4355/06
RPD
BDB

SEP

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Recurso nº 730/2006

Parte actora: FRANCISCO RIDRUEJO FERNANDEZ Y OTRA
Parte demandada: DEPARTAMENT DE BENESTAR I FAMILIA

SENTENCIA nº 481/2010

Generalitat de Catalunya
Departament de la Presidència
Gabinet Jurídic de la Generalitat
- 3 JUNY 2010
Direcció General
d'Assumptes Contenciosos

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE
D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS
DÑA. MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT
DÑA. MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ

En Barcelona, a treinta de abril de dos mil diez.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION CUARTA), constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente sentencia para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por D. FRANCISCO RIDRUEJO FERNANDEZ, DÑA. MARÍA BENITA MENDIETA GARCÍA, representados por el Procurador de los Tribunales D. Joan Grau Martí, y asistidos por el Letrado D. Joan Rovira Fonoyet, contra la Administración demandada DEPARTAMENT DE BENESTAR I FAMILIA, actuando en nombre y representación de la misma el Lletrat de la Generalitat.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D/Dª. María Abelleira Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la parte actora, a través de su representación en autos, se interpuso en tiempo y forma legal, recurso contencioso administrativo contra la resolución objeto de recurso dictada por la Administración demandada.

Segundo.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

Tercero.- Se acordó recibir el presente pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

Cuarto.- Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que las partes evacuaron.

Quinto.- Se señaló para votación y fallo de este recurso, habiéndose observado y cumplido en este procedimiento las prescripciones legales correspondientes .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal en autos de D. FRANCISCO RIDRUEJO FERNANDEZ y Dª MARIA BENITA MENDIETA GARCÍA se interpone recurso contencioso-administrativo con num. 730/2006 contra la actuación administrativa consistente en la desestimación por silencio de la reclamación por responsabilidad patrimonial interpuesta en fecha de 20.1.2006 por los hoy actores ante el Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalidad de Cataluña , en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios que dicen sufridos en su propia persona y como representantes legales de sus dos hijos menores Samuel y David en la cantidad total de 1.474.800 euros por lo que consideran un funcionamiento anormal de la Administración en el acuerdo de medidas de acogimiento y adopción del que era su hijo Daniel.

Suplican los actores en su demanda que tras los trámites pertinentes se dicte Sentencia por la que estimando en todas sus partes el recurso formulado, se acuerde indemnizarles en la cantidad total de 1.720.600 euros, más el interés legal, por los daños y perjuicios causados en virtud de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración , así como el pago de las costas causadas en el presente asunto.

Fundamentan su pretensión declarativa y condenatoria 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 (Direcció General d'Atenció al Menor) de fecha 29.6.2001 que acuerda el acogimiento preadoptivo del menor Daniel y 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, que ha dado lugar a la constitución judicial del acogimiento preadoptivo basado en la falta de vinculación afectiva del menor con sus padres biológicos, los actores. Las actuaciones de la Administración demandada fueron adoptadas sin ninguna cautela, ni respeto, ni mínima atención a los padres biológicos, constituyendo un acogimiento de forma imprudente, temerario y apresurado. Se actuó por parte de la DGAM sin contrastar la información dada por el Hospital de la Maternidad de Barcelona, sin atender a la voluntad de los padres de recuperar a su hijo y al exitoso seguimiento del proceso de rehabilitación fuera de Barcelona que estaban realizando. La evolución positiva de desintoxicación y reestructuración de la vida de los actores fue completamente ignorada por la Administración, quien actuó de espaldas a los avances, progresos, afianzamiento y normalización de los padres biológicos.

Mas que seguir un control de la situación personal de los padres, con entrevistas e informes del Centro Remar en el que se encontraban, se actuó de espaldas a su evolución y acelerando el procedimiento de acogimiento del menor Daniel, sin evaluar la posibilidad de potenciar la relación con los padres biológicos que estaban en recuperación. Por ello, sin duda, se estaba condenando a los padres biológicos al fracaso, destruyendo el vinculo natural entre padres e hijo, puesto que fue una ausencia creada unilateralmente por la entidad pública, quien decidía todo.

No fue hasta febrero de 2002, cuando los actores presentan una demanda de oposición a las resoluciones de acogimiento simple y preadoptivo indicadas que la DGAM reintroduce un régimen de visitas bimensual, es decir, una hora cada dos meses, que los padres cumplieron escrupulosamente, desde Alicante él y desde Murcia ella. Y ello pese a la suspensión cautelar de las visitas acordada en agosto de 2001 que se fijó inicialmente para un plazo de 3 meses.

El nexo de causalidad entre el daño -pérdida de un hijo y hermano- y la actuación de la Administración es evidente. El ejemplo claro se observa en el caso del hermano mayor, Samuel, quien finalmente, en fecha de 26.7.2006 la DGAM ha acordado el cese de las medidas de protección acordadas respecto a él y el cierre y archivo de su expediente.

SEGUNDO.- Por la Generalidad de Cataluña se presenta escrito de contestación a la demanda de contrario solicitando la desestimación del recurso interpuesto, con expresa condena en costas a la actora, por entender improcedente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Generalidad.

Los argumentos que basan su decisión son:

1.- Prescripción de la acción: art. 142.5 LRJPAC. La reclamación se formula en fecha de 21.1.2006, y el "dies a quo" para ejercitar la acción debe computarse desde la Sentencia de la AP de Barcelona de fecha 20.1.2004, que desestima integramente el recurso de apelación interpuesto por los Sres RIDRUEJO contra la Sentencia dictada en el procedimiento de oposición a la Resolución declarativa de acogimiento preadoptivo num. 873/01 (rollo 336/03) por el Juzgado de Primera Instancia num. 45 de Barcelona, que se confirma y se convierte en firme.

2.- Falta de nexo causal. Las diversas Sentencias del JPI y APB han justificado la desestimación de la demanda de oposición y el mantenimiento del desamparo y medidas de protección sobre el menor. La cuestión a debatir no fue la falta de vínculo, sino el desamparo que provocó esta falta de vinculación. Las medidas protectoras acordadas por la Administración en interés del menor, en este caso Daniel, no podían quedar a la espera de la evolución de los padres, que no se preveía positiva.
Debe tenerse en cuenta el art. 142.4 LRJPAC, y, en el presente caso, sin estar ante una situación incorrecta, es absolutamente necesario que la persona reclamante acredite la efectividad y realidad del daño material o lesión patrimonial que no tenga el deber jurídico de soportar. La actividad administrativa fue en todo momento correcta y ajustada a derecho, guiada por el superior interés del menor, y, en beneficio de éste y que ha sido confirmada por las sucesivas resoluciones judiciales.

3.- cuantificación de los daños. La suma reclamada esta totalmente injustificada, excesiva y desproporcionada. Debe tenerse en cuenta que Daniel fue declarado en situación de desamparo por la situación de grave riesgo en que se encontraba y por el maltrato prenatal al que fue sometido por parte de sus padres, naciendo con síndrome de abstinencia neonatal y contagiado de VHC. La resolución de la DGAM que declaró el desamparo de Daniel no ha sido nunca discutida ni impugnada, y por tanto, consentida por los padres biológicos y confirmada en las sucesivas instancias.

Oposición a la apliación del Baremo correspondiente a la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Los recurrentes saben que el menor está vivo, en perfecto estado y bien atendido, y, nunca ha existido convivencia con los padres biológicos por lo que no se ha producido ninguna ruptura que los convierta en perjudicados indemnizables.

Oposición a la indemnización por secuelas de los recurrentes, que no se justifican.

Oposición al incremento del 75% aplicado sobre la cuantía solicitada por los recurrentes por cada uno de los otros 3 hijos que tienen.

TERCERO.- Procede en primer lugar analizar la causa de desestimación del recurso correspondiente a la prescripción del derecho a reclamar de la actora, Sres RIDRUEJO-MENDIETA, en atención a la regulación prevista en los arts. 142.5 LRJPAC y 4.2 RD 429/1993, 26 de marzo, del Reglamento de procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

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 junio 1991, 10 mayo 1993 y 30 abril 1996). Asimismo, el Tribunal Supremo ha establecido el distingo entre daños continuados y daños permanentes, como pone de manifiesto la Sentencia de 22 junio 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 caso de los daños definidos como permanentes, es evidente que producido el acto causante del resultado lesivo éste queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva. Por el contrario, 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 daños permanentes, en que el plazo comienza a computarse en el momento en que se produce la conducta dañosa.

Procede, así, determinar si en el supuesto que nos ocupa fue ejercitada la acción de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Generalidad de Cataluña en la pérdida del menor, por los perjudicados, padres biológicos antes de haber transcurrido el plazo de prescripción previsto legalmente para dicho tipo de acciones.

En el presente caso, los actores accionaron en la vía civil la oposición de las medidas de protección adoptadas al amparo de lo establecido en el art. 165 del Codi de Familia y art. 9 de la Ley 37/1991, en atención la formulación de una pretensión de 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 num. 45 de los de Barcelona. A raíz de su Sentencia desestimatoria, se interpuso recurso de apelación con el objetivo de revocación de la Sentencia de instancia y de conseguir acreditar la improcedencia de las medidas adoptadas y la recuperación del menor. Y tras esta Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18 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 vinculo familiar paternofilial con los padres biológicos, por cuanto ello se produce por Sentencia del Juzgado P.I. num. 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.

Por tanto, atendiendo a que la reclamación de responsabilidad patrimonial se produjo en fecha de 20.1.2005, ha de concluirse que se produjo dentro del plazo del año previsto en el art. 142.5 LJRPAC y art. 4.2 RD 429/1993.

CUARTO.- Entrando en el fondo del asunto, nos encontramos que la institución de la responsabilidad patrimonial está reconocida en el artículo 106.2 de la Constitución, según el cual "*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*". 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 y concretamente, dispone el art. 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 art. 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*".

La responsabilidad exige, pues, la acreditación de los siguientes requisitos:

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 (antijuricidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva).
d) Ausencia de fuerza mayor.

QUINTO.- Los hechos con trascendencia en el debate que resultan acreditados a raíz del análisis del expediente administrativo , son:

a.- Daniel nace el 27.9.2000 (de padres con 25 años -ella - y 35 años -él) , mediante parto domiciliario, 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 10 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, Samuel -nacido en 1996, manifiesta que no puede hacerse cargo del nuevo bebe así como la adicción de su hija desde los 13 años a diferentes sustancias estupefacientes. La abuela paterna, que vive en Sevilla tampoco puede hacerse cargo. El día 20.10.000 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 (folio 8 EA). Se constata que ambos padecen una importante adicción a sustancias estupefacientes de larga duración.

b.- A raíz de la comparecencia del tío materno (folio 12 EA) en fecha de 6.11.00 manifestando que el niño debe ser adoptado, se inicia la actuación para el ingreso de Daniel 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 1 o 2 meses cambie completamente y que desean visitarlo (folio 14). Consta Resolución de la DGAIA de fecha 15.1.2001 por la que se acuerda disponer el ingreso de Daniel en el Centro de acogimiento de "Els Llimoners".

Según el Centro las visitas semanales de los padres han sido irregulares:

-durante el mes de noviembre acudieron a 3 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 18º AP de Barcelona se desprende como hecho probado que hubo más visitas (folio 12), puesto que se realizaron todas las de carácter bimensual que se fijaron.

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 Daniel, 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 2 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 (folio 33 EA) 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.

Por parte del Centro de acogimiento se formula el 9.5.2001 valoración relativa a considerar procedente el no retorno de Daniel 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 (folio 40 EA) así como el establecimiento de un régimen de visitas mensual con los

padres biológicos, entre otras.

c.- 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 1 hora al mes, informándoles que propondrán un acogimiento preadoptivo (folio 88).

d.- En fecha de 29.6.2001 se acuerda que por el ICAA, Institut Català 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 (folio 97 segundo intento de notificación).

e.- En fecha de 7.8.2001 consta una llamada telefónica del padre, Sr. RIDRUEJO 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, Sr. RIDRUEJO, 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 3 meses debido al acogimiento simple que se producirá de forma inmediata (folio 100-101 EA). Se inicia el acogimiento el 30.8.2001 (folio 104 EA).

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 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 Daniel.

d.- En fecha de 13.11.2001 los Sres RIDRUEJO-MENDIETA solicitan la reanudación de las visitas (folio 139 EA) 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 (folio 137 EA).

e.- 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 1 hora cada 2 meses, coincidiendo temporalmente con la presentación de demanda de oposición a las medidas de 29.6.2001 y de 6.9.2001. Se conciertan 2 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 (folio 179- 181 EA).

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.

f.- El 10.12.2002 se dicta Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia num. 45 de los de Barcelona en los autos num. 873/2001 sobre oposición a las medidas de protección adoptadas en las Resoluciones del ICAA de 29.6.2001 y 6.9.2001, desestimando la misma, 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.

Se interpone recurso de apelación que es resuelto por Sentencia de 20.1.2004 de la Sección 18ª de la AP de Barcelona que desestima el recurso de apelación interpuesto 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 más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración... y sin posibilidad razonable de rehabilitación. "

SEXTO.- Procede ya pasar al análisis de la concurrencia de los requisitos manifestados para la estimación de la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ha de partirse de que no resulta controvertido la existencia del daño, en sí mismo considerado, como es la perdida de la posibilidad de establecer 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 deshabituación el 10.6.2001 -él , y el 15.6.2001 -ella, tras un largo periodo de dependencia y adicción a las drogas por ambos.

El verdadero punto de controversia se encuentra en el nexo causal, es decir en el funcionamiento de la Administración protectora que en relación de causa-efecto causó o se alega que causó el daño. 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 de Daniel. Y, en segundo lugar, actuación conjunta, control e información con respecto a la situación de los padres, siendo que la DGAM ya 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 dràstica como es la suspensión del régimen de visitas cuando ya el anterior era de carácter mensual y a razón de una hora al mes.

En el presente caso también es ciertamente relevante tener en cuenta que no se está analizando la procedencia de la situación declarada el 23.11.2000 de desamparo de Daniel, 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 el 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 paternofilial, borrando todo resquicio con el anterior.

Esta claro en este punto, que la existencia del nexo causal es clara, 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 vinculo biológico, siquiera manteniéndolo vivo, esperando la señal indicativa de que existe posibilidad.

La Sentencia de 20.1.2004 de la AP Barcelona, es claramente, desgarradora, impactante, manifiestamente reveladora de un auténtico proceso reflexivo que se ha llevado a cabo con respecto a la situación que aconteció en relación a la ruptura del vínculo con Daniel. No puede quedar esta Sala al margen de las conclusiones que se contienen con respecto a la actuación de la Administración y , en definitiva, a la brutal consecuencia que demuestra el fracaso del sistema:

Séptimo.- En el caso presente, el desamparo es inamovible en tanto que consentido, pero ¿se han verificado las pruebas necesarias para llegar a esa conclusión? La realidad es que no existen datos objetivos contrastables en autos que permitan entender que por parte de los diversos servicios intervinientes (servicios sociales locales, EAIA comarcal, Dirección General) exista una radiografía exacta del problema médico-social que presentaban los progenitores de Daniel en noviembre de 2000, ni nada al respecto parece que se haya hecho desde las diversas Administraciones al efecto en los seis o siete meses siguientes. No parece haber habido intervención administrativa sobre el núcleo parental. No tenemos su historial médico, no hay siquiera una cronología exacta de su adicción, ni del alcance de la misma, ni de si se trata de una toxicomanía simple o de una politoxicomanía, ni de cantidades de consumo; ni siquiera es posible obtener del expediente qué cantidad de metadona tomaban al día, ni exactamente desde cuándo. Se habla de las dificultades de establecer un plan de trabajo por dificultades de comunicación. Por supuesto de tal plan de trabajo, ni como anteproyecto, existe dato alguno en autos. Y al menos desde junio de 2001 pudo intentarse, una vez la comunicación, espontáneamente al parecer y desde el lado de la familia biológica, se había restablecido ya.

La actuación administrativa durante este tiempo se ha limitado a fijar unas pautas que a priori no hay duda alguna que cabía, sin otro soporte adicional, considerar de entrada condenadas al fracaso más estruendoso; unas visitas pautadas, a cumplir a más de 50 kms. de distancia, con horario preciso, por padres absolutamente inmersos en la adicción en aquel momento y sin medios económicos.

Sólo puede comprenderse -que no justificarse, por tanto- hasta cierto punto la postura de la Administración encaminada a considerar el caso como irreversible en aquellos momentos, si se parte de la convicción de que se actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos muy insuficientes, y con el prejuicio más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración, con absoluta ausencia de conciencia de enfermedad y sin posibilidad razonable de rehabilitación. Y un hijo sin vinculación aparente alguna por el hecho mismo de ser un recién nacido. El único dato objetivo es la existencia de un hijo anterior, sólo de la madre, cuya guarda estaba confiada ya por la Administración a la abuela materna.

Y un prejuicio es una condena sin juicio y sin defensa.

Es cierto que el estado que presentaban los padres en los seis o siete primeros meses no hacía augurar, prima facie y sin otras pruebas, un buen pronóstico, y no se niega que a las primeras visitas, con una frecuencia semanal primero faltaron durante el mes de octubre y diciembre de 2000, y con una quincenal fallaron dos en febrero una en marzo y en todo abril de 2001, para ser esporádicas -con frecuencia extrañamente bimensual- después, en mayo, julio, septiembre y noviembre, pero todo indica que la velocidad con que la Administración ha actuado, y enlazado una premisa falsa y sus respectivas consecuencias, que han adquirido la naturaleza de otras premisas menores también falsas, nos permite calificar de gran sofisma el resultado obtenido: partiendo de una situación hipotética, como si de

acreditada se tratara, de irreversibilidad en la drogodependencia de los padres, surge la necesidad imperiosa de adoptar la más extrema y quirúrgica de las medidas, el acogimiento preadoptivo, y en el ínterin, aprovechando el estado de los padres -cuya recuperación en nada se ha favorecido desde la acción social pública- y el incumplimiento de sus visitas iniciales, se ha ido dilatando en el tiempo la frecuencia de las mismas, con el fin -y la indicación técnica- de que el vínculo empático materno no se desarrollase y fuera un obstáculo, hasta llegar a un régimen de visitas, ya en un momento en que no sólo se tenía constancia del inicio de la recuperación sino en el que se hacía oídos sordos y ojos cerrados -con la excepción del EAIA de El Garraf que siempre ha apostado por la recuperación de los padres- a una evidencia que iba tomando cuerpo, la rehabilitación de los padres, lenta pero constante, calificable de contrario a los más elementales sentimientos de piedad y probidad que cabe esperar de unos seres humanos frente a otros, pues una hora de visita cada dos meses es diseñar una relación familiar grotesca, una intolerable caricatura de lo que debe ser una relación paternofilial, casi una forma de tortura que no sólo padece el menor, como intenta mostrar la Administración, sino unos padres cada vez más conscientes de su drama.

Existen pruebas más que suficientes que indican que los progenitores, desde junio de 2001, menos de nueve meses después del nacimiento y de ocho desde el desamparo, han iniciado el camino de una lenta, progresiva y en buena medida objetivada recuperación. De carecer de toda capacidad personal de cuidado y de conciencia de enfermedad, han pasado a vivir primero en centros diferentes, como está indicado -aunque el ICAA parece extraer de ello una consecuencia muy negativa- , después en uno compartiendo vida en común, iniciando trabajos de cierta responsabilidad en una ONG del propio centro -consta que el padre incluso conduce un vehículo de transporte- a vivir fuera de centro, aunque siempre con un seguimiento cercano de una institución privada -que ha llenado un absoluto vacío que la acción social pública en ninguna forma ha llenado en este caso concreto- , e incluso en esta alzada podemos tener por acreditado en la forma en que se considera suficiente ante un tribunal de familia que el padre trabaja como peón de la construcción y gana 771'61 euros al mes en una empresa normal y corriente. Tres años después, con una sola recaída muy puntual y consistente en el consumo de una tableta con contenido de benzodiacepina, por cierto comunicada de oficio por el propio centro al Juzgado, su situación en nada se parece al momento inicial de la actuación administrativa; y, si bien en cualquier proceso de lucha contra las adicciones no se aspira a una curación sino a una abstinencia; y ésta no es definitiva nunca, aunque existen tramos o niveles de superación bien estudiados aunque dispares según la escuela a que se atienda -a nivel físico puede hablarse de deshabituación o desintoxicación después de unos meses de abstinencia, a nivel emocional la dependencia se entiende superada entre 3 y 7 años de abstinencia, mientras que a nivel mental la desprogramación absoluta parece no alcanzarse hasta una abstinencia superior a los 12 años- y, siempre cabe, lamentablemente, de reproducirse el marco ambiental que fue su causa inicial, una recaída, a día de hoy el caso presente no puede calificarse de estructura familiar ni personal tan frágil como se pretende, ni es, en comparación con otros que ha conocido esta sala, un caso en el que puedan albergarse especiales perspectivas de

fracaso.

...

Esta Sala considera , por otra parte, que la cuestión a debatir, a diferencia de la consideración de la Generalidad en su escrito de contestación, no es la situación de desamparo, que para nada ha sido recurrida, 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 , Daniel, 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 la visitas cuando ya eran mensuales, conociendo, ya en Agosto de 2001, que desde el 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? En este punto, también es claramente indicativa, por reveladora, las conclusiones de la Sentencia de la AP Barcelona, de 20.1.2004 en el siguiente texto:

> *"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, necesariamente, 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."*

La conclusión es que la Administración ignoró el proceso de desintoxicación y restructuración de la familia RIDRUEJO-MENDIETA, que debiera haber sido analizada, con una sospecha razonada de irrecuperabilidad, puede ser que sí, pero en ningún caso, frustada 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.

Por otra parte, 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 la ejercicio de la tutela, más tarde se encuentran impedidos por un internamiento para deshabituación, en Murcia y Alicante, y luego carecen de una estructura social , familiar y económica que pueda facilitar el cumplimiento pautado y rígido de las mismas. Es en esta argumentación que realiza la demandada, donde queda configurada la justificación de los padres, la imposibilidad de hacer frente a pesar de una voluntad reiterada por diferentes canales, verbal, telefónico, a través de REMAR, etc al ejercicio propio de la patria potestad. 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.

Podrían hacerse mayores consideraciones relativas a porque en julio de 2001 se produce el traslado del caso a la EAIA "Alt Penedès- Garraf", pero hasta octubre no se hace nada. El EAIA tampoco es informado ni posee mas antecedentes más que las llamadas de la asociación privada REMAR donde se encuentran ingresados con el tratamiento de desintoxicación, formula consideraciones -que no jurídicamente- en base a aquello que puede observar de los padres, ya directamente dirigidos a recuperar a su hijo, formula propuesta de establecimiento del régimen de visitas, que sin saber porqué no se acuerdan hasta febrero de 2002 para celebrarse bimensualmente a una hora, con unos resultados muy negativos, y desestabilizadores.

Ha de concluirse, por tanto, la existencia de un supuesto de 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. Y estas mismas razones determinan suficientemente la antijuridicidad del daño.

Por ultimo, es también importante poner de manifiesto que las conclusiones de esta Sentencia en modo alguno pueden acarrear otras accesorias o derivadas más que la propias indemnizatorias económicas por el daño causado, sin que puedan extenderse a otros ámbitos, que fueron ya accionados en la vía civil correspondiente.

SEPTIMO.- Una vez concluida la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial queda determinar el alcance y valoración del daño, entendiendo que en casos como el presente concurre un componente especialmente sensible, por cuanto, su valoración es difícilmente objetivable y, tampoco posee características que permitan su subsunción en parámetros predeterminados.

Los actores formulan una pretensión indemnizatoria en su propio nombre en calidad de directamente perjudicados por la pérdida de su hijo, así como en representación de sus tres restantes hijos a los que el menor Daniel no ha conocido y, por tanto, no

han desarrollado vínculo familiar.

Para su cuantificación, 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 perdida 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, rec. 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.*

Pues bien, 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 perdida 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 perdida 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 Daniel, 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, 20.1.2006 en que se formuló solicitud de resarcimiento a la Administración, hasta la fecha de notificación de la presente sentencia (en coherencia con el régimen de intereses procesales dispuesto por el artículo 106 de la Ley Jurisdiccional de 1998) contabilizándose año por año conforme al interés del Banco de España según el tipo fijado anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, entendiendo que es procedente esta cantidad en virtud del principio de reparación integral del daño.

ÚLTIMO.- No procede la imposición de las costas causadas en el presente procedimiento. Art. 139 LJCA.

FALLO

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUMERO 730/2006 INTERPUESTO POR EL PROCURADOR SR. GRAU MARTÍ EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE D. FRANCISCO RIDRUEJO FERNANDEZ Y D MARIA BENITA MENDIETA GARCÍA CONTRA LA DESESTIMACIÓN POR SILENCIO DE LA RECLAMACIÓN FORMULADA EN FECHA DE 20.1.2006 EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS:

PRIMERO.- QUE LA RESOLUCION RECURRIDA ES DISCONFORME A DERECHO, POR LO QUE DEBEMOS ANULARLA Y LA ANULAMOS.

SEGUNDO.- EN RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA INDIVIDUALIZADA DE LOS RECURRENTES PROCEDE DECLARAR SU DERECHO A SER INDEMNIZADOS POR LA ENTIDAD DEMANDADA EN LA CANTIDAD TOTAL DE EUROS **980.000 euros**, MAS LOS INTERESES LEGALES DE LA EXPRESADA CANTIDAD DESDE LA FECHA DE RECLAMACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA Y HASTA LA DE NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE SENTENCIA.

TERCERO.-DESESTIMAR LAS DEMÁS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA.

CUARTO.- NO SE HACE EXPRESO PRONUNCIAMIENTO EN COSTAS.

Esta Sentencia NO ES FIRME, y cabe contra ella recurso ordinario alguno. Conforme dispone el artículo 104 de la L.J.C.A., en el plazo de diez días remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo así como el testimonio de esta Sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que, en el plazo de DIEZ DIAS, deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.