



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de enero de 2018.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por (...), viudo de (...), y posteriormente asumida por su hija (...), en representación de la comunidad hereditaria de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia (EXP. 240/2017 ID)\*.*

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

### I

1. Se dictamina la Propuesta de Orden, por la que la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias inadmite un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la representación de la comunidad hereditaria de (...) reclama daños derivados del funcionamiento anormal del servicio público de atención a la dependencia.

2. Se solicita por los daños sufridos una indemnización superior a los 6.000 euros, de lo que deriva la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la titular del Departamento autonómico para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); bloque normativo aplicable porque, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la reclamación se presentó antes de la entrada en vigor de esta última.

Igualmente es de aplicación la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LD), de carácter básico, y 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 de Canarias, así como el Real Decreto-ley (RDL) 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

3. Los reclamantes están legitimados activamente porque pretenden que les resarzan daños económicos y morales cuya cuantía, de ser indemnizables, formaría parte de la masa hereditaria de la que son comuneros. La Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias lo está pasivamente porque la causa de dichos daños se imputa al funcionamiento del servicio público de dependencia, del que es competente dicho departamento.

4. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo del año que establece el art. 142.5 LRJAP-PAC. En efecto, el 25 de noviembre de 2015 –el fallecimiento de la dependiente se produjo el 8 de julio de 2015 y la aprobación del PIA el 29 de junio de 2015- se presentó en el Registro del Diputado del Común reclamación de responsabilidad patrimonial, que en realidad iba dirigida a esta Consejería, aunque por inacción de dicha institución el departamento autonómico no tuvo constancia de ella en aquel momento. No obstante, el 19 de abril de 2017 (...) presentó nuevamente ante la Consejería la reclamación, entregándola por ventanilla única en el Registro del Cabildo Insular de Fuerteventura el 19 de abril de 2017.

5. La competencia para admitir o inadmitir a trámite reclamaciones de responsabilidad patrimonial le viene atribuida a la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, a tenor de lo dispuesto en el art. 5.2.a) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, aprobado por Decreto 124/2016, de 19 de septiembre.

6. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento ya se ha superado; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque sobre la Administración recae el deber de resolver expresamente, aun

vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

7. Tras una primera solicitud de dictamen recibida en este Consejo el 26 de junio de 2017, se requirió de la Administración actuante, con suspensión del plazo de emisión del dictamen solicitado por 15 días, la realización del preceptivo trámite de audiencia al interesado ya que la inadmisión de la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial sin tal trámite le producía indefensión y que, a la vista, en su caso, de las alegaciones presentadas en defensa de sus intereses se debía dictar nueva propuesta de resolución que se remitiría a este Consejo Consultivo para su preceptivo dictamen.

Una vez recibida nueva Propuesta de Resolución con nueva solicitud de dictamen, con registro de entrada en este Consejo el 9 de enero de 2017, se volvió a acordar la suspensión del plazo para la emisión de dictamen al considerarse que la notificación del trámite de audiencia era defectuosa. No obstante, con posterioridad se ha comprobado que en la documentación remitida existe un escrito de alegaciones del interesado, en las que se hace referencia a la inadmisión a trámite, que tuvo entrada en el Cabildo Insular de Fuerteventura el 31 de octubre de 2017, por lo que el interesado ha tenido conocimiento de tal circunstancia, dándose cumplimiento, por tanto, a dicho trámite de audiencia, por lo que se ha procedido a levantar la suspensión acordada y se procede a la emisión del preceptivo parecer de este Consejo.

## II

En cuanto a los antecedentes de hecho, se deduce de la documentación remitida que son los siguientes:

- El 7 de abril de 2010 (con entrada en el departamento competente el 9 de abril) se presenta en el registro del Cabildo Insular de Fuerteventura solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema de (...), que es reconocida por Resolución de la Dirección General de Dependencia, Infancia y Familia n° LRS2013FA01486, de 18 de marzo de 2013.

- Por Resolución de la Viceconsejería de Bienestar Social e Inmigración n° LRS2015FA09092, de 29 de junio de 2015, se aprobó el Programa Individual de Atención (PIA) de (...) Dicha resolución se notifica el 8 de julio de 2015, tal como

consta en el correspondiente acuse de recibo de Correos, día en el que la dependiente falleció.

- Como consecuencia de ello por Resolución de la Directora General de Dependencia y Discapacidad nº LRS2015LL02455, de 27 de agosto de 2015, se acordó extinguir la prestación reconocida en el PIA aprobado, por fallecimiento, y proceder al archivo del expediente. Dicha resolución se notificó el 9 de septiembre de 2015.

- El 25 de noviembre de 2015 (...), viudo de (...), presenta reclamación de responsabilidad patrimonial en otra Administración distintas a la que se dirigía (aunque es reiterada el 19 de abril de 2017 al percatarse de ello, pese a que aquella tenía la obligación de remitirla -art. 38.4 LRJAP-PAC-).

En dicha solicitud -reiterándose en el trámite de audiencia- se reclama una cantidad de 24.393,33 euros, más los intereses de demora desde el 9 de abril de 2012 hasta el 9 de junio de 2015, fecha en la que se aprobó el PIA, como consecuencia del retraso en resolver, considerándolo un mal funcionamiento de la Administración que le produjo un perjuicio irreparable que no tenía el deber de soportar.

- Por último, la Administración inadmite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial porque entiende que el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es el adecuado para dar cabida a las peticiones realizadas.

Su razonamiento es el que sigue: Se está solicitando el abono de unas prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, con efecto retroactivo, a las que se cree tener derecho para un periodo no reconocido en la Resolución PIA, que además reconoció otro tipo de prestación, la prestación económica vinculada al servicio, en tanto no fuera posible disfrutar del correspondiente servicio. Esta petición no habría de realizarse en el marco de una reclamación de responsabilidad patrimonial, sino en el del procedimiento de aprobación del PIA. En particular, si sus herederos no estuvieran conformes con el tipo de prestación reconocida y con su alcance retroactivo, y entendieran que correspondía a (...) con carácter retroactivo (aspecto en el que no entra la Administración) prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales desde el 9 de abril de 2012 (fecha en la que se cumplen dos años desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia) hasta el 29 de junio de 2015 (fecha en la que se aprobó el PIA, en el que se reconocieron efectos retroactivos, para la prestación económica vinculada al servicio, según facturas aportadas, únicamente respecto a los

meses de abril y mayo de 2015), la vía correcta hubiera sido, en su caso, la interposición de un recurso de alzada contra la Resolución de la Viceconsejería de Políticas Sociales nº LRS2015FA09092, de 29 de junio de 2015, aprobatoria del PIA, en cuyo Resuelto Séptimo se señalaba expresamente que no agotaba la vía administrativa, y que contra la misma podía interponerse recurso de alzada ante la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda directamente o a través de esta Viceconsejería, en el plazo de 1 mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de esta Resolución.

Como esa resolución se notificó el 8 de julio de 2015, la Administración entiende que el 8 de agosto de 2015 venció el plazo para interponer recurso de alzada contra la misma, sin que conste que se interpusiera dicho recurso, de manera que la resolución del PIA es firme a todos los efectos, no pudiéndose volver a discutir sobre los servicios o prestaciones que hubieran podido, en su caso, corresponder, ni sobre sus efectos retroactivos.

Al haber vencido el plazo para presentar recurso de alzada no puede acudir, como una vía alternativa, a un procedimiento de responsabilidad patrimonial, que persigue una indemnización de daños y perjuicios, y no el reconocimiento de unas prestaciones propias de un procedimiento específico.

Por todo ello, la Administración inadmite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada sin entrar en el fondo del asunto.

### III

1. Como en ocasiones anteriores, este Consejo discrepa frontalmente de tal interpretación realizada por la Administración.

Procede reiterar, en primer lugar, que no puede afirmarse que hasta la aprobación del PIA no haya derechos susceptibles de ser resarcidos sino meras expectativas.

Así, en el reciente Dictamen 412/2017, de 7 de noviembre, se ha señalado que:

«En relación con esta específica cuestión, resulta obligado precisar que este Consejo Consultivo continúa manteniendo lo afirmado ya desde el Dictamen 450/2012, de 8 de octubre, toda vez que se considera que el derecho -que la reclamante estima vulnerado por la omisión de la Administración, lo que le supone la pérdida de las prestaciones que conlleva, pero que son evaluables económicamente- 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».

En dicho dictamen, además, se afirma que la dilación en aprobar el PIA produce daños resarcibles en los siguientes términos:

«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, en el momento en el que se dicta tal Resolución surge el derecho a percibir las correspondientes prestaciones, que ciertamente se deben concretar mediante el PIA. Sin embargo, su falta de aprobación dentro del plazo establecido en la normativa reguladora de la materia (tres meses desde la notificación de la resolución del reconocimiento, a tenor del art. 12 del Decreto 54/2008, de 25 de marzo, por el que se regula el procedimiento para el sistema de reconocimiento de la situación de dependencia y de las prestaciones del sistema para la autonomía y la atención a la dependencia, estableciéndose que, en todo caso, el procedimiento ha de estar concluido a los seis meses de presentarse la solicitud por el interesado), origina la producción del hecho lesivo y del consiguiente daño continuado, pues con la omisión de la Administración, que ella misma califica como funcionamiento anormal del servicio, tal y como se observa en la propia Propuesta de Resolución, se impide al interesado disfrutar de las prestaciones a las que tiene derecho en atención a la situación de dependencia que le ha sido reconocida. Esta privación supone la producción de un daño continuado que no cesará hasta tanto no se otorguen al interesado 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 LD».

Por tanto, en aplicación de tal doctrina, se ha de concluir que el retraso en la aprobación del PIA produce un daño resarcible, de lo que se sigue que la inadmisión de la solicitud de reclamación de tal daño es contraria a Derecho, ya que los interesados tienen derecho a ser resarcidos por los daños ocasionados por el

funcionamiento de los servicios públicos. O dicho en otros términos, en contra de lo razonado por la Administración, el procedimiento de responsabilidad patrimonial sí es el idóneo para solicitar una indemnización por esos daños y perjuicios supuestamente ocasionados, teniendo la Administración el deber, una vez instruido tal procedimiento, de resolver lo procedente en Derecho (art. 42 LRJAP-PAC).

2. A mayor abundamiento se ha de observar que la resolución por la que se aprobó el PIA aplicó la Disposición transitoria novena del RDL 20/2012, por haberse presentado la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia (el 7 de abril de 2010) antes de la entrada en vigor de aquel RDL, de tal manera que las prestaciones económicas derivadas de ello quedaron sujetas al plazo suspensivo de dos años desde el transcurso de seis meses a contar desde la presentación de la solicitud sin dictarse y notificarse la resolución, computándose los dos años de suspensión a partir de seis meses desde la solicitud, esto es, el 7 de octubre de 2010 y, por tal motivo, los dos años de suspensión debieron dar lugar a la retroacción de las prestaciones desde el 8 de julio de 2015 hasta el 7 de octubre de 2012.

El RDL 20/2012 entró en vigor el 14 de julio de 2012, y la aprobación del PIA debió haberse producido en el plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia (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). En consecuencia, el PIA tuvo que estar aprobado como muy tarde el 7 de octubre de 2010, fecha en la que aún no había entrado en vigor el RDL 20/2012, cuya Disposición transitoria novena impone el plazo de suspensión de dos años, pero la injustificada dilación que se ha producido al aprobar el PIA dio lugar a la entrada en vigor del citado RDL, con el consiguiente perjuicio para el interesado.

3. Todo lo anterior viene a corroborar que la Propuesta de Orden no es conforme a Derecho y que se debió admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial ya que se reclama por un daño producido por el retraso en resolver por parte de la Administración.

Sin embargo, este Consejo no puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por la sencilla razón de que el procedimiento no se ha instruido, no pudiéndose poner en la posición de Administración activa, incompatible con la función consultiva atribuida estatutaria y legalmente a este Consejo.

En efecto, como dijimos en el reciente Dictamen 440/2017, de 23 de noviembre, este Consejo Consultivo dictamina sobre la adecuación a Derecho de las Propuestas de Resolución (en los casos de asuntos de carácter administrativo como el que nos ocupa) que culminan los procedimientos en cada ocasión tramitados y sobre las que se ha solicitado el Dictamen. Su función, en tales asuntos que versan sobre la legalidad de la actuación de las Administraciones públicas canarias (art. 11.1.D LCCC), es consultiva, no administrativa, porque no forma parte de la instrucción de los procedimientos administrativos. No debe confundirse, por tanto, con la función asesora. Ésta es preparatoria de la función activa y se desarrolla en el seno del aparato administrativo que asiste al órgano activo. La consultiva, aun cuando precede a la activa, es sucesiva a la asesora y se encomienda a un ente o en todo caso a un órgano desconcentrado, que funciona con autonomía orgánica y funcional que cumple sus funciones relacionadas, principalmente, con los procesos legislativos y constitucionales, además de las relativas al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno o de ciertas actuaciones de las Administraciones autonómica, local o especial.

La función consultiva en actuaciones administrativas como la que nos ocupa, a diferencia de la asesora, nos impide sustituir a la Administración en la instrucción de los procedimientos ya que la finalidad de tal función consultiva es, una vez finalizada la instrucción de un determinado procedimiento, la de garantizar que tal actuación administrativa se realiza conforme a la legalidad, así como defender, en su caso, la corrección del procedimiento y los derechos e intereses legítimos de los que son parte en el mismo, lo que significa que el Consejo Consultivo no actúa en defensa de interés de parte, sino de la legalidad.

Por ello, en el presente caso, esa función consultiva termina concluyendo con que la Administración ha de admitir la solicitud de reclamación patrimonial e incoar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y, previos los trámites legales pertinentes, remitir a este Consejo la correspondiente propuesta de resolución, con el expediente completo, con la finalidad de que este Consejo emita el correspondiente dictamen, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 142.3 LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden, que inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados del funcionamiento anormal del servicio público de

atención a la dependencia, no es conforme a Derecho, debiendo proceder de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento III.