



Roj: **STSJ CLM 515/2015 - ECLI:ES:TSJCLM:2015:515**

Id Cendoj: **02003330012015100124**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2015**

Nº de Recurso: **82/2012**

Nº de Resolución: **94/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL JOSE DOMINGO ZABALLOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

ALBACETE

SENTENCIA: 00094/2015

Recurso Contencioso-Administrativo nº 82/2012

TOLEDO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Primera.

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Borrego López.

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Mariano Montero Martínez.

Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

Ilma. Sra. D^a. M^a Belén Castelló Checa.

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez González

SENTENCIA Nº 94

En Albacete, a 9 de febrero de 2015.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, bajo el número 82/2012 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia de D. Andrés y D^a Consuelo, representado por el Procurador Sr. Legorburo Martínez-Moratalla, contra la CONSEJERÍA DE SANIDAD de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, representado y dirigido por el Letrado de la Junta, contra ZURICH INSURANCE PLC, representado por el Procurador Sr. Ortega Culebras y contra la ASOCIACIÓN PARA EL CIUDADO DE LA INFANCIA representado por la Procuradora Sra. Alfaro Ponce, en materia de responsabilidad patrimonial. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 21 de febrero de 2012, recurso contencioso- administrativo contra la resolución que se reseña en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando sentencia de conformidad con lo interesado en el suplico de dicho escrito procesal.



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

Tercero.- Fijada la cuantía del recurso en 1.311.948,73 y acordado el recibimiento del pleito a prueba, se practicaron las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, y se señaló día y hora para votación y fallo, el 29 de enero de 2015, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- Tiene por objeto el recurso presentado en fecha 21-2-2012 la desestimación de reclamación de 4-6-2011, suscrita por D. Andrés y D^a Consuelo, interesando indemnización de 1.301.831,03 con causa en responsabilidad patrimonial de la JCCLM por la conducta relativa a la adopción de una menor de Vietnam a la que le fue diagnosticado en España Síndrome de Down. Tal desestimación se entendió producida primeramente por acto presunto, si bien por resolución de 12 de junio de 2012 del Secretario General de la Consejería (por delegación de su Titular), se dio respuesta expresa a la reclamación en sentido desestimatorio. Instada la ampliación del recurso a la resolución expresa, resolvió la Sala por providencia de 17 de julio de 2012 teniendo por ampliado el recurso.

Pretende la actora -padres de la niña adoptada, Marina-, se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1^a Revoque la resolución desestimatoria de la reclamación patrimonial. 2^o Declare la responsabilidad patrimonial de la Consejería por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las irregularidades cometidas en la adopción. 3^o Condene a la Administración solidariamente con la Asociación para el cuidado de la infancia y con la compañía Zurich al pago a los actores de 1.311.948,73, resultado de sumar al importe de los diferentes gastos y perjuicios valorados por el actuario (1.301.831,03), el de los gastos derivados y abonados por los reclamantes. 4^o Subsidiariamente, condene a la Administración y a la Asociación para el Cuidado de la Infancia en la proporción en la que considere responsable (la Sala), a cada una de la antedicha suma, estableciendo en este caso la responsabilidad civil directa de la aseguradora ZURICH ESPAÑA, S.A.

Se han opuesto a las pretensiones de contrario la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que interesa la desestimación del recurso. En el mismo sentido las contestaciones a la demanda por parte de ZURICH INSURANCE PLC, Sucursal en España y de la Asociación para el Cuidado de la Infancia, partes codemandadas.

Segundo.- La resolución expresa impugnada desestima la reclamación -como se extrae de sus fundamentos de Derecho y se lleva a la parte decisoria, "por no existir nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño producido en los términos expuestos". Y a tal resultado se llega de acuerdo con el dictamen del Consejo Consultivo y tras detenerse en los requisitos que, conforme a la norma (Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), y a la jurisprudencia, se precisan concurrentes para entender producido la responsabilidad patrimonial de la Administración, con el consiguiente derecho del reclamante a obtener la indemnización correspondiente.

Es de significar primeramente que en la resolución sometida a enjuiciamiento se reconoce expresamente que "un estudio de los hechos vertidos en el expediente demuestra que los interesados, en efecto, han sufrido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, concretado en el daño moral sufrido por la pérdida de la posibilidad de adoptar, valorado según los reclamantes en 1.311.948,73". (Fundamento Jurídico tercero, apartado 1). También se niega expresamente que hubiese acaecido fuerza mayor como circunstancia excluyente de la indemnización. No queda claro, sin embargo por el tenor del acto administrativo si la Administración califica de antijurídico el daño irrogado a los padres adoptantes, partiendo de que, en sus palabras, "no prestaron su consentimiento a la adopción de un menor de características especiales, en un primer análisis parece que tal circunstancia no podría ser exigible si bien la corriente jurisprudencial [(...)] puede sugerir lo contrario".

La extensa resolución administrativa, siguiendo el parecer del dictamen del Consejo Consultivo Autonómico, se manifiesta teniendo como ratio decidendi en la desestimación de la reclamación el no haber probado los padres de la niña adoptada con síndrome de Down que el daño producido sea causa o tenga relación directa con la actuación de la Administración, que "no tiene conexión causal con el funcionamiento del Servicio público y, en su caso, el carácter antijurídico del daño alegado, no estando, por tanto, obligada la Administración a indemnizar por el concepto de responsabilidad patrimonial". Nótese que el carácter antijurídico del daño no llega a quedar afirmado en la resolución administrativa sujeta a enjuiciamiento.

Tercero.- A la vista de la demanda y del escrito de conclusiones presentados por la representación de los actores, los motivos impugnatorios que desvelan lo justo de su pretensión pueden sintetizarse: primeramente, en que no se niega la existencia del daño ni por la Administración (tanto en sede administrativa como en



su intervención procesal), ni por los codemandados. Únicamente alega la Letrada de la JCCLM discrepar de la valoración (del daño), realizada de contrario, sin más particularizar, como tampoco aparece en los escritos procesales de la codemandada "ASOCIACIÓN PARA EL CUIDADO DE LA INFANCIA", sí lo ha hecho la Aseguradora, que tampoco niega el daño pero lo reduce, habiéndolo calculado -en los términos que se verán- como máximo en 586.000.

Considera la parte actora acreditados los demás requisitos que acarrear la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por consiguiente, el deber de la misma al abono de la indemnización reclamada; singularmente se afirma la existencia de nexo de causalidad entre la actuación de la Administración, dado que la entidad colaboradora de Adopción internacional -aquí la codemandada- es la única a la que se podría acudir para la adopción de un menor en Vietnam, está acreditada por la Consejería y debe ser "contratada" por las personas pretendidamente adoptantes (Art. 7 de la Ley 54/2007 , artículo 6 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo , del Menor, y artículo 31 del Decreto 45/2005 que regula la adopción de menores en Castilla-La Mancha).

En fin, las alegaciones sobre la antijuricidad del daño versan insistiendo en el hecho, admitido por la Administración, de que la solicitud de adopción lo fue respecto a un niño sin características especiales, y para esa adopción fueron evaluados los potenciales padres adoptivos por parte de la Administración.

Cuarto.- Como hemos anotado, admite la Administración autonómica la concurrencia en el caso de los requisitos establecidos (en nuestro ordenamiento jurídico-positivo y jurisprudencia aplicativa), que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, a salvo de uno claramente -nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido- y con dudas sobre otro, la antijuricidad del daño. Hemos de detenernos sobre ello para resolver en consecuencia.

A juicio de la Sala y a la vista de las actuaciones, en particular el expediente administrativo que documenta los términos de la solicitud de adopción (presentado por los demandante el 11 de abril de 2007), y la respuesta de la Administración (hojas 52 a 65 del expediente), el daño sufrido por los padres adoptivos es antijurídico.

La solicitud de adopción internacional a la Dirección General de la Familia de la Consejería de Bienestar Social no se hace a ciegas porque recoge una serie de circunstancias, como la nacionalidad del menor pretendido en adopción (en este caso vietnamita), la preferencia sobre su edad (se indicó de 0-1 año), la disponibilidad para adoptar dos hermanos (se respondió afirmativamente); en este punto fue inequívoca la voluntad de los solicitantes, en el sentido de no ofrecerse como adoptantes de niño "con características especiales". Si la niña de paternidad obtenida por adopción con la intervención ineludible de la Administración regional conforme a la normativa de aplicación - artículo 61 de la Ley Castellano-manchega 3/1999, de 31 de marzo , del Menor con su desarrollo reglamentario, Decreto 45/2005, artículos 31 y 32 - tiene "característica especial" tan significativa como lo es, obviamente, padecer síndrome de Down, el resultado dañoso no se produce ante un "riesgo normal" asumido por los hoy padres adoptivos, daño que no tenían jurídicamente el deber de soportar y, por consiguiente, indemnizable, artículo 141.1 de la LRJAP y PAC; naturalmente en el supuesto de que concurren los demás elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial extracontractual.

No es antijurídico el daño cuando el deber de soportarlo dimana precisamente de la Ley (Art. 139.3), pero ninguna norma obligaba a los padres a soportar el daño consustancial a la adopción de un menor con síndrome de Down, precisamente porque habían manifestado su voluntad de no acoger en adopción a niño "características especiales". Las partes demandadas han vuelto sobre lo que aparece en la resolución expresa impugnada, con cita de dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y una del TSJ del País Vasco (respectivamente fechadas el 3 de marzo de 2004, el 25 de junio de 2007 y el 29 de enero de 2009), sobre "los riesgos normales y lógicos de toda adopción y cuyas consecuencias tiene el deber jurídico de soportar quienes deciden acudir a ella...". Aparte de que, obviamente, no quedemos vinculados por el criterio plasmado en sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia, han hecho ver los actores en sus conclusiones que los casos enjuiciados en tales sentencias no partían de los mismos presupuestos fácticos; alegato convincente por la circunstancia que hemos puesto de relieve sobre los términos de la solicitud presentada por quienes devinieron padres adoptivos, aspecto éste de todo punto determinante. Si bien con otras palabras, se expresa la demanda haciendo hincapié en la constante intervención de la Administración (evaluación de la idoneidad de la familia y preasignación y asignación del menor...), y, en otras palabras se está apelando a la confianza legítima de los interesados en una determinada conducta de la Administración tutelante de todo el procedimiento (recordemos lo prescrito por el artículo 3.1 LRJAP -PAC sobre Protección de la Confianza Legítima) que habría de conducir a la asignación de un menor que no tuviera característica tan especial como la tantas veces indicada. Repárese en que función principal -siempre desde la perspectiva de la protección de los derechos del niño- de la Administración es la evaluación la idoneidad de los eventuales padres para la adopción; ello así, lógicamente, en función de lo solicitado. Porque no se discutirá que la evaluación de los solicitantes realizada en nuestro caso por la Dirección General de la Familia se sujetó a las características del menor pretendido en



adopción y fácilmente podría haber sido otra de haber indicado la indiferencia (o preferencia), para adoptar niño "con características especiales".

Como ha insistido el Tribunal Supremo: no es el aspecto subjetivo de una actuación antijurídica de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que los administrados no están obligados a soportarlo, STS de 12 de julio de 2005 (RJ 2005,5337, ponente Lecumberri Martí).

Quinto.- Afirma al resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad que el daño sufrido por los interesados no tiene conexión causal con el funcionamiento del servicio público; calificación que combaten los actores apelando a las competencias de la Administración a través de actos propios en su misión "in vigilando" sobre el proceder de la Entidad Colaboradora de Adopción Internacional, en nuestro caso, la codemandada Asociación para la defensa de la Infancia, ligada a los actores por un contrato privado (a las hojas 66 a 80 del expte.).

Veamos. Obra acreditado en las actuaciones (expediente administrativo y ramo de prueba de la codemandada, Asociación para el cuidado de la Infancia), que, como consecuencia de la denuncia de los padres presentada el 21-9-2010 ante la Dirección General de la Familia, una vez diagnosticado el síndrome de Down de su hija, fue incoado expediente sancionador a la entidad colaborada por presunta infracción de la normativa sobre acreditación, funcionamiento y control de las entidades colaboradoras de adopción internacional y, tramitado que fue el procedimiento, en fecha 20-5-2011 se impuso a la entidad sanción de 15.025,30 como responsable de infracción tipificada en el artículo 15e) de la Ley 3/1994, de 3 de noviembre de Protección de los Usuarios de Entidades Centros y Servicios Sociales en Castilla-La Mancha en relación con los artículos 19e) y 19 f) del Decreto 44/2004, de 19 de abril, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional. Interpuesto recurso de alzada, fue desestimado por resolución del Consejero de 24 de octubre de 2011; presentado recurso Contencioso-Administrativo, la Sentencia 296/2012, de 24 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete (firme), declara la nulidad del acto administrativo sancionador y tal pronunciamiento basado en no constar desvirtuada la presunción de inocencia de la entidad sancionadora. No sólo es elocuente sino muy útil para este litigio lo que expresa en su fundamento jurídico cuarto, que transcribimos: "**CUARTO.-** Pues bien, descendiendo al caso que nos ocupa y aplicando la jurisprudencia expuesta, el presente recurso contencioso-administrativo debe ser estimado. En este sentido no podemos perder de vista lo que realmente se imputa a la recurrente que no es otra cosa que haber realizado una traducción incorrecta del informe médico de la menor que les fue remitido por el Ministerio de Justicia de Vietnam, imputándole omisiones en la traducción que la Administración demandada califica de "esenciales". Sin embargo, si bien es cierto que la propia recurrente reconoce omisiones en la traducción del informe médico de la menor que les fue remitido por las autoridades de Vietnam, no es menos cierto, tal y como alega la parte recurrente, que aún cuando se hubiera realizado una traducción fiel y sin omisiones del informe médico original no se hubiera podido detectar el síndrome de down que aquejaba a la menor. A este respecto de la documental que obra en el Expediente Administrativo podemos comprobar que la única omisión que existe en la traducción del informe médico de la menor que fue remitido por las autoridades vietnamitas es la relativa a una "Cardioptosis. Existencia de agujero de Botal 2,4 cm", que según manifiesta el perito de la parte actora en el acto del juicio, el Dr. Mauricio no puede considerarse una "anomalía" sino una alteración fetal normal que comunica 2 cavidades del corazón, añadiendo que "hay personas a las que se les cierra, pero hay otras que la pueden tener toda su vida. Se considera una malformación menor que no compromete funcionalmente la vida" y aclarando con respecto a la menor en concreto que "el informe médico se hizo durante el primer año de vida de la menor. El agujero de botal no es indicativo para tener síndrome de down. No es diagnóstico de nada". Finalmente, a preguntas de la Letrada de la Administración demandada el perito concluye de forma tajante que "con el primer informe ese imposible detectar que la menor tenía síndrome de down". Declaración que se corrobora con el hecho de que aún cuando se hubiera traducido fielmente el informe médico original en nada hubiera variado las conclusiones finales del citado informe que se contienen en el apartado IV del mismo y que declara que:

"1.- Practicados los exámenes médicos, clínicos y paraclínicos arriba indicados, el médico abajo firmante concluye que el estado de salud del paciente es el siguiente: buen estado de salud. Desarrollo normal.

2.- Clasificación de la salud: buen estado.

3.- Estado de salud actual: buen estado.

4.- Fecha del examen médico: 15 de diciembre de 2009".

Es decir que el informe médico original no sólo no refiere algún síntoma que pueda presagiar que la menor padece síndrome de down, sino todo lo contrario, por cuanto al final concluye que la menor presenta un buen estado de salud y un desarrollo normal. Pero es más no sólo el informe médico original no indicaba nada que



podiera indicar que la menor padecía síndrome de down, sino que tampoco fue detectado por el médico del Hospital francés de Hanoi que examina a la menor a instancia de sus padres adoptantes y que concluye en el diagnóstico que "crecimiento estatura-ponderal N, alerta psicomotriz: debe hacerse un seguimiento de la hipotonía adoptada" (Folio 115 del Expediente Administrativo). Es decir, tampoco un segundo informe médico realizado a instancia de los padres adoptantes pudo detectar algún indicio de que la menor tuviera síndrome de down. A este respecto, el perito de la parte actora ofrece una posible explicación en el apartado IV de su informe señalando lo siguiente:

"El diagnóstico de Síndrome de Down de la niña Hortensia pasó desapercibido para algunos profesionales en Vietnam y también para los profesionales del Hospital Francés de Hanoi.

Esta situación puede haber acontecido debido a varios factores, pero el hecho de que la niña sea de origen asiático ha contribuido probablemente a aumentar las variables de confusión.

La niña no presentaba cardiopatía congénita (la persistencia del agujero de Botal no puede considerarse como tal), ni presentaba otros hallazgos clínicos excepto la ligera hipotonía. Los hallazgos faciales no están descritos en los reportes de los hospitales, ni en ninguno de los informes recibidos. Este hecho es probable que haya ocurrido debido al origen vietnamita de la niña. No presentaba según consta en los informes, pliegues palmares únicos uni o bilaterales, miembros cortos, abdomen globuloso, braquicefalia, occipucio plano, cuello nacho, mamilas separadas, piel seca y/o gruesa, manos cortas, implantación baja del cabello en la región posterior, ano anterior, cardiopatía congénita, ni ninguna alteración gastrointestinal aparente, tales como enfermedad de Hirschsprung, páncreas anular, enfermedad celíaca, etc. Como ninguno de estos hallazgos estaba presente, y debido a que no hay datos concretos del fenotipo facial, es muy difícil llegar a una conclusión mayor. Por otra parte, debido a que la niña ya tenía más de un año cuando fue evaluada en el Hospital de Hanoi y por los otros profesionales en el extranjero, es llamativo que ninguno de los profesionales reparase en que la hipotonía que presentaba pudiera deberse a que se tratase de una niña con Síndrome de Down.

Y concluye el citado informe:

"1.- Los datos e informes disponibles de los hospitales de Vietnam no permiten avanzar más en las conclusiones ya que no aparecen datos fenotípicos, en sus descripciones, que sean típicos de Síndrome de Down.

2.- En cualquier caso esos informes no permiten sospechar la existencia de un Síndrome de Down.

3.- Por la fecha en que se evaluó a la niña, y se le realizó el cariotipo, poco después de llegar de Vietnam, es probable que alguno de los médicos del exterior debería haber pensado en el diagnóstico de Síndrome de Down en este caso."

Así pues, y de un examen pormenorizado de la prueba practicada esta juzgadora debe concluir que por la Administración demandada no se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia que asiste a la recurrente. No podemos obviar que la que se ventila en este pleito "thema decidendi" se circunscribe a determinar si existe un nexo causal entre la traducción del informe médico original de la menor y la omisión que padece el mismo relativa a la existencia de un agujero botal y el haber podido diagnosticar de acuerdo con los informes médicos recibidos que la menor padecía síndrome de down. Pues bien, nada de ello se ha acreditado a lo largo del Expediente Administrativo. La Administración demandada insiste en culpabilizar a la recurrente de no haber utilizado la diligencia necesaria en la traducción de los informes médicos, pero es que si analizamos el informe médico original y el traducido podemos comprobar, como alega la parte actora, que la única omisión que se produce en la traducción es la relativa a la existencia de un "agujero botal" que como ha explicado el perito de la parte actora no es diagnóstico de nada, y la relativa a que "tono muscular de la menor no es acorde con el desarrollo", lo que tampoco es diagnóstico de nada, ya que como ha manifestado el perito en el acto del juicio "existen múltiples enfermedades que pueden provocar dicha patología: la destrucción, falta de movilidad, etc.". Prueba de que no ha existido negligencia por parte de la recurrente lo es el hecho de que los padres adoptantes al llegar al país de origen de la menor y observar determinados síntomas en la misma, como es que no gatea, la llevan para su evaluación y examen al Hospital francés de Hanoi, que tampoco diagnostican ni indican ningún síntoma que induzca a pensar que la menor tiene síndrome de down. En suma, se pretende por la Administración demandada culpabilizar a la recurrente de un hecho que pasó inadvertido a los médicos que examinaron a la menor, no pudiendo exigir a la recurrente una conducta que vaya más allá de lo que los informes médicos concluyen sobre el estado de salud de la menor. Es cierto que se produjeron omisiones en la traducción del informe médico original, pero ello no es suficiente para sustentar la culpabilidad de la recurrente, por cuanto, tal y como ha declarado el perito de la parte actora en el acto del juicio siendo claro y contundente en su respecta "con el primer informe es imposible detectar que la menor tenía síndrome de down". En este sentido también es importante detenernos en el contenido del contrato firmado entre los padres adoptantes y la entidad recurrente (Folios 15 a 20 del Expediente Administrativo), en el que se establece en la Cláusula Adicional Primera, punto 6º que: "Que ACI no puede garantizar el perfecto estado del menor asignado



y la completa fiabilidad de los informes médicos que sobre éste facilite el DAI y/o las instituciones donde los menores residan". [...]

Sexto .- Con los elementos probatorios traídos a esta causa, la Sala participa del mismo juicio valorativo plasmado en el fundamento jurídico cuarto de la repetida Sentencia 296/2012 del JCA nº 1 de Albacete.

Frente a la tesis de los actores, no se acredita culpa o negligencia grave en el actuar de la Asociación Colaboradora de la Administración, pues ninguna de las pruebas practicadas, incluyendo la testifical del médico de familia de Chinchila (en funciones temporalmente de pediatra), D. Estanislao , cuyo consejo de realizar pruebas sobre síndrome de Down fue seguido, ni la percepción que pudiera haber tenido la voluntaria australiana, de nombre Raquel , en el orfanato donde se encontraba la niña de nombre Hortensia , hoy Marina (copia de un blog de la voluntaria incorporado a las actuaciones por providencia de 3-3-2014), desvirtúan las conclusiones médico-periciales del médico especialista en Pediatría y sus áreas específicas D. Mauricio , doc. nº 3 acompañado a la contestación a la demanda por la Asociación para el cuidado de la Infancia, valorado en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso en términos que comparte esta Sala, como se ha dicho, dado que en las conclusiones del perito, ratificadas a presencia judicial y siendo convincentes sus razonamientos, se afirma sin fisuras que los datos e informes disponibles de los hospitales de Vietnam "no aparecen datos fenotípicos en sus descripciones que sean típicos de Síndrome de Down" y que, en cualquier caso, esos informes no permiten sospechar la existencia de un síndrome de Down".

Llegados a este punto se nos presenta probada relación causal entre la conducta de la entidad colaboradora y el resultado dañoso, con independencia de que tal proceder de la Asociación no incurriera en dolo o negligencia grave. La relación de causalidad aparece afirmada rotundamente en la resolución sancionadora de 20-5-2011 (hojas 260-261 del expte.), achaca a la conducta de la Asociación que a los pretendidos padres adoptivos no hubieran dispuesto en Vietnam, facilitado precisamente con la codemandada, de la información médica precisa para aceptar o rechazar la adopción de la niña preasignada dadas las "características" de la misma. Así es. Los recurrentes no tuvieron la oportunidad de decidir conociendo ciertamente esas características a través de los informes necesarios y esa carencia trae causa en la conducta de la codemandada en ejercicio de funciones que aparecen recogidas en el contrato suscrito con D. Andrés y Doña Consuelo en Toledo, el 19-12- 2008 (estipulaciones segunda y cuarta II, no 17º y 18º). Lo que precede no significa que pueda determinarse responsabilidad de la entidad colaboradora que acarree deber, por su parte, de indemnizar, dado que ello precisaría concurrencia de dolo o negligencia grave de su parte ex artículo 1902 del Código Civil . Venimos a compartir la posición de la codemandada en su contestación a la demanda en cuanto que no existe contrastada de su parte acción negligente o culposa generadora de responsabilidad, pero no lo que igualmente sostiene negando nexo causal que si aprecia la Sala; existe relación causa-efecto pero no obligación de indemnizar por su parte, dos cosas distintas.

Séptimo .- A diferencia de la responsabilidad nacida de actos "inter privados" ex artículo 1902 del Código Civil , no hace falta recordar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración que resulta de nuestro derecho histórico - a partir de la LRJAE de 1957- y de lege data, artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre - porque el derecho al resarcimiento puede nacer por lesiones consecuencia del funcionamiento "normal o anormal" de los servicios públicos. (SSTS 7-3-2011, rec. 3097/09 , 7-7-2011, rec. 1649/2007 o 9-10-1012, rec. 1895/2011), y por servicios públicos debiéndose entender "toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce incluso, por omisión o pasividad con resultado lesivo" (SSTS de 14-11-2007, rec. 3881/2004 o de 10-4-2008, rec. 7045/2003).

Lo precedente permite adentrarnos en el problema de la relación de causalidad, negada por la Administración como por la codemandada ZURICH INSURANCE PLC.

En la tesis de la Letrada de la Junta el papel de la Dirección General de Familia se ciñe a la validación de la aceptación otorgada por los adoptantes, sin que le sea exigible mayores facilidades indagatorias y el letrado de la aseguradora afirma desconocer cual sea la "actuación concreta" que se reprocha a la Consejería y de la que derivarían responsabilidades de naturaleza patrimonial. Ocurre, sin embargo, de un lado, que por "servicios públicos" ex artículo 139.1 de la repetida Ley 30/1922 no puede considerarse, a los efectos del instituto de la responsabilidad, únicamente acto o decisión administrativa en sentido estricto o "actuación concreta", en palabras de la aseguradora, cuya representación admite que pudiera entenderse comprendida "supuesta responsabilidad in vigilando" por la actuación en la adopción internacional mediante entidad colaboradora (Conclusión primera, tres últimos párrafos).

En efecto, nuestro sistema de adopción internacional de menores residencia en la Administración autonómica la tutela del funcionamiento de la institución y si bien remite la intervención de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internaciones en entidades jurídico privadas sin ánimo de lucro- no dejan de ser "agentes" (en sentido amplio) de la Administración cuyo control (genérico), se reserva por Ley a la Administración competente,



como se extrae del citado artículo 61 de la Ley Castellano - manchega de 31-3-1999 y del Decreto 44/2005 de 19-4-2005 sobre acreditación, funcionamiento y control de las entidades colaboradoras de adopción internacional, artículo 30 y concordantes.

En este sentido participamos del criterio plasmado en la STSJ de Cataluña, 3-12-2009, rec. 1209/2005 citada en la demanda. Es así que aun dado el funcionamiento normal de la Administración (y antes del agente colaborador), como se ha escrito por la mejor doctrina con base en Sentencias del TS como las de 1-1-2001, rec. 7964/1996, 23-3-2009, rec. 10236/2004 y 29-11-2011, rec. 6335/2009), verdaderamente resultaría inocuo hacer soportar al particular los daños derivados de actuaciones interviniendo los principios de buena fe y confianza legítima y un argumento de equidad justificativos del derecho a la indemnización.

Lo que acontece en el caso de autos, en esencia, es que los solicitantes de la adopción confían en que la Administración directamente y con la intervención de una entidad colaboradora garantizan que el menor preasignado no tenga "características especiales", para empezar, porque la evaluación de idoneidad a carga de la JCCLM lo fue sobre la adopción de menor sin esas características. En el caso de autos el resultado dañoso trae causa en el funcionamiento del servicio público, en los amplios términos como se entiende por la jurisprudencia, sin que se desnaturalice por el hecho de que interviniera una suerte de agente de la Administración, existiendo nexo causal.

Como quiera que tal funcionamiento del servicio público no es preciso que haya sido "anormal" (por conducta negligente o dolosa), porque en nuestro sistema legal la responsabilidad de la Administración es objetiva, se juzga concurrente la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración autonómica castellano-manchega y, por extensión, de su aseguradora, la codemandada ZURICH INSURANCE, PLC.

Sobre la otra codemandada, Asociación para el Cuidado de la Infancia, es una entidad jurídico privada cuyas conductas hacen nacer su responsabilidad frente a terceros ex artículo 1902 (y concordantes), del Código Civil, de manera que, a la vista de la calificación recogida en la Sentencia de referencia dictada por el Juzgado de la Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete, no es de acoger la pretensión principal de los actores interesando la condena al abono de la indemnización a dicha Asociación solidariamente con las otras dos partes demandada y codemandada.

Octavo .- Queda por abordar el montante de la indemnización en resarcimiento del daño antijurídico sufrido por los padres adoptivos de Marina .

El escrito de conclusiones de la parte actora se mantiene en el pedimento de la demanda, 1.301.831,03. El Letrado de la Administración autonómica alega al respecto ser desorbitada tal suma a la vista de la jurisprudencia del TS (Se cita STS de 28-3-2012), que reconoció indemnización (se dice que en un caso similar), por 280.000. La aseguradora codemandada, por su parte, sostiene que para el caso de estimación del recurso, el montante indemnizatorio estaría en la suma de 586.000.

Ciertamente no existe regla concreta que aplicar en casos como el de autos para determinar el quantum indemnizatorio, ciertamente existiendo pronunciamientos del TS en las que se ha fijado en cifra sensiblemente inferior con presupuestos de cierta o bastante similitud a los del caso de autos. Generalmente los pronunciamientos del Alto Tribunal traen causa en reclamaciones por no haberse puesto a disposición de la madre gestante su derecho a decidir libremente si optaba por la interrupción voluntaria del embarazo al no haberse practicado a tiempo la prueba precisa (omniocentesis); es el caso enjuiciado p.ej. por la STS de 16 de octubre de 2007, R. 9768/2003, sentencia en la que se citan otras anteriores (14-3-2007, R. 8017/2012).

En nuestro caso no existe completa identidad de razón con los pleitos de referencia, pues los pretendientes adoptantes ya se habían manifestado inequívocamente en su momento -y en los términos prevenidos por la normativa relativa a las adopciones internacionales- sobre su voluntad de recibir en adopción un menor sin "condiciones especiales".

De la STS de 28-3-2012, rec. 2362/2011 invocada por el Letrado de la Administración merece la pena transcribir (en parte), sus Fundamentos Jurídicos tercero y cuarto, del siguiente tenor: "TERCERO.- La Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada desde la sentencia de veintiocho de septiembre de dos mil, seguida por otras posteriores como es el caso de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez, a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007. Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En aquellas dos primeras sentencias, referidas a supuestos de nacimientos con síndrome



de Down, concluimos afirmando que además del daño moral " procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización". Y que "los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida".

[...]

El recurso debe ser estimado.

CUARTO.- En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando la cuantía reclamada procede fijar la indemnización en los mismos que ya hemos hecho en nuestra reciente sentencia recaída en el recurso 4165/2010, donde señalamos que en casos de síndrome de Down, procede establecer la cuantía de 280.000,- euros. Y en dicha cuantía lo fijamos en el presente supuesto. De dicha cantidad, corresponde al daño moral al entorno familiar la cantidad de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para la menor, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción."

Noveno.- La parte actora cuantifica la indemnización que pretende se le reconozca arropada en informe de los actuarios D. Justiniano y D. Raimundo, ratificado a presencia judicial. Operan cuantificando el incremento de gastos por mayor dependencia a lo largo de la vida de la hoy niña Marina.

Siguiendo el mismo método, si bien incorporando las correcciones que considera oportunas, tenemos el dictamen del economista y perito tasador D. Belarmino (de la mercantil ADDVALORA), obtiene un resultado muy inferior - 585.420,57- prácticamente igual que llega aplicando el baremo del RD 8/2004, de 29 de octubre para persona que hubiera sufrido un accidente de tráfico presentando la misma discapacidad y dependencia de la menor (se dice). En la posición de la aseguradora codemandada el montante indemnizatorio no habría de superar la cifra intermedia de 586.000 euros.

Llegados a este punto, contrastados los informes de referencia y las periciales/testificales practicadas en autos, considera la Sala extralimitada la cifra que sugieren los actores a partir de un informe, el de los actuarios D. Justiniano y D. Raimundo (ratificado a presencia judicial) que, no obstante su utilidad, yerra en varios puntos de partida por lo que se ha desvelado en la práctica del resto de prueba testifical/pericial a cargo de la Doctora D^a Nicolasa, especialista en medicina legal y forense, Doña Covadonga, también Doctora en Medicina, especialista en Pediatría y de la Doctora Doña María, psicólogo forense, licenciada en Psicología y en Pedagogía, especialista en psicología clínica.

En el informe actuarial de referencia se llega al resultado que conocemos, cuantificando los mayores gastos precisos para afrontar la atención de la hoy menor Marina, afectada por síndrome de Down y a lo largo de una vida prevista de 70 años, distinguida en cuatro etapas (Infancia, función, vida laboral y tras vida laboral), y diferenciando "tratamiento osteopático", "revisiones médicas", "personal de apoyo" y diferencia en percepción de ingresos lo que suma 1.165.772,90. Se añadió en concepto de daños morales 136.000 euros y, por último, los gastos soportados en la adopción (12.307,70).

Pues bien, primeramente es descartable como partida los gastos de la adopción, pues de cualquier modo fueron gastos asumidos y asumibles para la adopción de un menor, con o sin "características especiales".

En cuanto al cálculo de los mayores gastos, se presenta más solvente el estudio del perito economista D. Belarmino. Si bien sigue la misma metodología que el de contraste presentado por los actores, los presupuestos fácticos con los que opera lo son a partir del contenido de los tres informes facultativos, redactados tras haber explorado a la menor en su domicilio, singularizando el grado de desarrollo en todos los órdenes (físico, intelectual, psicológico...), y con fundadas proyecciones sobre el desarrollo de la vida de la menor; esperanza de vida que, lejos de ser 70 años (informe de los actuarios), puede estimarse en 60.



Es de reseñar, por último, y en atención a lo que fuera el alegato al respecto de la representación letrada de la JCCLM que si bien en la sentencia referida el montante indemnizatorio fue de 280.000, a tal cifra llega el Alto Tribunal "atendiendo a la prueba practicada y analizando la cuantía reclamada", procurando su fijación conforme se hiciera en "reciente sentencia recaída en el recurso 4165/2010", podemos suponer que por ser similares los presupuestos fácticos en atención a la cuantía reclamada y a la prueba practicada.

En los presentes autos, al margen de las diferencias que, a los efectos que importan, pueden entrar en juego por el carácter de menor recibido en adopción internacional, se ha practicado prueba en los términos que conocemos y tras la práctica de esa prueba (no obstante la pretensión principal de la JCCLM y de ZURICH, desestimación del recurso), la representación de la aseguradora sugiere que el daño indemnizable por todos los conceptos alcanzaría la cifra de 585.000, notablemente superior a la que toma de referencia el Letrado de la JCCLM sin mayor particularización sobre el caso enjuiciado.

En definitiva, el resarcimiento del daño antijurídico considera la Sala pertinente en 586.000,00, de los que 86.000 corresponden al daño moral a los padres adoptivos y para la menor, entendiéndose que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades se reconocen 500.000 por todos los conceptos, que habrán de percibirse atendiendo a las prescripciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad y más allá de ella los afectos por el síndrome tan repetido.

A dicha cifra -que se considera actualizada a la fecha de la sentencia- habrá de adicionarse los intereses moratorios contados desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

Décimo.- Sin costas (arts. 68.2 y 139, ambos de la Ley Jurisdiccional , redacción anterior a la Ley 37/2011), al estar ante un pronunciamiento estimatorio parcial.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS.-

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D. Andrés y D^a Consuelo contra la desestimación presunta primero y por resolución de 12 de junio de 2012 del Consejero de Sanidad y Servicios Sociales, resolución que se declara contraria a derecho y anula.

Se declara la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración autonómica Castellano-Manchega por los daños antijurídicos irrogados, con el reconocimiento del derecho de los actores a recibir de la JCCLM y/o de la Aseguradora codemandada ZURICH INSURANCE PLC, Sucursal en España (responsabilidad solidaria), en concepto de indemnización, la suma de 586.000 más intereses moratorios en su caso, según la distribución y garantías contenida en el FJ décimo. Se desestima el recurso en todo lo demás.

Sin costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de Casación en el plazo de diez días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos originales, la pronunciamos, mandamos y firmamos.