

Dictamen n<sup>o</sup>: **142/11**  
Consulta: **Consejera de Familia y Asuntos Sociales**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **06.04.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 6 de abril de 2011 sobre la consulta formulada por la Sra. Consejera de Familia y Asuntos Sociales, al amparo del artículo 13.1.f).1<sup>o</sup> de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por A.I.M.P. y M.F.R., en adelante “*los reclamantes*”, por los perjuicios causados por la privación de la patria potestad de su hijo que se atribuye al deficiente funcionamiento de la Comisión de Tutela y de la Consejería de Sanidad, ambas de la Comunidad de Madrid.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 21 de octubre de 2010, los reclamantes presentaron reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados por la Comisión de Tutela y la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, al haberles retirado la tutela de su hijo de 9 meses por presuntos malos tratos. Denuncian que al estar muy lloroso el niño le llevaron al Servicio de Urgencias del Hospital Niño Jesús el 17 de noviembre de 2009, donde el niño fue diagnosticado de tibia rota de carácter no accidental. A la vista de dicho informe la Comunidad de Madrid asumió la tutela del menor y fue ingresado en el centro de acogida Isabel Clara Eugenia el 19 de noviembre, donde permanece hasta el 23 de diciembre de 2009, fecha en la que se constituye un acogimiento familiar

por parte de los tíos maternos del menor. Finalmente ante la existencia de múltiples informes, tanto médicos como psicológicos, que evidencian que la fractura del hueso del menor puede obedecer a otras causas y que no se aprecian signos de maltrato, el 14 de abril de 2010 la Comisión de Tutela acuerda el cese de la tutela y del acogimiento familiar de sus tíos.

En suma, consideran haber sido sometidos a un maltrato institucional que les ha ocasionado graves problemas, por lo que solicitan una indemnización por importe de 300.158,64 euros.

A su reclamación adjuntan la siguiente documentación:

1º) Escritura de poder general para pleitos otorgada por los reclamantes el 27 de noviembre de 2009.

2º) Parte médico de la madre del menor en el que se confirma que está embarazada, de fecha 4 de noviembre de 2009 padeciendo un aborto el 3 de diciembre siguiente. Asimismo, se refleja que desde esa fecha padece una depresión reactiva.

3º) Certificado de la empresa Telefónica sobre detracción salarial por permiso no remunerado entre el 30 de noviembre y el 30 de diciembre de 2009 de M.F.R.

4º) Copia de la nómina del mes de noviembre de 2009 de M.F.R.

5º) Certificado de la empresa A sobre excedencia por cuidado de menor durante cuatro meses de A.I.M.P.

6º) Copia de las nóminas de los meses de septiembre y octubre de 2009 de la madre del menor.

7º) Factura por importe de 2.500 euros por la elaboración de un informe pericial.

8º) Diversas minutas de honorarios profesionales.

9º) Extractos de tarjeta Visa.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

La madrugada del día 18 de noviembre de 2009, los reclamantes llevan a su hijo G.F.M., de nueve meses de edad, al Hospital Infantil Universitario “*Niño Jesús*” por estar inquieto y quejumbroso, por aquellas fechas había padecido una bronquitis.

El Hospital Infantil Universitario “*Niño Jesús*” emite informe de fecha 18 de noviembre de 2009 en el que se indica que “*el menor podría encontrarse en una situación de desamparo por inadecuado cumplimiento de los deberes de protección*”.

El Departamento de Trabajo Social del Hospital de Niño Jesús remite un fax urgente al Instituto del Menor y de la Familia, el mismo 18 de noviembre, para la tramitación urgente de un expediente ante el posible maltrato de un menor. Adjunta a dicho fax el informe social, de radiología, parte judicial y hoja de notificación de riesgo.

El día 19 de noviembre de 2009, se abre expediente de constitución de tutela mediante oficio y se asume la tutela urgente del menor tramitándose el pertinente procedimiento administrativo.

El menor ingresa en el Centro de Acogida I.C.E. el día 19 de noviembre de 2009, fecha en que se notifica a los padres la constitución de la tutela.

El día 7 de diciembre de 2009 se solicita el acogimiento familiar del menor por parte de los tíos maternos, autorizándose el mismo.

El Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid requiere, con fecha 22 de diciembre de 2009, copia del expediente para conocer de la

impugnación de tutela si bien se inhibe a favor del Juzgado de Instrucción Número 2 que conoce de la denuncia de posible maltrato que el padre interpuso el 19 de noviembre frente a la guardería a la que el menor acudía regularmente.

El 17 de marzo de 2010 se solicita a la Comisión de Tutela la convivencia personal del menor con sus padres en tanto se resuelve la vía judicial. En la instrucción del expediente y de conformidad con lo indicado en el informe facilitado por la Comisión de Tutela, en el marco de la instrucción del expediente, se solicita un nuevo informe-contraste al Hospital Niño Jesús. El informe de fecha 1 de abril de 2010, mantiene el diagnóstico inicial de síndrome de niño maltratado.

El Juzgado de Instrucción número 2 mediante Auto de fecha 8 de abril de 2010 resuelve el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa (Diligencias Previas número 1238/2010).

Finalmente, el Pleno de Comisión de Tutela acuerda el 14 de abril de 2010 el cese de la Tutela así como del acogimiento del menor con sus tíos.

**SEGUNDO.-** Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento el órgano de instrucción ha solicitado informe de la Comisión de Tutela del Menor, el cual declara que “(...) 1.- *El expediente de constitución de tutela se abre mediante oficio de 19 de noviembre de 2009, a raíz de recibirse un*

*informe del Hospital Niño Jesús (fecha 18 de noviembre) que comunica la existencia de una fractura actual de tibia y signos de una fractura anterior y donde se recoge textualmente “(...)por las lesiones presentadas, la falta de un mecanismo coherente de producción y la sospecha que dichas lesiones no hayan sido producidas de manera accidental, se considera que el menor podría encontrarse en una situación de desamparo por inadecuado cumplimiento de los deberes de protección ‘*

*El Hospital, asimismo, presento denuncia ante el Juzgado de Guardia en el mismo sentido.*

*El informe del facultativo médico es, en los casos de sospecha de malos tratos, elemento imprescindible y suficiente para que la Administración de protección actúe con la diligencia requerida en un supuesto en el que un menor puede estar sujeto a un posible maltrato. Por ello, y por mandato de la Ley, se asume la tutela urgente en fecha 19 de noviembre de 2009 y se procede a continuar la instrucción del expediente.*

*2.- El menor ingresa en el Centro de Acogida ICE el mismo día 19, fecha en la que les es notificada la tutela en mano a los padres.*

*En el centro los padres son recibidos por el equipo de protección que trabaja físicamente en el centro, se les informa de la medida, de sus motivos, de sus medios de defensa y de lo que se va a seguir tramitando.*

*3.- Se continúa la instrucción normal del expediente con comparencias de los padres, los tíos del menor, la abuela.*

*Se solicitó informe a la guardería donde acudía el menor, la cual manifestó que no detectó ningún indicio de la fractura del menor y puso a disposición del Juzgado las grabaciones del aula.*

*Se solicitaron informes a los Servicios Sociales de referencia de los padres al objeto de conocer a la familia, su dinámica, posibles incidencias... así como al Centro de Salud al que pertenece el menor para igualmente conocer su historial y antecedentes.*

*4.- Paralelamente la familia fue siendo informada de todos los trámites y se le permitió visionar su expediente a través de su abogada.*

*5.- Con fecha 7 de diciembre se recibe en comparecencia a los tíos maternos del menor que solicitan su acogimiento. Se les informa de la documentación a presentar y los trámites que se van a seguir.*

*En atención a las circunstancias del caso, la edad del menor, las fechas, el caso es tratado como prioritario. Se solicitan informes urgentes a los Servicios Sociales del domicilio de los tíos en Valladolid y el caso es revisado de urgencia en el Pleno de la Comisión de Tutela del 22 de diciembre donde se confirma la tutela y se autoriza el acogimiento familiar del menor con sus tíos.*

*Los diferentes informes requeridos concluían que, en apariencia, la familia nunca había tenido ningún indicador a nivel social o médico que hiciese sospechar un posible maltrato al menor. Pero el informe médico seguía manteniendo la imposibilidad de que la fractura fuera compatible con un hecho accidental, lo que, atendiendo a que se trata de profesionales médico que certifican el informe, llevan a la Comisión de Tutela a mantenerse en la medida en tanto el tema es revisado judicialmente, si bien se valora la opción de que el ejercicio de la medida sea en acogimiento en lugar de en un centro de protección ante la valoración positiva recibida de los tíos maternos.*

*Se mantiene una comparecencia con los acogedores y al abuela el día 23 de diciembre, se les explica el acogimiento y como debe llevarse a cabo, la*

*coordinación que va a existir con sus Servicios Sociales. En dicho acto se procede a la firma del contrato de acogimiento familiar simple.*

*Ese mismo día recogen al menor en el centro de protección.*

*6.- El Juzgado de Instrucción N° 11 nos requiere en fecha 22 de diciembre copia del expediente para conocer de la impugnación de la Tutela que presentan los padres si bien finalmente se inhíbe a favor del Juzgado de Instrucción N° 2 que conoce de la denuncia de posible maltrato.*

*Se le remite todo lo actuado.*

*7.- La familia aporta al Juzgado y a esta administración informe médico privado (Hospital B) donde se recoge la posibilidad de una enfermedad preexistente (enfermedad de Lobstein o proceso de fragilidad ósea patológica) que pudiera explicar las fracturas.*

*También se recibe informe del Forense asignado al caso que recoge también la posibilidad de una “patología ósea común”.*

*8.- La familia solicita en marzo (17/03) a la Comisión de Tutela la convivencia provisional del menor con sus padres en tanto se resuelve la vía judicial.*

*9.- Por todo ello, en el marco de la normal instrucción de todo expediente, se procede a solicitar un nuevo informe-contrate al Hospital Niño Jesús.*

*El nuevo informe detallado de fecha 1 de abril se mantiene en el diagnóstico inicial de “síndrome de niño maltratado” Se remite al juzgado para su conocimiento.*



10.- Se recibe por fax en fecha 8/04/2010 AUTO del Juzgado de Instrucción N°2 (Diligencias Previas n° 1238/20 10) comunicando el sobreseimiento provisional y archivo de la causa.

11.- El viernes 9 de abril se recibe a la abogada de la familia que se interesa por la decisión que se va a adoptar. Se le informa que ese mismo miércoles el caso se ve de urgencia en el Pleno de la CTM.

12.- El Pleno de la CTM acuerda el 14 de abril de 2010 el cese de la tutela y del acogimiento del menor con sus tíos.

Se entrega copia en mano el día 15 a la abogada de la familia además de realizar las correspondientes notificaciones por correo.

Del relato de hechos se concluye que esta Comisión de Tutela del menor y todas los profesionales implicados en la tramitación del expediente, han actuado con estricto cumplimiento de lo preceptuado legalmente ante los indicios aportados por los profesionales médicos. No corresponde a esta Administración entrar a valorar o no la prudencia diagnóstica de esos profesionales, máxime cuando al ser requeridos nuevamente para revisar el caso mantienen y explican sus conclusiones.

En todo momento además, en atención a la edad del menor y a las circunstancias de la cos, se trató con la máxima urgencia y celeridad y finalmente se acató lo decidido judicialmente, si bien los médicos responsables del caso han seguido manteniendo tanto ante la administración como ante el juzgado su diagnóstico inicial que justificaba y requería toda la actuación de Tutela llevada a cabo.

La celeridad en la asunción de la medida se justifica en la propia posibilidad de que la sospecha del maltrato pueda ser real. Es el interés del menor el que se ve comprometido en caso de no actuar y confirmarse las sospechas.



*Todos los informes sociales de la familia y de su entorno posibilitaron que el acogimiento fuera un opción viable en tanto se pronunciaba el Juzgado, pero no dejaban sin efecto el diagnóstico medico que era el origen de la actuación. La Comisión de Tutela del menor, en tanto que órgano decisor, valora todo lo aportado a nivel social pero entiende que el peso del informe médico justificaba el mantenimiento de la medida de protección.*

*El acogimiento del menor con sus tíos permitía el ejercicio de la medida en un marco familiar, si bien se informó a los acogedores de que el menor pasaba a convivir con y bajo su responsabilidad; el traslado de la madre y su suspensión de empleo y sueldo no era por lo tanto algo requerido; el menor debía tener visitas con los padres, con la presencia de los tíos o la abuela, y así se informó a los acogedores y así iban a seguir el caso los Servicios Sociales de Valladolid.*

*La decisión de la madre, si bien comprensible, no es imputable en ningún caso a esta Administración.*

*El conjunto de circunstancias emocionales, morales que se argumentan son elementos intrínsecos a la ejecución de una medida de protección como es la tutela administrativa que ejerce la Entidad Pública.*

*La Administración en ejercicio de las facultades otorgadas por el Código Civil, artículo 172 y siguientes, protege un interés primordial como es el de un menor, interés que es más digno de protección que el de sus progenitores, en cuanto que implica la suspensión del ejercicio de las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad”.*

Tras la emisión de dicho informe se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia a los reclamantes, en fecha 29 de diciembre de 2010, los cuales presentaron escrito de alegaciones en fecha 10 de enero de 2011.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 31 de enero de 2011, la cual fue informada favorablemente por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid.

**TERCERO.-** La Consejera de Familia y Asuntos Sociales, mediante Orden de 25 de febrero de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 10 de marzo de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> José Campos Bucé que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 abril de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

### **CONSIDERACIONES EN DERECHO**

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (300.158,64 euros) y a solicitud de la Consejera de Familia y Asuntos Sociales, órgano legitimado para ello según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

**SEGUNDA.-** Ostentan los reclamantes legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, por ser los padres del menor cuya patria potestad fue retirada por la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso objeto del presente dictamen la privación de la tutela tuvo lugar entre los meses de noviembre de 2009 hasta abril de 2010, por lo que habiéndose interpuesto la reclamación el 21 de octubre siguiente se entiende efectuada en plazo.

**TERCERA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone en el artículo 10.1 in fine que el órgano de instrucción *“en todo caso, solicitará informe al*

*servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable*”. Del tenor literal de dicho artículo sólo se impone como informe preceptivo el del servicio supuestamente responsable de la lesión. En el caso sometido a dictamen, la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid, en fecha 27 de diciembre de 2010, ha elaborado un informe, que se ha incorporado al expediente, en el que tras relatar los hechos acaecidos concluye manifestando que todos los profesionales de dicha Comisión *“han actuado con estricto cumplimiento de lo preceptuado legalmente ante los indicios aportados por los profesionales médicos”*.

Ahora bien, entendemos que es necesario que la Consejería de Sanidad estudie la reclamación y solicite informe del Hospital Niño Jesús, sin perjuicio de cuántos informes se estimen conveniente, como en su caso de la Inspección Médica. La reclamación denuncia el maltrato institucional por parte tanto de la Consejería de Familia como de la Consejería de Sanidad, sin que por parte de esta última se haya tramitado actuación alguna tendente al esclarecimiento de los hechos.

En la instrucción del procedimiento de retirada de la patria potestad a los padres, por supuestos malos tratos, por la Comisión de Tutela se solicitó informe complementario al referido Hospital en atención a que los padres habían aportado un informe médico en el que se diagnosticaba al menor la enfermedad de Lobstein. El 1 de abril los servicios médicos del Hospital Niño Jesús se mantienen en el diagnóstico inicial de *“síndrome de niño maltratado”*. Sin embargo, en la tramitación del presente procedimiento el órgano de instrucción no ha solicitado informe aclaratorio de los hechos sucedidos, razón por la cual procede retrotraer el procedimiento para que sea adecuadamente cumplimentado dicho trámite.

El Consejo de Estado, en su dictamen nº 2072/1999, de fecha 8 de julio de 1999, ha entendido que por *“...informes determinantes del*

*contenido de la resolución los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo "determinar" contenida en el Diccionario de la Lengua Española. Esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo”.*

A la luz de la doctrina sentada por el Alto Órgano Consultivo, a la que se une el presente Consejo, se llega a la conclusión de que, en el caso examinado, el contenido del informe puede resultar determinante del contenido de la resolución a dictar, por lo que debe acordarse la retroacción del procedimiento para solicitar la emisión de informe a la Consejería de Sanidad, en particular para que se valore la actuación de los servicios médicos del Hospital Niño Jesús a raíz de la presente reclamación.

Asimismo, para un mejor conocimiento de los hechos, se solicita que se incorpore al presente expediente las actuaciones penales tramitadas como diligencias previas nº 1238/2010 ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid y que finalizaron mediante Auto de archivo de fecha 8 de abril de 2010.

Una vez se haya tramitado el procedimiento, deberá darse trámite de audiencia a los reclamantes y ser remitido, nuevamente, al presente Consejo.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del procedimiento para solicitar la emisión de informe a la Consejería de Sanidad y para que se aporten las actuaciones penales que se siguieron ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid con el número 1238/2010.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3. 7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 6 de abril de 2011

