores y sus familias que deben ser indemnizados.

Es interesante traer a colación, la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 7 de noviembre de 2007. En ella se declara improcedentemente el desamparo de los cinco hijos menores de una pareja con escasos recursos, tras la irrupción de la policía en el hogar familiar llevándose a los niños sin ningún tipo de procedimiento y sin oír a los padres en el expediente, y ordenando su ingreso en centros asistenciales. El Auto de 9 de noviembre del mismo año, dictado por un Juzgado de Familia de Sevilla, anuló la declaración de desamparo y ordenó la inmediata entrega de los menores a sus padres. Produciéndose un daño indemnizable por el funcionamiento anormal de la Administración, por lo que solicitan una indemnización. Precisamente, en el Fundamento quinto, se resalta que: «El problema consiste en cuantificar este daño en una cantidad dineraria justa para indemnizarlo. Y el daño moral es sumamente difícil de traducir a dinero, pues es imposible penetrar en el fondo de los sentimientos, necesariamente dolorosos, de quienes lo sufrieron. De ahí que los jueces hacemos uso del poder moderador que nos corresponde, para cuantificar la indemnización a la luz del alcance y entidad del resultado lesivo, conforme a los criterios de la sana crítica, y en función de las circunstancias todas que rodean a cada caso concreto. Y teniendo esto en cuenta, el Tribunal considera que la pretensión indemnizatoria de la demanda es desorbitada, y de modo unánime llega a la conclusión de que los miembros de la familia deben ser indemnizados, de manera conjunta y

caso que contempla la sentencia de 7 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/245529), comenzó cuando los padres se encontraban separados y la madre tenía la guarda y custodia de los hijos menores. Con motivo de una intervención policial, los menores fueron declarados en el desamparo (procedente) por Resolución de 14 de abril de 1997. No se estableció ningún régimen de visitas para el padre, ya que a pesar de que fue requerido no se hizo cargo de los niños, debido a que no mantenía relaciones con la madre, creyendo entonces conveniente que fuesen ingresados en un Centro de Protección para evitar discordias. El padre reacciona y solicita la custodia de los menores, recuperando la guarda y custodia de los hijos (38) (sin que se valore el «ineficaz» modo de

unitaria, en la cantidad de 24.000 euros, que deben ser invertidos para atender a las lamentablemente amplias necesidades de los afectados».

En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 30 de abril de 2009 (*RJ* 2009/256523), trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Junta de Andalucía, como consecuencia de haber declarado indebidamente a unas menores en situación de desamparo en el año 2000, siendo separadas de su madre, de su abuela y entre sí, hasta que la Audiencia Provincial de Sevilla por Auto de 19 de enero de 2005, revocó dicha declaración. Una de las menores ...fue restituida a su madre el 18 de diciembre de 2005, y la otra menor, ...el 7 de abril de 2006. El 20 de febrero de 2007, la Audiencia Provincial dicta auto declarando definitivamente reintegrada la guarda y custodia de las dos menores. En cuanto a la cuantía de la indemnización solicitada... afirma... en el Fundamento cuarto la citada sentencia que: «...Puesto que, efectivamente, es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automático para fijar la indemnización en casos como el presente. No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio. ...Para fijar la indemnización, la Sala pondera la duración de la separación y las circunstancias en que se produce, y, teniendo también en cuenta el grado de parentesco, considera razonable indemnizar a la madre y a cada una de las menores con 40.000 euros, y a la abuela con 20.000, por todos los conceptos, incluidos intereses, y en el momento presente, que supone la plenitud reparatoria...».

El Auto de 4 de marzo de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (*JR* 2010/1237736) ha admitido a trámite el recurso interpuesto por la madre y las hijas contra la sentencia de 30 de abril de 2009, y la inadmisión del recurso interpuesto por la abuela, respecto de quien se declara firme dicha sentencia.

(38) Tal y como señala el Fundamento quinto: «la Administración ha sido la causante de los daños sufridos por el reclamante, toda vez que la Administración ha impedido radicalmente con su actuación que el actor haya podido recuperar a sus hijos: En efecto, según se dice en este informe, “cuando ya había obtenido el actor la guarda y custodia de sus hijos, por resolución judicial (providencia de 9 de febrero de 1998), notificada a la Administración el 1 de junio de 1998 (no el 22 de junio como erróneamente señala la propuesta de resolución), ésta dicta resolución por la que se declara el acogimiento provisional preadoptivo (22 de junio de 1998), sin atender a la petición del padre de los menores, privando a éste de sus hijos, sin promover además el acogimiento judicial, que tuvo que ser instado finalmente por el Ministerio Fiscal, y lo hizo habiendo promovido previamente el acogimiento familiar con una celeridad que en el régimen de adopciones resulta francamente llamativo (se constituye el 18 de abril de 1998)”. También se hace hincapié en dicho informe que “no se trata sólo de que la Administración se negase a la entrega de los hijos a su padre, sino que también se negó a reconocer un régimen de visitas al reclamante”, concluyendo en que, como comparte la Sala, ha sido la descrita actuación de la Administración, “esta falta de colaboración y esta obstrucción permanente”, la que ha provocado el daño en el actor que ha de ser resarcido, atendien-

oponerse que evidenciaba el interés del padre por recuperar de algún modo legal a sus hijos, sin que se le pueda exigir un puntual conocimiento de los mecanismos procesales correctos para alcanzar dicha finalidad). Pese a ello, el 22 de junio de 1998, se constituye un acogimiento familiar preadoptivo de los niños (improcedente) (39). Esta situación causa al reclamante daños morales. Se fija el derecho del padre a ser indemnizado por la Administración de la Junta de Andalucía (Consejería de Asuntos Sociales), en la suma de 60.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial derivada del acogimiento de sus hijos menores por familia sustituida.

5. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CIVILES QUE RECONOCEN INDEMNIZACIÓN (SUSTITUTORIA) POR PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA DE LOS HIJOS, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA SENTENCIA FIRME QUE DECLARA EL RETORNO DE LOS MENORES A SU FAMILIA BIOLÓGICA

En este contexto debemos incluir el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sala de lo Civil, Sección 6.^a, de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006/70) (40) que tuvimos ocasión de comentar y a cuyo estudio nos remitimos. Esta significativa e interesante sentencia, tiene como eje la compensación del daño que se produce a una madre, que teniendo derecho a que sus hijos vuelvan con ella, tal y como declara una sentencia firme, ve frustrado su derecho al no producirse el retorno, por haber transcurrido un largo período de tiempo desde que los menores se separaron de su familia de origen.

Los hechos arrancan de una declaración de desamparo improcedente que tuvo lugar con ocasión de una actuación policial en una vivienda de Sevilla,

do, para llegar a tal conclusión, a los pronunciamientos judiciales que transcribe bien ilustrativos en sus expresiones de “la actitud prepotente de la Administración que preordena, dirige y encauza la vida de los menores hacia una alternativa familiar al margen de cualquier tipo de control y supervisión judicial, tal y como exige e impone el artículo 173 del Código Civil”.

(39) El Auto de 5 de febrero de 2001 del Juzgado de Primera Instancia, número 7, confirmado por el Auto de 24 de junio de 2000, de la Audiencia Provincial de Sevilla, estima la oposición planteada por el padre y declaraba no haber lugar a la constitución del acogimiento preadoptivo de los menores. Permite que el padre pueda optar... por alguna de las soluciones... siguientes: «A) Exigir la restitución de los niños, recuperando la patria potestad y la guarda y custodia que ya le reconoció el Juzgado de Familia número 6. Ahora bien, dicha restitución se habrá de hacer depender del resultado de lo que en ejecución de esta resolución pueda resultar acreditado, a través de un informe psicológico..., en orden a determinar si esa posibilidad podría ocasionar a los niños un daño psicológico irreparable, teniendo en cuenta que hace ya casi seis años que no tienen contacto con su padre (a quien ni siquiera recuerdan, tal y como se puso de manifiesto en la diligencia de exploración) y se encuentran estrechamente vinculados afectivamente a su familia acogedora. B) Tomar conciencia de la imposibilidad de recuperar afectiva y materialmente a los niños en atención al tiempo transcurrido y las circunstancias actuales de ambos, ...en cuyo supuesto el señor... estaría perfectamente legitimado ante la jurisdicción competente para exigir a la Administración la responsabilidad...».

(40) TEJEDOR MUÑOZ, L., «Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos», en *RCDI*, núm. 697, septiembre-octubre de 2006, págs. 2103 a 2015. En la misma se relatan todas las circunstancias que rodean al caso, se habla de las diferencias entre riesgo y desamparo. Se analiza las instituciones de desamparo y acogimiento, sus tipos, para referirnos por último a los daños indemnizables.

donde se constata el estado étlico en que se encontraba una mujer que tenía dos hijos menores de cuatro y cinco años. A partir de tal situación, se declara a los menores en situación de desamparo y se acuerda el acogimiento familiar preadoptivo provisional, con suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los niños con sus familiares. La madre biológica en período de rehabilitación se opone a la declaración de desamparo, y la Consejería por su parte, promueve el acogimiento preadoptivo el 1 de octubre de 1997. La madre biológica recurre en apelación y la sentencia de 12 de junio de 2000, declara que no existía desamparo y ordena la devolución inmediata de los menores con su madre. La sentencia de la Audiencia no se ejecuta y la vuelta con la madre no se produce, ya que el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, a quien corresponde la ejecución de la misma, no la lleva a cabo permaneciendo los niños bajo acogimiento preadoptivo, por considerar que va en contra del interés de los menores.

Retrotraídas las actuaciones, la Audiencia Provincial de Sevilla dicta el 26 de diciembre de 2002, una nueva sentencia en la se declara que la situación legal de desamparo nunca ha existido. Se deniega el acogimiento preadoptivo. Se acuerda que los menores vuelvan a convivir bajo la guarda y custodia de la madre y se señala la imposibilidad de ejecutar lo declarado, por lo que ante la imposibilidad de ejecución del reingreso de los menores con su madre se ordena al Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, la incoación de «incidente» para la determinación de indemnización sustitutoria que le corresponde a la madre biológica.

La sentencia de 28 de marzo de 2005, del Juzgado de 1.ª Instancia de Sevilla, fija la indemnización de 72.670 euros que tiene que abonar la Junta de Andalucía. Manteniéndose el hijo menor bajo la guarda y custodia del matrimonio constituido por los acogedores y señalando que no cabe fijar ningún régimen de relación y contacto entre el menor con su madre y hermana biológica.

La sentencia de 30 de diciembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Sevilla considera que la cuantía de la indemnización debe ascender a 1.400.000 euros, que devengará el interés legal, señalando de forma contundente que la resolución del Juez *a quo* tenía que haber tenido la forma de Auto y no de sentencia. Durante este complicado entramado judicial, la hija vuelve a convivir por su propia voluntad con la madre. La madre solicitó la aclaración y rectificación de dicho Auto y la AP de Sevilla dictó el Auto de 14 de marzo de 2006, que elevó la cuantía indemnizatoria a 1.703.600 euros (41).

(41) Se toman en consideración como conceptos indemnizatorios:

A) El padecimiento por la madre demandante de dos graves enfermedades derivadas del sufrimiento consecuente con la privación de sus hijos durante diez años. Uno de naturaleza psíquica, caracterizado por un cuadro depresivo reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y otro de naturaleza física, hallándose en tratamiento oncológico por afectación de un pulmón.

B) La pérdida de los hijos. En el que se tiene en cuenta: Por una parte, el tiempo que ha estado apartada la madre de los mismos, que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios, claro está. Por otra, el específico sufrimiento como consecuencia de la razonable expectativa que tenía de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor. Finalmente, la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae la última resolución en la que se acuerda la inejecutividad.

Fijación del *quantum* indemnizatorio por daño moral.

Resulta llamativo que para cuantificar tal perjuicio, se utiliza el referente de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas inde-

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de enero de 2008 (*RTC* 2008/11) desestima el recurso de amparo (42) interpuesto por la Junta de Andalucía por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al considerar ajustada a derecho la condena en procedimiento de ejecución de sentencia civil al pago de 1.703.600 euros en concepto de indemnización sustitutoria por la imposibilidad de reintegrar a la madre biológica sus dos hijos menores, al declararse inexistente la declaración de desamparo.

bidamente privadas de libertad. Criterio que utiliza una fórmula que es progresivamente creciente, es decir, que estima que el sufrimiento va en aumento, no de forma igualitaria, según transcurre el tiempo, de tal manera que un segundo período de idéntica duración que el anterior no se indemniza en el mismo porcentaje por ser progresivo. Es un criterio utilizado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Se busca la aplicación de criterios uniformes de valoración para calcular la indemnización.

Utilizando los siguientes factores de corrección:

Número de hijos: al tener dos hijos, considera que las cifras resultantes de aplicar este criterio han de multiplicarse por dos.

Tiempo transcurrido: Debe tenerse en cuenta que los hechos datan de 1996, y que por tanto las cuantías han de ser actualizadas, y que la privación ha durado casi diez años, y que, finalmente, el hecho no es del todo equiparable, pues parece mucho más grave la privación de unos hijos que la que pueda sufrir uno mismo, y si los hijos lo son en edades como la de autos, desde cuatro y cinco años el perjuicio moral por sufrimiento es mayor.

La pérdida de esperanza: al considerar que constituye un elemento específico de sufrimiento la expectativa de recuperación que le conferían las resoluciones judiciales favorables a sus pretensiones y que, finalmente, se ven truncadas de manera definitiva por la declaración de inejecutividad, concepto que entiende la Sala que resulta razonable indemnizar incrementando la suma anterior en un treinta por ciento.

El sufrimiento: asimilable a la muerte física que representa el fin de aquella expectativa, la pérdida definitiva de los hijos, en tanto que es aquí donde hemos de hacer cierto trato diferenciador en atención a la singularidad de la situación producida con respecto a la hija menor, porque para ésta no puede predicarse una situación equivalente a la muerte física, dado que voluntariamente ha vuelto a convivir con su madre, lo que impide que dicho supuesto se considere idéntico al de su hermano que continúa bajo acogimiento, teniendo en cuenta que respecto a la menor la relación con la madre nunca podrá ser idéntica después de haber perdido toda la niñez e infancia, y segundo porque el estado de salud con que ha retornado hace presagiar todo un calvario en el desarrollo y tratamiento de la personalidad de dicha menor, lo que justifica su consideración a la hora de integrar los anteriores conceptos indemnizatorios.

En cuanto a la enfermedad de la madre, su situación puede ser conceptuada como de secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima, y se establece cierto parangón con las secuelas producidas en accidente de circulación, y tomando como referente el baremo indemnizatorio de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pero en su máximo exponente en atención a la particularidad del caso, dado que los padecimientos son irreversibles e incurables. Sumados los conceptos referidos en las cuantías señaladas, la indemnización alcanzada devengará el interés legal.

(42) La sentencia contiene un voto particular del magistrado Pascual SALA SÁNCHEZ, quien considera que la indemnización sustitutoria sólo debía abarcar el cálculo de la indemnización que había de corresponderle a la madre por imposibilidad de ejecutar el derecho a convivir de nuevo con sus hijos y que para la determinación de la indemnización sustitutoria se tenía que haber interpuesto demanda contencioso-administrativa contra la Administración en reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios.

IV. CONCLUSIONES

La indemnización de los daños morales, sufridos por la pérdida definitiva de la relación parental con los hijos dados en acogimiento o adopción, como consecuencia del funcionamiento anormal de la administración nos sitúa en el interesante campo de la responsabilidad civil extracontractual, en el marco del derecho de familia.

La importancia de los intereses en juego de orden personal y familiar, de los menores, de los padres biológicos, y de los restantes implicados en este tipo de situaciones, dan lugar a un conflicto difícil de resolver, incluso en algunas ocasiones ninguno de los intereses en juego queda plenamente satisfecho cuando las decisiones sobre los menores se prolongan demasiado en el tiempo. Puede afirmarse que existe un derecho del menor a vivir, desarrollarse y educarse en su propia familia natural y biológica, siempre que no vaya en contra de su interés. Y que en caso de que haya varios hermanos que tengan que ser protegidos, su guarda se confíe a la misma familia.

Por tanto, la conjunción de estos principios debe buscarse en cada caso concreto. Lo que no siempre es fácil.

Partiendo tanto de la normativa vigente como de las interpretaciones doctrinales, hemos analizado y comparado de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa sobre el daño moral y especialmente su cuantificación y hemos observado que no hay un criterio uniforme para indemnizar el daño moral, a veces se hace a tanto alzado, sin dar los criterios de valoración de los daños, y sin atender a criterios automáticos y que a veces se recurre a los supuestos de valoración por prisión indebida o a la aplicación de baremos de circulación que proporcionan una fórmula más objetiva de cuantificación, produciéndose vaivenes en las decisiones, y una contaminación de los criterios que para valorar el daño moral proporciona la vía contencioso-administrativa en la vía civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS LAGOS J. M.: «Tratado de Responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 250 a 331.
- DÍEZ GARCÍA, H.: «Desamparo de menores y acogimiento», en *Aranzadi*, vol. III, 19, págs. 2239-2270.
- LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ: *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, coordinado por LASARTE ÁLVAREZ y LÓPEZ PELÁEZ, Dykinson, Madrid, 2007.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 14.ª ed., 2010.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil* (dirigido por PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CORDECH), T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1971 a 2003.
- MORETÓN SANZ, F.; TEJEDOR MUÑOZ, L., y RUIZ JIMÉNEZ, J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2000. La Responsabilidad Civil de los Centros Docentes», en el *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, BFD*, núm. 16, segunda época, 2000, págs. 241 a 256.

- REGLERO CAMPOS, L. F.: «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 722 a 838.
- RUIZ JIMÉNEZ, J. y TEJEDOR MUÑOZ, L.: «Indemnización de daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado el otro de relacionarse con su hijo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 210, págs. 805 a 813.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», en *Protección jurídica del menor*, obra coordinada por POU DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ, 2.ª ed., Colex, 2009, págs. 125 a 167.
- «Responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil de los abogados demandados. Daño moral inferido por negligencia profesional. Indemnización mancomunada en atención a sus respectivas conductas. Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2003», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004, págs. 373 a 380.
 - «Daños morales en el transporte aéreo. Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005, págs. 2101 a 2110.
 - «Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, septiembre-octubre de 2006, págs. 2103 a 2115.
- VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, F., 2.ª ed., 2003, Aranzadi, págs. 220 a 296.

RESUMEN

DAÑO MORAL. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. DAÑO CONTINUADO

La ruptura irreversible de la relación parental, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración, procedente de una declaración de desamparo de menores, que hace imposible la devolución de la guarda y custodia a los padres decretada judicialmente, da lugar a un daño efectivo, un daño moral. Se analiza, en el presente comentario, la jurisprudencia más reciente sobre el tema, comparando las orientaciones proporcionadas por los Tribunales de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo. Se hace especial referencia a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

ABSTRACT

PAIN AND SUFFERING. ADMINISTRATION LIABILITY. STATUTE OF LIMITATIONS. DAMAGE OVER TIME

Irreversible severance of the parental relationship as a consequence of an administration malfunction rooted in a declaration of parental abandonment (which makes a judicially decreed return of guardianship and custody to the parents impossible) gives rise to actual damages for pain and suffering. This commentary looks at the most-recent case law on the topic, comparing the stances taken by civil courts and administrative courts. Special reference is made to the administration's financial liability.