

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2024**

Nº de Recurso: **130/2021**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00624/2024

**Ponente: D<sup>a</sup> María Amalia Bolaño Piñeiro**

**Recurso número: Procedimiento Ordinario núm. 130/2021**

**Recurrente: D. Maximiliano y Dña. Florinda**

**Administración demandada: Consellería de Política Social**

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

**SENTENCIA**

**Ilmo/as. Sr/as.**

**D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.**

**D. Luis Ángel Fernández Barrio**

**D<sup>a</sup>. María Amalia Bolaño Piñeiro**

A Coruña, a 20 de septiembre de 2024.

El recurso contencioso-administrativo, que con el número 130/2021 pende de resolución en esta Sala, ha sido interpuesto por D. Maximiliano y Dña. Florinda, representados por el procurador D. Francisco Javier Amador Pardo y dirigido por la letrada Dña. Seila Álvarez Miñan, contra la resolución Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial 11/2018, de 9 de febrero del 2.021 dictada por la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia en la que se acuerda desestimar la Reclamación efectuada por los recurrentes en fecha 21 de diciembre de 2018, siendo parte demandada la Consellería de Política Social representada y dirigida por el Letrado de la Xunta de Galicia Es ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Amalia Bolaño Piñeiro.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando se tuviese por formulada demanda frente a la resolución recurrida y se dictase sentencia por la que: "declare nula y revoque por no ajustada a derecho la Resolución de fecha de 5 de febrero de 2.021 por la presente recurrida, condenando a la Administración demandada a indemnizar a D. Maximiliano y Dña. Florinda en concepto de Responsabilidad Patrimonial, en la cantidad de ciento veinte mil euros (120.000,00.-€), más intereses legales, o SUBSIDIARIAMENTE en aquella otra cuantía que por ese Ilte. Tribunal se entienda procedente; todo ello con expresa condena en costas a la Administración Pública demandada."

**SEGUNDO.-** Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en la contestación de la demanda.

**TERCERO.-** Habiéndose recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

**CUARTO.-** En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo 120.000 euros.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO. - Objeto del Procedimiento y relación de hechos relevantes.

En el presente caso la representación de D. Maximiliano, y de Dña. Florinda, interpuso recurso contencioso-administrativo contra *la Resolución de fecha 5 de febrero de 2.021 de la CONSELLERÍA DE POLÍTICA SOCIAL DE LA XUNTA DE GALICIA en resolución del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial 11/2.018 y por la que se acuerda desestimar la reclamación efectuada.*

Interesa la parte actora la estimación del recurso solicitando que: *"... dicte en su día Sentencia por la que declare nula y revoque por no ajustada a derecho la Resolución de fecha de 5 de febrero de 2.021, condenando a la Administración demandada a indemnizar a D. Maximiliano y Dña. Florinda en concepto de responsabilidad patrimonial, en la cantidad de ciento veinte mil euros (120.000,00.-€), más intereses legales, o subsidiariamente en aquella otra cuantía que por ese Ilustre Tribunal se entienda procedente; todo ello con expresa condena en costas a la Administración Pública demandada".*

El Sr. Letrado de la XUNTA de GALICIA, interesa *que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda en todas sus pretensiones.*

Atendida la documental obrante en el procedimiento, y las alegaciones de las partes, los hechos de interés en el presente caso son los siguientes.

**1º.-** Los recurrentes D. Maximiliano y Dña. Florinda, en fecha 23 de diciembre de 2.011, teniendo entonces respectivamente 42 y 34 años, formularon solicitud de adopción nacional ante la administración autonómica, que dio lugar al expediente NUM000 (NUM002) **2º.-** La Jefa territorial de la Consejería de trabajo y Bienestar social de la Xunta de Galicia dictó Resolución de fecha 2 de mayo de 2.012 por la que se declaró a los recurrentes, *inscritos en la sección primera, subsección segunda "Solicitantes idóneos para la adopción" del Registro de Adopciones de la Comunidad Autónoma Gallega, para la adopción de un menor que "no presente ningún problema de salud, deficiencia significativa o circunstancia especial que demande un tratamiento diferenciado".*

**3º.-** Los recurrentes iniciaron entonces un proceso de "formación como futuros padres adoptivos". Se produjo la caducidad de la solicitud inicial por el transcurso de más de 3 años sin asignación de ningún menor. A ello siguió una nueva propuesta de aptos *en el año 2.015 para un menor de hasta 6 años sin minusvalía ni enfermedad.*

**4º.-** En febrero de 2.016, la Administración acordó trasladar a los recurrentes la guardia con fines preadoptivos del menor Cesar, nacido el NUM001 de 2.012.

El menor Cesar había sido declarado en desamparo por la administración, y esta asumió su tutela en fecha xxx de 2.014 tras comprobar que el mismo *corría un riesgo real con peligro grave para su salud bajo el cuidado de sus padres biológicos entre otras cuestiones, debido al acreditado consumo y abuso de sustancias tóxicas por parte de estos.*

El menor estaba tutelado por la Jefatura Territorial de Vigo, Consellería de Política Social desde esa fecha y se encontraba en situación de guarda residencial en el Centro de Arturo, Centro dependiente de la Diputación de Pontevedra.

El equipo técnico de adopción, previamente a la integración del menor solicitó a la dirección del Centro Arturo un informe actualizado sobre la situación del menor. En ese informe no se refleja ninguna problemática del menor ni ninguna enfermedad.

**5º.-** La administración emitió una propuesta de intervención y valoración (1 de febrero de 2.016) y un informe positivo para la adopción de Cesar por los recurrentes.

**6º.-** El 5 de febrero de 2.016 la jefa territorial de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia en Vigo, en su calidad de tutora legal del menor Cesar, dictó Resolución por la que acuerda delegar su guarda a los recurrentes, formalizándose en esa misma fecha Contrato de Guarda con Fines de adopción.

En esa resolución se refiere expresamente: *"Mantener la tutela pública del menor Cesar, así como la suspensión del régimen de visitas y relación con su familia de origen. Trasladar el ejercicio de la guarda del menor de la*

*dirección del Centro Arturo Carlos Miguel - donde causará baja- a la familia solicitante de adopción nacional formada por D. Maximiliano y Dña. Florinda N° Expte. NUM000 valorada idónea para la adopción nacional con la cual se formalizará un contrato de guarda con fines adoptivos con efectos de 5 de febrero de 2.016."*

**7º.-** Desde el primer momento, los recurrentes observaron una conducta extraña y agresiva por parte del menor. Asimismo, 3 días después a la formalización del contrato de la guardia preadoptiva la administración demandada les hiciera entrega de diferentes citas médicas pendientes del menor.

Los siguientes días de convivencia pusieron de manifiesto que el comportamiento del menor era disruptivo (insultando y pegando de forma reiterada y constante a sus adoptantes y a cualquier otro adulto o niño que interactuase con él) y mostrando problemas de conducta e inadaptación en el colegio, por los que los recurrentes recibían constantes quejas tanto por parte del personal docente como de los propios alumnos y padres.

El menor no controlaba sus esfínteres ni siquiera durante el día, a una edad en la que no se permite a los escolares acudir al aula con pañal, y en la que los docentes/educadores ya no se hacen cargo de tales cuestiones. Esa situación hizo que Dña. Florinda tuviese que acudir varias veces al día al centro escolar para cambiar de ropa al menor.

Una vez finalizado su permiso de maternidad, en fecha 26 de mayo de 2.016, Dña. Florinda solicitó una reducción de jornada en su trabajo, pasando en el mes de junio de 2.016 de una jornada completa, a la realización de 4 horas diarias.

**8º.-** El nuevo centro escolar solicitó al anterior un informe del menor para conocer la situación previa. Dicho informe fue remitido por el Departamento de orientación del CEIP Arturo, en fecha 1 de marzo de 2.016.

*El Informe reflejaba que el menor presentaba esa problemática ya desde el inicio del presente curso escolar y que en los meses que había permanecido en el centro lograron avances poco significativos en su conducta, que muchas de las dificultades radicaban en sus condiciones de vida: el menor estaba institucionalizado desde los 18 meses, con numerosas personas trabajando con él en diferentes espacios, falta de coherencia en la aplicación de las normas y ausencia de referentes estables. Todo esto hacía que el nivel cognitivo en el que se encontraba el menor fuese inferior a su edad real y que por eso manifestaba ciertos patrones lingüísticos (lenguaje repetitivo y poco vocabulario) o compartimentales (querer estar siempre en el regazo de los adultos, tener muy poca capacidad de atención y concentración en la tarea, parecer cansado a lo largo de la mañana, propias de conductas de niños más pequeños).*

**9º.-** En fecha 17 de marzo de 2.016 se remitió a la Dirección general de familia, infancia y dinamización geográfica, una solicitud de gasto extraordinario para la asistencia del menor a una terapia especializada.

**10º.-** Tras dos meses de evaluación, Doña Zaida, (profesional al servicio de un centro de psicología, emitió en fecha de 20 de mayo de 2.016, informe en el que concluye: "(...) Cesar ha obtenido puntuaciones muy bajas en las variables atencionales, tanto en la Capacidad como en la Eficacia atencional. Los resultados de las pruebas indican un déficit importante en todos los procesos de atención: Focalizada, sostenida, alternante, selectiva, dividida y excluyente. Tiene bajos niveles de autocontrol: un índice alto de impulsividad. Baja utilización del juego simbólico. Con frecuencia parece no escuchar cuando se le habla directamente (p.ej., parece tener la mente en otras cosas, incluso en ausencia de cualquier distracción aparente). Con frecuencia no sigue las instrucciones, se observan dificultades para seguir varias órdenes simultáneas. Inicia tareas, pero se distrae rápidamente y se evade con facilidad (...) Dificultades para el control de esfínteres". El 13 de julio de 2.016 el equipo de adopción solicitó la prórroga del gasto extraordinario de terapia.

**11º.-** El xxx de 2.016 la guardadora estableció contacto con el equipo de adopción para informar que el día anterior habían acudido con el menor a la consulta de neuropediatría del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo y que a este le había sido diagnosticado síndrome de alcoholismo fetal.

**12º.-** El día 1 de agosto de 2.016 se mantuvo entrevista con los guardadores del menor, que aportaron informe de la Unidad de neuropediatría del CHUVI, recogiendo en el apartado de diagnóstico: *cuadro clínico encuadrable en un síndrome alcohol fetal (talla baja, microcefalia, trastorno del comportamiento)*. Los guardadores del menor se mostraban muy afectados por este diagnóstico, y acudieron a la terapeuta que los venía apoyando tanto a ellos como al menor a lo largo de la integración adoptiva.

Esa terapeuta manifestó que *a la vista del diagnóstico y teniendo en cuenta, sobre todo, el estado emocional de Florinda no los consideraba preparados para seguir adelante con el proceso adoptivo.*

El equipo técnico transmitió a la familia *que compartía el criterio de la terapeuta.*

**13º.-** En esa misma fecha, los recurrentes firmaron una comparecencia en la que se manifiesta que *tras el reciente diagnóstico del menor y tras consultar con el equipo de adopción y la terapeuta que sigue al niño, deciden interrumpir el proceso de guarda con fines adoptivos.* Previo al cese de la guarda con fines adoptivos, el equipo de adopción valoró junto con la terapeuta y la familia *la forma y el lugar menos traumático para llevar a cabo la despedida entre el niño y la familia.* Se acordó que tuviese lugar en las dependencias del gabinete psicológico de la terapeuta por ser un lugar conocido para el menor y al que seguiría acudiendo..., **14º.-** Tras la ruptura de la integración y de forma inmediata la familia manifestó, ante el equipo de adopción, *que, en un plazo breve de tiempo ya estarían preparados para llevar a cabo la integración de otro/a menor.* Desde el equipo de adopción se les explicó *que tras la ruptura de la integración necesitarían de un tiempo para la elaboración.* Se acordó *la suspensión de su expediente de adopción nacional por un período de 12 meses de acuerdo con las Instrucciones sobre el tratamiento de las incidencias surgidas durante la tramitación de los expedientes de adopción, emitidas por la Dirección general de familia, infancia y dinamización demográfica el 23 de octubre de 2.014, según las cuales una vez transcurrido el período de suspensión del expediente y solicitada la reactivación por la familia, el equipo procede a valorar la nueva situación pidiendo documentación que avale la desaparición de las causas que originaron la causa de suspensión de ser el caso,* **15º.-** En fecha 18 de septiembre de 2.017, se mantuvo una reunión con los recurrentes, concertada con ellos previamente, para proceder a la solicitud de reactivación de su expediente, la cual dejaron por escrito en acta de comparecencia. En esa entrevista se les da la relación de documentos que deberán aportar, ..., Entre la documentación que se les solicita se encuentra un informe de valoración psicológica externo a este servicio, *relativo al estado emocional actual de la pareja, entre otros extremos.*

La familia estableció contacto telefónico con el servicio para pedir *que la solicitud de ese informe se le realice por escrito,* lo cual se realizó el 27 de octubre de 2.017, fecha en la que aportaron el resto de documentación.

**16º.-** Los recurrentes presentaron numerosos escritos y comunicaciones ante el Valedor do Pobo, el cual remitió escritos a la administración demandada, *reprochándole lo incorrecto y lesivo de su funcionamiento, y dando instrucciones a la misma tendentes a la corrección de las irregularidades y a la agilización del expediente de los recurrentes.*

**17º.-** En fecha 30 de enero de 2.018 comparecieron los recurrentes ante el equipo de adopción, previamente citados *para proceder a la actualización de su expediente de adopción nacional.*

El 31 de enero de 2.018 los técnicos responsables de la actualización del expediente visitaron el nuevo domicilio de la familia para completar la nueva valoración de idoneidad.

El 15 de febrero de 2.018 el equipo técnico emitió informe de *actualización que se incorporó al expediente..., Se mantiene la idoneidad de la familia..., no se emite nueva resolución de idoneidad manteniéndose vigente la resolución 2 de mayo de 2.012.*

**18º.-** El 11 de octubre de 2.018 acudió la familia previa cita del servicio, con el objeto de facilitar información sobre el nuevo marco normativo, *Ley 26/2.015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y fundamentalmente de los cambios que implicaba esta modificación legislativa en cuanto a la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado que pasaba de 40 a 45 años.*

**19º.-** El 29 de octubre de 2.019 los recurrentes contactaron con el equipo a través de correo electrónico solicitando *una cita para ver la evolución de su expediente.* Se les citó por el mismo medio para el día 14 de noviembre de 2.019 a las 12,30 horas, solicitándoles que *aporten documentación para la actualización del expediente.*

Los recurrentes acudieron a la entrevista previamente concertada, aportando la documentación solicitada. En esa entrevista reiteraron *su desconfianza sobre el funcionamiento del programa de adopción nacional.*

**20º.-** El 19 de noviembre de 2.019 el equipo técnico elaboró un pequeño informe relativo a la entrevista con la familia.

**21º.-** El informe sobre los hechos objeto de reclamación de fecha de 11 de marzo de 2.020 (f.91EA) remitido por el equipo de adopción refleja que durante los doce meses de suspensión impuesta a los recurrentes se integraron cinco menores en guardia con fines de adopción.

**22º.-** Los recurrentes presentaron reclamación de responsabilidad patrimonial en fecha 21 de diciembre de 2.018.

La Administración dictó resolución de fecha 5 de febrero de 2.021 desestimando la reclamación presentada.

**23º.-** La representación de los recurrentes interpuso recurso contencioso-administrativo contra esa resolución, recurso que se resuelve en la presente Sentencia.

En este procedimiento se practicó como prueba la documental aportada el expediente administrativo y las testificales-periciales de Dña. Zaida del centro de psicología EDIFICIO000, persona encargada de la realización de la evaluación psicológica tanto del menor Cesar como de los recurrentes y de Dña. Amalia, psicóloga clínica al servicio de la xxx, profesional de la sanidad pública que ha llevado a cabo el seguimiento de la demandante. Consta además el interrogatorio realizado por escrito de Dña. Azucena, xxx de Política Familiar, Infancia y Adolescencia de la Xunta de Galicia desde el 29 de noviembre de 2.017.

## **SEGUNDO. - Alegaciones de las partes.**

En el presente procedimiento alega la parte recurrente: *“..., los solicitantes solicitaron y fueron declarados por la administración demandada como idóneos para una adopción no especial de un menor sano,.., y, en oposición a ello, se les asignó un menor de muy especiales necesidades por cuanto se encontraba afecto de una grave enfermedad de la que nunca fueron informados,.., la administración demandada resulta por imperativo de ley tutora de los menores declarados en desamparo así como la única encargada de la completa tramitación de los expedientes de acogimiento y adopción,.., la Administración demandada niega su responsabilidad, y rechaza la reclamación efectuada en este punto, intentando descargar toda la responsabilidad en el Centro Arturo, alegando un supuesto desconocimiento respecto de las reales necesidades y condiciones de salud del menor tanto al momento de su asignación como al de la formalización del contrato de guardia preadoptiva con mis mandantes,.., la demandada conocía o cuanto menos tenía la obligación de conocer,.., que el menor presentaba una serie de dificultades especiales que desaconsejaban totalmente la celebración del contrato de guarda con fines de adopción suscrito con mis mandantes. En ningún caso puede ampararse la administración en una suerte de alegación de “fuerza mayor” ..., la Resolución por la que se traslada a mis mandantes la guarda del menor Cesar permite comprobar que desde un inicio la administración demandada era conocedora del abuso de sustancias por parte de la madre con las consecuencias por todos conocidas para el gestante, y también de la existencia desde ese inicial momento de informes en la Unidad de Salud Mental Infante Juvenil,.., También la directora del Centro Arturo señala en la Resolución dictada con ocasión de los presentes que los informes médicos relativos a la salud del menor obran en manos de la administración demandada dentro del expediente del menor, y abiertamente refieren la existencia de un retraso en el crecimiento y a la existencia de un seguimiento médico exhaustivo (pediatra, neurólogo, endocrino especialista en digestivo).., el art.21.h) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que obliga a la demandada a llevar un registro con la historia médica del menor, siendo que, no haberlo hecho, no puede ser causa de liberadora de su responsabilidad, sino muy al contrario,.., siendo los propios recurrentes los que tras meses de sufrimiento, preocupación e indiferencia por parte de la administración descubren que su hijo padece una grave enfermedad diagnosticada desde su nacimiento,.., según el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia siendo evidente que dentro de tales obligaciones debió recabar entre otros- y con antelación a cualquier tipo de decisión sobre el acogimiento familiar del menor,.., la misma tampoco ha acreditado en forma alguna el haber realizado las comprobaciones sobre la situación del menor que le resultaban exigibles durante el periodo que transcurre entre su declaración en desamparo y el traslado de la guarda a mis mandantes.., quien ha causado una lesión a mis mandantes con la incorrecta tramitación de su expediente de adopción y la inadecuada asignación del menor, ha sido la entidad demandada y no el Centro Arturo, con el que mis mandantes carecen de cualquier vinculación,.., la administración demandada, una vez informada del diagnóstico del menor, procedió a citar sin mayor explicación a los hoy recurrentes a una reunión en la que a bocajarro se les indicó que debía ponerse fin inmediato a la guarda preadoptiva, apelando ante la negativa de mis mandantes al bienestar del menor, y haciéndoles sentir que con cualquier decisión contraria a “renunciar a su hijo” estarían perjudicando al menor hasta conseguir doblegar su voluntad y que redactasen el documento “de renuncia”,.. la Resolución administrativa de cese no consta siquiera aportado al expediente administrativo objeto de autos, pese a efectivamente existir,.., el negligente e inadecuado proceder de la administración llevó a Dña. Florinda a una situación de IT desde el momento en que le “obligaron” a renunciar al menor, y a la pareja a la venta de la casa familiar por el recuerdo del hijo perdido,.., Los hoy recurrentes no llegaron a un acuerdo para la suspensión de su expediente, sino que tal suspensión fue Impuesta a los mismos por la administración, por la más absoluta de las vías de hecho y fuera de los casos y cauces legalmente previstos para ello, ..., aun en el hipotético caso de que se entendiese que estamos ante una de las causas “obligatorias de suspensión” las instrucciones exigen que tanto la suspensión como concreta causa de la misma sean comunicadas por escrito a los solicitantes y esta sea firmada por los mismos; y tal documento tampoco existe como demuestra una vez más el expediente administrativo,.., se prohibió a los mismos el optar a un nuevo procedimiento preadoptivo durante al menos 12 meses, obligándoles en contra de su voluntad y por la más absoluta de las vías de hecho a una suspensión realizada fuera del marco y procedimiento legalmente establecidos,.., En los propios correos internos obrantes al EA se señala se señala a los hoy recurrentes como una “familia particular”,.., y las diferentes comunicaciones emitidas por el Valedor de Pobo,.., el sufrimiento y daño moral inherentes a la situación vivida por los solicitantes resulta incontestable y entendible para cualquier ser humano, y así se pone de manifiesto incluso en las propios actos y resoluciones dictados por la administración demandada,.., Dña. Florinda llegó a verse incurso en un*

*procedimiento de incapacidad temporal por depresión, siendo que aún a día de hoy continúa bajo el seguimiento de una psicóloga al servicio de nuestra seguridad social; los recurrentes necesitaron vender su casa y buscar un nuevo hogar por el recuerdo del hijo perdido que en aquella les invadía, y desde luego jamás podrán olvidar o superar totalmente la situación vivida; nunca más sus recuerdos, vidas, pensamientos ni emociones volverán a ser las mismas..., gozando la familia y su protección de una posición de indiscutible relevancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como así se proclama ya desde nuestra propia Carta Magna a su art. 39, considerándola como un derecho fundamental por el que habrán de luchar los poderes públicos, dentro de los principios rectores de nuestra política social; se cifra en ciento veinte mil euros (120.000.-€) sin perjuicio de su ponderación y en su caso moderación por ese Ilustre tribunal...,”.*

La Administración demandada se opuso al recurso interpuesto alegando: *“..., en fecha 21 de diciembre de 2018 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial y, tras la tramitación del oportuno expediente, con informes de los servicios implicados, propuesta de resolución desestimatoria y Dictamen del Consejo Consultivo favorable la tal propuesta de resolución, en febrero de 2.021 se dicta la resolución que desestima la reclamación, frente a la que ahora se recurre en vía judicial. de la estructura de la demanda se desprende que no habría un único daño a indemnizar, sino que éstos serían tres distintos. En primer lugar, el daño que traería causa del hecho de que se había asignado un menor con problemas de salud a un matrimonio que había solicitado adopción nacional respecto de un menor sano. En segundo lugar, el daño que habría ocasionado el cese de la guarda preadoptiva del menor en contra, siempre según la versión de la demanda, de la voluntad de los demandantes. Finalmente, en tercero y último lugar, el daño que habría causado la suspensión del expediente de adopción nacional con posterioridad a dicho cese de la guarda preadoptiva. Si bien es cierto que todos estos alegados daños tendrían su origen en una actuación de la Conselleria, lo cierto es que, en opinión de esta parte demandada, cada uno de ellos constituye una reclamación individual (sin perjuicio de que se recojan en un mismo recurso contencioso administrativo), ya que, en realidad, traerían causa de conductas distintas de la Conselleria o, al menos, producirían daños de diferente naturaleza..., la actuación de la Administración debe examinarse de acuerdo con la información de la que la misma disponía en el momento de realizar la actuación que daría lugar al daño; en este caso, en el momento de seleccionar a los demandantes para la guarda preadoptiva del menor. Así, lo cierto es que cuando se selecciona a los ahora actores, en noviembre de 2.015, así como cuando se formaliza la guardia con fines de adopción, en febrero de 2.016, la Administración no era conocedora de los problemas de salud que padecía el menor ..., cuando se comprueba el alcance de la patología y su afectación a la relación entre adoptantes y adoptando, se resuelve el contrato de guardia preadoptiva de forma consensuada por las partes..., el menor se encontraba institucionalizado en el Centro Arturo, de titularidad de la Diputación Provincial de Pontevedra, el conocimiento que tenía la Conselleria sobre su estado de salud derivaba de los informes que tal Centro remitía..., en los informes de 2 de diciembre de 2.015, 24 de abril de 2.014 y 23 de junio de 2.014 en ningún caso hablan de un menor gravemente enfermo o con problemas de conducta, sino todo lo contrario..., los aportados por la actora (la carta que dirigen a la Valedora del Pueblo) reconocen en la página segunda que el neurólogo quedara sorprendido al oír hablar del mal comportamiento del menor, pues sus anotaciones recogían una buena adaptación, control de esfínteres y un comportamiento sin nada a destacar..., como se dice claramente en la Resolución recurrida, en el Folio 423 del Expediente Administrativo, así como en el informe del equipo de adopción de 13 de enero de 2.020, es la terapeuta que venía apoyando a los guardadores y al menor a que considera que no están preparados para seguir adelante con el proceso, consideración compartida por el equipo técnico de la Consellería...,El hecho de que la interrupción de la guardia es acorde a la voluntad de los actores queda demostrado en el Folio 229 del Expediente Administrativo, donde consta el Acta de comparecencia que indica que son ellos los que deciden interrumpir el proceso de guardia con fines adoptivos, la cual está firmada por ambos demandantes..., en el Folio 228 del Expediente aparece un acta de comparecencia, firmada por ambos demandantes, en la que solicitan la reactivación del expediente de adopción nacional, lo que invita a pensar que esta interrupción haya sido solicitada por ellos mismos. ... En primer lugar, debemos negar la existencia de un derecho a la adopción como tal..., El derecho, si cuadra, sería a que los particulares que reúnan ciertos requisitos sean considerados para participar en procesos de adopción, en aras de ofrecer alternativas para la mejor defensa de ese interés superior del menor..., De este modo, el hecho de que no se les había ofrecido durante ese periodo de tiempo una nueva guardia con fines adoptivos no derivaría de una negligencia de la Administración, sino del propio mecanismo de adopción...,”,.*

### **TERCERO. - Normativa de aplicación y análisis de las alegaciones realizadas.**

En cuanto a la normativa de aplicación debe recordarse el **DECRETO 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia** que dispone: **Artículo 79º.**- La resolución sobre la idoneidad será motivada y se notificará a los interesados. Dicha resolución no implica la finalización del proceso de valoración, si no que éste podrá continuar al objeto de flexibilizar la demanda y las motivaciones de los solicitantes. **Artículo 80º.**- Transcurridos tres años desde la declaración de idoneidad de un solicitante sin que se formalizase un acogimiento preadoptivo, deberá ratificarse la valoración inicial o

realizarse una nueva en caso de variar significativamente las circunstancias que la motivaron. **Artículo 82º.-**

1. Corresponde a las delegaciones provinciales la selección de los adoptantes idóneos para cada menor, de acuerdo con el procedimiento siguiente: a) Cuando se trate de un niño o niña menor de 1 año en situación legal de ser adoptado y que no presente ningún problema de salud, deficiencia significativa o circunstancia especial que requiera un tratamiento diferenciado, la delegación provincial remitirá al responsable del Registro de Adopciones la ficha del menor, requiriendo solicitante o solicitantes idóneos para él. El responsable del Registro de Adopciones remitirá a la delegación provincial los datos de los solicitantes que estén situados en primer lugar en la lista que figura en la sección 2ª del Registro de Adopciones. b) En el caso de un niño o niña de más de un año o que presente algún tipo de dificultad especial, la delegación provincial, a propuesta del equipo técnico, seleccionará, de entre los solicitantes de su provincia declarados idóneos que le remita el encargado del registro, los que más se adecuen a las características o circunstancias del menor. La selección se hará de acuerdo con los criterios de preferencia siguientes: 1º orden cronológica de la solicitud y 2º edad de los solicitantes. 2. En el procedimiento de selección del párrafo primero, apartado b) de este artículo, cuando entre los solicitantes declarados idóneos de la provincia no haya ninguno que se adecue a las características del menor, la delegación provincial remitirá su expediente al responsable del Registro de Adopciones, requiriéndole solicitante o solicitantes idóneos. El responsable del Registro de Adopciones reclamará de las demás provincias que propongan los solicitantes que ofrezcan mayores condiciones de aptitud en función de las características del menor. Recibidas las propuestas, el responsable del registro las remitirá a la delegación provincial demandante para que ésta seleccione la más adecuada, siguiendo los criterios establecidos en el apartado anterior. **Artículo 84º.-**1. El delegado provincial competente emitirá la propuesta de adopción que elevará al juez competente, junto con el informe de los servicios de Atención al Menor, y formalizará el acogimiento familiar preadoptivo, siempre que se reúnan las siguientes circunstancias: a) Que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, fuesen seleccionados, y presten ante la delegación provincial competente su consentimiento a la adopción. b) Que el menor se encuentre en situación jurídica adecuada para su adopción. 2. Con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción ante la autoridad judicial, la delegación provincial podrá formalizar un acogimiento familiar preadoptivo, cuando fuese necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período, que será el más breve posible, no podrá exceder del plazo de un año. **Artículo 85º.-** Cuando se trate de menores con especiales dificultades, la formalización del acogimiento preadoptivo no tendrá que ser inmediata, debiendo establecerse un plan de integración familiar progresivo en función de las necesidades del menor y la familia. **Artículo 86º.-**1. Le corresponde al equipo técnico del menor de la delegación provincial competente el seguimiento de los acogimientos preadoptivos, que no podrán tener una duración superior a un año. 2. Una vez verificado el acoplamiento positivo entre el menor y la familia acogedora, la delegación provincial emitirá la propuesta de la adopción que presentará con la mayor brevedad posible ante el juez competente.

Asimismo, la **Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia**, dispone: **Artículo 64.** 1. La guarda, como medida de protección de la y el menor, supone para quien la ejerce la obligación de velar por la persona menor de edad, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla y procurarle una atención y formación integral. 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia la guarda de las personas menores en los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. **Artículo 65.** 1. La guarda se ejercerá a través de la figura del acogimiento familiar o residencial. 2. El ejercicio de la guarda supondrá una intervención individualizada con cada menor, la cual se llevará a cabo a través de la colaboración activa del órgano competente de la Comunidad Autónoma de Galicia con las personas titulares de la patria potestad, las que ejerzan la guarda y las entidades públicas y privadas. 3. La guarda de la o el menor durará el tiempo imprescindible en cuanto perduren las circunstancias que han dado lugar a su asunción..., **Artículo 67.** La guarda de la o el menor cesa en los casos siguientes: a) Cuando la guarda se ejercite como función inherente a la tutela administrativa, por las mismas causas de cesación de esta, previstas en el artículo 62 de la presente ley. b) En caso de guarda rogada, por las causas recogidas en el artículo 13 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. c) Por resolución judicial en caso de que la guarda haya sido dispuesta por el juez o jueza. d) Por el acceso a la mayoría de edad o emancipación de la o el menor. **Artículo 68.** 1. El acogimiento es el modo de ejercicio de la guarda como medida de protección, consistente en la integración de la o el menor en una familia, en su modalidad de familiar, o en su alojamiento y atención en un centro, en la modalidad de residencial. 2. La persona o personas en favor de la cual o de las cuales se constituyera el acogimiento, en el familiar, y la persona que ostente la dirección del centro, en el residencial, ejercerán las funciones propias de la guarda, asumiendo las obligaciones de velar, tener en su compañía, alimentar, educar y procurar una formación integral a la persona menor acogida. En el desempeño de estas funciones, respetarán las instrucciones y la facultad de inspección que como titular de la guarda corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. **Artículo 70.** 1. El acogimiento familiar tiene como finalidad procurar a la menor o al menor separado de su familia la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción. En el marco del acogimiento, la familia acogedora asume una tarea de colaboración con la administración en el ejercicio de sus funciones de protección. 2. Con

arreglo a lo dispuesto en el artículo 173 bis del Código civil y 17 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, las modalidades de acogimiento familiar son: el acogimiento familiar simple, el acogimiento familiar permanente y el acogimiento familiar preadoptivo. **Artículo 72.** El acogimiento cesará por las circunstancias y en las condiciones a que se refiere el artículo 25 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. **Artículo 73.** 1. La adopción es una medida de protección dirigida a la persona menor de edad en situación de desamparo, consistente en la integración definitiva de esta en una familia distinta a su familia de origen. 2. La Xunta de Galicia promoverá la adopción de una persona menor cuando, valorada su situación y circunstancias, se constatará la inviabilidad de la permanencia definitiva o de la reintegración en su familia de origen, respondiera al interés de aquella y constituyera la medida más adecuada para atender a sus necesidades”.

Debe recordarse que, en el expediente administrativo de la reclamación patrimonial presentada por los recurrentes, consta un Informe de fecha 13 de enero de 2.020 del equipo de adopción de la Jefatura territorial de Vigo.

En ese Informe se refiere expresamente, entre otros extremos: “..., Tras unos días de convivencia con los padres, el menor inicia la asistencia a su nuevo centro escolar. Desde el primer momento su comportamiento fue totalmente inadecuado. El menor pegaba y daba patadas a sus compañeros sin que mediara conflicto. Este parecía ser su patrón de comportamiento para relacionarse con sus iguales. Después de un mes desde su incorporación al centro escolar, el menor continuaba provocando alteración del ritmo del aula, interfiriendo constantemente en su normal desarrollo. El niño era incapaz de mantener la atención y participar en las tareas propuestas en el aula. La maestra reclamaba la presencia de la madre una media de dos veces al día ante las ausencias de control de esfínteres. El nuevo centro escolar solicitó al anterior un informe del menor para conocer la situación previa. Dicho informe fue remitido por el Departamento de orientación del CEIP Arturo, en fecha 1 de marzo de 2.016. El Informe reflejaba que el menor presentaba esta problemática ya desde el inicio del presente curso escolar y que en los meses que había permanecido en el centro lograron avances poco significativos en su conducta. El informe indicaba que muchas de las dificultades radicaban en sus condiciones de vida: el menor estaba institucionalizado desde los 18 meses, con numerosas personas trabajando con él en diferentes espacios, falta de coherencia en la aplicación de las normas y ausencia de referentes estables. Todo esto hacía que el nivel cognitivo en el que se encontraba el menor fuese inferior a su edad real y que por eso manifestaba ciertos patrones lingüísticos (lenguaje repetitivo y poco vocabulario) o compartimentales (querer estar siempre en el regazo de los adultos, tener muy poca capacidad de atención y concentración en la tarea, parecer cansado a lo largo de la mañana, propias de conductas de niños más pequeños). Dada la gravedad de la problemática conductual presente en el menor, se constató la negligente actuación por parte del personal del Centro Arturo en la ocultación de datos relevantes previa a su integración en familia adoptiva, así como la desidia por parte del neuro pediatra que lo atendía en el Complejo Hospitalario de Arturo, que a pesar de apreciar en las consultas periódicas con el menor que este podía presentar algún déficit de tipo neurológico, no consideró oportuno someterlo a ninguna prueba diagnóstica basándose únicamente en la información recibida por parte del Centro (impresiones que les transmitió en consulta a los acogedores preadoptivos del menor),... en fecha 17 de marzo de 2.016 se remitió a la Dirección general de familia, infancia y dinamización geográfica, una solicitud de gasto extraordinario para la asistencia del menor a una terapia especializada,..., en fecha 5 de julio de 2.016 la terapeuta informó de la presencia en el menor de déficits en adquisición de habilidades motrices y de percepción rápida, dificultades en la coordinación psicomotora, psicomotricidad, lenguaje articulatorio y de estructuras motoras, dificultades académicas, problemas en la comunicación no verbal, déficits en la cognición social y déficits en atención y concentración. Respecto del área familiar se valoraba una buena adaptación e integración de las figuras parentales y sentimiento de pertenencia a la familia nuclear y extensa. Dada la positiva evolución del menor en todos los aspectos y ámbitos y la necesidad de seguir trabajando los déficits que presentaba el menor, el 13 de julio de 2.016 este equipo solicitó la prórroga del gasto extraordinario de terapia. El xxx de 2.016 la guardadora estableció contacto con este equipo para informar que el día anterior habían acudido con el menor a la consulta de neuropediatría del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo y que a este le había sido diagnosticado síndrome de alcoholismo fetal. El día 1 de agosto de 2.016 se mantiene entrevista con los guardadores del menor. Estos aportan informe de la Unidad de neuropediatría del CHUVI, recogiendo en el apartado de diagnóstico: cuadró clínico encuadrable en un síndrome alcohol fetal (talla baja, microcefalia, trastorno del comportamiento). Los guardadores del menor se mostraban muy afectados por este diagnóstico, habían buscado información sobre esta enfermedad a través de asociación de padres de menos/as afectados por la misma, en la que les explicaron cuál era la posible evolución y las dificultades con las que se irían encontrando a lo largo de las diferentes etapas vitales. Asimismo, acudieron a la terapeuta que los venía apoyando tanto a ellos como al menor a lo largo de la integración adoptiva, manifestándoles esta que, a la vista del diagnóstico y teniendo en cuenta, sobre todo, el estado emocional de Florinda no los consideraba preparados para seguir adelante con el proceso adoptivo. El equipo técnico le transmite a la familia que comparte el criterio de la terapeuta, y Florinda y Maximiliano admiten no sentirse capaces de seguir adelante, pues no se sienten capacitados para asumir la maternidad y paternidad de un niño con esta enfermedad y todas sus implicaciones.

*En esta misma fecha la familia firma una comparecencia en la que se manifiesta que tras el reciente diagnóstico del menor y tras consultar con el equipo de adopción y la terapeuta que sigue al niño, deciden interrumpir el proceso de guarda con fines adoptivos. Previo al cese de la guarda con fines adoptivos, el equipo de adopción valoró junto con la terapeuta y la familia la forma y el lugar menos traumático para llevar a cabo la despedida entre el niño y la familia. Se acordó que tuviese lugar en las dependencias del gabinete psicológico de la terapeuta por ser un lugar conocido para el menor y al que seguiría acudiendo... Tras la ruptura de la integración y de forma inmediata la familia manifestó, ante el equipo de adopción, así como ante otras instancias de esta Conselleria que, en un plazo breve de tiempo ya estarían preparados para llevar a cabo la integración de otro/a menor. Desde el equipo de adopción se les explicó que tras la ruptura de la integración necesitarían de un tiempo para la elaboración..., y para alcanzar la estabilidad emocional necesaria para afrontar una posible nueva integración adoptiva. Se acuerda con la familia proceder a la suspensión de su expediente de adopción nacional por un período de 12 meses de acuerdo con las Instrucciones sobre el tratamiento de las incidencias surgidas durante la tramitación de los expedientes de adopción, emitidas por la Dirección general de familia, infancia y dinamización demográfica el 23 de octubre de 2.014, según las cuales una vez transcurrido el período de suspensión del expediente y solicitada la reactivación por la familia, el equipo procede a valorar la nueva situación pidiendo documentación que avale la desaparición de las causas que originaron la causa de suspensión de ser el caso..., Si la situación familiar continúa sin variaciones, el equipo emitirá un informe en el sentido de que se mantiene la vigencia de la valoración de idoneidad anterior, sin necesidad de dictar nueva resolución. Si en el proceso de reactivación o actualización del expediente el equipo aprecia que los solicitantes dejaron de reunir los requisitos que determinaron en su momento la idoneidad tendrá que ser dictada una nueva resolución de no idoneidad sobrevenida. En fecha 18 de septiembre de 2.017, se mantiene con la familia una entrevista, concertada con ellos previamente, para proceder a la solicitud de reactivación de su expediente, la cual dejan por escrito en acta de comparecencia. En esa entrevista se le facilita a la familia la relación de documentos que deberán aportar, ..., Entre la documentación que se les solicita se encuentra un informe de valoración psicológica externo a este servicio, relativo a la elaboración..., y del estado emocional actual de la pareja. La familia establece contacto telefónico con este servicio para pedir que la solicitud de ese informe se le realice por escrito, lo cual se realiza el 27 de octubre de 2.017, fecha en la que aportan el resto de documentación.*

*En fecha 30 de enero de 2.018 comparece en este servicio la familia, previamente citada para proceder a la actualización de su expediente de adopción nacional. El 31 de enero de 2.018 los técnicos responsables de la actualización del expediente visitan el nuevo domicilio de la familia para completar la nueva valoración de idoneidad. El 15 de febrero de 2.018 el equipo técnico emite informe de actualización que se incorpora al expediente..., Dado que se mantiene la idoneidad de la familia..., no se emite nueva resolución de idoneidad manteniéndose vigente la resolución 2 de mayo de 2.012. El 11 de octubre de 2.018 acude la familia previa cita de este servicio, con el objeto de facilitar información sobre el nuevo marco normativo, Ley 26/2.015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y fundamentalmente de los cambios que implica esta modificación legislativa en cuanto a la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado que pasa de 40 a 45 años..., El 29 de octubre de 2.019 la familia contacta con este equipo a través de correo electrónico solicitando una cita para ver la evolución de su expediente. Se les cita por el mismo medio para el día 14 de noviembre de 2.019 a las 12,30 horas, solicitándoles que aporten documentación para la actualización del expediente. La familia acude a la entrevista previamente concertada, aportando la documentación solicitada. A lo largo de la misma la familia vuelve a reiterar su desconfianza sobre el funcionamiento del programa de adopción nacional..., el 15 de noviembre de 2.019 el equipo da traslado, a través de correo electrónico, a la jefatura de servicio y a la dirección general..., El 19 de noviembre de 2.019 el equipo técnico elabora un pequeño informe relativo a la entrevista con la familia”.*

Asimismo, en este procedimiento judicial, se practicó, a petición de la parte recurrente, el interrogatorio, que se hizo por escrito, de Dña. Azucena, xxx de Política Familiar, Infancia y Adolescencia de la Xunta de Galicia desde el 29 de noviembre de 2.017.

Entre otros extremos, respondió a las preguntas planteadas por escrito por la parte recurrente refiriendo: “..., Como he relatado anteriormente, antes del inicio de la guarda con fines de adopción de Cesar, se realizó como en todos los casos una actualización de los informes y entrevistas con el centro donde residía para tener toda la información. En este sentido, en el informe del centro Arturo se expresa literalmente “Cesar goza de buena salud física, teniendo los controles pediátricos, neurológicos y de endocrino sin ningún tipo de problema” Los informes médicos que constan en el expediente hasta ese momento y a los que yo pude tener acceso, no hacen ninguna manifestación relacionada con el diagnóstico de Síndrome de alcoholismo fetal. Es más, repasando estos informes con ocasión de la contestación de estas preguntas, consta un informe médico de 05/04/2016:

*“Desarrollo neurológico normal. En primera valoración a los 17 meses observo: Buen estado general. No rasgos dismórficos. No alteraciones en la pigmentación cutánea. Desarrollo psicomotor normal. Buena socialización con contacto ocular, intencionalidad comunicativa. Deambulación libre. Neurológico normal. La impresión*

diagnóstica es de niño sano con perímetro cefálico al nacimiento de 31 cm y actualmente de 43,3 cm. Desarrollo psicomotor normal." En este informe también se incluye la valoración por el servicio de Endocrinología en el que se establece un seguimiento por talla baja. De acuerdo con todo lo anterior, en el momento de la asignación no existía ningún informe médico que estableciera que Cesar tenía un diagnóstico de síndrome de alcoholismo fetal..., Como ya explicamos anteriormente, en el expediente no existe acceso a su historia clínica si no informes médicos y, sobre todo, informe del centro guardador en donde se recogen todas las incidencias y evolución tanto a nivel sanitario como escolar. En este sentido, constan en el expediente dos informes del Centro Arturo de 17/06/2014 y de 30/11/2015. Por su parte constan informes médicos previos a la guarda con fines de adopción, del nacimiento; de evolución y controles de 18 meses, 2 años y 3-4 años; informe de consultas pediátricas en el Complejo Hospitalario de Arturo de 21/01/2014; 09/06/2014;15/09/2014 y un resumen del Curso Clínico en el que se recogen consultas de pediatría de 19/09/2014; 17/04/2015; 07/10/2015. Respecto del informe escolar, el propio centro Arturo informa en un apartado especial en informe de 30 de noviembre de 2.015 de la Situación escolar en el siguiente sentido: "Cesar está escolarizado desde septiembre de 2.015 en el CEIP "Arturo" ubicado en el centro Arturo, está cursando 4 de educación infantil. Es un niño que se relaciona con el resto de sus compañeros y su profesora manifiesta que es un niño activo y participativo, aunque a veces hay que reforzar los estímulos para que continúe prestando atención..., Por su parte, en la Instrucción para la tramitación del proceso de adopción nacional..., entre los motivos de no idoneidad se recogen: 1) Falseamiento u ocultación de datos fundamentales para el estudio. 2) No aceptar cuestiones fundamentales o riesgos en el proceso que la adopción conlleva, como no asumir: • los requisitos formales del proceso de valoración. • los problemas que puedan surgir con el menor en su crianza. • la reversibilidad de la situación durante el período de acogimiento preadoptivo. • la necesidad de la revelación al menor de su situación de adoptado. • la necesidad de informar al niño sobre el derecho de conocer a sus padres biológicos. 3) El establecimiento por parte de las personas que se ofrecen para la adopción de condicionamientos a la adopción referidos la determinadas características de los menores:• Rasgos físicos, sexo y antecedentes socio-familiares de los niños: No se admite ningún tipo de condicionamiento por parte de la familia que se ofrece para la adopción. • Edad: no se admiten condicionamientos, si bien a la hora de proponer un niño, se tendrá en cuenta la diferencia de edad y la capacidad de la familia para atender correctamente a niños de una edad determinada. En todo caso, los niños mayores de 8 años se consideran menores de necesidades o características especiales. A pesar de no admitirse determinados condicionamientos, la familia se podrá pronunciar sobre "sus preferencias" en relación a determinadas características: a) Minusvalías físicas o psíquicas: se puede condicionar la adopción a niños que no padezcan ningún tipo de minusvalía, o aceptar solamente determinados tipos de estas. En cualquiera caso los adoptantes deberán asumir el riesgo de que el menor pueda padecer algún tipo de enfermedad recuperable en el momento de la propuesta. b) Número de menores: se podrá limitar el número de menores que se esté en disponibilidad de recibir de una vez. Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán mostrar: flexibilidad de aptitudes y adaptabilidad a nuevas situaciones, comprensión de las dificultades que entraña la situación del niño, respeto a la historia del niño con aceptación de sus características particulares, actitud positiva hacia la formación y seguimiento, etc. ... Por su parte, respecto de la suspensión de los expedientes, es un tema recogido en la Instrucción de 23/10/2014 sobre el tratamiento de incidencias surgidas durante la tramitación de los expedientes de adopción (publicada igualmente en el enlace anterior). En el apartado III, regula la suspensión en los siguientes términos: "A los efectos de estas instrucciones, entendemos por suspensión el establecimiento de un período durante el cual la entidad pública, por solicitud de la familia y con base en determinadas circunstancias, decide no realizar asignaciones a su favor. CAUSAS Las causas que pueden dar lugar a la suspensión en un proceso de adopción son todas aquellas que afecten a la estabilidad de la familia y que desaconsejen la integración de un menor que había podido producirse si se continúa con la tramitación. Podemos distinguir los siguientes motivos: • Cambios en la unidad familiar: Fallecimiento de uno de los miembros de la pareja /separación o divorcio Incorporación de una nueva pareja Embarazo/nacimiento de hijo Integración de un menor en adopción o en acogimiento preadoptivo Fallecimiento de un/a hijo/a u otra persona significativa. • Económicos: merma de ingresos, cambios en la situación laboral • De salud: De los propios solicitantes: tratamientos médicos/intervenciones quirúrgicas ...De otros familiares, que requieran atención por parte de los solicitantes • Necesidad de desplazamiento temporal a otra comunidad o país: por trabajo, estudios, etc • Otros motivos, siempre que estén justificados y se consideren relevantes de cara a la conveniencia de una posible integración..., En agosto de 2.016, Dña. Florinda y D. Maximiliano aportan al equipo de adopción un informe de la Unidad de Neuropediatría del Complejo Hospitalario universitario de Vigo, en el que figura "cuadro clínico encuadrable en un Síndrome Alcohol Fetal". En ese momento, según me informó el equipo de adopción, los guardadores están muy afectados y transmiten que la terapeuta que está apoyando a Cesar les expresa que tras ese posible diagnóstico y teniendo en cuenta, sobre todo, el estado emocional de Dña. Florinda, no los considera preparados para seguir adelante con el proceso adoptivo. El equipo de adopción les transmite que comparten el criterio de la terapeuta y Dña. Florinda y D. Maximiliano admiten que no se sienten capaces de seguir adelante, pues no se sienten capacitados para asumir la maternidad y paternidad de un niño con esta dolencia y sus implicaciones. Esta misma incapacidad la manifiestan Dña. Florinda y D. Maximiliano en las reuniones mantenidas conmigo. En el expediente consta una comparecencia escrita de Dña.

*Florinda y D. Maximiliano en la que literalmente escriben de su puño y letra: "Que, tras el reciente diagnóstico neurológico grave de Síndrome de Alcohol fetal, tras consulta con los profesionales de adopción y la terapeuta que sigue al niño, decidimos interrumpir el proceso de guarda con fines adoptivos de Cesar". Respecto a si se prometió a los recurrentes la asignación de otro menor, en un breve espacio de tiempo, manifestó: "..., En ningún momento se realizó ese ofrecimiento o promesa, sobre todo porque realizarlo sería manifiestamente alegal, ya que los procesos adoptivos deben estar guiados por unos tiempos que garantizan el correcto desarrollo de los NNA adoptados y de las familias adoptivas. Recuerdo, como he mencionado anteriormente, que Dña. Florinda y D. Maximiliano llegaron a pedirnos literalmente tener un niño para las próximas Navidades. Y lo recuerdo porque esta petición me sorprendió especialmente teniendo en cuenta el proceso de duelo por el que tenían que estar pasando tras el cese de la guarda de Cesar y lo doloroso que eso tenía que estar siendo para su unidad familiar. Por mi trabajo y el puesto que desarrollo, suelo tener reuniones de forma más o menos frecuente, con familias cuyo proceso adoptivo (nacional y/o internacional) se ve frustrado y todo el que me conoce puede acreditar que procuro realizar una escucha empática pero ser muy clara o, incluso, dura en el futuro de los proyectos adoptivos, ya que la adopción es una medida de protección especialmente complicada para todas las partes implicadas,.., Con fecha 18/09/2017, Dña. Florinda y D. Maximiliano presentan solicitud de reactivación de su expediente de adopción nacional, ante lo que se les solicitó una valoración psicológica externa sobre la elaboración del duelo y del estado emocional de la pareja. Esto no es algo excepcional y se solicita de acuerdo con el criterio de los técnicos, en muchas ocasiones en las que consta que la familia ha pasado por situaciones traumáticas que requieren estar completamente sanadas para afrontar con éxito la futura posible integración de un NNA. Considero importante señalar, por último, que los acontecimientos posteriores demostraron no solo la importancia de la suspensión, si no, incluso, que esta debió ser más larga y con un trabajo terapéutico mayor, ya que ante la siguiente posibilidad de integración de un niño menor de 1 años y procedente de la lista autonómica en la que están niños menores de un año sin necesidades especiales, la familia desiste de su ofrecimiento adoptivo recogiendo documentalmente cuestiones fundamentales en relación con todo lo expresado hasta este momento. Así en escrito de 23 de diciembre de 2.020 que consta en el expediente de adopción nacional Dña. Florinda y D. Maximiliano manifiestan: Que renuncian a continuar con el acogimiento con fines adoptivos de xxxx, entre otras cuestiones por la recaída emocional de Dña. Florinda, la manifestación de D. Maximiliano de que debido a la diferencia de edad entre en adoptante y adoptado y no sabiendo a lo que va a tener que enfrentarse, por responsabilidad no se compromete y un último párrafo en el que afirman que en el momento de la ruptura de la integración de Cesar ellos tampoco pudimos asegurar que estaban 100% capacitados para seguir y que ahora sería una gran irresponsabilidad por nuestra parte comprometernos,..".*

En primer lugar, debe señalarse que, ninguna duda existe acerca de que consta la declaración de idoneidad de los recurrentes para ejercer la guarda preadoptiva de un menor. Asimismo, se constata que los recurrentes habían solicitado la adopción de un menor que no tuviese problemas de salud.

De conformidad con la normativa de aplicación, no se trata de elegir o de escoger, conducta no permitida legalmente, sino de determinar los guardadores más adecuados para cada menor, dado que aquellos que presentan especiales circunstancias, o problemas de salud deben ser asignados a guardadores que hayan aceptado esos acogimientos especiales. En este caso esa circunstancia no concurre en los recurrentes, sino que la propia resolución de idoneidad de los recurrentes los declara idóneos *para la adopción de un menor que "no presente ningún problema de salud, deficiencia significativa o circunstancia especial que demande un tratamiento diferenciado"*.

En segundo lugar, debe señalarse de los hechos que se han expuesto anteriormente en la presente Sentencia y que resultan de la prueba practicada en este procedimiento, que consta en el presente caso la idoneidad de los recurrentes, y que, en el momento en que sucedieron los hechos en los que la parte recurrente sustenta su pretensión impugnatoria, lo que la Administración había autorizado era una guarda preadoptiva. Es decir, se trata de una situación en la que se comprueba la posibilidad de integración del menor en ese entorno familiar, pero no es una situación definitiva. Efectivamente, si todo se desarrolla sin ningún problema procedería en su caso, la formulación de una propuesta de adopción.

Así, debe recordarse que la resolución que se dictó fue de 5 de febrero de 2.016 de la jefa territorial de la Conselleria de Política Social de la Xunta de Galicia en Vigo, en su calidad de tutora legal del menor Cesar, por la que acuerda delegar su guarda en los recurrentes, formalizándose en esa misma fecha perceptivo Contrato de Guarda con Fines de adopción.

En esa resolución se refiere expresamente: *"Mantener la tutela pública del menor Cesar, así como la suspensión del régimen de visitas y relación con su familia de origen. Trasladar el ejercicio de la guarda del menor de la dirección del Centro Arturo Carlos Miguel Felipe de Arturo - donde causará baja- a la familia solicitante de adopción nacional formada por D. Maximiliano y Dña. Florinda N° Expte. NUM000 valorada idónea para la*

*adopción nacional con la cual se formalizará un contrato de guarda con fines adoptivos con efectos de 5 de febrero de 2.016."*

Es decir, no se trataba de una situación permanente, toda vez que la tutela de ese menor durante la duración de esa guarda preadoptiva seguía siendo de la administración pública.

En tercer lugar, no existe duda respecto a que, nada más iniciarse la convivencia de los recurrentes con el menor, estos constataron el comportamiento anómalo y agresivo de éste, que consistía en que su forma de relacionarse no solamente con los recurrentes, sino también con los demás adultos, *era pegar, dar patadas*. Lógicamente esa situación creó en los recurrentes una enorme preocupación y desasosiego que se vio incrementada cuando se escolarizó al menor y se comprobó que el comportamiento del menor seguía siendo disruptivo. La situación empeoró al comprobarse que el menor no tenía control de esfínteres, en una edad en la que ya no se permite que los menores acudan al colegio con pañales, y el personal educativo no se encarga de esas tareas, dada la edad de los menores. Ello exigió que la recurrente, tuviese que acudir al centro escolar una media de dos veces al día, para cambiar al menor.

Estas circunstancias se produjeron desde el inicio de la convivencia con el menor y finalmente concluyeron, tras las comunicaciones de los recurrentes a la administración, la visita de estos al médico, como ya se expone detalladamente en el fundamento de derecho primero de la presente sentencia, en un diagnóstico de alcoholismo fetal en el menor. Evidentemente este diagnóstico cambió por completo la situación, toda vez que, de conformidad con la normativa, ese diagnóstico requería una adopción especializada. Consta en la actualidad que el menor se encuentra desde hace tiempo con una familia, como refirió la terapeuta en su declaración ante esta Sala.

Como resulta de la normativa de aplicación para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial debe acreditarse la concurrencia de todos los elementos que, de conformidad con la normativa de aplicación, integran dicha responsabilidad.

En el presente caso, nos encontramos con una situación en la que, los recurrentes *sustentan su pretensión impugnatoria en los siguientes puntos: En primer lugar, alegan que, la actuación de la Administración fue incorrecta, porque ellos solicitaron un menor sano y Cesar fue diagnosticado con posterioridad al acogimiento de una grave patología*. Achacan los recurrentes a la Administración una actuación incorrecta al *ocultar esa información*. De la prueba practicada, tanto la documental como las testificales practicadas no puede considerarse acreditado que la Administración hubiese ocultado información al respecto a los recurrentes.

En este sentido debe recordarse también que el neurólogo al que acudieron los recurrentes y realizó un Informe de 2.016 se mostró, como se refiere en ese Informe, sorprendido, toda vez que los informes que tenía del menor no mostraban ninguno de esos comportamientos disruptivos que el menor manifestó después (agresividad, retraso en el aprendizaje, falta de control de esfínteres). Asimismo, debe señalarse que en la resolución que acuerda el acogimiento preadoptivo se refiere claramente la situación en la que se encontraba la familia biológica del menor. La terapeuta que trata al menor tanto ahora como antes y durante el acogimiento preadoptivo manifestó claramente que esos problemas no se habían dado antes con el menor. Por ello, puede concluirse que no se ha acreditado que la administración hubiese "ocultado" información a los recurrentes como estos afirman.

Como ya se ha expuesto anteriormente, es evidente que ese grave diagnóstico no existía en el momento de la formalización de la guarda preadoptiva. De la prueba practicada, se constata que se produce un reproche por parte de la administración al Centro Arturo, pero esa circunstancia no se puede oponer a los recurrentes, dado que era la administración pública la que tenía la tutela del menor.

No se ha acreditado que la administración hubiese ocultado información a los recurrentes, pero del informe del equipo de adopción expuesto literalmente en los párrafos anteriores de esta sentencia, se concluye que, en cuanto a la falta de información sobre el comportamiento disruptivo del menor, imputan esa falta de información al Centro Arturo, y en cuanto a la falta de diagnóstico, a la actitud del neuro pediatra que había atendido al menor antes de la formalización de la guarda preadoptiva.

Por tanto, se concluye que, en el momento en que se formalizó la guarda preadoptiva del menor por los recurrentes, el menor no tenía diagnosticada ninguna enfermedad, y que no se ha acreditado que la Administración hubiese ocultado información a los recurrentes, pues en los informes remitidos por el Centro Arturo de 2.014 y 2.015 se hablaba de un comportamiento normal, al igual que en los informes del médico. Solamente, cuando el nuevo centro escolar del menor solicita informe al Centro Arturo es cuando este último centro remite un informe en el que pone de manifiesto el comportamiento disruptivo del menor. Ahora debe determinarse si esos hechos, si esa actuación de la Administración es, o no, constitutiva de responsabilidad

patrimonial, como alegan los recurrentes, y si da lugar a una indemnización por daños morales de 120.000 euros o la cantidad que esta Sala fije, como reclaman los recurrentes.

Debe recordarse que el contrato suscrito por los recurrentes no era una adopción definitiva, sino que era una guarda preadoptiva, situación creada precisamente para evaluar si se produce o no la integración del menor en una familia determinada.

En el presente caso los recurrentes no reclaman daños materiales. Sí se hace referencia a que habían comprado una vivienda y que posteriormente la vendieron, pero de la documental aportada consta que esa vivienda se compró en el año 2.013 y se vendió en el 2.018, y que los recurrentes se trasladaron a un piso que ya tenían. Así resulta de la documental relativa a sus ingresos aportada por los propios recurrentes.

Se trató de una decisión personal, toda vez que la situación en la que estaban era la de guarda preadoptiva, que no es una situación definitiva.

La cuantía indemnizatoria reclamada por los recurrentes se reclama como daños morales, concretados *en la cantidad de 120.000 euros o la que la Sala estime adecuada*.

Debe recordarse que nos encontramos ante una materia especialmente sensible, toda vez que se trata de la figura de la guarda preadoptiva de menores, figura regulada para el cuidado integral de aquellos menores, cuyos padres, por diversas situaciones no se pueden hacer cargo de ellos.

Ninguna duda existe en el presente caso respecto a que los recurrentes fueron declarados idóneos para la guarda preadoptiva, pero también debe señalarse que esa situación obedece a un período de integración del menor, período que puede derivar, o no, en una adopción definitiva.

Es una situación ciertamente difícil en la que debe atenderse por encima de cualquier otra consideración al bienestar de los menores. Por todo lo expuesto, es indudable que los recurrentes pudieron sufrir decepción, tristeza, frustración, porque la adopción no pudiese realizarse finalmente, pero no se ha acreditado que se hubiese producido el daño moral por el que reclaman la cantidad de 120.000 euros. Consta, y así se acreditó en este procedimiento que la recurrente fue tratada por una psicóloga, pero los daños que los recurrentes reclaman en este procedimiento son daños morales.

No se ha producido en el presente caso la vulneración de la normativa referida por la parte recurrente. No debe olvidarse que la figura de la responsabilidad patrimonial exige la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que la integran y que no toda actuación administrativa errónea, produce de manera automática la existencia de responsabilidad patrimonial. En segundo lugar, los recurrentes refieren en varias ocasiones que *la Administración no les dio tiempo a pensar*, y que prácticamente les obligó a firmar los documentos de cese de la guarda preadoptiva y la renuncia a seguir con el procedimiento. No se cuestiona la difícil situación por la que han pasado los recurrentes, pero en el expediente consta la firma de los recurrentes en la cesación de la guarda preadoptiva, siendo ambas dos personas adultas.

Cuestionan que no se les remitió por escrito la resolución de cesación, pero ya tenían conocimiento de ella, como se desprende de esa comparecencia. Asimismo, aunque los recurrentes manifestasen que, en poco tiempo, estarían listos para acoger a otro menor, como señala el equipo técnico en su Informe, las *Instrucciones sobre el tratamiento de las incidencias surgidas durante la tramitación de los expedientes de adopción, emitidas por la Dirección general de familia, infancia y dinamización demográfica el 23 de octubre de 2.014, exigen que una vez transcurrido el período de suspensión del expediente y solicitada la reactivación por la familia, el equipo procede a valorar la nueva situación pidiendo documentación que avale la desaparición de las causas que originaron la causa de suspensión de ser el caso*.

En este caso se acordó, la suspensión por 1 año. Los recurrentes a finales de 2.017 solicitaron la reactivación de su expediente. Se les exigieron nuevos documentos e informe psicológico externo y volvieron a ser declarados idóneos, no mediante nueva resolución, sino en base a la anterior, la del año 2.012.

Cuestionan los recurrentes que no se les ofreciese ningún menor, cuando consta que se produjeron durante ese período numerosas guardas preadoptivas a otras familias. Debe recordarse que el primordial interés que debe mantenerse en estos procedimientos es el de los menores, no tratándose de una cuestión de "prioridad" sino de seleccionar los guardadores más adecuados para cada menor. Conocer las circunstancias de esas otras guardas preadoptivas, como pretendía la parte recurrente, supondría una indeseada intromisión en la intimidad de esos menores y de los guardadores.

Asimismo, en cuanto a los reproches de los recurrentes respecto a la firma del documento de cesación de la guarda preadoptiva, debe señalarse que, en el informe del equipo de adopción consta claramente que los recurrentes manifestaron que *no se veían capaces de seguir adelante*, opinión compartida tanto por el equipo de adopción como por la terapeuta.

Por último, en relación con el reproche de los recurrentes respecto a la excesiva duración del período de suspensión del expediente, y a la falta de realización de otra guarda preadoptiva por los recurrentes, debe recordarse que, Dña. Azucena, xxx de Política Familiar, Infancia y Adolescencia de la Xunta de Galicia desde el 29 de noviembre de 2.017, manifestó: "..., Con fecha 18/09/2017, Dña. Florinda y D. Maximiliano presentan solicitud de reactivación de su expediente de adopción nacional, ante lo que se les solicitó una valoración psicológica externa sobre la elaboración del duelo y del estado emocional de la pareja. Esto no es algo excepcional y se solicita de acuerdo con el criterio de los técnicos, en muchas ocasiones en las que consta que la familia ha pasado por situaciones traumáticas que requieren estar completamente sanadas para afrontar con éxito la futura posible integración de un NNA. Considero importante señalar, por último, que los acontecimientos posteriores demostraron no solo la importancia de la suspensión, si no, incluso, que esta debió ser más larga y con un trabajo terapéutico mayor, ya que ante la siguiente posibilidad de integración de un niño menor de 1 años y procedente de la lista autonómica en la que están niños menores de un año sin necesidades especiales, la familia desiste de su ofrecimiento adoptivo recogiendo documentalmente cuestiones fundamentales en relación con todo lo expresado hasta este momento. Así en escrito de 23 de diciembre de 2.020 que consta en el expediente de adopción nacional Dña. Florinda y D. Maximiliano manifiestan: Que renuncian a continuar con el acogimiento con fines adoptivos de xxxx, entre otras cuestiones por la recaída emocional de Dña. Florinda, la manifestación de D. Maximiliano de que debido a la diferencia de edad entre en adoptante y adoptado y no sabiendo a lo que va a tener que enfrentarse, por responsabilidad no se compromete y un último párrafo en el que afirman que en el momento de la ruptura de la integración de Cesar ellos tampoco pudimos asegurar que estaban 100% capacitados para seguir y que ahora sería una gran irresponsabilidad por nuestra parte comprometernos,..". Se trata de una decisión absolutamente legítima por parte de los recurrentes.

Como resulta de la normativa de aplicación, el interés que debe primar siempre en este tipo de procesos es el interés de los menores.

En definitiva, de toda la prueba practicada se concluye que no se ha acreditado la concurrencia de todos los elementos necesarios para poder apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto.

#### **CUARTO. - Costas.**

De conformidad con lo establecido en el **Artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**, pese a haberse desestimado el recurso no procede la imposición de costas a ninguna de las partes, atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso.

#### **FALLAMOS**

**DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto por la representación de D. Maximiliano, y de Dña. Florinda, contra *la Resolución de fecha 5 de febrero de 2.021 de la CONSELLERÍA DE POLÍTICA SOCIAL DE LA XUNTA DE GALICIA en resolución del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial 11/2018 y por la que se acuerda desestimar la Reclamación efectuada*, y **Todo ello**, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-00-0130-21), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.