



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 7 2 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de mayo de 2016.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.G.L.D., guardadora de hecho de O.D.B., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia (EXP. 141/2016 ID)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Se dictamina la Propuesta de Orden resolutoria de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, tras la presentación de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que se entienden sufridos a consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia.

2. Es preceptiva la solicitud del dictamen según el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, estando legitimada para efectuarla la Sra. Consejera que la remite (art. 12.3 de la citada ley).

3. La reclamación fue presentada en fecha 6 de febrero de 2014. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, ya que, de acuerdo con nuestra doctrina expuesta en los Dictámenes 476/2015, de 28 de diciembre y 403/2014, de 12 de noviembre, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia de 8 de octubre de 2012, concluimos que:

«(...) nos hallamos, precisamente, en uno de estos supuestos de daño continuado, pues habiéndose reconocido a la interesada el derecho a unas prestaciones como consecuencia de

---

\* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

su situación de dependencia, y habiéndose determinado, además, el carácter permanente de tal situación en aquella Resolución, la omisión de la resolución del procedimiento oportuno por parte de la Administración genera a aquella un daño continuado, pues cada día de retraso en su resolución determina la imposibilidad de recibir las prestaciones a las que tiene derecho, produciéndose una acumulación del perjuicio que crece cada día, frente al que la interesada, por otra parte, ha luchado instando a la resolución en reiteradas ocasiones con los medios de los que ha dispuesto. De hecho, la reclamación de la interesada se produce por los daños generados en el retraso en la resolución del procedimiento y, lo cierto es que, tal retraso, en tanto no se apruebe el PIA, se sigue produciendo y sigue generando daños. Así, como señala la Sentencia dictada, se trata de un supuesto en el que solo cuando cese el acto que genera el daño, en este caso la omisión en la aprobación del PIA, se podrá determinar el alcance del daño que tal omisión viene generando».

4. Concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio regulado en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

5. En el análisis de adecuación jurídica a efectuar en este caso son de aplicación tanto la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RPAPRP), aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo. Asimismo, es aplicable la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LD), de carácter básico; el Decreto 54/2008, de 25 de marzo, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del correspondiente sistema en el ámbito de la Comunidad Autónoma; y el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

## II

1. El presupuesto fáctico de la pretensión indemnizatoria descansa en los siguientes hechos alegados:

«la recurrente solicita reconocimiento de la prestación de dependencia en octubre de 2010.

(...) debió emitirse resolución de grado y nivel, como mucho, transcurridos tres meses desde que se solicitó, esto es, en enero de 2011.

(...) el 18 de julio de 2011, se emite resolución de grado y nivel (...).

En definitiva, en octubre de 2011, se debió emitir resolución en virtud de la que se aprobara el Programa individual de Atención (...).

Solicito (...):

1) El pago de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales desde la fecha de la solicitud, en octubre de 2010, hasta la fecha en que se dicte resolución.

2) Subsidiariamente, para el supuesto de no estimar la anterior solicitud, el pago de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales desde la fecha en que se debió haber aprobado el Programa Individual de Atención "PIA", esto es, en abril de 2011, si se tiene en cuenta que se solicitó en octubre de 2010 (tres meses en que se debió valorar y tres meses en que se debió aprobar el PIA) hasta la fecha en que se dicte resolución.

3) Subsidiariamente, para el supuesto de no estimar ni la primera ni la anterior solicitud, el pago de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales desde la fecha en que se debió aprobar el PIA después de haber resuelto valoración de dependencia, octubre de 2011, hasta la fecha en que se dicte resolución».

2. En atención a la secuencia de hechos que acreditan la situación de dependencia, debemos poner de manifiesto que, en fecha 26 de octubre de 2010, se presenta por O.D.B. la solicitud de reconocimiento de la dependencia, confirmando que la afectada está siendo atendida en su domicilio por un familiar.

El dictamen técnico facultativo realizado el 4 de noviembre de 2010 es de carácter estimatorio, no procediendo establecer plazo para efectuar la revisión de grado y nivel dictaminado.

En fecha 24 de octubre de 2011, se elaboró la propuesta del PIA en la que se indicaba oportuno conceder a la interesada la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de forma complementaria el servicio de ayuda a domicilio. Lo que también se confirma en fecha 8 de febrero de 2012, durante el trámite de consulta, en el que la guardadora de hecho -hija de la persona dependiente- acepta como modalidad de intervención resultante la prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

En fecha 20 de diciembre de 2013, la interesada solicita certificado acreditativo del silencio producido en el expediente de dependencia al no haberse aprobado el PIA, instando la resolución expresa del procedimiento.

### III

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación, que fue admitido a trámite un año y diez meses después mediante Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, en fecha 11 de diciembre de 2015. Además, en virtud de la misma se indica la improcedencia de la apertura del periodo probatorio al ofrecer los documentos que constan en el expediente elementos de juicio necesarios, sin que la parte reclamante haya solicitado la práctica de pruebas adicionales. Dicha Orden fue notificada a la parte interesada y al Servicio de Valoración y Orientación a la Dependencia.

El trámite de vista y audiencia del expediente fue notificado a la interesada en fecha 16 de febrero de 2016, sin que haya presentado alegaciones al respecto.

En fecha 4 de abril de 2016, el Servicio de Régimen Jurídico solicita del Servicio de Valoración y Orientación a la Dependencia "I" la cuantía de la prestación económica en virtud de la aplicación del baremo correspondiente a la situación de gran dependencia en grado III, a efecto de concretar la indemnización que en su caso correspondería reconocer a la afectada, informando el mismo que la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales ascendería a 12.840 euros y la prestación económica vinculada al servicio ascendería a 37.884,23 euros.

El 8 de abril de 2016, se emite informe-propuesta de del Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica, de carácter desestimatorio sobre la reclamación planteada.

Finalmente, en fecha 11 de abril del año en curso, se emite la Propuesta referida a la Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias.

2. En relación con la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, la misma se ha realizado de conformidad con las normas establecidas al respecto. Por lo que nada obsta para entrar a resolver sobre el fondo del asunto planteado.

No obstante, se observa que el procedimiento concluirá vencido el plazo para resolver, de conformidad con el art. 13.3 RPAPRP. Sin embargo, pese a que tal demora ha de conllevar los efectos administrativos y, en su caso, económicos pertinentes, es obligado resolver expresamente, como específicamente indican los arts. 42.1 y 7, 43.1 y 3.b), 141.3, y 142.1 LRJAP-PAC.

## IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la reclamante.

La fundamentación jurídica que la Consejería implicada utiliza repetidamente para desestimar un daño que como consecuencia de su deficiente funcionamiento está ocasionando a los usuarios del servicio de dependencia, las concreta indicando:

«(...) a la vista de la documentación obrante en el expediente, se constata que en el momento de formularse la reclamación de responsabilidad patrimonial, el PIA de la reclamante aún no había sido aprobado, y ello determina que no se había llegado a constituir una auténtica relación con derecho consolidados entre esta y la Administración en tanto que hasta que no se estableciera a través del PIA la concreta modalidad de servicios y/o prestaciones que mejor convengan a la reclamante, la eficacia de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia quedaría demorada (...) en el supuesto que nos ocupa no existía lesión resarcible real y efectiva, toda vez que al no haberse aprobado el PIA no era aún efectivo el reconocimiento del derecho a las prestaciones del Sistema. No dándose, por tanto, la nota de efectividad de la lesión.

Además, no estaba determinado aún el concreto servicio (de prevención y de promoción de la autonomía personal, de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de centro de día, de centro de noche, o de atención residencial) o prestación económica (prestación económica para cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal, o vinculada al servicio) que, en su caso, hubiera podido corresponder a la persona interesada en atención a su grado y nivel de dependencia y a sus circunstancias particulares.

Todo ello debe conllevar la desestimación de la reclamación formulada (...).

Es decir, la Administración fundamenta su Propuesta de Resolución con base en que se identifica el reconocimiento de la prestación con la aprobación del PIA, por lo que, no aprobado este lo que ostenta la interesada es una mera expectativa, no un derecho a la prestación.

2. El Consejo Consultivo de Canarias ha elaborado una constante doctrina sobre la materia que nos ocupa, siendo evidente que la Administración implicada no es proclive a entender lo señalado reiteradamente por este Consejo Consultivo. Cabría hacer mención de nuestro Dictamen 121/2016, de 21 de abril de 2016, entre muchos otros, en el que indicábamos:

«En este caso, justamente, se obsta que, con incumplimiento de la normativa aplicable, particularmente sobre la aprobación y notificación del PIA, la interesada disfrute de protección y de unas prestaciones a las que tiene derecho, como consecuencia del

reconocimiento de su situación de dependencia, a partir del 1 de enero de 2009; lo que, tratándose de un derecho que debió tener efectividad en tal fecha, supone la producción de un daño efectivo, que, en cuanto tal, no requiere para su efectividad que se apruebe, con injustificada dilación, el PIA meses o años después de cuando debió serlo.

Por tanto, no estamos ante una mera expectativa de derecho o de un derecho futuro no nacido ni exigible en el momento de la producción del hecho lesivo, el incumplimiento de la norma aplicable, con la no aprobación del PIA que lo hacía efectivo, sino de un derecho que lo era en su eficacia entonces y, por tanto, de una lesión real al no abonarse las correspondientes prestaciones».

La Propuesta de Orden, una vez más, pretende sustentar su razonamiento en la consideración de expectativa de derecho y no de derecho existente de las prestaciones correspondientes a la situación de dependencia, teoría que cabe refutar con los argumentos tantas veces expuestos por este Consejo (Dictámenes 76/2016, de 17 de marzo, y 70/2016, de 10 de marzo, entre otros).

3. Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a determinar que la Resolución de 18 de julio de 2011, de la Viceconsejería de Bienestar Social e Inmigración, no solo reconoce a la afectada su situación de gran dependencia, grado III, nivel 2, sino también el derecho a una serie de servicios y prestaciones económicas enumerados de forma pormenorizada, lo que implica que no cabe identificar tal reconocimiento con la aprobación del PIA, máxime cuando dicho reconocimiento es previo y necesario a la aprobación del mismo teniendo el PIA por objeto simplemente la concreción de las prestaciones y servicios ya reconocidos por la resolución previa (art. 29 LD y art. 11 del Decreto 54/2008).

4. A mayor abundamiento, en contra de lo dicho en la Propuesta de Resolución sobre «la expectativa de la interesada (que no era más que una expectativa, no un derecho concretado, real ni efectivo) a obtener una prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a los cuidadores no profesionales (...), que era lo que pidió en la reclamación de responsabilidad patrimonial», lo que reclama la interesada no son las concretas prestaciones que espera se le otorguen en el PIA, sino, precisamente, el hecho de no haber percibido prestación de ningún tipo por no haberse aprobado el PIA, que debió serlo a los tres meses de la Resolución de declaración de situación de dependencia (el 18 de octubre de 2011), aún no aprobado a la fecha de la reclamación.

5. Evidentemente, se reclama por los perjuicios causados como consecuencia de la demora en la aprobación del PIA, y si bien la reclamante no fija la cuantía

indemnizatoria en una cantidad determinada sí lo hace al solicitar que se aplique el baremo correspondiente a la situación de gran dependencia en grado III, perfectamente calculable como ha podido hacer el Jefe de Servicio de Valoración y Orientación de Dependencia en su informe de fecha 8 de abril de 2016.

## V

1. Nos hallamos, pues, ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración donde concurren todos los elementos necesarios para su reconocimiento: hay un daño, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona de la reclamante, que no tiene el deber jurídico de soportar.

Tal daño consiste en que teniendo la interesada derecho a una prestación por dependencia no ha disfrutado de la misma por la ausencia de concreción de esta desde el 18 de octubre de 2011, fecha en la que debió haberse aprobado el PIA. La reclamante no recibió prestación de ayuda a domicilio ni prestación económica para cuidados profesionales ni prestación económica para cuidados del entorno familiar; siendo claro que alguna de tales prestaciones debió otorgársele desde la referida fecha por así contenerlo la Resolución de reconocimiento de su situación de dependencia.

Por ello, concurre el exigible nexo de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento de la Administración, consistente en el incumplimiento del plazo legalmente establecido para la aprobación del PIA, cuyo retraso es, precisamente, la causa de que la interesada no haya podido disfrutar de la prestación que le corresponde, y que el PIA estaba llamado a hacer eficaz.

Las prestaciones por dependencia constituyen un derecho de la interesada, no una mera expectativa, cuya concreción, como venimos indicando, debe realizarse por el PIA -de ahí que este concrete su eficacia pero no la existencia misma del derecho- cuya aprobación debe producirse a los tres meses desde la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia. Por tanto, no es admisible que el propio incumplimiento de la Administración de los plazos que le incumben pueda argüirse para negar la existencia de un derecho cuya eficacia, que no existencia, queda supeditada a la aprobación del PIA en el referido plazo.

2. En el Dictamen de este Consejo Consultivo 70/2016 se señala:

«En efecto, este Consejo Consultivo viene afirmando ya desde el Dictamen 450/2012 que el derecho del interesado nace de forma plena y efectiva en el momento en que se reconoce

la situación de dependencia por parte de la Administración, sin que la normativa reguladora de la materia permita entender que su efectividad queda condicionada a la aprobación del PIA. Señala dicho Dictamen que:

“En este caso, justamente, se obsta a que, con incumplimiento de la normativa aplicable, particularmente sobre la aprobación y notificación del PIA, la interesada disfrute de protección y de unas prestaciones a las que tiene derecho, como consecuencia del reconocimiento de su situación de dependencia, a partir del 1 de enero de 2009; lo que, tratándose de un derecho que debió tener efectividad en tal fecha, supone la producción de un daño efectivo, que, en cuanto tal, no requiere para su efectividad, que se apruebe, con injustificada dilación, el PIA meses o años después de cuando debió serlo.

Por tanto, no estamos ante una mera expectativa de derecho o de un derecho futuro no nacido ni exigible en el momento de la producción del hecho lesivo, el incumplimiento de la norma aplicable, con la no aprobación del PIA que lo hacía efectivo, sino de un derecho que lo era en su eficacia entonces y, por tanto, de una lesión real al no abonarse las correspondientes prestaciones”.

En consecuencia, la no aprobación del PIA dentro del plazo de tres meses desde el reconocimiento de la situación de dependencia origina la producción del hecho lesivo y un consiguiente daño, pues con esta omisión de la Administración se impide a la interesada disfrutar de las prestaciones a las que tiene derecho. Esta privación supone la producción de un daño continuado que no cesará hasta tanto no se le otorguen de manera efectiva y real las prestaciones que le correspondan conforme a su situación personal y al grado de dependencia reconocido, momento en el que se podrá decir de manera incontestable que surte efectos el sistema asistencial previsto en la Ley de Dependencia.

(...) Por lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho, debiendo estimarse la reclamación presentada por la interesada ya que, al tener reconocida la situación de dependencia y, por ende, tener derecho a las prestaciones que le correspondan conforme a su situación personal y al grado de dependencia reconocido, su no disfrute por un retraso injustificado de la Administración en la aprobación del PIA le viene produciendo una lesión real y efectiva que se ha de resarcir; lesión que la reclamante concreta en la pérdida del derecho a los servicios y prestaciones reconocidos en la LD a favor de las personas que han sido valoradas en el grado II de dependencia severa, nivel 2, que es el que le ha sido reconocido por la Administración y que cuantifica en la forma anteriormente señalada en el Fundamento II.1 de este Dictamen, sin que esta forma de cuantificar el daño suponga la reclamación de un pago de cantidad debida por la Administración sino una manera de valorar el daño producido.

No obstante, se ha de tener en cuenta que a la reclamante se le ha reconocido su situación de dependencia antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, lo que implica que le es aplicable, a la hora de determinar la indemnización que le corresponde por

el daño ocasionado por el funcionamiento anormal del servicio, la disposición adicional séptima, punto 2, del mismo que dispone:

“A partir de la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-ley, las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, reconocidas a favor de las personas mencionadas en el apartado anterior quedarán sujetas a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de reconocimiento de la prestación o, en su caso, desde el transcurso del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación, plazo que se interrumpirá en el momento en que el interesado empiece a percibir dicha prestación”».

Todo lo cual es aplicable al presente procedimiento.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden sometida a dictamen, que desestima la reclamación, se considera contraria a Derecho, pues procede estimar la reclamación interpuesta por M.G.L.D., guardadora de hecho de O.D.B., en los términos y con el alcance que se señala en el Fundamento V de este Dictamen.