



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **391/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 18 de octubre de 2019, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 4 de julio de 2019, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, por daños y perjuicios sufridos por la adopción internacional de la menor Y (expte. **218/19**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 4 de mayo de 2017 D.ª X presenta solicitud de indemnización de daños y perjuicios frente a la Consejería de Sanidad y Política Social y contra la Entidad Colaboradora de Adopción Internacional AMOFREM, por los daños sufridos como consecuencia de la adopción internacional en Bolivia de su hija Y.

Alega en síntesis la reclamante, que en el año 2003 presentó ante la Secretaria Sectorial de Acción Social, Menor y Familia de la Región de Murcia una propuesta de adopción internacional, solicitando ser declarada idónea para la adopción. Que entre los documentos aportados estaba incluido el cuestionario de disponibilidad y en el que no manifestó su disposición para adoptar un niño de características especiales. La Comisión Regional de Protección del Menor dictó, en fecha 10 de julio de 2003 resolución por la que declaró su idoneidad para la adopción internacional en Bolivia de un menor de cero hasta siete años de edad, elaborándose con posterioridad un perfil de su disponibilidad en base a los datos aportados en el cuestionario de disponibilidad. En dicho perfil no se hace mención alguna a que hubiese optado por un niño de características especiales y simplemente se hace constar su preferencia por un niño de 0 a 7 años de edad.

En esas condiciones, firmó un contrato con la Entidad Colaboradora de Adopción Internacional (ECAI) "AMOFREN", con el fin de contar con su ayuda e intermediación durante el procedimiento de adopción internacional en Bolivia. En diciembre de dos mil tres, por la representación legal de la meritada ECAI, fue presentada en su nombre demanda de adopción de un niño o niña comprendida entre cero a siete años de edad. Demanda que fue admitida a trámite en enero de 2004. Una vez que le fue preasignada una niña, de dos años de edad, viajó a Bolivia para la entrega de la menor y la formalización de la adopción.

En cuanto al estado de salud de la niña, le fueron presentados en Bolivia varios informes médicos que concluían que el diagnóstico que presentaba su hija era reversible, toda vez que era consecuencia de la desnutrición y la falta de afectividad que había sufrido, y que el retraso en su desarrollo era propio de los niños abandonados.

Haciéndole creer que se trataba de una niña completamente normal y que superaría su situación, "con estimulación temprana, con paciencia y sobre todo con mucho amor". Sin embargo, lo cierto es que su hija hoy en día está diagnosticada de retraso mental severo y que, por lo tanto, era imposible que se hubiera producido esa evolución favorable y esa remisión que los médicos le hicieron creer, todo ello con la clara voluntad de evitar que rechazara la adopción.

Así pues, y tras haberse dictado Sentencia, el ocho de noviembre de 2004, por el Juzgado de Partido de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de El Alto la Paz-Bolivia, por la que le fue atribuida la maternidad de su hija, regresó con ella a España, en la creencia (por la confianza puesta tanto en la ECAI, en los médicos bolivianos y en la propia Consejería) de que se trataba de una niña completamente normal que sufría un leve retraso psicomotor en resolución, consecuencia de su estado de abandono.

Fue en España donde se evidenció por la medicina pública el importantísimo retraso psicomotor que su hija presentaba en todas las áreas de desarrollo, con nulo lenguaje comunicativo, ausencia de deambulación, y afectación de la motricidad fina.

Actualmente Y está diagnosticada de retraso mental severo y trastornos del comportamiento, necesitando supervisión constante y ayuda para su desarrollo tanto físico como psíquico.

Es evidente, por lo tanto, que existió una información deficiente en los informes aportados a la fecha de adopción. No existía diagnóstico real del cuadro que sufría la menor e incluso se hizo referencia a la banalidad del mismo y su fácil resolución.

Cuantifica la indemnización en 1.885.700 euros en concepto de indemnización por las lesiones y los daños morales causados.

Aporta con su reclamación diversa documentación médica y relativa al proceso de adopción.

SEGUNDO.- Mediante Acuerdo, de 27 de mayo de 2017, del Secretario General de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y se nombró instructora del expediente.

TERCERO.- Por ésta, el 12 de julio de 2017 se procedió a la apertura del periodo de prueba, declarando pertinentes:

- Expediente administrativo, que será solicitado al Servicio de Protección de Menores de la Dirección General de Familia y Políticas Sociales.

- Documental presentada junto con la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial.

Asimismo, se solicita al Servicio Murciano de Salud (SMS) la historia clínica de la menor, así como informe al Servicio de Protección de Menores de la Dirección General de Familia y Políticas Sociales.

Por otro lado, se rechaza la prueba propuesta por la interesada consistente en "Pericial médica de la menor Y", por entenderla innecesaria de conformidad con el artículo 77 Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que se aporta junto con la solicitud informes médicos del Sistema Nacional de Salud Pública y se incorpora como documental la historia clínica de la misma.

CUARTO.- Con fecha 28 de agosto de 2018 se procede al nombramiento de nuevo instructor del procedimiento, que con fecha 29 de agosto de 2018 solicita del SMS informe valorando la posible indemnización, conforme a las tablas actualizadas de puntuación e indemnizaciones de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Posteriormente, solicita informe pericial sobre dicha indemnización, al carecer la Administración de profesional al efecto.

El citado informe pericial es emitido por el Dr. Z, licenciado en Medicina y Cirugía, Master en Valoración de Incapacidades y del Daño Corporal, con fecha 22 de marzo de 2019, en el que concluye que:

"De los informes médicos aportados por Bolivia no se desprende situación patológica grave alguna, no pudiendo los intervinientes por parte de la consejería dictaminar sobre una situación de la que eran desconocedores por error u omisión de los facultativos y psicólogos bolivianos, siendo por tanto tercero de buena fe de un acto del que en todo caso no son responsables".

QUINTO.- Con fecha 26 de abril de 2019 se acuerda por el instructor la apertura del trámite de audiencia, habiendo formulado alegaciones:

1º.- La Entidad AMOFREM, considerando que contra dicha Entidad no cabe reclamación patrimonial: 1) por no ser Entidad Pública, 2) porque sus actuaciones durante el procedimiento han sido ajustadas a derecho, 3) y porque a su vez dicha reclamación es extemporánea operando la prescripción, al haber transcurrido más de un año desde la finalización de los informes de Seguimiento en el año 2007.

2º.- La reclamante, en el sentido de indicar:

- Que el daño ha consistido en la asignación en adopción de una niña con un retraso mental grave, cuando la suscribiente nunca prestó su conformidad para que el niño a adoptar tuviera características especiales.

- Permitiendo la adopción de la niña Y, con las circunstancias que sufría, y asignándola a una persona que no

reunía los requisitos, ni económicos ni socio económicos y afectivos, la ECAI incumplió lo establecido en la legislación, que le obliga a contar con un equipo multidisciplinar de diferentes profesionales relacionados con las cuestiones relativas a la adopción internacional. Asimismo, la Administración Autonómica actuó negligentemente al aprobar dicha asignación y por lo tanto debe atribuírsele vulneración de los deberes propios de supervisión y seguimiento de la ECAI y de la adopción internacional.

- La ECAI hizo creer a la suscribiente que la menor presentaba una patología propia del desarrollo y la desnutrición, cuando la realidad era diametralmente opuesta, y que Y sufría un trastorno mental grave, que la medicina pública española sí constató. No se hizo un diagnóstico real del cuadro que sufría la menor e incluso, ese organismo, restó importancia a la patología que presentaba llegando incluso a frivolar y banalizar la misma, asegurando que se curaba "con mucho amor".

- Si se le hubiera expuesto a la solicitante, no ya un diagnóstico certero, sino simplemente que los rasgos que presentaba la menor podían ser indicativos de una patología tan grave como la que padecía, yo podría haber decidido libremente si seguía adelante con la adopción.

- En cuanto al Informe médico pericial, de fecha 22 de marzo de 2019, aportado por la Administración, sí que aprecia una disparidad en cuanto al diagnóstico que se hizo de la niña en Bolivia, y la realidad de sus patologías puestas en evidencia en España, señalando la actuación de los servicios médicos de aquel país.

- Que en base a las consideraciones anteriormente expuestas, es incuestionable que se ha producido un daño en la esfera personal y patrimonial de la suscribiente, que ha visto frustradas las esperanzas que tenía de desarrollar una maternidad en términos normales o asumibles en una esfera de seguimiento médico, escolar y social.

SEXTO.- La propuesta de resolución, de 2 de julio de 2019, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciar la prescripción del derecho a reclamar o, subsidiariamente, por entender que no concurren los elementos necesarios para imputar a la Administración el resarcimiento de los daños reclamados, a tenor de los hechos considerados probados en el expediente de responsabilidad patrimonial.

Con fecha 4 de julio de 2019 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 81.2 LPACAP.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La LPACAP, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dichas Leyes entraron en vigor el día 2 de octubre de 2016, por lo que habiéndose iniciado el procedimiento mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2017, le son plenamente aplicables.

II. La reclamante ostenta legitimación activa para reclamar una indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.1 de la LRJSP, en tanto que perjudicada por daño causado supuestamente por la ECAI y la Administración en el proceso de adopción de su hija.

En cuanto a la legitimación pasiva, ésta aparece ligada a la titularidad del servicio autonómico encargado de intervenir en la tramitación de adopciones de ámbito internacional, ya que, como señala la reclamante, *"la Administración Regional tiene por tanto la función de tramitar, supervisar y controlar el proceso de adopción internacional, así como supervisar igualmente a la ECAI que resulte acreditada para ello"*. Si bien dichas entidades carecen de relación jurídica con las Administraciones ante las que desarrollan su actividad de intermediación, con las que no mantienen ningún tipo de vinculación orgánica ni contractual, lo que se imputa a la Administración es un anormal funcionamiento de los servicios públicos de protección de la infancia en el cumplimiento de sus funciones de tramitación de los expedientes de adopción internacional y control sobre las ECAIs; es decir, se está planteando una imputación por existencia de *culpa in vigilando*, por lo que desde este punto de vista la Administración autonómica estaría pasivamente legitimada en el procedimiento que nos ocupa.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien se advierte que se ha superado con creces el plazo de resolución del procedimiento (seis meses) previsto en el artículo 91 LPACAP.

TERCERA.- Plazo para reclamar. Prescripción.

El artículo 67.1 LPACAP establece que *"El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas"*.

En su sentencia de 29 de enero de 2013, que cita otras anteriores, el Tribunal Supremo ha recordado que, conforme a la jurisprudencia de la Sala sobre el cómputo del plazo de prescripción de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, *"ésta no puede ejercitarse sino desde el momento en que resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Esta doctrina tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de la «actio nata» (nacimiento de la acción)"*

para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad".

Pues bien, en virtud del principio de la *actio nata*, debemos determinar cuándo estuvo la interesada en condiciones de poder determinar el alcance del daño que afirma se le había provocado.

Tenemos que comenzar diciendo que en el presente supuesto no se solicita indemnización por las lesiones sufridas como consecuencia del funcionamiento del Servicio Público de Salud, sino que la solicitud de responsabilidad patrimonial tiene su fundamento en el daño moral y patrimonial sufrido por la reclamante en el seno de un procedimiento de adopción internacional, al haberle sido entregada una niña en adopción con un retraso mental severo, cuando ella no había manifestado su intención de adoptar un niño de características especiales. Por tanto, coincidimos con la propuesta de resolución en que, en virtud de la *actio nata*, el inicio del cómputo de la acción para reclamar (*dies a quo*) está en el momento de la determinación de esa secuela (retraso mental severo), con independencia de la evolución posterior de la misma.

En efecto, considera la recurrente que, en cuanto al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, es necesario distinguir entre daños permanentes y daños continuados, aludiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento, por lo que, dado que la enfermedad de su hija ha sufrido evoluciones diversas, de forma que en determinadas etapas de su vida ha desarrollado comportamientos agresivos y alterados y en otros momentos ha presentado comportamientos muy irregulares con periodos de inquietud, que se agudizaron con la pubertad resultando que, incluso a fecha de hoy, todavía no es posible determinar el alcance de sus secuelas, estando todavía sin definirse el origen del cuadro que presenta, la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada sería temporánea.

Sin embargo, coincidimos con la propuesta de resolución en que en el presente supuesto es claro que, aunque no es posible una curación de su hija propiamente dicha, el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la *actio nata*, desde la determinación del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable. No estamos ante un supuesto de daño continuado, dado que es posible prever la posible evolución de las secuelas, sin que se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas.

Al estar ligado el daño reclamado al diagnóstico de retraso mental severo, debemos fijar como *dies a quo* (en beneficio de la reclamante) el informe del Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de fecha 31 de julio de 2009 (documento nº 23 aportado con su reclamación, confirmado en posteriores informes), en el que por primera vez se diagnostica de forma inequívoca dicho retraso mental severo, si bien ya en los "Informes Evolutivos", elaborados en los años 2005 y 2006 por la Concejalía de Servicios Sociales de Yecla, se diagnosticaba a la menor con un "Retraso Psicomotor de carácter medio" y en el correspondiente al año 2008 con un "*retraso muy significativo en todas las áreas de desarrollo estudiadas*", por lo que la reclamación presentada el 4 de mayo de 2017 ha de considerarse extemporánea, dado que desde el 31 de julio de 2009 la reclamante tuvo cabal conocimiento del daño sufrido, así como de su carácter definitivo e irreparable. Todos los seguimientos médicos de fechas posteriores insisten ya en ese diagnóstico.

Como nos dice la Sentencia nº 683/2010, de 22 de junio, (Recurso nº 104/2008), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en un asunto muy similar al que nos ocupa:

"Esta Sala admite la excepción de prescripción invocada por la Comunidad de Madrid. El plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, debe iniciar su cómputo cuando cesan los efectos del acto lesivo por ser éste momento cuando se conocen las consecuencias y el alcance del acto lesivo como es, en este caso, el 15 de diciembre de 2003, fecha en que se conoce definitivamente el alcance de las secuelas que padece la niña, pues aunque las mismas se mantengan en el tiempo la gravedad de dicha situación puede entenderse que ya está fijada definitivamente en dicha fecha, de tal modo que en el momento en que los recurrentes presentan la oportuna reclamación ante la Administración mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2005 solicitando indemnización de daños y perjuicios ya se ha superado en exceso el plazo de un año previsto para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial.

Como refiere el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 30 de junio de 2009, en la que se remite a lo ya recogido en la sentencia de 25 de junio de 2002, «el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto» (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos «aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas» (Sentencia de 23 de julio de 1997).

Junto a ello y como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 2004, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados, entre otras, las siguientes sentencias de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio del 2002 y 10 de octubre del 2002, según la cual, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados "son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, "el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos", o como señala la sentencia de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el «dies a quo» será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero de 1994, 26 de mayo de 1994 y 5 de octubre de 2000)".

En este caso, las lesiones objetivadas de la menor están ya fijadas definitivamente aunque tienen un carácter permanente en el tiempo. Estamos por lo tanto ante un daño permanente cuyos efectos se conocen desde el momento en que se establecen los resultados negativos de la minusvalía que se padece, descartando tratamientos o intervenciones curativos, a salvo el seguimiento propio de tal padecimiento de carácter permanente, como efectos propios de la lesión establecida y no de nuevos padecimientos o agravaciones pues el seguimiento de una lesión de carácter permanente, mediante los correspondientes controles, no alteran el momento de determinación de tales lesiones y secuelas, y no puede entenderse ilimitadamente abierto el plazo de reclamación a resultas de las sucesivas visitas de control que no responden a la agravación o aparición de padecimientos distintos de los previstos al establecer el alcance de los mismos y sus secuelas. En otro caso se dejaría al arbitrio del interesado el establecimiento del plazo de reclamación, lo que no responde a las previsiones del legislador al sujetar el ejercicio de la acción a esa exigencia temporal".

Por lo expuesto, este Consejo Jurídico considera que la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada por la

reclamante es claramente extemporánea, por lo que la reclamación debe desestimarse por este motivo.

La apreciación de este motivo haría innecesario entrar a conocer sobre el fondo del asunto, si bien, dado lo particular del caso y que así lo hace también la propuesta de resolución, pasaremos a analizar si concurren o no los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. Falta de concurrencia.

I. El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 32 LRJSP, que configura una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, en su Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que aquélla se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 32 y ss. LRJSP, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Por otro lado, cabe también indicar que en el sistema de responsabilidad patrimonial vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico rige el principio de alcance general, en virtud del cual se comprenden todo tipo de actuaciones extracontractuales de las Administraciones Públicas, ya sean actuaciones normativas o materiales o, incluso, aunque se trate de una inactividad de la Administración, ya sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la misma. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el

funcionamiento anormal de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos que en su ejecución generan la existencia de un daño a terceros, sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, por mucho que los mismos no sean dolosos y siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado (por todas, la Sentencia de ese Alto Tribunal, Sala Tercera, de 27 de marzo de 1998).

II. La relación de causalidad.

Como dijimos a la hora de analizar la legitimación pasiva de la Administración en el presente caso, lo que se imputa por la reclamante a la Administración es una responsabilidad por culpa *in vigilando* en el ejercicio de sus funciones de control sobre la ECAI actuante o de participación en la tramitación del expediente de adopción internacional, por lo que el análisis de la cuestión debe partir del conocimiento de las funciones que normativamente tiene atribuidas la Consejería actuante en relación con el proceso adoptivo objeto de reclamación.

Para ello, es preciso tener en cuenta el contenido de lo establecido en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, especialmente su artículo 5 (regulándose, con similar contenido, en el momento de la adopción que nos ocupa por el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el artículo 17 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, y los artículos 18 a 21 del Decreto 46/2006, de 28 de abril, por el que se regula la Acreditación y Funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional y las Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar.

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 54/2007, corresponde a las Entidades Públicas, en lo que aquí interesa:

"(...)

e) Recibir la asignación del menor de las autoridades competentes del país de origen en la que figure información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen.

f) Dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del menor asignado por el organismo competente del país de origen con las que figuren en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad".

Como se indica en la propuesta de resolución, y se desprende del expediente administrativo, en octubre de 2004 se recibe el expediente de la menor. En dicho expediente consta informe médico, de 22 de septiembre de 2004, firmado por Médico Pediatra del "Hogar Virgen de la Esperanza" (en el que se encontraba interna la niña adoptada), con el siguiente juicio diagnóstico: retraso psicomotor leve en resolución; desnutrición leve en resolución. Se acompaña informe de electroencefalografía en el que se concluye que el EEG se encuentra dentro

de los límites normales.

Igualmente consta en el expediente, aportado por la propia reclamante, "Certificado Médico" firmado por una Médica Pediatra del Hogar "Virgen de la Esperanza", de 6 de abril de 2004, con el siguiente juicio diagnóstico: desnutrición de III grado en recuperación; desarrollo psicomotor retrasado.

Tras la comprobación de que, de acuerdo con los informes médicos de origen (pues se trata de un retraso y desnutrición leve y en resolución), el caso se encuentra dentro de la demanda y disponibilidad de la solicitante, se realiza documento de Conformidad de la Entidad Pública a la asignación, sin que por parte de la solicitante ni por la Entidad AMOFREM se realizase petición de ampliación de información de los informes aportados en origen durante el tiempo de estancia de la solicitante en Bolivia ni posteriormente, existiendo suficientes indicios de veracidad en los documentos médicos que figuran en el expediente.

Ninguna recriminación cabe formular al servicio público interviniente en el proceso preadoptivo, quien efectivamente pudo comprobar la recepción de la historia médica de la menor propuesta en adopción, sin concurrencia visible de deficiencias de salud o necesidades particulares en la niña; de tal suerte que, con base en la documentación sometida a su supervisión, resultaba advertible la conformidad existente entre las características conocidas de la menor y los criterios condicionantes de la previa declaración de idoneidad.

En consecuencia, no cabe atribuir a la Administración actuante irregularidad alguna en la expresión de su voluntad, en este caso esencialmente validatoria de la aceptación otorgada por la adoptante, cuando ésta ha podido tener como base documentos aportados por terceros con información eventualmente incompleta, errónea o deliberadamente falseada. No puede integrarse dentro del estándar de funcionamiento del servicio de protección de menores aquí implicado la exigencia de una actividad indagatoria sobre la autenticidad de la documentación recibida que incluya un deber de comprobación en cuanto a la certeza de los documentos del país de origen, pues ello excedería, más que razonablemente, de lo que puede ser esperado de la Administración.

En definitiva, se puede considerar que se actuó dentro del estándar medio admisible de funcionamiento y que, consecuentemente, se ha mantenido la actuación de la Administración dentro de los parámetros normales, lo que no otorgaría el derecho a la indemnización por el sufrimiento de un perjuicio causado por ésta.

En virtud de todo lo anterior cabe considerar que la presencia y posterior detección del lamentable problema de salud que portaba la hija adoptiva de la reclamante, es una circunstancia que puede llegar a incardinarse dentro de los riesgos que para los adoptantes conlleva cualquier procedimiento de adopción respecto a la futura salud de los hijos, no muy alejados de los que son propios en una descendencia natural.

Así se desprende también del Informe médico pericial, de fecha 22 de marzo de 2019, el cual señala a los Servicios Médicos de Bolivia como responsables del error de diagnóstico.

En cuanto a la Entidad Colaboradora AMOFREM, la reclamante le imputa que *"facilitó a la suscribiente una información deficiente, con informes insuficientes, llegando a banalizar el cuadro médico que sufría mi hija, afirmando que el mismo se curaba con "paciencia y amor", impidiéndome que pudiera tomar la decisión de*

rechazar la adopción, que claramente era especial, al hacerme creer que no lo era".

De conformidad con el artículo 19 del Decreto 46/2006, corresponde a la Entidad Colaboradora, en cuanto a las actuaciones con el país de origen:

"d) Recibir del organismo oficial del país de origen del menor, a través de su representante, el documento de preasignación del menor, que deberá recoger expresamente su identidad, situación de adoptabilidad, medio social, evolución personal y familiar, historia médica y necesidades particulares.

e) Informar al órgano directivo competente en materia de protección de menores de la preasignación del menor a fin de que otorgue su aprobación o no en función de las características del menor y de los solicitantes, en base al perfil descrito en el informe psicosocial, decisión que determinará la continuación del procedimiento.

f) Informar a los interesados de la preasignación, una vez aprobada por el órgano directivo competente en materia de protección de menores, facilitándoles todos los datos disponibles sobre el menor, especialmente los relativos a su estado de salud, tanto físico como psíquico, y pedirles que se pronuncien sobre la aceptación o no del menor para su adopción".

Como vemos, la ECAI solo cumple funciones de intermediación, recabando la documentación (incluida la médica) del país de origen, y trasladándola a la Administración y al solicitante para recabar sus respectivos consentimientos, por lo que si la solicitante consideraba que la información médica era insuficiente y deficiente, debió hacerlo saber y negar su consentimiento a la adopción.

En cuanto a las funciones de supervisión de la Administración sobre las ECAI, se limitan a (artículo 23 del citado Decreto 46/2006):

"Las entidades colaboradoras estarán bajo la supervisión y coordinación de la correspondiente unidad administrativa del órgano directivo competente en materia de protección de menores. A fin de asegurar esta supervisión y coordinación, las ECAI tendrán las siguientes obligaciones:

a) Tener un Director o Coordinador Técnico que asumirá las funciones de dirección y coordinación del equipo técnico radicado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

b) Participar en las reuniones técnicas a las que sean convocadas y observar las directrices que transmita el órgano directivo competente en materia de protección de menores.

c) Poner a disposición del órgano directivo competente en materia de acreditación, cuando lo requiera, todos los documentos relacionados con la actividad para la cual ha sido acreditada.

d) Mantener un único archivo de expedientes".

De estas funciones de supervisión de la Administración sobre las ECAIs no se desprende que en el presente caso haya habido cualquier incumplimiento del Servicio de Protección de Menores sobre la ECAI AMOFREM.

Como se indica en la Sentencia nº 125/2018, de 30 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos (Rec. 56/2017) *"coincidimos con la resolución impugnada en considerar que atendida la relación fáctica descrita, no cabe apreciar incumplimiento alguno de las obligaciones de información y control que legalmente corresponden a la Administración Autonómica en el proceso de adopción ni, en consecuencia una relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, por lo que desde esta perspectiva la reclamación formulada no puede prosperar, pues recordemos que el "Visto Bueno" dado por la Gerencia de Servicios Sociales a la asignación se acordó con base en unos informes sanitarios de ese país, que la Administración demandada no podía comprobar, y de los que ya advirtió a los adoptantes que no eran exhaustivos, por lo que desde esta perspectiva no puede sostenerse que se les haya generado una confianza legítima en la ausencia de patologías graves no manifestadas exteriormente, ni que por ende se haya infringido el principio de buena fe que ha de presidir la actuación de las partes.*

(...)

En último término, por lo que se refiere a la patología sufrida por la menor, no apreciada por los servicios médicos vietnamitas y que fue detectada posteriormente en España, una vez que le hicieron las oportunas pruebas médicas, consistente en Síndrome de Dandy Walker, Síndrome de West, retraso psicomotor severo y epilepsia, no podemos obviar que la información médica transmitida por el organismo competente de Vietnam no reflejaba ningún indicio o patología que pudiera hacer pensar en el padecimiento de tan graves enfermedades...

En consonancia con lo hasta ahora expuesto, coincidimos con la resolución impugnada, en considerar que no hubo incumplimiento de las obligaciones de información y control que legalmente corresponden a la Entidad Pública en el proceso de adopción internacional, por lo que no concurren los requisitos precisos para la prosperabilidad de la acción ejercitada, en los términos en que se ha planteado en la demanda, por lo que procedente será desestimar el recurso interpuesto,... pues la no apreciación de la concurrencia de los requisitos exigidos impide la estimación de las pretensiones actoras, pues en definitiva nos encontramos ante riesgos normales que conlleva toda adopción y cuyas consecuencias tienen el deber jurídico de soportar quienes deciden acudir a ella voluntariamente, sin que quepa a imputar responsabilidad alguna a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, ni a la ECAI Niños Sin Fronteras, pues su actuación se ha ajustado a lo que legalmente les era exigible en los términos precedentemente expuestos, procediendo por ello la desestimación íntegra del recurso interpuesto".

Por lo expuesto, la reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser desestimada por falta de relación de causalidad entre el daño invocado y el funcionamiento del Servicio Público de Protección de Menores.

III. El daño antijurídico.

Como se indica en la propuesta de resolución *"En el presente caso, tal y como se informó durante las entrevistas preparatorias, la presencia y posterior detección del lamentable problema de salud que portaba la hija adoptiva de la reclamante, es una circunstancia que puede llegar a incardinarse dentro de los riesgos que para los adoptantes conlleva cualquier procedimiento de adopción respecto a la futura salud de los hijos, no muy alejados de los que son propios en una descendencia natural. Por lo tanto, puede considerarse que la reclamante estaba obligada a soportar el daño al colocarse voluntariamente en una situación de riesgo (STS Sala 3ª de 31 enero de 2003, STS Sala 3ª de 18 octubre de 1999).*

Por otro lado, y como ha quedado acreditado mediante el informe médico emitido el 23 de febrero de 2018, se trata de daños que no se pudieron prever según el estado de conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de la adopción (STS 24 de enero de 2006). Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20 marzo de 2013, establece que no debe olvidarse que el deber de los profesionales de la sanidad se circunscribe al empleo de los medios técnicos o científicos que tiendan a tratar una dolencia y nunca a la obtención de un resultado inequívoco, pues la naturaleza no es siempre previsible y la propia de cada paciente, como ocurre en este caso, que puede determinar deficiencias en el diagnóstico que no es posible, aunque se actúe conforme a la Lex artis, evitar, paliar o predecir. En idéntico sentido se manifiesta el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en su Dictamen 154/2018.

Argumentación semejante se vierte por parte de AMOFREM cuando, en su alegación octava, establece "conviene señalar la doctrina jurisprudencial en el caso de determinar si la actuación médica fue correcta o no en un primer diagnóstico, opina que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar en todo caso, la sanidad o la salud del paciente durante toda su vida, "de manera que si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los médicos disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico".

A la vista de lo expuesto, y de que tampoco se ha probado por la reclamante que los informes médicos del país de origen hayan incumplido la denominada *lex artis*, se puede concluir que el daño sufrido por la reclamante no reviste la condición de antijurídico.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al apreciar la prescripción del derecho a reclamar y no haberse acreditado la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, y, en concreto, la existencia de relación de causalidad y daño antijurídico.

No obstante, V.E. resolverá.