



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de enero de 2018.

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 (...) y (...), en nombre propio y en representación de su hijo (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia (EXP. 467/2017 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la Propuesta de Resolución, en forma de Orden, por la que se resuelve un procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, tras presentarse reclamación por los daños físicos y morales que se entienden sufridos a consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia.

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

3. En cuanto a los antecedentes de hecho, se deduce de la reclamación incorporada al expediente remitido a este Organismo, que son los siguientes:

El hijo de los reclamantes, mayor de edad, tiene reconocida la situación de Gran Dependencia, en grado III, nivel 2 en virtud de la Resolución de la Dirección General de Bienestar Social de Gobierno de Canarias de 16 de diciembre de 2008 y, además, un grado de limitación de su actividad psíquica de un 88%, según la Resolución de la

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

Dirección General de Políticas Sociales e Inmigración de 16 de julio de 2013, puesto que padece de forma irreversible de autismo, retraso mental y alteración de la conducta.

Así mismo, por sus patologías, especialmente por sus graves impulsos de autoagresividad, recibe dosis muy altas de tratamiento farmacológico y requiere de un tratamiento y atención constantes durante las 24 horas del día, siendo designado desde 2007 como cuidador no profesional del mismo el reclamante y padre del afectado.

Además, de todo ello se aprobó el Programa Individual de Atención en 2010 y se modificó en 2012

4. Durante varios años el hijo de los reclamantes permaneció en su domicilio cuidado por ellos, pero ante la difícil situación en la que se hallaba el afectado y su familia, tras un intento previo, se logró que la Consejería y el Cabildo Insular de Gran Canaria, a través del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria, dependiente del mismo, llevaran a cabo el ingreso del afectado en el Centro Psicopedagógico San Juan de Dios de Santa Cruz de Tenerife el 1 de agosto de 2013, Centro especialista en trastornos de conducta, asegurándole a los mismos por parte de las Administraciones competentes que el Centro reunía todas las características y requisitos necesarios para tratar a su hijo correctamente.

El afectado ingresó efectivamente en dicho Centro el día 1 de agosto de 2013, pero fue retirado del mismo voluntariamente por los padres el 31 de enero de 2015, pues se observaron numerosas deficiencias en el funcionamiento del mismo que impidieron que el afectado fuera atendido de forma adecuada a su perfil y características, lo que le produjo diversos daños que posteriormente se referirán.

5. En lo que se refiere a tales deficiencias, los reclamantes consideran que son las siguientes:

En primer lugar, la cama que ocupaba el afectado carecía de la altura y peso adecuados a su hijo, que mide 1,94 centímetros y cuyo peso ideal son los 95 Kg, en la que debía pasar largos periodos durante los que se le aplicaban medidas de contención, alrededor de 23 horas al día.

En segundo lugar, los medios de habitabilidad durante el día eran excesivamente reducidos, pues se le mantenía en la sala de observaciones, cuyo espacio no era el correcto para la manipulación del afectado.

En tercer lugar, la alimentación fue del todo inadecuada, pues cuando entró en el Centro pesaba 92 Kg y cuando lo abandonó definitivamente pesaba 84 kg.

Por último, se considera por los reclamantes que constituye una deficiencia la falta de personal necesario para cuidar en todo momento a su hijo, que era más patente durante los fines de semana y los festivos, cuando acudían a Tenerife a visitarlo.

6. Estas deficiencias le han ocasionado al afectado y a su familia diversos daños, pues al estar siempre en cama, en una postura boca arriba, con los brazos extendidos y piernas rectas, ha sufrido la pérdida de sus necesidades fisiológicas, anulándole la masturbación, ya que antes del ingreso tal práctica le gustaba desarrollarla siempre boca abajo, lo que le ha podido ocasionar problemas urológicos y de retención de heces y orina.

Además, se le han enflaquecido los tobillos y muñecas, tiene los codos negros y ásperos, al estar siempre con la cabeza virada hacia la izquierda ha sufrido una lesión en el ojo izquierdo y en el tabique nasal, lumbalgia, sarpullidos y protuberancias en la zona lumbar, durezas en los talones y movilidad y mecánica de caminar estática y con posturas robotizadas. Así mismo, la mala alimentación le ocasionó una anemia ferropática.

Por último, se le han causado daños morales al afectado y a su familia.

Los reclamantes solicitan por los daños físicos y morales sufridos por el afectado una indemnización de 250.000 euros y por los daños sufridos por los reclamantes, tanto los morales, como los derivados de la necesidad de volver a cuidar al afectado en su domicilio, 100.000 euros.

7. En el análisis a efectuar de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), ley aplicable en virtud de lo que establece la Disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la Disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación, efectuada el 22 de marzo de 2016, en el que se manifiesta por parte de los interesados que se consideran responsables de los hechos al Cabildo Insular y a la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, pero se decide reclamar de forma independiente contra cada una de estas Administraciones, siendo la reclamación objeto del presente dictamen la correspondiente a dicha Consejería, considerándose por ellos que la misma ha incumplido las obligaciones que le corresponden con una persona en situación de dependencia, impuestas las mismas por la normativa aplicable.

Por Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias de 26 de mayo de 2016, se admitió a trámite dicha reclamación

Por lo que se refiere a su tramitación, se ha desarrollado correctamente, a saber: consta la emisión del preceptivo informe del Servicio, además de los informes del Cabildo Insular y del Centro en el que fue ingresado el afectado, si bien se solicitaron por el órgano instructor a través de la apertura de un periodo probatorio de oficio, deficiencia formal que no ha causado indefensión a los reclamantes ni obsta el pronunciamiento de fondo de este Organismo; finalmente, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a los interesados, no constando escrito de alegaciones.

El 29 de septiembre de 2017 se emite un primer Informe-Propuesta, una segunda Propuesta de Resolución el 23 de noviembre de 2017 y se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, en forma de borrador de la Orden resolutoria del presente procedimiento, vencido el plazo resolutorio, sin justificación para ello; pero esta demora no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4; 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC [aplicables en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera a) LPACAP].

Además, consta el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos.

2. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previsto en el art. 106.2 de la Constitución, desarrollados en los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3. Por último, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, presentada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de Las Palmas de Gran Canaria, lo que ni obsta, ni condiciona el cumplimiento de la obligación legal de resolver el procedimiento (art. 42.1 LRJAP-PAC), salvo en los casos en los que hubiera recaído Sentencia.

III

1. La Propuesta de Resolución es de sentido desestimatorio, puesto que se deduce que el órgano instructor considera que en ningún momento el funcionamiento del servicio, prestado por el Centro Psicopedagógico San Juan de Dios, fue deficiente, no siendo ciertas las deficiencias alegadas por los reclamantes, sin que exista por ello relación de causalidad entre el mismo y los daños alegados.

2. En el presente asunto, a la hora de efectuar el análisis de la cuestión de fondo, es preciso partir de una serie de hechos indubitados, siendo el primero que el interesado padecía y continúa padeciendo, como efecto propio de sus patologías, graves crisis de heteroagresividad, dirigidas a su persona y a terceros, unidas a episodios constantes y diarios de intensa agitación psicomotriz, lo cual implica la necesidad de emplear medidas de contención durante gran parte del día, que se usaban tanto en el domicilio del interesado antes de su ingreso, como en el Centro referido, a lo que se hará referencia expresa posteriormente.

En relación con ello, sí es preciso hacer constar que en el informe que se elabora por la Asociación de Padres de Niños Autistas de Las Palmas (APNALP), como resultado de una visita efectuada al interesado el día 19 de febrero de 2013, se afirma que «El único entorno relativamente seguro para su familia es la habitación de Aday, puesto que él se acuesta en la cama con las “guantinas” [guantes creados por los padres del afectado para mitigar los daños producidos por las crisis de heteroagresividad] y los pies atados. Ahí come y hace su vida» (página 678 del expediente).

Además, obra en el expediente el documento firmado por los padres del interesado por el que autorizaban al personal del Centro a llevar a cabo el protocolo de contención mecánica durante los episodios referidos, protocolo aprobado por el propio Centro (página 637 del expediente)

En segundo lugar, el referido Centro, único en la Comunidad Autónoma de Canarias que atiende a personas con discapacidad intelectual y trastornos de conducta, pese a que, como se señala en el informe del Cabildo Insular de Gran Canaria que figura en el expediente (página 17), solo tiene la obligación legal de tener un cuidador cualificado por cada 5 a 10 usuarios, atendió al afectado con un cuidador dedicado exclusivamente a él desde las 08:00 a las 22:00 horas de todos los días que permaneció en el Centro, siendo asumidos la totalidad de los gastos generados por el mismo, que ascienden a 87.153,15 euros, por la Orden Hospitalaria San Juan de Dios, pese a no estar obligados a ello, como consta y se demuestra en la documentación incorporada al expediente, incluido dicho informe del Cabildo Insular.

A mayor abundamiento, tales cuidados se le proporcionaban al interesado en el Centro incluso durante los fines de semana y festivos, si bien es cierto que, dado que durante los mismos muchos internos lo abandonaban temporalmente para estar con sus familias, no era necesario contar con el mismo personal en dicho Centro; ello sin olvidar que los responsables del mismo permitieron siempre las visitas de los reclamantes al interesado, aunque no se ajustara al horario y días establecidos para la totalidad de los internos.

3. En relación con las distintas deficiencias alegadas por los reclamantes, cabe señalar que, en lo que se refiere a la deficiencia relativa a la cama, constan en los informes obrantes en el expediente las gestiones que se realizaron para adquirir una cama articulada apta para incorporar sujeciones, destinada a este tipo de pacientes, apropiada a las dimensiones del interesado, aplicándose como solución el uso de un colchón de mayores dimensiones (2 metros) y el empleo de soportes adicionales en la parte superior e inferior de la cama, prescindiendo de cabeceros y pieceros, con la finalidad de que el interesado no se golpease con los mismos durante los episodios de agitación psicomotriz, sin que se haya probado en modo alguno que los mismos no fueran válidos y que la cama fuera inadecuada.

4. En cuanto a la habitabilidad, obra en los informes, incluido el del Cabildo Insular, que por las necesidades específicas se le ubicó, al menos durante el día, en la sala de observación donde se le podía ejecutar el plan individual de intervención de forma más adecuada, no siendo posible incluir en la misma mobiliario para guardar sus enseres, pues los mismos podían poner en riesgo su seguridad y la del personal del Centro durante los episodios de agitación y heteroagresividad del interesado.

Finalmente, la temperatura del Centro es la correspondiente a unas instalaciones que cuentan con zonas ajardinadas y abiertas, necesarias para el desarrollo de las terapias de los pacientes y que tiene también la finalidad de mejorar su calidad de vida, sin que se haya demostrado que se mantuviera al afectado desabrigado.

5. Por lo que se refiere a la alimentación del afectado, el Centro señala, al igual que el Cabildo Insular en su informe (página 12 del expediente), que los menús de los pacientes estaban visados por nutricionista y como muestran los controles relativos a analíticas y peso del paciente, remitidos al Cabildo Insular e incorporados al expediente, su dieta era hipocalórica debido a los periodos que debía permanecer en cama, siendo su peso de 92 kg al abandonar el Centro, superior en medio kg al que tenía en su ingreso, siendo evidente que una leve anemia no demuestra *per se* que la alimentación fuera inadecuada, máxime, cuando la misma se puede producirse por diversas causas, como resulta notorio.

6. Por último y sin perjuicio de lo que ya antes se indicó acerca de las medidas de contención y al empleo de un cuidador que se dedicaba exclusivamente al interesado, el uso de las mismas está debidamente justificado, constando incluso entre la documentación adjunta al expediente los partes de baja del personal del Centro que resultó lesionado durante los episodios de agresividad y agitación intensa del afectado, siendo del todo incierto que permaneciera siempre en cama durante la estancia en el Centro, pues también participaba de las actividades del resto de internos, en la medida de los posible.

Además, como se asegura en los referidos informes la contención que se usaba por la noche únicamente era ventral, lo que permitía una mayor libertad de movimientos que el tipo de sujeción que se empleaba en su domicilio. En relación con ello, en ningún momento por parte del personal del Centro se le impidió al interesado masturbarse, alegándose en sus informes que siempre que el interesado lo requiriera se favorecía su intimidad.

7. Por lo tanto, los reclamantes no han demostrado debidamente un mal funcionamiento por parte del Centro Psicopedagógico San Juan de Dios, puesto que como ya se ha expuesto son inciertas las deficiencias que se alegan. Por el contrario, de la abundante documentación obrante resulta acreditado que el Centro, en el cuidado y atención del interesado, fue más allá de lo que la normativa aplicable le exigía.

Así mismo, no se ha probado que el interesado haya sufrido problema urológico alguno, ni que los problemas físicos derivados del encamamiento del interesado no los tuviera con anterioridad a su ingreso en el Centro o incluso se hubieran desarrollado con posterioridad, incluido el problema en su ojo izquierdo, pues los informes periciales aportados por los interesados o bien se basan en lo que refieren los reclamantes, o se elaboraron mucho tiempo después de haber abandonado el Centro voluntariamente, como ocurre con el informe de la Dr. (...) efectuado el 31 de mayo de 2016.

Por último, tampoco se han acreditado los daños morales que se alega que sufrió el interesado durante su estancia en el Centro, ni los daños morales sufridos por los reclamantes por la vuelta de su hijo al domicilio familiar. Además de ello, no se ha de olvidar que el abandono del Centro se produjo voluntariamente por los padres del interesado, pues en ningún momento se le negó la atención al interesado en el mismo, ni la continuación de la permanencia en él.

8. Así mismo y sin perjuicio de lo razonado con anterioridad, nos vemos obligados a recordar lo que constituye una doctrina reiterada y constante de este Organismo acerca de la distribución de la carga de la prueba; así, en el reciente Dictamen 10/2018, de 11 de enero, se afirma lo siguiente:

«Tal y como ha manifestado de forma reiterada este Consejo Consultivo (por todos, DCC 344/2015) en relación con la prueba de la realidad del hecho lesivo y la relación causal necesaria entre el funcionamiento del servicio y los daños por los que se reclama, conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. Por ello, el interesado debió presentar algún elemento probatorio que le permitiera acreditar una mala actuación de los profesionales del Servicio Canario de la Salud».

Esta línea doctrinal resulta ser de plena aplicación al presente caso.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada es conforme a Derecho, de acuerdo con la argumentación que se contiene en el Fundamento III.