



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sra. Ares González, Consejera y
Ponente

Sr. Herrera Campo, Consejero

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de diciembre de 2019, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyy1 y Dña. yyy2*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 5 de diciembre de 2019 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por D. yyy1 y Dña. yyy2, en representación de su hijo, D. yyy3, debido a los daños y perjuicios ocasionados por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxx durante el ejercicio de la tutela legal.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 604/2019, y se inició el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia a la Consejera Sra. Ares González.

Primero.- El 26 de marzo de 2019 D. yyy1 y Dña. yyy2, en representación de su hijo adoptivo, presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxx, debido a los daños y perjuicios sufridos durante su tutela dado que, tras ser declarado menor en



situación de desamparo el 12 de julio de 2011 y ser asumida su tutela por dicha Gerencia, no se procedió a comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) tal circunstancia, de modo que la pensión de orfandad a la que el menor tenía derecho (por haber fallecido su padre biológico el 29 de julio de 2010) y que debió ser administrada por quien ejercía su tutela, siguió abonándose a su madre biológica hasta el mes de mayo de 2018.

Una vez cesa el ejercicio de la tutela legal del menor por la Gerencia de Servicios Sociales al ser adoptado por los ahora reclamantes, el 8 de marzo de 2019 el saldo líquido de la cuenta de tutela es transferido a sus padres adoptivos, momento en el que tienen conocimiento de su cuantía, que asciende únicamente a 1.862,27 euros, por las mensualidades recibidas entre junio de 2018 y febrero de 2019. Faltan por tanto los abonos en concepto de pensión que debió percibir el menor desde que la Administración asumió su tutela legal.

Los daños y perjuicios ocasionados se cuantifican en 17.367,83 euros.

Como prueba documental de sus alegaciones, aportan la siguiente documentación, sin perjuicio de la obrante en poder de la Administración:

- Certificado de nacimiento del menor.
- Auto 595/19 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de xxxx, de 30 de octubre de 2018, por el que se estima la petición de constitución de adopción.
- Resolución de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales, de 31 de enero de 2019, por la que se declara la terminación del procedimiento de adopción del menor, por haber recaído resolución judicial sobre ella.
- Formalización del acogimiento familiar provisional preadoptivo, constituido con el carácter de "no remunerado".
- Certificados expedidos por el/la directora/a Provincial del INSS de las cantidades consignadas en concepto de pensión de orfandad a la madre biológica del menor, por su condición de tutora de este.
- Solicitud de tramitación de transferencia desde la cuenta de tutela a la cuenta de los reclamantes efectuada por la gerente territorial de Servicios



Sociales y extracto bancario en el que se reflejan los ingresos en concepto de pensión de orfandad recibidos durante la tutela.

Segundo.- El 11 de abril la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León dicta Resolución por la que se nombra instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Tercero.- El 17 de abril se solicita informe a la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxx, por ser el servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la presunta lesión indemnizable. Igualmente se requiere la remisión de la resolución que declaró el desamparo del menor, así como documentación relativa a la pensión de orfandad de la que es beneficiario.

Cuarto.- En respuesta a la anterior solicitud, el 30 de abril se emite informe explicativo del procedimiento de protección del menor en el que se reconoce que no se solicitó al INSS la percepción de la pensión de orfandad hasta el 10 de mayo de 2018, pese a haberse asumido la tutela y acogimiento residencial el 12 de julio de 2011. Asimismo se indica que los certificados emitidos por el INSS aportados por los reclamantes no obran en el expediente, puesto que fueron solicitados y enviados a aquellos directamente.

Se adjunta resolución de declaración de desamparo y asunción de tutela legal, escrito dirigido al INSS en el que se solicita el ingreso de la pensión de orfandad en el número de cuenta que se indica y solicitud de tramitación de transferencia –que ya obraba en el expediente por haberla aportado los reclamantes como se ha indicado en el antecedente de hecho primero- desde la cuenta de tutela a la cuenta de los padres adoptivos efectuada por la gerente territorial de Servicios Sociales.

Quinto.- El 14 de junio se notifica a los reclamantes la información prevista en el artículo 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y se les concede trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución previsto en el artículo 82 de la misma norma.

En uso de este trámite, se reitera lo expuesto en la reclamación y se exponen los motivos por los que no cabe exigir a la madre biológica las cantidades percibidas como tutora del menor pese a no serlo.



Sexto.- El 21 de junio se da traslado de la reclamación interpuesta y se concede trámite de audiencia a la compañía aseguradora, la cual manifiesta que la póliza no cubre "el siniestro", que considera producido en mayo de 2018, puesto que -a su entender- los daños son continuados y la vigencia de la póliza finalizó el 5 de enero de 2018.

Séptimo.- El 25 de octubre se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación por importe de 17.367,83 euros.

Octavo.- El 13 de noviembre de 2019 la Asesoría Jurídica de la Gerencia de Servicios Sociales emite informe jurídico favorable, si bien recuerda que la resolución que se dicte deberá pronunciarse sobre la existencia o no de la relación de causalidad existente entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y que la cuantía de la indemnización deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha tramitado sustancialmente con arreglo a lo previsto en la referida Ley 39/2015, de 1 de octubre, con las especialidades que se recogen en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre. La competencia para



resolver la presente reclamación corresponde a la presidenta del Consejo de Administración de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2, en relación con el artículo 89, de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

El procedimiento se ha iniciado en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y al artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea



consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquel que pueda producirse.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto sometido a consulta cabe destacar que no hay norma alguna que establezca quién o quiénes pueden solicitar la pensión de orfandad.

Así, el apartado 3 del artículo 224 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece que la pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios según determinación reglamentaria.

Por su parte, el artículo 11 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, dispone que la pensión de orfandad se abonará en el caso de menores de dieciocho años, a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan con la obligación de mantenerlos y educarlos. Cuando la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, constate que el huérfano se encuentra en situación de desamparo por incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, la entidad gestora adoptará las medidas oportunas para que la pensión se abone a quien quede atribuida la guarda del menor, en los términos previstos en el Código Civil.

Por lo tanto, estos preceptos determinan a quién se va a abonar la pensión de orfandad pero no establecen la obligación de solicitarla a quienes tienen a su cargo a los beneficiarios de la misma.



A esta conclusión llega también el Tribunal Supremo, en su sentencia 222/2018, de 27 de febrero, dictada por la Sala de lo Social, (Rec. 3022/2016) en la que desestima un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y en la que establece que:

“No hay norma alguna que establezca quien o quienes pueden solicitar la pensión de orfandad (...) Las citadas normas se limitan a establecer a quien se va a abonar la pensión de orfandad pero no disponen que sean los que tienen a su cargo a los huérfanos los que han de solicitar la pensión de orfandad”.

No obstante es evidente que esta laguna normativa no puede interpretarse en contra del interés de los beneficiarios de la pensión, pues difícilmente el INSS puede conocer por sí solo que se ha producido un cambio en la titularidad de la tutela.

Esta interpretación en favor del menor se recoge también en la precitada sentencia del Tribunal Supremo, según la cual:

“Por todo lo razonado, no existiendo una norma que expresamente establezca que el que tenga a su cargo a los huérfanos ha de solicitar la pensión de orfandad, no cabe interpretar las normas de Seguridad Social anteriormente consignadas de forma que perjudiquen gravemente los intereses de los menores, por el contrario se han de interpretar desde la perspectiva de la protección del interés superior del menor y a la luz de los preceptos constitucionales, artículo 39, apartados 1 y 2, que disponen que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos. No cabe privar a los menores de una parte de su derecho a la pensión de orfandad cuando no aparece claramente establecido quien ha de solicitar dicha pensión, es decir, se les acarrea un perjuicio por la inacción de un obligado a solicitar la pensión que no aparece expresamente identificado en la normativa aplicable”.

Así las cosas, dado que la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxx asumió la tutela legal del menor el 12 de julio de 2011 y era concedora del fallecimiento de su padre biológico (así consta en el antecedente de hecho primero de la resolución de declaración de desamparo y asunción de la tutela legal) y, sin embargo, tardó casi siete años en comunicar al INSS su condición de



tutora legal y solicitar la percepción de la pensión de orfandad, este Consejo considera que ha habido un funcionamiento anormal de un servicio público del que se han derivado daños económicos para el menor beneficiario de la pensión que no tiene el deber jurídico de soportar.

Con base en todo lo expuesto este Consejo comparte la estimación de la reclamación interpuesta, al considerar que existe nexo causal entre el funcionamiento de la Administración y el daño producido.

6ª.- En lo relativo a la indemnización, este Consejo Consultivo debe formular varias observaciones.

En primer lugar, la propuesta de resolución fija la cantidad a indemnizar en 17.367,83 euros, con base en las certificaciones emitidas por el INSS. Así, dispone que la madre biológica ha percibido en concepto de pensión de orfandad las siguientes cantidades:

- 1.052,29 euros en 2010.
- 2.585,88 euros en 2011.
- 2.693,60 euros en 2012.
- 2.699,20 euros en 2013.
- 2.706,20 euros en 2014.
- 1.938 y 775,20 euros en 2015.
- 2.720,20 euros en 2016.
- 2.727,20 euros en 2017.
- 976,50 euros en 2018 (desde el 1 de enero hasta el 31 de mayo).

La pensión debió ser abonada a la Administración desde agosto de 2011.



Dado que la suma de cantidades indicadas correspondientes a los años 2012 a 2018 es de 17.236.1 euros, resultaría que por el año 2011 solo correspondería el abono de 131,73 euros, cifra que a simple vista no resulta convincente por escasa.

Por ello, debe procederse nuevamente y de manera correcta a la determinación de la cantidad que corresponde percibir a los reclamantes y de efectuarse alguna operación de prorrateo o descuento, a hacerla constar expresamente junto con la explicación pertinente.

En segundo término, como acertadamente ha señalado el informe jurídico emitido por la Asesoría Jurídica de la Gerencia de Servicios Sociales, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo y deberá actualizarse en todo caso a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, puesto que en contra de lo que sostiene la propuesta de resolución, el hecho de no ser una cantidad que estuviera en poder de la Administración no es óbice para proceder a su actualización.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria, en los términos indicados en el cuerpo del presente dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por D. yyy1 y Dña. yyy2, en representación de su hijo D. yyy3, debido a los daños y perjuicios ocasionados por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxx durante el ejercicio de la tutela legal.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.