



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 0 1 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de noviembre 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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención de la dependencia (EXP. 476/2018 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 la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias inadmite un procedimiento de responsabilidad patrimonial interpuesto por (...) en relación con los 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, 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: Sra. de León Marrero.

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. Concurren los requisitos de legitimación activa de la reclamante y pasiva de la Administración.

4. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo del año que establece el art. 142.5 LRJAP-PAC. En efecto, el 28 de octubre de 2014 -el fallecimiento de la dependiente se produjo el 2 de julio de 2014- se presentó reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería.

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.

II

1. El procedimiento se inicia mediante escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, presentado por correo el 24 de octubre de 2014, con entrada en la Consejería con competencias en Políticas Sociales el 28 de octubre de 2014.

En la reclamación se concreta de la siguiente manera el daño efectivo:

Impago de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales durante el período de 24 de mayo de 2011 hasta la de defunción de (...), el 12 de julio de 2014, cuya cuantía total se estima en 14.466,09 euros, teniendo en cuenta el grado de dependencia y la capacidad económica de (...) (se adjunta copia de certificado de la Agencia Tributaria y certificado catastral aportado junto a la solicitud en el Servicio de Dependencia).

En consecuencia, se solicita, por el retraso en la aprobación del PIA indemnización consistente en:

El pago de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, desde el transcurso de los seis meses siguientes a la solicitud hasta la fecha de defunción de (...) en la cantidad de 14.566,09 euros.

2. Constan en el expediente como antecedentes de hecho de la reclamación de la interesada, los siguientes:

Primero.- El 28 de julio de 2008 (...) presentó en la Consejería con competencias en materia de Políticas Sociales la correspondiente solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema.

Segundo.- Mediante Resolución nº 1.060, de 6 de abril de 2010, de la Viceconsejería de Bienestar Social e Inmigración, se desestimó la solicitud presentada por (...) para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema.

Tercero.- El 4 de mayo de 2010 (...) interpone recurso de alzada contra la citada resolución.

Cuarto.- El 24 de noviembre de 2010 (...) presentó en la Consejería nueva solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema.

Quinto.- Por Orden de la entonces Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda nº LOR2011CA00167, de 17 de febrero de 2011, se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución nº 1.060, de 6 de abril de 2010. Sin perjuicio de que, en virtud de su nueva situación, pudiera presentar una nueva solicitud para su valoración.

Sexto.- Por Resolución de la Viceconsejería de Políticas Sociales e Inmigración nº LRS2012DA02878, de 23 de marzo de 2012, se reconoció a (...) la situación de dependencia en Grado III, nivel 1.

Séptimo.- El 2 de julio de 2014 se produce el fallecimiento de (...), sin que se hubiera aprobado su Programa Individual de Atención (PIA).

Octavo.- El 24 de octubre de 2014 (...), en calidad de hija y cuidadora principal de (...), presenta en Correos, con registro de entrada en la Consejería de 28 de octubre de 2014, reclamación de responsabilidad patrimonial por retraso en la tramitación del PIA de (...).

Noveno.- El Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia I emite informe el 26 de junio de 2017.

Décimo.- Por oficio de la Secretaria General Técnica, con registro de salida de 23 de julio de 2018, se dio trámite de audiencia a la parte reclamante, concediéndole un plazo de 15 días, a contar desde su recepción, que se produjo el 27 de julio de 2018, para que pudiera presentar las alegaciones o documentos que estimara convenientes, sin que se hayan presentado alegaciones.

En el expediente no consta Orden de la titular departamental admitiendo a trámite la responsabilidad patrimonial formulada, tal y como expresamente advierte el Servicio de Valoración y Orientación de Dependencia de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería.

Undécimo.- La propuesta de resolución justifica la falta de informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias en que ya ha emitido informes sobre expedientes de responsabilidad patrimonial similares, por lo que, con arreglo al art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, no es preciso solicitar nuevo informe. No se indica si se ha seguido el criterio de tales informes.

Duodécimo.- Se somete a informe del Consejo Consultivo borrador de orden de resolución por la que se inadmite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...).

III

1. La Propuesta de Resolución inadmite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial al entender, por un lado, que los servicios y prestaciones

en materia de dependencia son personalísimos, por lo que no hay daño resarcible hasta la aprobación del PIA, y que al haber fallecido la beneficiaria y madre de la reclamante antes de su aprobación, no se ha perfeccionado el derecho y por tanto, no se podrá incorporar a la herencia.

No se comparte que estemos ante la falta de legitimación activa de la reclamante, pues ha quedado acreditado en el expediente, tanto la relación de parentesco, como la condición de cuidadora no profesional de la fallecida.

Cierto es, que este Consejo tiene declarado que la falta de legitimación activa es predicable cuando los reclamantes, en calidad de herederos del dependiente, pretenden ser resarcidos por la prestaciones dejadas de percibir por el fallecido, ya que tales prestaciones forman parte de un derecho que, por estar vinculado a la atención de la persona dependiente, se reconoce *intuitu personae*, por lo que se extingue con su muerte, sin que sea posible su transmisión mortis causa ni la acción para reclamarlas, por lo que los herederos no pueden reclamar las prestaciones por dependencia (Acuerdo de Pleno del Consejo Consultivo de 15 de marzo de 2017).

Pero es que, según se aprecia de la reclamación presentada, la reclamante no pretende ser resarcida por el retraso en el reconocimiento de la prestación correspondiente a su madre fallecida. Lo que pretende la reclamante, según se deduce de su escrito, es el resarcimiento porque no se ha producido el pago de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. Y ello porque, según consta en el expediente, la reclamante era la cuidadora no profesional de su madre.

Así, el referido Acuerdo señala:

«Legitimación activa. El derecho a las prestaciones de dependencia es un derecho que se reconoce *intuitu personae*, por estar vinculado a la atención a la persona dependiente, por lo que se extingue con su muerte, sin que sea posible su transmisión mortis causa, ni la acción para reclamarlas. Por ello, los herederos no pueden reclamar las prestaciones por dependencia.

Distinto es el supuesto en el que los herederos del dependiente reclaman por otros daños, sea por derecho propio (al haberlos sufrido el propio heredero, v.g., por haber abonado gastos de asistencia a la persona dependiente o daños morales) o *iure hereditatis*, por tratarse de daños sufridos en el patrimonio del dependiente fallecido que sí son transmisibles mortis causa (v.g. por haberse detraído del patrimonio del dependiente pagos para su atención, minorando así el haber hereditario)».

2. Siendo ello así, la inadmisión de plano de la reclamación, sin una mínima tramitación ni actividad probatoria, produce indefensión a la reclamante, pues no es posible entrar a valorar si nos hallamos ante un supuesto susceptible de ser indemnizado, conforme a lo previsto en el art. 139.1 LRJAP-PAC.

En efecto, como hemos razonado en nuestros Dictámenes 97/2017, de 23 de marzo y 20/2017, de 24 de enero, según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica.

Como el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de aquellos cuya naturaleza exige la prueba de la causa de la lesión, el art. 7 RPAPRP prescribe taxativamente que se realicen los actos de instrucción oportunos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la reclamación, mientras que el art. 80.2 LRJAP-PAC exige que, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, se acordará la apertura de un período de prueba.

Así, decíamos en los Dictámenes 1/2017 y 19/2016 lo siguiente:

«La regla general del Derecho, contenida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, impone a las partes la carga de probar los hechos que presenta como fundamento de su alegato. De ahí que el art. 80 LRJAP-PAC establezca en su apartado 2 que, “cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, acordará la apertura de un período de prueba”; y el número 3 del referido precepto prevé que “sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”. En el mismo sentido, el art. 9 RPAPRP dispone que en el plazo de treinta días se practicarán cuantas pruebas hubieran sido declaradas pertinentes y que el instructor solo podrá rechazar las

pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada».

En este caso, la Propuesta de Resolución funda la inadmisión de la reclamación en la consideración de que el derecho a la prestación económica es un derecho *intuitu personae* porque se concede en atención a la situación personal y con la finalidad específica de subvenir a las necesidades dimanantes de la situación y en consecuencia se extingue con la muerte del beneficiario.

Pero lo que no ha podido dilucidarse, por no haberse instruido el procedimiento, es si esa inactividad de la Administración ha producido un daño antijurídico a la reclamante que no está obligada a soportar. Esta ausencia total y absoluta de procedimiento por parte de la Administración produce, en opinión de este Consejo, indefensión a la interesada en la protección de sus intereses legítimos.

En efecto, en palabras del Tribunal Supremo, "(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses" (STS de 11 de noviembre de 2003).

3. La Administración en el informe del Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia entiende que «al haber fallecido la beneficiaria y madre de la reclamante antes de su aprobación (del PIA), no se ha perfeccionado el derecho (...)». Como tantas veces se ha explicado por este Consejo Consultivo en los numerosos expedientes relativos a la materia que aquí nos ocupa, no puede afirmarse que hasta la aprobación del PIA no haya derechos susceptibles de ser resarcidos sino meras expectativas.

En relación con ello, este Consejo Consultivo continúa manteniendo lo afirmado ya desde el Dictamen 450/2012 de 8 de octubre, pues 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-, 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, con un razonamiento de plena aplicación al supuesto analizado, se afirma 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».

Por tanto, 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, se impide a la interesada 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 se otorguen a la interesada de manera efectiva y real las prestaciones que le corresponden 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 todo ello, no cabe afirmar que antes de la aprobación del PIA no hubiera daño resarcible y dependerá de la actividad probatoria que desarrolle la reclamante determinar si tales hechos le provocaron un daño antijurídico que no está obligada a soportar.

El anterior razonamiento obliga a la Administración a retrotraer las actuaciones a fin de que se abra un período de prueba requiriéndose a la reclamante para que aporte o proponga los medios de prueba que estime adecuados para acreditar sus pretensiones, se practiquen, en su caso, las que se estimen pertinentes, se dé vista del expediente y trámite de audiencia a la interesada y, finalmente, a la vista de todo lo anterior, se redacte una nueva propuesta de resolución que debe ser sometida a la consideración de este Consejo.

CONCLUSIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, se considera que la Propuesta de Resolución sometida a dictamen no es conforme a Derecho, y en consecuencia:

Procede la admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial a fin de que se realicen las actuaciones señaladas en el Fundamento III de este Dictamen.