



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

**Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2012. Recurso 4321/2010 Ponente: Carlos Lesmes Serrano**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Noviembre de dos mil doce.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la Abogada de los Servicios Jurídicos de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, contra la Sentencia de fecha 30 de abril de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso 730/2006 , interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial promovida en fecha 20 de enero de 2006 ante el Departamento de Bienestar Social y Familia de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución de dicho Departamento de 29 de junio de 2001 que resolvía el acogimiento preadoptivo del menor Constancio . Ha sido parte recurrida, la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Soberón García de Enterría, en nombre y representación de D. Alonso y D<sup>a</sup> Crescencia .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La representación procesal de D. Alonso y D<sup>a</sup> Crescencia , por escrito de 31 de julio de 2006, interpuso recurso contencioso-administrativo, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial promovida en fecha 20 de enero de 2006 ante el Departamento de Bienestar Social y Familia de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución de dicho Departamento de 29 de junio de 2001 que resolvía el acogimiento preadoptivo del menor Constancio . Tras los trámites pertinentes la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor: "QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSOADMINISTRATIVO NUMERO 730/2006 INTERPUESTO POR EL PROCURADOR SR. GRAU MARTÍ EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE D. Alonso Y D<sup>a</sup> Crescencia 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



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

RECLAMACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA Y HASTALA DE NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE SENTENCIA. TERCERO.-DESESTIMAR LAS DEMÁS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA. CUARTO.- NO SE HACE EXPRESO PRONUNCIAMIENTO EN COSTAS." SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia, por la representación procesal de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña preparando recurso de casación contra la misma. Por resolución de fecha 21 de junio de 2010 la Sala de instancia tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo. TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, en fecha 9 de diciembre de 2010, la Abogada de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que hace valer tres motivos de casación al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo denuncia la infracción del artículo 106 CE y de los artículos 139 a 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , por cuanto la Sentencia de instancia a la GENERALIDAD DE CATALUÑA a indemnizar unos daños que han sido causados por los propios recurrentes. Dichos daños no pueden ser considerados antijurídicos, puesto que no existe nexo causal entre el funcionamiento del Departamento de Acción Social y Ciudadanía y la pérdida del vínculo del menor con sus padres biológicos. Por el contrario, la actuación administrativa estuvo en todo momento encaminada a velar por el bienestar del menor. Alega en el segundo motivo, la vulneración de los artículos 24.1 y 120.3 CE y del artículo 218 LEC , por cuanto la Sentencia de instancia incurre en falta de motivación y de razonamiento lógico-jurídico que fundamente su conclusión en contra de la extensa prueba practicada y de la que se desprende que el vínculo entre el menor y sus padres biológicos no quedó roto por la actuación del Departamento de Acción Social, sino por la actuación de los propios progenitores que dejaron en situación de desamparo al menor. Invoca en el tercer motivo, la infracción del artículo 218 LEC , en relación con el artículo 1.2 y Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004 , así como la jurisprudencia aplicable. Sostiene la recurrente que la cantidad fijada en la Sentencia de instancia en concepto de indemnización, es exorbitante y se aleja del Baremo de Circulación que establece para los casos de pérdida de un hijo un máximo de 88.562,94#, para ambos progenitores, en los supuestos de convivencia, y de 64.409,41# en ausencia de aquélla. CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Soberón García de Enterría, en nombre y representación de D. Alonso y D<sup>a</sup>Crescencia ., para que formalizara escrito de oposición, en el plazo de treinta días, habiendo evacuado el trámite mediante escrito de 24 de marzo de 2011, en el que se opuso al recurso de casación en virtud de motivos y alegaciones que estimó pertinentes, y suplicó a la Sala, "... dicte en su día sentencia por la que, desestime este recurso, confirmando íntegramente la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (...), con expresa imposición de costas a la



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
**RESPONSABILIDAD**  
**CIVIL Y SEGURO**

recurrente". QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 14 de noviembre de 2012, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento. Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano , Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Constituye el objeto de este recurso de casación la Sentencia de fecha 30 de abril de 2010, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso 730/2006 , por la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada con fecha 20 de enero de 2006 por D. Alonso y D<sup>a</sup> Crescencia . El asunto tiene su origen en la desestimación presunta por parte del Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalitat de Cataluña de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por D. Alonso y D<sup>a</sup> Crescencia por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del acuerdo de medidas de acogimiento y adopción del que era su hijo Constancio por parte de la Administración demandada, reclamación que fundaban en el hecho de que las resoluciones administrativas de 29 de junio de 2001 y 6 de septiembre de 2001 por las que se acordaba el acogimiento preadoptivo del menor Constancio y el acogimiento simple fueron adoptadas sin atender a la intención de los padres biológicos de recuperar a su hijo una vez que hubieren superado su drogodependencia. No estando de acuerdo, los reclamantes acudieron a la vía jurisdiccional alegando la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración en relación al modo en que se adoptaron las medidas de protección del menor Constancio . 3 La Sentencia impugnada estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo razonando en su fundamento de derecho sexto 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, entendiéndose que dichas razones determinan suficientemente la antijuridicidad del daño. SEGUNDO.- Frente a la sentencia de instancia el expropiado hace valer tres motivos de casación. En el motivo primero, formulado al amparo del art. 88.1, d) de la LJCA , se alega la infracción del art. 106 de la Constitución y de los arts. 139 y 141 de la Ley 30/92 , por entender que los daños objeto de indemnización han sido causados por los propios recurrentes, y que, por lo tanto, no pueden considerarse antijurídicos, ya que la pérdida de vínculo con el menor fue debido a la propia conducta de los padres y al Juzgado de Primera Instancia nº 45 que adoptó la decisión del acogimiento preadoptivo, así como por la Audiencia Provincial de Barcelona que desestima el recurso interpuesto contra la sentencia recaída en primera instancia. En el segundo motivo, formulado al amparo del art. 88.1, d) de la LJCA , se alega la infracción de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución , y del art. 218 de la LEC



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

por entender que la sentencia incurre en falta de motivación al fundamentarse únicamente en los razonamientos contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de 20 de enero de 2004 y no en la prueba practicada en la instancia de donde se desprende que la ruptura del vínculo entre los padres biológicos y el menor no fue debida a la actuación de la Administración, sino que es imputable únicamente a sus padres. En el tercer motivo, formulado al amparo del art. 88.1, d) de la LJCA, se alega la infracción del art. 218 de la LEC en relación con el art. 1.2 y anexo del RDL 8/04, así como de la jurisprudencia de aplicación, y ello por entender que la sentencia impugnada, a la hora de fijar el importe de la indemnización no motiva suficientemente la indemnización concedida. TERCERO.- La Sentencia de instancia procede a estimar la pretensión actora con fundamento en la existencia de un daño -la pérdida de la posibilidad de establecer un vínculo afectivo real con el hijo biológico, por la consolidación de un nuevo vínculo irreversible con la familia de acogida-, consecuencia de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, al haber adoptado la Administración las medidas de acogimiento preadoptivo sin atender a la real situación en la que se encontraban los padres biológicos, en proceso de deshabitación a las drogas, y por tanto con posibilidades de recuperar en el futuro la custodia de su hijo.

Niega la Generalidad en el desarrollo de su primer motivo casacional que los daños alegados hayan sido producidos por un deficiente funcionamiento de los servicios públicos en la medida en que la ruptura del vínculo del menor con sus padres biológicos es consecuencia de la propia actuación de éstos. Además, sostiene la Administración recurrente, las medidas adoptadas fueron confirmadas inicialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Barcelona y posteriormente, en apelación, por la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 20 de enero de 2004, lo que supone la confirmación de la legalidad de todo lo actuado y la exclusión, a los efectos de la responsabilidad, del elemento de la antijuricidad. Para poder dar respuesta a este motivo debemos reseñar algunos antecedentes relevantes sobre lo acontecido, antecedentes que se recogen en la Sentencia de instancia y que no son objeto de discusión por las partes procesales: "a.- Constancio nace el NUM000 .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 20.10.00 solicitan la intervención de la DGAIA, por cuanto la madre no acude a dos visitas reclamadas. Se dicta resolución administrativa de desamparo en fecha de 23.10.00 y se dispone la asunción de las funciones tutelares sobre el menor así como su retención en el Hospital Casa de Maternidad de Barcelona (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 Constancio en un centro de



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

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 Constancio 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 18 ° 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 Constancio , 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 Constancio 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. Alonso 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. Alonso , 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



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

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 Constancio . d.- En fecha de 13.11.2001 los Sres Jacinto - Fátima 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



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
**RESPONSABILIDAD**  
**CIVIL Y SEGURO**

drogadictos de muy larga duración... y sin posibilidad razonable de rehabilitación. " Reiteradísima jurisprudencia ha sostenido que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. En nuestro caso nos centraremos en este último requisito, el de antijuridicidad, pues es el determinante para el juicio de la responsabilidad. Efectivamente, nuestra Sala tiene dicho - Sentencia de 10 de octubre de 1997 - que "el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, 'un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga' ( Sentencia de 3 de enero de 1979 ). La antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración ( STS 13 de enero de 2000 ). Pues bien, en el caso que juzgamos hay dos causas excluyentes de la antijuridicidad del daño que se invoca por los reclamantes. En primer lugar, la propia conducta de los progenitores en el momento en que se adoptan las decisiones administrativas a las que se imputa la producción del daño. Como hemos recogido anteriormente, al reseñar los antecedentes fácticos referidos en la Sentencia de instancia, las circunstancias personales y familiares de los reclamantes en el momento del nacimiento de su hijo Constancio , y durante al menos los dos años siguientes, les incapacitaban para asumir los deberes de protección y cuidado que la legislación les impone respecto de sus hijos. La propia Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 45 de los de Barcelona, dictada más de dos años después del nacimiento de Constancio , sigue considerando en ese momento (finales del año 2002), al igual que la Administración, que los padres continúan en una situación de fragilidad, que no alcanza un grado de seguridad suficiente y que la medida de protección más adecuada sigue siendo el acogimiento preadoptivo. Precisamente, la incapacidad de los padres y los posibles riesgos derivados de esa situación para el menor, constituyen el fundamento -y la justificación- de la intervención administrativa y de la adopción de las medidas de protección en aras del superior interés del menor. Queremos decir con ello que el juicio sobre lo acertado o desacertado de una decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después, cuando la situación de los padres ha podido llegar a ser otra por razón de una evolución personal favorable, sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
**RESPONSABILIDAD**  
**CIVIL Y SEGURO**

dichas medidas tuitivas, atendidas las circunstancias concurrentes en ese momento. Y desde esta perspectiva es indudable que los progenitores, hoy reclamantes de responsabilidad administrativa, tenían por razón de su propia situación, en modo alguno provocada por la Administración, el deber de soportar la pérdida de la custodia del hijo al no poder atenderlo mínimamente, y el riesgo, posteriormente concretado, de que dicha pérdida se convirtiera en definitiva, pues en modo alguno le es exigible a la Administración que mantenga al menor, por cuyo superior interés debe velar en todo momento, en situación de precariedad afectiva en los primeros años de su vida, sin proporcionarle una familia de acogida, a la espera de una posible evolución favorable de los progenitores que, al menos durante los dos primeros años desde el nacimiento, era completamente incierta. Abunda, en segundo lugar, en la exclusión de la antijuricidad el hecho de la confirmación de las resoluciones administrativas por los Tribunales de Justicia. No puede sostenerse que la actuación administrativa sea contraria a derecho cuando tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Barcelona como la Audiencia Provincial la han confirmado en sendas sentencias, sin que las consideraciones contenidas en la dictada por la Audiencia alteren esta conclusión, no solo por las razones ya expresadas sobre el momento al que debe venir referido el juicio sobre la antijuricidad desde la perspectiva del deber de soportar, sino también porque la irreversibilidad de la situación que se denuncia en la sentencia de la Audiencia Provincial y su imposibilidad de adoptar una decisión de signo contrario cuatro años después (año 2004), sería consecuencia, en su caso, de una dilación no imputable a la Administración autonómica. El motivo debe ser acogido, haciéndose innecesario el examen de los otros dos motivos en los que se denuncia la falta de motivación de la responsabilidad y el exceso y falta de justificación de la cuantía de la indemnización establecida en la Sentencia de instancia. Al estimarse el motivo indicado, la Sala debe resolver, conforme al art. 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, centrado en el caso de autos en la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración catalana por la adopción de determinadas medidas de protección en relación con el menor. Pues bien, según hemos razonado anteriormente no es predicable del daño sufrido por los reclamantes antijuricidad alguna, por lo que faltaría uno de los requisitos imprescindibles para la existencia de la responsabilidad, razón por la que el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Alonso y D<sup>a</sup> Crescencia, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial promovida en fecha 20 de enero de 2006 ante el Departamento de Bienestar Social y Familia de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución de dicho Departamento de 29 de junio de 2001 que resolvía el acogimiento preadoptivo del menor Constancio, debe ser desestimado. CUARTO.- Con arreglo al art. 139 LJCA no procede hacer imposición de las costas de este recurso de casación, y, en cuanto a las costas de la instancia, no cabe apreciar temeridad o mala fe que justifiquen una condena al pago de las mismas.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

## FALLAMOS

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación rocesal de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, contra la Sentencia de fecha 30 de abril de 2010, dictada por la Sala de loContencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso 730/2006 .

SEGUNDO.- Revocamos y dejamos sin efecto dicha Sentencia y en su lugar desestimamos el recurso contencioso- administrativo interpuesto por D. Alonso y D<sup>a</sup> Crescencia , contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial promovida en fecha 20 de enero de 2006 ante el Departamento de Bienestar Social y Familia de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución de dicho Departamento de 29 de junio de 2001 que resolvía el acogimiento preadoptivo del menor Constancio . TERCERO.- No se hace imposición de las costas procesales. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección egislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Carlos Lesmes Serrano , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.