



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 1 4 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de marzo de 2023.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), en representación de (...), por daños ocasionados por la demora en la tramitación del Programa Individual de Atención a la Dependencia (EXP. 72/2023 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. Las reclamantes cuantifican la indemnización que solicitan en 18.606 euros, lo que determina la preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo, según lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), habiendo sido remitida por la Sra. Consejera de acuerdo con el art. 12.3 LCCC, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada son de aplicación tanto la mencionada LPACAP, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de autonomía personal y atención a las personas en

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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; 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. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo del año previsto en el art. 67.1 LPACAP, pues la reclamación fue interpuesta el 13 de febrero de 2019, contado a partir de la fecha del fallecimiento de la persona en situación de dependencia *exitus* que se produce el 13 de noviembre de 2018.

5. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de las interesadas, en su calidad de hijas y herederas de (...) [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP].

La Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias está legitimada pasivamente porque la causa de dichos daños se imputa al funcionamiento del servicio público de dependencia, del que es competente dicho departamento.

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:

- El 13 de septiembre de 2016, (...) presentó en la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda (actual Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud), en su propio nombre y derecho, solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema.

- Mediante Resolución de 2 de agosto de 2017, de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad, se reconoció a (...) la situación de Gran Dependencia en Grado III.

- Con fecha 30 de enero de 2018 se presenta escrito por (...), en el que realiza las siguientes peticiones:

«(...) Primero.- Que se elabore el PIA que corresponda teniendo en consideración, que el representante legal y la persona dependiente ha optado por la prestación por cuidador profesional en el trámite de consulta previsto en el art 29 de la ley 39/2006.

Segundo.- Que se tenga por interpuesta reclamación patrimonial, fundamentada, en el funcionamiento anormal de la administración, dilatando de forma injustificada la aprobación de la prestación o servicio. Esta dejación y falta de respuesta por parte de la administración está causando graves perjuicios económicos a la solicitante, concreta han privado a la persona dependiente de la prestación por cuidador no profesional desde abril del 2017 a razón de 387 euros por mes. (...) ».

- Con fecha 13 de noviembre de 2018 se produce el fallecimiento de (...)

- En fecha 16 de noviembre de 2018 se dicta Resolución de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad, mediante la que se aprobó el Programa Individual de Atención (en adelante PIA) de (...), ya fallecida, en el 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. En dicha Resolución se acordó lo siguiente:

« (...) Prestación de servicio (Servicio Público). Servicio de ayuda a domicilio.

Segundo: Hasta que se le asigne el servicio propuesto a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales, se le reconoce el derecho a la usuaria a la prestación económica vinculada a un servicio de ayuda a domicilio por un importe mensual de 643,56 €.

Para el cálculo de dicha cuantía se ha tenido en cuenta su capacidad económica y el grado de dependencia reconocido, determinándose su participación en el coste del servicio en un 10% siendo la cuantía máxima establecida por el Estado para esta prestación económica de 715,07 €.

Tercero: El abono de la Prestación Económica Vinculada al Servicio, estará supeditado a la presentación de las correspondientes facturas, así como el resto de la documentación que se relaciona en ANEXO I adjunto, que deberá ser presentada en este Centro Directivo en el plazo máximo de UN MES una vez iniciada la prestación del servicio asignado, y emitidas las facturas vinculadas al mismo, en base a lo previsto en el Real Decreto 1619/2012 de 30 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de

facturación. En caso contrario, y transcurridos tres meses desde la notificación de la presente resolución, se procederá a declarar la caducidad del procedimiento que dio lugar al reconocimiento del derecho de acceso a la PRESTACIÓN ECONÓMICA VINCULADA AL SERVICIO, de conformidad con el artículo 95 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (...) ».

III

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

- Con fecha 13 de febrero de 2019, tiene entrada en el registro de la extinta Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda (actual Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud) reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en el Ayuntamiento de Los Realejos el día 8 de febrero 2019, por (...) y (...), hijas de la persona dependiente, debido a los presuntos daños derivados del retraso en la aprobación del PIA.

- El 14 de agosto de 2020 se emite el informe del el Servicio de Valoración y Orientación de Dependencia I sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

- Por oficio de la Secretaría General Técnica, con registro de salida de 22 de marzo de 2022, se dio trámite de audiencia a las reclamantes, para que pudieran presentar, en su caso, las alegaciones o documentos que estimara convenientes, sin que, hasta la fecha, haya presentado alegaciones.

- Finalmente, se emite la correspondiente Propuesta de Resolución -en forma de Borrador-Orden- de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, que resuelve la inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

- Mediante oficio de 13 de febrero de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el 14 de febrero de 2023), se solicita la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo [arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC].

IV

1. La Propuesta de Orden acuerda no admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial al entender que las reclamantes, si bien acreditan su condición de herederas de (...), carecen de legitimación activa para reclamar, al tener los servicios y prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la

Dependencia un carácter personalísimo y haber fallecido la persona en situación de dependencia antes de la aprobación del PIA en el que se adjudicara, exclusivamente a ella, una concreta prestación o servicio.

Asimismo, considera la referida Propuesta que procedería también inadmitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, en razón de que no es el procedimiento administrativo idóneo para impugnar lo dispuesto en el PIA, ni para determinar el periodo de disfrute de la prestación que correspondería, en su caso, a la interesada.

2. 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 detraído 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 da una situación particular, por cuanto la persona dependiente -(...)- el día 30 de enero de 2018 presentó ante la entonces Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda, un escrito en el que además de solicitar *«sea expedida la certificación comprensiva del objeto de este expediente con referencia a los plazos establecidos para resolver, y los efectos generados por la ausencia de resolución expresa»*, peticionaba también *“Que se tenga por interpuesta reclamación patrimonial, fundamentada, en el funcionamiento anormal de la administración, dilatando de forma injustificada la aprobación de la prestación o servicio»*, cuestión respecto de la cual guarda silencio absoluto la Propuesta de Resolución. A pesar de tal petición expresa, la Consejería concernida en ningún momento procedió a tramitar el correspondiente y preceptivo procedimiento de responsabilidad patrimonial. Posteriormente, tras el fallecimiento de la persona dependiente, sus hijas presentan escrito de reclamación patrimonial por funcionamiento anormal de la administración, que ha dado origen al presente expediente, en el que hacen constar expresamente en su apartado noveno *«la reclamante está legitimada activamente para presentar la presente reclamación pues la compareciente continuó la reclamación después del fallecimiento de su madre como guardadora y heredera interviniendo en nombre propio y de sus hermanos»*, esto es, las hijas de la persona dependiente vienen a sucederla tras su fallecimiento en la acción de responsabilidad patrimonial por ella entablada, mostrando su voluntad de continuar con el ejercicio de la misma conforme al art. 4.3 LPACAP. Por ello, se considera, que en el presente caso no procede inadmitir por falta de legitimación activa.

3. Sentado lo anterior, procede reiterar, la doctrina sentada por este Consejo Consultivo, entre otros, 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), en el que 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 las interesadas (la persona dependiente y sus sucesoras) reclaman por un daño producido como consecuencia del 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 interpuesta el 30 de enero de 2018 por la persona dependiente, e incoar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y, previos los trámites legales pertinentes, remitir a este Consejo Consultivo la correspondiente Propuesta de Resolución, con el expediente completo, con la finalidad de que este Organismo emita el correspondiente dictamen, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) LCCC.

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 del presente Dictamen.