



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de abril de 2021.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud 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 (...), en representación de la comunidad hereditaria de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención de la dependencia (EXP. 147/2021 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 Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, tras presentarse reclamación por los daños que se entienden sufridos a consecuencia del funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia.

2. Si bien por el reclamante no se cuantifica la indemnización, consta informe del servicio de valoración y orientación de dependencia que señala que de estimarse ésta, la cuantía sería de 22.157,57 euros (corregida posteriormente y establecida en 20.208,08 euros) lo que determina la preceptividad del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 5 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), estando legitimada para efectuarla la Sra. Consejera que la remite (art. 12.3 LCCC).

3. En el análisis a efectuar de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada son de aplicación tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante,

* Ponente: Sra. de León Marrero.

LPACAP), como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, 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, así como el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

4. 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 [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP]. La Consejería lo está pasivamente porque la causa de dichos daños se imputa al funcionamiento del servicio público de dependencia, del que es competente dicho departamento.

5. La reclamación se ha interpuesto dentro del año que establece el art. 67.1 LPACAP, ya que se interpuso el 20 de junio de 2018 respecto a un hecho lesivo, la Resolución de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad por la que se acuerda la terminación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por fallecimiento de (...) que, si bien se produjo el 5 de abril de 2017, se notificó en virtud de publicación en el Boletín Oficial del Estado núm. 239, de 3 de octubre de 2018.

6. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, siendo el silencio administrativo de carácter desestimatorio (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); no obstante, sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1.- (...) presentó en la entonces Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda (actual Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud), el 7 de septiembre de 2009, en su propio nombre y derecho, solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema.

2.- Mediante Resolución de la Viceconsejería de Bienestar Social e Inmigración n.º 14.371, de 27 de octubre de 2010, se reconoció a (...) la situación de dependencia en Grado III, nivel 1.

3.- En el trámite de consulta de 18 de julio de 2011, (...), en representación de su madre -(...)-, manifiesta su preferencia por la prestación económica vinculada al servicio de atención residencial, ya que su madre en ese momento se encuentra en un centro privado de atención residencial.

4.- El 18 de febrero de 2012 se emite la Propuesta de Programa Individual de Atención (en adelante, PIA) de (...), en la que se propone la concesión del servicio de atención residencial, y la consecuente solicitud nominal de plaza pública de atención residencial, señalando que, de no ser posible el acceso al servicio asignado, se propone que se reconozca la prestación económica vinculada al servicio de atención residencial, desde la fecha de la solicitud hasta que se le asigne el servicio propuesto a través de la oferta pública de la red de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias, quedando incorporada la persona beneficiaria en la lista de espera que se confeccione a tal fin. Indicándose, igualmente, que el Centro de Atención Residencial AMMA cuenta con autorización definitiva.

5.- Consta en el expediente un certificado de concesión de plaza, de 9 de enero de 2012, emitido por la Directora del Centro Gerontológico (...), acreditativo de que (...) ocupa plaza privada socio sanitaria, de atención residencial y autorizada, en dicho centro, desde el 20 de julio de 2009, con un coste de 1.785,01 € al mes. También consta un contrato de «*Compromiso de prestación de servicio*», de fecha 20 de agosto de 2012, por el que el Centro (...) se compromete a prestar el servicio de atención residencial a (...), con duración indefinida, a cambio de una contraprestación de 1.849,92 euros al mes.

6.- El día 16 de noviembre de 2012 se produce el fallecimiento de (...), sin que se hubiera aprobado su PIA.

7.- El 5 de abril de 2017 se dicta Resolución de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad n.º LRS2017LL08210, por la que se acuerda la terminación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por fallecimiento de (...). Dicha resolución se notificó en virtud de publicación en el Boletín Oficial del Estado núm. 239, de 3 de octubre de 2018.

8.- Con fecha 3 de enero de 2018, (...), hijo de (...), solicita copia del expediente administrativo de su madre, para recogerlo personalmente.

9.- El 11 de junio de 2018 (...) presenta, entre otros, un escrito firmado por él mismo y por sus dos hermanos -(...) y (...)-, en el que éstos le autorizan a realizar en su nombre todos aquellos trámites que estime oportuno en relación con la situación de dependencia de su madre.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- Con fecha 20 de junio de 2018, (...) interpone, en representación de la comunidad hereditaria de (...), reclamación de responsabilidad patrimonial.

En dicha reclamación se solicita que *«se inicie expediente para que se dicte resolución y emita el correspondiente Programa de Atención Individual (PIA) reconociendo a esta parte el derecho a indemnización y se abone la indemnización correspondiente»*.

2.- El día 26 de abril de 2019, el Servicio de Valoración y Orientación de Dependencia emite informe sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, en el sentido de estimar la reclamación y otorgar indemnización en la cuantía de 22.157,57 €, resultante de los cálculos de la prestación económica vinculada al servicio que, en su caso, hubiera podido otorgarse a (...).

Posteriormente, el 13 de mayo de 2019, se vuelve a emitir informe más detallado, aunque en el mismo sentido.

Por último, dicho servicio emite un nuevo informe el día 3 de junio de 2020, en el que adopta un nuevo criterio. En primer lugar, se corrige el cálculo de la prestación económica vinculada al servicio que, en su caso, hubiera podido corresponder en el procedimiento de dependencia (resultando una cuantía de

20.208,08 €). Y, en segundo lugar, en lo que se refiere a la reclamación de responsabilidad patrimonial, se concluye que: a) Debe inadmitirse la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta debido a que en la fecha de su presentación no se había aprobado el PIA de (...); b) El procedimiento (reclamación de responsabilidad patrimonial) utilizado de contrario no constituye el marco idóneo para identificar las concretas prestaciones y servicios que pudieran corresponder a la fallecida; c) Se está ante una inadmisibilidad por tratarse de un acto firme y consentido por no haberse presentado recurso de alzada en tiempo y forma; y d) Subsidiariamente, la prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial de acuerdo con los plazos previstos legalmente.

3.- Mediante oficio de la Secretaría General Técnica con registro de salida de 7 de julio de 2020, se dio trámite de audiencia a la parte reclamante, concediéndole un plazo de quince días, a contar desde su recepción -que se produjo el 17 de julio de 2020-, para que pudiera presentar las alegaciones o documentos que estimara convenientes.

4.- Con fecha 4 de agosto de 2020 (...) presenta escrito en el que solicitaba que, a la mayor brevedad, le fuera concedida cita para tener acceso al expediente.

5.- Por oficio de la Secretaria General Técnica con registro de salida de 6 de agosto de 2020, se remite a (...) copia del expediente, concediéndole un nuevo plazo de quince días hábiles, contados a partir de la recepción de este oficio -que se produjo el 8 de septiembre de 2020-, para que pudiera remitir las alegaciones que considerara oportunas.

6.- El 8 de septiembre de 2020 (...) presentó en Correos su escrito de alegaciones, que tuvo entrada en la Consejería el día 9 de septiembre de 2020. En dicho escrito se alega, en síntesis, lo siguiente:

- Que se ha producido una demora causada por la pasividad e inacción de los órganos encargados de la tramitación del PIA, y que cualquier retraso en la percepción de la prestación provoca una situación de inseguridad y angustia en la persona dependiente al desconocer la fecha de percepción de la prestación.

- Que el pago retroactivo de la prestación corresponde a los legítimos causahabientes hereditarios de la dependiente fallecida, y que la propia Consejería ha venido realizando, desde la fecha de su fallecimiento, actos encaminados al pago de la prestación.

- Que muchas personas con la situación de dependencia reconocida fallecen antes de haber recibido servicios o prestaciones, y que, además, se ocasionan daños y perjuicios a los familiares que enfrentan enormes gastos confiando en la buena fe de la Administración.

7.- No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias (según se justifica en el Antecedente de Hecho quinto de la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo), al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

8.- Con fecha 4 de marzo de 2021 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución -en forma de Borrador-Orden- de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, que si bien se titula *«por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...), en representación de la comunidad hereditaria de (...)»*, resuelve en el sentido de no admitir a trámite dicha reclamación.

9.- Mediante oficio de 11 de marzo de 2021 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), se solicita la evacuación del dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias [arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la LCCC].

IV

1. La Propuesta de Resolución acuerda no admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial al entender, entre otros motivos, que se está reclamando el abono de prestaciones *«intuitu personae»*, por lo que, sólo tendría derecho a ellas la persona dependiente, feneciendo las prestaciones con ella -motivo por el que el reclamante y el resto de los herederos no ostentan legitimación activa en este procedimiento-. En este sentido, la Propuesta de Resolución justifica la desestimación de la pretensión indemnizatoria en los siguientes términos:

«El presupuesto de hecho al que la Ley liga el surgimiento del derecho a obtener las prestaciones que prevé estriba en la situación de dependencia en que se encuentra la persona. La finalidad de este derecho es promover su autonomía personal y atender a las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria [arts. 1, 5.1.a), 13 y 14 LAPO]. El reconocimiento de las concretas prestaciones presupone, por tanto, que en el procedimiento para la determinación del nivel de

dependencia y de los eventuales derechos de ellos derivados, los servicios sociales correspondientes del sistema público han determinado las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades subjetivas, de entre los servicios y prestaciones económicas previstos, para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario, y en su caso de su familia o entidades tutelares que le represente (art. 29.1 LAPO).

Estas prestaciones son en primer lugar prestaciones de servicios que tienen carácter prioritario. Las prestaciones económicas tienen carácter excepcional, porque se reconocerán tan sólo cuando no sea posible la atención mediante las prestaciones en especie y tienen por objeto la cobertura de los gastos del servicio previsto en el correspondiente Programa Individual de Atención. Por esta razón, las prestaciones económicas, al igual que las de servicios, son de carácter personal y finalista. El beneficiario no puede ingresarla en su patrimonio y disponer libremente de ella, sino que las debe aplicar al destino marcado por los servicios sociales competentes, los cuales deben adoptar la decisión correspondiente en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario. La Administración supervisa, en todo caso, el destino y utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas [arts. 14, 17 a 19 y 43.d) LAPO].

En resumen, las prestaciones económicas están vinculadas a la adquisición de un servicio que requiere la particular situación de dependencia en que se encuentra el beneficiario y no se pueden aplicar a finalidad distinta para la que se otorgan. El derecho a su obtención es un derecho "intuitu personae" porque se concede en atención a su situación personal y con la finalidad específica de subvenir a las necesidades dimanantes de esa situación. Esta naturaleza determina que sea un derecho que se extingue con la muerte del beneficiario y, en consecuencia, en virtud del art. 659 del Código Civil no es transmisible a sus herederos, por lo cual estos no son titulares mortis causa de él y por ende no se les podría abonar la hipotética prestación económica que hubiera podido establecer el PIA.

Este carácter personalísimo de los servicios y prestaciones en materia de dependencia queda reforzado por:

- El apartado segundo, disposición octava, del Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 10 de julio de 2012 (BOE nº 185, de 3 de agosto de 2012), que establece lo siguiente: "los beneficiarios del Sistema de dependencia que fallecieran antes de la formalización de dicha resolución (PIA) aunque tuvieran reconocido un grado de dependencia, no tienen la condición de beneficiarios de la prestación económica y, por tanto, al no haberse perfeccionado el derecho, no puede incorporarse a la herencia".

- El artículo 21.4 del Decreto 9312014, de 19 de septiembre, por el que se establecen los criterios para determinar la capacidad económica de la persona beneficiaria del Sistema para

la Autonomía y Atención a la Dependencia y su participación económica en el coste de los servicios así como la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas del sistema en la Comunidad Autónoma de Canarias (aplicable al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta que el mismo se inició el 20 de junio de 2018), que preceptúa lo siguiente: "En el supuesto de las personas beneficiarias del Sistema de la Dependencia que fallecieran antes de la adopción de dicho acto de reconocimiento de las prestaciones, aunque tuvieran reconocido un grado de dependencia, los causahabientes no tendrán la condición de beneficiarios de la prestación económica al no haberse perfeccionado el derecho. por lo que la misma no podrá incorporarse a la herencia".

En consecuencia, en este caso, al no haberse aprobado el PIA de (...), al ser un derecho personalísimo de la misma, que aún no se ha perfeccionado, sus herederos no están legitimados para reclamar (...) ».

A la vista de lo expuesto, es necesario reiterar lo ya manifestado por este Consejo Consultivo acerca de las prestaciones que pueden ser consideradas *intuitu personae* y las que no en el ámbito que nos ocupa, señalándose en nuestro Dictamen 501/2018, de 7 de noviembre, que: *«Ciertamente 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 las 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). (...) 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 detruido del patrimonio del dependiente pagos para su atención, minorando así el haber hereditario)».* En el mismo sentido se había ya pronunciado este Consejo en su Dictamen 166/2017, de 18 de mayo, en el que se señalaba: *«Según este Consejo, cuya posición se fijó de manera definitiva en el Acuerdo del Pleno, de fecha 15 de marzo de 2017, sobre doctrina en materia de responsabilidad patrimonial por daños causados por el servicio público de dependencia, distinto es el supuesto en el que los herederos del dependiente reclaman por otros daños, sea por derecho propio (por haberlos sufrido los propios herederos, sea patrimonial o moralmente) o por iure hereditatis (por tratarse de daños sufridos en el patrimonio del dependiente fallecido que sí son transmisibles mortis causa)».*

Esta doctrina no venía sino a afianzar la ya apuntada, entre otros, en los Dictámenes 106/2015, de 31 de marzo y 482/2015, de 28 de diciembre, sobre

legitimación de los herederos *iure proprio*, y en los Dictámenes 272/2013, de 22 de julio y 124/2016, de 21 de abril, sobre legitimación de los herederos *iure hereditatis*, todos ellos en reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia.

En el caso que nos ocupa se dan ambos supuestos, pues de los distintos escritos presentados se desprende que los interesados reclaman, por un lado, por los daños que la tardanza en la aprobación del PIA les produjo, esto es, se trata de una reclamación *ex iure proprio* y por otro lado, también reclaman por los pagos a los que la persona dependiente debió hacer frente para sus cuidados una vez declarada la situación de dependencia y mientras no llegaba la aprobación del PIA, que han de ser considerados, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, como detraídos del patrimonio del dependiente, lo que minoró el haber hereditario, es decir, reclaman *ex iure hereditatis*. Por tanto, en este caso la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho cuando inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de legitimación de los interesados.

2. La Propuesta de Resolución señala por último que, al no haberse presentado recurso de Alzada contra la terminación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y tal y como dispone el art. 122 LPACAP, la resolución adquirió firmeza, encontrándonos así ante un acto firme y consentido.

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 DCC 412/2017, de 7 de noviembre (al que siguen los DCC 29/2018 de 26 de enero y 276/2019 de 18 de julio) 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.

V

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 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.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden, que acuerda no admitir a trámite 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 V.