



Roj: **STSJ CLM 1720/2024 - ECLI:ES:TSJCLM:2024:1720**

Id Cendoj: **02003330022024100282**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **22/05/2024**

Nº de Recurso: **421/2021**

Nº de Resolución: **128/2024**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **GLORIA GONZALEZ SANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2**

**ALBACETE**

SENTENCIA: 00128/2024

**Recurso núm. 421 de 2021**

**S E N T E N C I A N º 128**

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.**

Il'tmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D.ª Gloria González Sancho

En Albacete, a veintidós de mayo de dos mil veinticuatro.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **421/2021** el recurso contencioso administrativo seguido a instancia de **DON Osvaldo , DOÑA Katalina , Roberto , Bruno Y Matilde** , representados por el Procurador Sr. García Higuera y dirigidos por el Letrado don Manuel Salazar Coca, contra la **CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA**, que ha estado representada y dirigida por la Sra. Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y codemandado **ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.**, representada por el Procurador Sr. Legorburo Martínez-Moratalla y asistida del letrado don Ignacio Vellón Fernández, sobre **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**; siendo Ponente la Il'tma. Sra. Magistrada D.ª Gloria González Sancho.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**-Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 31 de mayo de 2021, recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 12 de mayo de 2020 ante la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando se dicte sentencia estimando el recurso de conformidad con lo interesado en el suplico de la misma.

Suplica a la Sala dicte sentencia, en el momento procesal oportuno, estimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, por parte de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada con fecha 12 de mayo de 2020, por la procuradora que suscribe, anulando la referida desestimación por no ser conforme a Derecho y declarando el derecho de esta parte a recibir de la referida Administración la cantidad total de UN MILLÓN SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS Y DIECIOCHO CÉNTIMOS (1.074.569,18 €) correspondiendo DOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS Y DIECIOCHO CÉNTIMOS (299.759,18 €) por los perjuicios personales y materiales sufridos por doña Katalina, DOS CIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS Y DIEZ CÉNTIMOS (290.384,10 €) por los perjuicios personales sufridos por don Osvaldo, OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS Y CINCUENTA EUROS (86.782,50 €) por los perjuicios sufridos por el menor Roberto, CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS Y DOS CÉNTIMOS (156.955,02 €) por los perjuicios sufridos por el menor Bruno y DOSCIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS Y TREINTA Y OCHO CÉNTIMOS (240.688,38 €), por los perjuicios sufridos por la menor Matilde; más los intereses devengados hasta que sea dictada sentencia".

**SEGUNDO.**-Contestada la demanda por la Administración demandada, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

**TERCERO.**-Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, se señaló día y hora para votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Resolución recurrida y posición de las partes.**

Es objeto de recurso contencioso administrativo la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por la declaración de desamparo de tres hijos menores de edad y posterior resolución expresa de 22 de octubre de 2021. Concluye la resolución:

"No existe un daño que pueda ser calificado como antijurídico, por lo que debe desestimarse la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de concurrencia de la antijuridicidad del daño, al haber quedado demostrado que las distintas medidas adoptadas para la protección de los menores, se han ajustado a las necesidades de cada momento, de acuerdo con el procedimiento establecido y en uso de las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico, velando por el superior interés de los menores. Y la actividad probatoria desplegada por la parte reclamante no ha aportado ningún indicio que nos permita señalar que se haya producido una falta de cuidado o de vigilancia sobre los menores durante el tiempo de tutela de los menores por parte de la Administración. Tampoco consta que se haya producido ninguna irregularidad, inactividad o demora por parte de la Administración en la búsqueda de soluciones a la difícil situación familiar en que han estado los menores. Por tanto, cuando la Administración en el ejercicio de su potestad resolutoria en este tipo de expedientes, actúa dentro de los límites normales de interpretación de la normativa aplicable y del significado y trascendencia de los hechos que fueron objeto de aquellos, como es el caso, aunque se demuestre que finalmente dicha situación se encuentre superada, no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio (Sentencia nº 1113/2013, de 25-10-2013, del TSJ de Cataluña - EDJ 2013/267036). De esta forma, en el caso que nos ocupa, es justamente el interés superior de los menores, el régimen de visitas, acogimiento residencial, acogimiento familiar en familia ajena y finalmente, acogimiento familiar en familia extensa".



La parte actora interesa la anulación de la resolución en los siguientes motivos:

- La declaración de desamparo de fecha 5 de julio de 2017 fue notificada a los progenitores en fecha 10 de julio de 2017.

Señala que las resoluciones administrativas se basan en un informe propuesta de fecha 4 de julio de 2017, sin embargo, no consta en el expediente; así como no consta que la Administración de Castilla La Mancha realizase todas las actuaciones necesarias para la comprobación del estado de los menores en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente, tal y como señala la Sentencia de 22 de abril de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo que dejó sin efecto la declaración de desamparo de los menores.

- Cuestiona las razones en las que se funda la declaración de desamparo.

En lo que respecta a la salud de los menores, sostiene que los tres menores estaban recibiendo una adecuada y suficiente asistencia sanitaria, tanto pública como privada para el tratamiento de sus patologías, hecho que se reconoce en la Sentencia dictada en fecha 22 de abril de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo.

En cuanto a la salud mental de los progenitores, con anterioridad a que la entidad pública declarase la situación de desamparo de los tres menores ya tenía constancia de que la progenitora no padecía enfermedad mental alguna por medio de informe psiquiátrico suscrito en fecha 7 de junio de 2017. Además, no obra en el expediente administrativo informe psiquiátrico en el que se diagnosticara alguna enfermedad mental a los progenitores.

Respecto a la inestabilidad residencial y económica que recoge la resolución, afirma que antes de que la entidad pública interviniese, ésta era plenamente conocedora de que, desde el nacimiento en el año 2009 del mayor de los hermanos, los progenitores sólo habían residido en tres municipios, DIRECCION000 (Toledo), Madrid y DIRECCION001 (Santa Cruz de Tenerife).

Además, no existía ningún indicador de desprotección por circunstancias económicas, ya que los menores se encontraban con vestimenta adecuada y acorde a su talla, los tutores del centro escolar afirmaron que acudían al centro presentando adecuadas condiciones de higiene y vestimenta, y acudieron a clínicas privadas.

- El hermano mayor, Roberto, fue separado de sus dos hermanos pese a existir un informe que lo desaconsejaba.

- La enfermedad ósea de la menor Matilde se agravó como consecuencia del deficiente seguimiento que realizó la administración demandada durante el período que estuvo la menor bajo su tutela.

- De acuerdo con lo recogido en sentencia dictada por el Juzgado de Toledo, no se hizo todo lo necesario para practicar todas las actuaciones para la comprobación del estado de los menores en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente, tal y como señala el art. 18.4 LOPJM, así como se omitió la elaboración de un plan individualizado de protección de conformidad con el art. 19 bis LOPJM.

- Además de la reclamación por los daños personales causados, se reclama por daños materiales los honorarios profesionales del abogado que ejerció la defensa en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo, cuyo importe asciende a 5.452,99 euros, y los honorarios del psiquiatra que determinó los daños personales sufridos, que suma un total de 8.952,99 euros.

La Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se opuso a la demanda e interesó el dictado de una sentencia desestimatoria al sostener que todas y cada una de las medidas adoptadas por la administración respondieron al interés superior de los menores y su protección.

Afirma que cuando la Administración se subroga en la medida de protección adoptada por la administración canaria, existe una petición de traslado de los menores a la Península porque los padres habían abandonado la isla dejando allí a sus hijos, una solicitud de acogimiento en familia extensa a instancia de los padres, una situación de abandono cierto de los menores en Canarias y tras entrevista con los padres y falta de reconocimiento de lo hecho, la administración debía valorar la situación familiar para establecer las actuaciones necesarias y el posible retorno de los niños con sus padres y valorar la petición de acogimiento familiar y es en esta situación cuando la Administración asume la medida de protección valorando la protección de los menores, sin que resulte inmotivado ni irrazonable. Así consta en el informe propuesta de 4 de julio, que por error consta de fecha 7 de julio (Folios 190 a 194).

Señala que el cambio de guarda del menor Roberto a centro residencial DIRECCION002 y la propuesta de acogimiento en familia ajena de los menores Bruno y Matilde, fue debido a que no se dispuso de familia en



la bolsa que hiciera posible el acogimiento de los tres hermanos teniendo en cuenta que el menor Roberto presenta un DIRECCION003 con diagnóstico de DIRECCION004 y DIRECCION005, además de retraso en diferentes áreas de desarrollo cognitivo, afectivo y motor que necesita de atención especial y profesional que favorezca la evolución de estos aspectos por los que se propone el ejercicio de su guarda en acogimiento residencial.

Respecto a los padres, se limitó las visitas por la aptitud de los progenitores ante los intentos de intervención de los técnicos y la grabación de las visitas y manifestaciones de los menores publicando las mismas en redes sociales.

En cuanto a la asistencia médica prestada a los menores, se ha realizado el seguimiento médico establecido por los pediatras y el especializado en traumatología, endocrinología y oftalmología.

ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. interesó la desestimación de la demanda. Sostiene que la actuación de la Administración estaba justificada, además de venir impuesta por la ley al estar los menores en situación de riesgo.

La Administración tuvo en cuenta la situación de inestabilidad residencial, económica y emocional de los padres, no pudiendo valorarse el retorno automático de los menores debido a la necesidad de una adecuada valoración de la situación familiar por parte de los Servicios Social. Además, consta una solicitud de los propios progenitores de acogimiento de los menores con su familia de Toledo.

Respecto al período en el que los menores permanecieron en régimen residencial y en acogimiento en familia ajena, la abundante documentación evidencia las dificultades para conseguir un acogimiento familiar conjunto de los tres menores.

En cuanto al acogimiento familiar, solicitada además por los actores, se realizó contrato de acogimiento con los parientes de los menores y se mantuvo hasta el dictado de sentencia. Durante dicho plazo los padres estuvieron en disposición de visitar a sus hijos en la vivienda de acogida, ya que la Administración no limitó el contacto de los padres con sus hijos, sino que lo facilitó mediante el programa de acogimiento que puso en práctica con la máxima diligencia posible.

En cuanto a la reclamación, sostiene que existía con anterioridad a la declaración de desamparo una situación de absoluto desapego emocional familiar, que la situación de los menores previa a la declaración de desamparo era de manifiesta desatención por los progenitores, que los menores se adaptaron a la situación de ingreso residencial tras acordarse la tutela administrativa y que inicialmente los padres se limitaron a pedir el acogimiento familiar pero no la devolución de la patria potestad y custodia de los hijos, hecho que afecta a la cuantía del daño.

En lo que respecta a las supuestas patologías psiquiátricas concluye que ninguno de los informes periciales aportados permite descartar, con un grado de certeza médica razonable, que los progenitores no padecieran trastorno mental. Añade que la psicopatología que presentan los menores no se atribuye a la tutela, sino al estilo educativo de los padres, inseguridad y sensación de peligro que le transmitían, falta de estabilidad económica y emocional, y enfermedades médicas.

En cuanto a la menor Matilde, aduce que no existe indicio de un agravamiento de la patología ósea previa, ni que su empeoramiento fuera imputable a la Administración asegurada.

## **SEGUNDO.- Declaración de desamparo.**

*a) Hechos probados que resultan relevantes a fin de analizar el cumplimiento de los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial:*

El 3 de mayo de 2017 se informa desde Fiscalía de Menores a la Unidad Orgánica de Infancia y Familia del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria de Tenerife que en el Hospital DIRECCION006 se encuentran tres menores de edad que permanecen con su padre en el centro hospitalario al que se le ha diagnosticado un brote psicótico y que va a ser derivado al Servicio de Psiquiatría del Hospital DIRECCION007. La madre de los menores también se encontraba en dicho centro tras haber sido examinada por el Médico Forense, que señaló que presentaba sintomatología compatible con un trastorno de ideas delirantes.

Se propone a la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia del Gobierno de Canarias que se declare la Situación Provisional de Desamparo ya que existen factores de desprotección, no siendo compatible el regreso de los menores con sus progenitores.



Las situaciones de desprotección detectadas son las siguientes: abandono de los menores; enfermedad mental del progenitor y antecedentes en la progenitora.; deambulación de los progenitores con los menores por la calle; ausencia de familia extensa cercana de apoyo y enfermedades importantes en los menores sin tratamiento ni supervisión.

Y se señala "lo anteriormente expuesto, no obstante, en tanto se realiza un proceso de Valoración Especializada, por parte de la trabajadora social y la psicóloga de esta Unidad Orgánica de Infancia y Familia, será tratado con mayor exhaustividad, con la finalidad de profundizar en el conocimiento de las necesidades socio-familiares y de funcionamiento psicológico/personal de todos los miembros de la familia de los menores para proponer, si procede, una alternativa de convivencia adecuada a las necesidades básicas de los/as menores, así como las acciones de apoyo que se requiera para garantizar su bienestar y su desarrollo personal".

En fecha 24 de mayo de 2017 se acordó incoar expediente para la declaración de situación de desamparo de los menores, así como declarar la situación provisional de desamparo y asunción de la tutela de los menores.

Consta informe de la Trabajadora social que propone acogimiento.

Con fecha 2 de junio de 2017 se mantiene entrevista con los padres de los menores en la Sección de Menores de Toledo, quienes solicitan el traslado de los menores. En los contactos sucesivos mantenidos en Toledo los progenitores muestran su interés en hacerse cargo de nuevo de sus hijos.

En la propuesta de 6 de junio de 2017 la Mesa de Valoración, como asistentes el Director y Educadora del Centro Maternal y Subdirectora, Trabajadora Social y Psicóloga se hace constar que "*Del resultado del proceso de Valoración Especializada en relación a las circunstancias sociofamiliares que dieron lugar al ingreso de los menores... estos apuntan a que no se trata de un caso de negligencia crónica y generalizada. No obstante, debido a la no colaboración de los progenitores... al trasladarse estos a la península, concretamente a Toledo, se considera fundamental y necesario que sean valorados a nivel social y psicológico para poder determinar si éstos son una alternativa para sus hijos, Roberto, Bruno y Matilde (...)*

*Ambos progenitores manifiestan su deseo de recuperar a sus hijos y solicitan su traslado a la península.."*

Se propone que el plan de intervención sea determinado por la Administración Pública pertinente, solicitando el traslado de los menores de manera urgente a Toledo, así como confirmar la declaración de situación provisional de desamparo.

Obra informe de 7 de junio de 2017 en el que se indica que no existe patología de la Sra. Katalina en el momento actual.

Consta (folio 230 parte 4) entrevista mantenida en la Sección de Menores en fecha 19 de junio de 2017 y 26 de junio de 2017 a petición de los padres.

Con fecha 29 de junio de 2017 la Dirección General de Protección de la Infancia y la Familia de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, dictó resolución administrativa por la que se propone revocar la resolución de desamparo de fecha 24 de mayo de 2017, referente a los menores, por traslado a la Consejería de Bienestar Social, Dirección Provincial de Toledo, cesando la situación de desamparo y asunción de la tutela por la Entidad Pública, haciendo constar este hecho en el registro de tutelas y ordenar el archivo del expediente de desamparo, haciéndose efectiva la medida en el momento de la entrega de los menores a los responsables de la Consejería de Bienestar Social, Dirección Provincial de Toledo (documento nº 4 de la demanda).

En fecha 5 de julio de 2017 la Comisión Provincial de Menores de Toledo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha dictó resolución acordando la declaración de desamparo de los menores Roberto, Bruno y Matilde asumiendo la tutela de los menores en base al informe-propuesta de fecha 4 de julio de 2017 emitido por los técnicos instructores.

Dicha resolución se notificó el 10 de julio de 2017.

Consta informe-propuesta para la medida de subrogación de la medida de tutela de fecha 6 de julio de 2017 (pag. 32 parte 5) en el que se indica:

*"Una vez recibida solicitud de traslado de Tutela de la Sección de la Protección de Menores del Cabildo Canario de fecha 14 de junio de 2017, comprobando desde la Sección de Protección de Menores de los Servicios Provinciales de Toledo que efectivamente el domicilio de los padres está en Toledo, se propone la aceptación del expediente*



y subrogar la medida de protección adoptada y aproximación a la familia biológica por los siguientes motivos: abandono de los menores haciendo imposible el ejercicio adecuado de la guarda, sospecha de enfermedad mental en ambos progenitores; enfermedades importantes de los menores sin tratamiento ni supervisión ( DIRECCION008 ); vulnerabilidad de los menores Roberto , Bruno y Matilde por su edad; inestabilidad residencial, laboral y económica de los cuidadores principales.

El Equipo Interdisciplinar de Menores propone, en consecuencia, y constatando las circunstancias concretas y actuales, declarar en situación de desamparo de los menores Roberto , Bruno y Matilde y asumir su Tutela para ofrecerles un entorno que garantice la cobertura de las necesidades físicas, emocionales, intelectuales y sociales, ejerciéndose la guarda de los menores inicialmente en acogimiento residencial".

Con fecha 25 de agosto de 2017 se acuerda por la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de la Dirección Provincial de Bienestar Social de Toledo establecer un régimen de visitas con los progenitores que aporte seguridad y continuidad a estos contactos.

Durante el mes de septiembre de 2017 los padres comunican su traslado a la Comunidad de Madrid e inician contactos con los servicios sociales de atención primaria del Ayuntamiento de Madrid, siendo valorados por el CAI 6, a solicitud de la Dirección Provincial de Bienestar Social de Toledo.

Posteriormente, se acordó el acogimiento residencial del menor Roberto en el DIRECCION002 , y el acogimiento familiar en familia ajena respecto de Bruno y Matilde .

En fecha 21 de marzo de 2018 se recibe informe favorable para la intervención y acuerdo para la reunificación familiar desde el CAI6 de Madrid, proponiendo en el marco de esta propuesta un periodo de acoplamiento con los menores que facilite la integración. No obstante, posteriormente se acuerda el cierre de la intervención y se entiende que no es posible el retorno de los menores con sus padres al no reconocer la necesidad de intervención sobre los motivos de tutela, centrándose su interés en demostrar que no tienen enfermedad mental.

El 16 de mayo de 2018 se acuerda la modificación del régimen de visitas mediante acuerdo de la Comisión de Tutela y Guarda de Menores.

El 5 de junio de 2018 se presentó solicitud de acogimiento familiar de los tres menores por la pareja compuesta por los primos paternos. El acogimiento de los tres menores en familia extensa se realizó en agosto de 2018, y continuó hasta la entrega de los menores a sus padres el 13 de mayo de 2019 tras el dictado de la sentencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo.

*b) Normativa y jurisprudencia aplicable. Juicio de la Sala.*

Dispone el artículo 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público que "La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización".

Por tanto, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, es preciso valorar si la actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso. Entre otras, señala la STS 27 de febrero de 2018 (rec. 2981/2016):

*"La responsabilidad patrimonial no se anuda con carácter necesario a la anulación del acto o resolución administrativa sino que es preciso valorar si tal actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso. Ciertamente la anulación del acto pone de manifiesto la ilegalidad de la actuación administrativa y el derecho de quien obtiene tal declaración a que se restablezca la legalidad perturbada, pero ello no lleva necesariamente consigo la producción de una lesión para el interesado que resulte indemnizable en concepto de responsabilidad patrimonial, para lo cual es preciso que concurren los requisitos exigidos al efecto, entre ellos la antijuridicidad del daño, que, como hemos señalado antes, no viene referida al aspecto subjetivo de la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa sino al objetivo de la reparabilidad del perjuicio que resulta de la inexistencia de un título que justifique el daño, de manera que si, no obstante la ilegalidad declarada, se advierte que el particular tiene el deber legal de soportar el daño, falta tal elemento de la antijuridicidad que impide reconocer la responsabilidad patrimonial reclamada".*

Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, la resolución de desamparo puede ser dejada sin efecto por dos causas: 1) no se consideren probadas las circunstancias tenidas en cuenta inicialmente, o 2) analizada la situación



actual, por cambio de circunstancias pueda dejarse sin efecto la declaración de desamparo, como se recoge en la sentencia de interés casacional del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2.009.

En consecuencia, habrá de analizarse si nos encontramos ante uno u otro supuesto pues las consecuencias a efectos de planteamiento de la responsabilidad no son las mismas.

Así, hemos de partir de la Sentencia de fecha 22 de abril de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo que estimó la demanda interpuesta por doña Katalina y don Osvaldo, y dejó sin efecto la medida declarando el desamparo de los menores Roberto, Matilde e Bruno y acordó la entrega de los menores a sus padres, revocando también la resolución de 16 de mayo de 2018 que regulaba el régimen de visitas de los menores con sus padres.

En la sentencia se observan determinadas deficiencias en el expediente administrativo, de las que destacan las siguientes:

*"b) La declaración de desamparo que se acordó por la Administración dependiente de la Junta de Comunidades alude a un informe propuesta de 4 de julio de 2017 que no obra en el expediente, si bien el informe propuesta de la declaración de desamparo está fechado en una fecha ulterior a la del dictado de la resolución administrativa (6 de julio de 2017).*

*d) No se evidencia que la Administración de Castilla-La Mancha practicara todas las actuaciones necesarias para la comprobación del estado de los menores en el plazo de los 3 meses desde la recepción del expediente, a los efectos de ratificar, o no, la resolución dictada en Canarias, según prevé el artículo 18.4 LOPJM puesto que el 29 de junio de 2017 se dictó resolución en Canarias acordando el cese del desamparo e inmediatamente después, se dictó otra en Castilla-La Mancha el 5 de julio de 2017, en la que esta última asumía las causas de desamparo referidas en la resolución dictada en Canarias, sin realizar en el ínterin entre ambas resoluciones administrativas alguna comprobación adicional para verificar en dicho momento el estado mental de los progenitores o la situación de los niños. Es cierto que en el expediente se documentan entrevistas entre los funcionarios de ambas administraciones, pero no se reflejan actuaciones o diligencias para corroborar, complementar y actualizar las informaciones suministradas desde Canarias".*

*f) Se ha omitido la elaboración del plan individualizado de protección que, en relación con la unidad familiar, prevé el artículo 19 bis LOPJM, el cual puede incluir un programa de reintegración familiar y debe contemplar los objetivos, previsión y plazo de las medidas de intervención a adoptar con la familia de origen. Es cierto que se han llevado a cabo actuaciones por parte de los servicios Sociales de Madrid en relación con los progenitores y que los mismos han participado en un programa destinado a un grupo de padres ( DIRECCION009 ), pero hemos de resaltar que ello no justifica que se deba omitir la elaboración de un documento específico donde conste el contenido del programa planificando la intervención que se pretende desplegar, conjuntamente con las necesidades y objetivos específicos que se han de tratar en el caso concreto. Hay que recordar que este documento ha de elaborarse para cada familia específicamente, tal y como impone el artículo 19 bis, que menciona la necesidad de que dicho plan sea "individualizado".*

*Añade: "En todo caso, algunas de las causas incardinadas en las resoluciones que acordaron el desamparo no están suficientemente acreditadas. Así, no se considera que concurran enfermedades mentales en los progenitores, según se deduce de los informes privados aportados por las partes y de los seguimientos a los que los progenitores se han sometido durante los últimos meses en la sanidad pública. Tampoco consta acreditado que los padres deambularan de forma permanente o habitual por las calles. Se menciona también en la resolución impugnada la ausencia de familia extensa de apoyo, cuando ello es refutado por el acogimiento familiar actualmente existente, si bien es cierto que dicha familia extensa está radicada en Castilla-La Mancha, en Toledo, ciudad próxima a Madrid. Se ha de matizar, asimismo, la alusión a la existencia de enfermedades relevantes en los menores cuando se dispuso el acogimiento. Y ello porque en el informe de 8 de agosto de 2018 se reconoce, por ejemplo, que la DIRECCION008 de la menor Matilde está condicionada por factores genéticos. Tampoco existe una relación causal entre todas las distintas patologías que obran en el historial de los menores y las conductas de los progenitores. Asimismo, no consta que la ausencia de vacunas sobre los menores haya afectado a los mismos o haya favorecido la presencia de enfermedades en ellos, sin que con ello se pretenda, en ningún caso, excusar a los padres de su obligación de cumplimentar adecuadamente el calendario de vacunas.*

*En todo caso, los hábitos de alimentación y las pautas que procedería inculcar a los menores relacionados con actividades físicas, podrían subsanarse a través de un programa de intervención, al igual que otras deficiencias que se han observado en el expediente respecto de la educación que los padres deberían haber desarrollado sobre los menores, como las relativas a aspectos educativos-relacionales que se mencionan en el expediente,*



*la procedencia de promover la autonomía de los mismos o la conveniencia de fijar a aquellos pautas o límites más adecuados.*

*En suma, se considera que las deficiencias que pudieran presentar los menores en lo concerniente a dietas, seguimiento del calendario de vacunación, socialización e imposición de pautas y límites pueden ser conseguidos mediante un adecuado seguimiento por los técnicos correspondientes de la unidad familiar tras la elaboración y aprobación del pertinente programa de intervención, no considerándose proporcionado que tales incidencias, por sí solas, justifiquen una declaración de desamparo, valorándose también que en el presente supuesto según se informa en el expediente, consta que los menores mantienen en la actualidad un relevante apego y afecto hacia sus dos progenitores (...)*

Sentado lo anterior, se dice que los progenitores solicitaron el acogimiento familiar, hecho que constituye un acto propio, y en consecuencia, no cabe una vez apreciada dicha conducta, reclamar por responsabilidad patrimonial.

No compartimos dicha alegación. Lo cierto es que consta en el expediente administrativo el deseo de los padres de hacerse cargo de los menores incluso antes de la declaración de desamparo. Por tanto, obrando en el expediente el deseo de los padres de recuperar a sus hijos, el hecho de que realizaran una solicitud de acogimiento familiar no cabe entenderlo en el sentido de no querían hacerse cargo de los menores, sino dadas las circunstancias, intentar que estos permanecieran en el entorno familiar. No cabe otra explicación si le unimos el hecho de que se llevaron a cabo entrevistas a instancias de los padres, así como se recurrió la declaración de desamparo.

Rechazado el alegato realizado por las demandadas, tras analizar el expediente administrativo, así como la prueba practicada, a juicio de la Sala entendemos que la pretensión de la parte actora ha de tener favorable acogida en este punto y ello por las siguientes razones:

Como señala el Dictamen del Consejo Consultivo, la suspensión de la patria potestad a unos padres es susceptible de causar daños morales tanto a los padres como a los hijos, por lo que ha de admitirse la existencia de daño.

Admitida la existencia de daño, procede analizar si dicho daño tiene el carácter de antijurídico. Para ello, como hemos señalado anteriormente, hemos de partir de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo de 22 de abril de 2019 que dejó sin efecto la medida de desamparo.

No compartimos las alegaciones realizadas por la parte demandada en las que señala que la declaración de desamparo se dejó sin efecto por el cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de acordarse dicha medida. Lo cierto es que todas las circunstancias por las que se acordó la medida de protección se analizaron en la sentencia y los razonamientos efectuados no se refieren a circunstancias acaecidas posteriormente. Aunque se hable de informes privados aportados posteriormente que demuestran que la enfermedad mental de los progenitores no estaba suficientemente acreditada, precisamente uno de dichos informes fue emitido en fecha 7 de junio de 2017 por el Servicio de Psiquiatría del Centro Hospitalario de Toledo y, por tanto, antes de la declaración de desamparo acordada en fecha 5 de julio de 2017.

Todo ello, sin perjuicio de que obran también los siguientes informes: (i) informe de fecha 2 de noviembre de 2017 emitido por el psiquiatra don Rodolfo respecto a ambos progenitores en el que señala que no consta datos psicopatológicos de interés; (ii) informe de 20 de noviembre de 2017 en el que se indica que tras los resultados de las pruebas realizadas queda descartada cualquier patología psicológica, ni depresión, ni conducta antisocial, ni trastorno delirante ni ningún rasgo de interés clínico; (iii) informe de fecha 26 de julio de 2018 emitido por la psiquiatra en el Centro de Salud Mental DIRECCION010, según se hace constar a petición de la Técnica de Menores de Toledo de Castilla-La Mancha para la evaluación y seguimiento respecto a la Sra. Katalina e informe de fecha 6 de agosto de 2018 relativo al Sr. Osvaldo en los que se hace constar que no se detecta ningún trastorno psicopatológico relevante.

Por otro lado, también han de ser tenidos en consideración los defectos formales que apreció la sentencia. En especial, el hecho de no haber realizado una comprobación adicional para verificar en el momento en el que se acordó la declaración de desamparo el estado mental de los progenitores o la situación de los niños.

Si acudimos al artículo 18.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un





plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. Pues bien, si examinamos la resolución dictada por la Dirección General de Protección de la Infancia y la Familia acordó *incoar expediente para la declaración de la situación de desamparo de los menores, así como declarar la situación provisional de desamparo* y asunción de la tutela de los menores de acuerdo con la Ley 1/1997 de 7 de febrero de Atención Integral a los Menores, cuya finalidad es garantizar la atención integral a los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Por el contrario, la declaración de desamparo de fecha 5 de julio de 2017 ninguna mención realiza en cuanto a la situación provisional de desamparo que acordó la Dirección General de Protección de la Infancia y la Familia de Canarias, sino que, según las actuaciones que constan en el expediente, declaró a los menores en situación de desamparo y asunción de tutela en base a las causas contenidas en el informe propuesta de 4 de julio emitido por los técnicos instructores. Dicho acuerdo ponía fin al procedimiento de declaración de desamparo, razón por la cual, la sentencia de 22 de abril de 2019 critica que no se practicaran todas las actuaciones necesarias para la comprobación del estado de los menores en el plazo de los tres meses desde la recepción del expediente.

Tal actuación entendemos no resulta razonable, pues si bien existía una situación de base que requería la adopción de medidas urgentes, se acordó la declaración de desamparo en base a unas causas que, de acuerdo con la sentencia dictada, podían haber sido objeto de otra medida de protección y, en cuanto a la situación de sospecha de enfermedad mental de los progenitores, sin recabar más información, debe destacarse que ya en fecha 7 de junio de 2017, antes de la declaración de desamparo, se aportó informe emitido por el Servicio de Psiquiatría del Complejo Hospitalario de Toledo en el que se indicaba que la Sra. Katalina no presentaba patología en dicho momento. Por otro lado, en la propuesta de 6 de junio de 2017 ya se indicaba que las circunstancias sociofamiliares que dieron lugar al ingreso de los menores no eran un caso de negligencia crónica y generalizada, sin perjuicio de que los progenitores debían ser valorados a nivel social y psicológico para poder determinar si éstos son una alternativa para sus hijos.

Debemos insistir que en Canarias se acordó la situación provisional de desamparo. De acuerdo con la normativa que resultaba de aplicación, y sin perjuicio de poder adoptar las medidas que fueran necesarias para la protección provisional del interés superior del menor, el artículo 54 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha establece que el instructor debe realizar aquellos actos administrativos que sean necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de la situación de desamparo. A tal efecto debía recabar los informes sanitarios, psicológicos, socio-familiares, educativos, legales y cuantos se estimen oportunos sobre el menor y su familia, en los que deba fundamentar su propuesta técnica a la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores.

Se indica que se llevaron a cabo entrevistas con los progenitores antes de la declaración de desamparo, ahora bien, como señala la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo, no se reflejan actuaciones o diligencias para corroborar y actualizar las informaciones desde Canarias. Además, de un examen más detallado se observa que las entrevistas que se realizaron con los progenitores durante el mes de junio fueron a instancias de estos.

Por último, hemos de señalar que la declaración de desamparo se acordó en base a un informe propuesta de fecha posterior 7 de julio de 2017.

Se indica por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que se trata de un error al consignar la fecha. Por el contrario, la sentencia señaló expresamente que *"el 7 de julio, con posterioridad, se emite el informe propuesta para la declaración de desamparo de los menores.."* y tampoco se ha solicitado prueba testifical de la psicóloga del EIM o la trabajadora social para aclarar dicho extremo.

En consecuencia, a juicio de la Sala, la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo evidencia que la Administración actuó con celeridad en el dictado de las resoluciones de protección de menores, pues no practicó todas las actuaciones necesarias en el plazo de los tres meses para ratificar o no la resolución de Canarias, no habiendo quedado suficientemente probados los motivos dados por la Administración. Es cierto que la situación tras haber trasladado el expediente no hubiera sido el retorno de los menores con sus padres, pues seguramente se habría adoptado una medida cautelar, pero de ello no cabe deducir que no deban practicarse las diligencias oportunas a fin de examinar si procedía acordar la medida de protección de desamparo ( art. 55 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha).

**TERCERO.- Separación del menor Roberto de sus hermanos.**



El menor Roberto fue trasladado al Centro de Menores DIRECCION002 , separándole de esta forma de sus hermanos, que fueron acogidos en familia ajena. Posteriormente, por resolución de 8 de agosto de 2018 se decretó la constitución del acogimiento familiar de los tres menores con los familiares del progenitor.

Pues bien, a juicio de la Sala no concurren los requisitos para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la separación de los hermanos.

Por un lado, la Administración ha ofrecido una explicación de la razón por la cual no pudo llevarse a cabo inicialmente el acogimiento familiar de los tres menores. Por otro, se tuvo en cuenta también las circunstancias de los otros dos menores, Bruno y Matilde , especialmente su edad. En este sentido, señala el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor señala en el apartado 3 "Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años".

Por último, se favoreció el contacto de los tres menores al fijarse un régimen de visitas.

#### **CUARTO.- Sobre la agravación del estado de la menor Matilde .**

La parte actora interesa la indemnización por el agravamiento de la enfermedad ósea que padecía Matilde , al sostener que se ha llevado a cabo un seguimiento inadecuado durante el período que estuvo tutelada por la Administración.

En apoyo de sus pretensiones aportó junto con la demanda informe pericial emitido por el Sr. Anyelo en el que valora si el tratamiento médico de las patologías que presentaba la menor durante el periodo que ha sido tutelada por el Servicio de Familia y Menores de la JCCM entre 24 de mayo de 2017 y 13 de mayo de 2019 ha sido el adecuado.

Posteriormente, la parte actora comunicó como hecho nuevo, en conclusiones, la operación quirúrgica realizada a la menor, así como el estado de salud derivado de dicha intervención quirúrgica. A tales efectos fue practicada la prueba solicitada por las partes.

Sin perjuicio de la prueba practicada para valorar el estado de la menor tras la operación, con carácter previo, habrá de examinarse si el tratamiento médico de las patologías que presentaba la menor durante el periodo que ha sido tutelada por el Servicio de Familia y Menores de la JCCM entre 24 de mayo de 2017 y 13 de mayo de 2019 ha sido el adecuado. A tal fin, la parte actora aportó, como hemos señalado anteriormente, informe pericial emitido por el Sr. Anyelo .

En dicho informe se indica que se ha valorado la siguiente documentación:

*"DOC 1- Historia clínica de la interesada del Hospital DIRECCION011 Madrid Servicio de Traumatología.*

*DOC 2- Historia clínica de la interesada del Hospital DIRECCION012 de Madrid.*

*DOC 3- Historia clínica de la interesada del Hospital DIRECCION011 Madrid Servicio de Pediatría.*

*DOC 4 - Informe RMM ambas rodillas".*

Señala el informe que, entre los 2 y 4 años, periodo en el que estuvo bajo la tutela de la Administración no tiene constancia de revisión por el servicio de endocrinología ni tratamiento por el servicio de traumatología durante el período tutelado.

Asimismo, se indica que el tratamiento de la DIRECCION013 se adapta a cada paciente sobre la base de diversos factores como la edad del niño, la magnitud de la deformidad, la discrepancia de longitud de los miembros, factores psicosociales y la capacitación y experiencia del cirujano ... Indica que las opciones de tratamiento incluyen observación con repetición de exámenes clínicos y radiográficos; uso de ortesis largas de miembro inferior; y distintas opciones quirúrgicas como osteotomía de realineación, hemiepifisiodesis lateral y crecimiento guiado alrededor de la rodilla, así como distracción fisaria tibial proximal asimétrica y gradual, resección de una barra fisaria y elevación del platillo tibial interno.

Señala que cabe destacar que "varios autores han comunicado resultados alentadores con el uso de ortesis de rodilla-tobillo-pie con unas bisagras mediales verticales y de bloqueo abatibles para descargar el comportamiento medial de la rodilla en niños menores de treinta y seis meses de edad con DIRECCION013 de aparición temprana... Los factores de riesgo comunicados de tratamiento ortésico son DIRECCION008 , con un peso por encima del percentil 90; fuerza en varo, edad mayor de 3 años al inicio del tratamiento; compromiso bilateral; y enfermedad estadio III o más alto de Langenskiöld".

Se efectúan las siguientes conclusiones finales en el informe:



"1. Como conclusión final tenemos el caso de una paciente de 6 años ha sido diagnosticada de DIRECCION013 a los 5 años de edad cuando los padres recuperaron la tutela de la menor. Durante el período de 2 a 4 años en que la menor ha estado bajo tutela de los servicios sociales de la JCCM no existe constancia alguna de tratamientos realizados de la afección anteriormente mencionada.

2. Utilizando los criterios de imputabilidad propios de la Medicina Legal al hecho lesivo de las lesiones diagnosticadas y de las secuelas resultantes se pueden sacar las siguientes estimaciones en este caso.

- Criterio Etiológico. En el caso de la interesada se cumple - existe una falta de tratamiento durante el período de tutela.

- Criterio Cuantitativo. Existe una relación directa entre el seguimiento inadecuado y el alcance de las secuelas posteriores.

- Criterio Topográfico existe una correlación directa entre la localización de la lesión no tratada en tiempo y forma y la aparición de las secuelas definitivas.

- Criterio Cronológico Las secuelas mencionadas se produjeron a raíz del tratamiento deficitario y permanecen de forma irreversible en la actualidad.

- Criterio de Continuidad Sintomática se cumple por la coherencia evolutivo de los síntomas.

- Criterio de verosimilitud del Diagnóstico etiológico Las lesiones actuales tiene carácter de organicidad y cronicidad.

Concluye "Analizando cada uno de los criterios anteriormente mencionados y constatando que se cumplen en totalidad la conclusión es que una relación inequívoca con-causal entre la falta de tratamiento en el periodo de la tutela por los servicios sociales y las secuelas derivadas del mismo".

Examinado el expediente administrativo consta:

-En fecha 30 de septiembre de 2016 la menor fue valorada por la Clínica Parque de Santa Cruz de Tenerife realizándose una primera consulta y radiografía. No consta informe de la consulta.

- Consta informe del Hospital Universitario de Canarias en el que se refleja que la menor presenta una DIRECCION008 infantil grave y desequilibrio nutricional. Se diagnostica de "genu varo adquirido" y "DIRECCION013", aconsejando intervenir a la menor cuando cuente con cuatro años. Se indica que debe usar prótesis ortopédicas en las piernas para caminar. Una vez lleve las prótesis debe acudir a revisión.

- En fecha 21 de junio de 2017 se acude a la Ortopedia con la finalidad de que le realicen los moldes de las prótesis, resultando imposible al no constar quieta en ningún momento.

- Posteriormente, tras la declaración de desamparo, se acude a revisión pediátrica, en el que se indica en el informe del SESCAM de fecha 14 de julio de 2017 "Motivo de la interconsulta: Valoración de niña en casa de acogida que llega de Canarias, presenta DIRECCION008 mórbida, pendiente de valoración por endocrinología pediátrica y genu varo (enf. De Blount), se sospecha raquitismo, estaba pendiente de tto quirúrgico de las dos piernas y de realizarle prótesis para caminar".

-El 2 de octubre de 2017 es valorada en el Complejo Hospitalario de Toledo (Hospital DIRECCION014) prescribiéndose el uso de ortesis correctoras así como plantillas correctoras.

- Se acude a revisión a Traumatología el 27 de marzo de 2018.

- La menor es intervenida en el Hospital DIRECCION012 de Madrid el 18 de noviembre de 2019, al contar con cinco años y un mes de edad.

Sobre la cuestión que nos ocupa, en el informe ampliatorio solicitado por el Consejo Consultivo se indica que en ningún momento se requirió la toma de decisiones sobre la salud de la menor por parte de la Administración, habiéndose seguido estrictamente el criterio médico en cuanto a la salud de Matilde mientras la menor estuvo tutelada. Señala que, según las recomendaciones del endocrino se le proporcionó una alimentación adecuada a su edad, y desde traumatología de Toledo se confirmó la necesidad de operar más adelante a la menor de las piernas.

Examinadas las actuaciones, se puede confirmar lo indicado en el informe, ya que se puede observar que se realizaron varias visitas a Traumatología. Así consta en el resumen de la historia clínica (folio 106, parte 13) en el que se hace constar en las anotaciones de 6 de septiembre de 2018 que Matilde se encuentra pendiente

de canalización al DIRECCION012 por genu varo bilateral patológico y consta visita a Traumatología el 27 de marzo de 2018 (folio 132 parte 13).

En consecuencia, no apreciamos un seguimiento inadecuado por parte de la Administración. Es cierto que consta que se pautó la prótesis, y también que no pudo realizarse al no constar quieta la menor. En los informes médicos, se llega a plantear la sedación, indicándose en las llamadas que son aportadas a autos que no se estimó oportuno por el médico.

Tal circunstancia concuerda con el hecho de que en el informe aportado, Sr. Anyelo , se hace constar expresamente que "el tratamiento se adapta a cada paciente sobre la base de diversos factores, como la edad del niño, la magnitud de la deformidad, la discrepancia de longitud de los miembros, los factores psicosociales y la capacitación y experiencia del cirujano.

En función de los resultados del examen clínico y los estudios por imagen, se crea una lista de deformidades actuales y previstas. Las opciones de tratamiento incluyen observación con repetición de los exámenes clínicos y radiográficos; uso de ortesis largas de miembro inferior y distintas opciones quirúrgicas..". El uso de ortesis de rodilla-tobillo-pie con bisagras mediales verticales puede ser alentador según varios autores, comunicándose un riesgo de fracaso en caso de DIRECCION008 .

Y, si examinamos la historia clínica traumatología (folio 132 parte 13) se recoge que la menor en las exploraciones físicas realizadas el 30 de agosto de 2017, el 2 de octubre de 2017, el 23 de febrero de 2018 supera el percentil 99.

En cuanto a la operación quirúrgica, la menor fue intervenida el 18 de noviembre de 2019, con cinco años y un mes de edad, una vez fue derivada al Hospital DIRECCION012 de Madrid. Tampoco ha quedado probado que el hecho de que se realizara la intervención con dicha edad haya disminuido las posibilidades de mejoría de la menor, debiendo destacar el informe del Hospital Universitario de Canarias que aconseja intervenir a la menor cuando contara con cuatro años.

#### **QUINTO.- Sobre la reclamación gastos judiciales.**

La parte actora reclama por daños materiales los honorarios profesionales del abogado que ejerció la defensa en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo, cuyo importe asciende a 5.452,99 euros, y los honorarios del psiquiatra que determinó los daños personales sufridos, que suma un total de 8.952,99 euros.

Tal pretensión ha de ser rechazada.

Los honorarios de los profesionales que intervienen en los procedimientos judiciales y los gastos generados en el seno de los mismos deben ser resarcidos a través de la institución procesal de la condena en costas, y que no puede ser objeto de compensación por vía de la reclamación por responsabilidad patrimonial, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2005 y 20 de septiembre de 2006.

#### **SEXTO.- Indemnización.**

En consecuencia, en base a los razonamientos anteriormente expuestos, procede indemnizar a los actores por el daño ocasionado por la declaración de desamparo.

Ahora bien, para fijar la cantidad indemnizatoria se ha de atender a la libertad ponderativa de la Sala ya que, aunque la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación prevé un sistema para valorar los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, dicho baremo no es obligatorio en el ámbito del orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Al efecto debemos traer a colación la sentencia de la Sala Tercera, Sección Quinta, del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2016 , que declara : *"en relación con la posible aplicación del baremo al ámbito de la responsabilidad patrimonial, éste tiene un carácter meramente orientativo, no vinculante, ni obligatorio, con la única finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del "quantum" indemnizatorio, pero no puede citarse como de obligado, exacto y puntual cumplimiento, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime procedente para procurar la indemnidad del perjudicado en atención a las concretas circunstancias que concurran"*.



También, sentencia de la Sala Tercera, Sección Sexta, del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2016 : *"En segundo lugar, conforme a lo que antes delimitamos, debe señalarse que, sin perjuicio de que, insistimos, la sentencia no se refiere al baremo ni examina su aplicación al caso de autos, aun cuando sí a las circunstancias y condiciones de las secuelas padecidas por el recurrente, es lo cierto que la jurisprudencia viene declarando, en relación con la aplicación del mencionado baremo al ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que "... ese sistema de valoración del daño que reputa infringido tiene carácter meramente orientativo, no vinculante para los tribunales de este orden jurisdiccional a la hora de calcular la indemnización debida por título de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, regida por el principio de indemnidad plena o de reparación integral."* ( sentencia de 3 de mayo de 2012, dictada en el recurso de casación 2441/2010 ) *Porque "el referido baremo de la Ley de Seguros Privados no tiene más valor que el puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del "quantum" indemnizatorio, pero sin que pueda invocarse como de obligado y exacto cumplimiento, por lo que no puede alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación."*

Así las cosas, la Sala entiende que no puede ser aplicado por analogía el baremo empleado para los accidentes de circulación. En el caso examinado procede valorar los daños morales causados a cada uno de los miembros de la familia derivados de la separación, sin que pueda equipararse dicho menoscabo a las secuelas recogidas en el baremo. Al tratarse de daños morales la jurisprudencia ha señalado que no es necesaria una especial acreditación "ya que carece de módulos o parámetros objetivos y que "ha de presumirse como cierto, según ha dicho en más de una oportunidad este Tribunal Supremo y valorarse en una cifra razonable al prudente arbitrio de la Sala" (SSTS de 23 octubre 2002 y de 25 julio 2003).

Teniendo en cuenta los hechos, el periodo que la familia se vio interrumpida su convivencia y la cuantía solicitada por la parte demandante, este Tribunal fija prudencialmente la cuantía de los daños en las siguientes cantidades: 50.000 euros a favor de cada uno de los progenitores; 86.000 euros a favor de Roberto ; 75.000 euros a favor de Bruno ; y 67.000 euros a favor de Matilde .

A juicio de la Sala, existen una serie de circunstancias que han de ser apreciadas en todos los miembros de la familia: la situación de angustia y tristeza que se refleja en los informes periciales, así como el tiempo que duró la interrupción de la convivencia. A ello debe añadirse en el caso de los menores, la edad y la sensación de abandono, razón que ha sido también tenida en cuenta por la Sala al valorar la cuantía correspondiente a cada uno de los menores. Por último, hemos de señalar que, al contrario que Bruno y Matilde , Roberto residió en un centro sin sus hermanos, que permanecieron juntos en un entorno familiar, así como consideramos que, dada su edad, su padecimiento fue mayor al ser más consciente de lo sucedido.

#### **SÉPTIMO.- Sobre la condena de la aseguradora.**

No procede condenar a la aseguradora dado que el demandante no instó la condena de la misma en el suplico de la demanda.

En este sentido, señala la STS 25 de mayo de 2010 (Rec. 7584/2005): *"Es verdad que el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro , relativo al seguro de responsabilidad civil, dispone que "el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero". Pero, como es obvio, tener "acción directa" para exigir una indemnización no es lo mismo que obtener ésta "por ministerio de la ley". Que quepa dirigirse directamente contra el asegurador no exime de la carga de ejercer la acción. En otras palabras, si, aun teniendo acción directa contra el asegurador, el perjudicado no lo demanda, no es posible que el órgano judicial extienda al asegurador la condena pronunciada contra el causante del daño. Ello significa, por lo que ahora importa, que la señora Tabita habría podido demandar también a Axa Aurora Ibérica, S.A.; pero, como no lo hizo, la inclusión en el fallo de dicha entidad mercantil como corresponsable resulta incongruente.*

*Esta conclusión, por lo demás, no se ve enervada por el hecho de que Axa Aurora Ibérica S.A. se personara como codemandada. La condición de codemandado en el proceso contencioso-administrativo puede obedecer a dos razones: primera, que el actor haya dirigido su demanda no sólo contra la Administración, sino también contra otra persona; y segunda, que otra persona, cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos pueden verse afectados por la sentencia, se persone por propia iniciativa en el proceso, para sostener la posición de la Administración. Mientras que en el primer supuesto es claro que cabe condenar al codemandado, por la evidente razón de que la acción se dirige contra él, ello no ocurre en el segundo supuesto. Aquí la acción no se dirige contra el codemandado, sino sólo contra la Administración; y, por ello, la posición del codemandado es similar a la que tenía el llamado "coadyuvante" en la antigua Ley Jurisdiccional de 1956 : alguien que, por*



*tener interés en el asunto, acude a apoyar a la Administración demandada. Obsérvese, siempre en este orden de consideraciones, que el hecho de que en el escrito de conclusiones se haya pedido que la condena se haga extensiva al codemandado que se persona espontáneamente después de la demanda no cambia las cosas, porque el demandante no puede alterar su pretensión en ese momento y, sobre todo, porque el codemandado no ha acudido al proceso a iniciativa del demandante".*

Esto no prejuzga nada sobre su obligación de responder en atención a las relaciones particulares de seguro que mantenga con la Administración.

#### **OCTAVO.- Costas.**

Ante la estimación parcial de la demanda no procede la condena en costas ( art. 139 LJCA).

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

**1. Estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo.**

**2. Anulamos la resolución impugnada.**

**3. Condenamos a la CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA a indemnizar a la parte actora en un total de 328.000 euros, correspondiendo a doña Katalina la cantidad de 50.000 euros; a don Osvaldo , la cantidad de 50.000 euros; al menor Roberto la cantidad de 86.000 euros; al menor Bruno la cantidad de 75.000 euros y a la menor Matilde , la cantidad de 67.000 euros, con el interés legal desde la fecha de la reclamación en vía administrativa.**

**4. Sin imposición de costas.**

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-**Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la lltma. Sra. Magistrada D.ª Gloria González Sancho, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a veintidós de mayo de dos mil veinticuatro.