



Dictamen nº 222/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 27 de septiembre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Instituto Murciano de Acción Social (por delegación de la Excm. Sra. Consejera de Mujer, Igualdad, LGTBI, Familias y Política Social), mediante oficio registrado el día 18 de abril de 2022 (COMINTER 113071 2022 04 18-10 26), sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, por daños causados en la tramitación de prestación de asistencia a la dependencia (exp. 2022_134), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La reclamación sobre la que versa este Dictamen ya fue objeto de uno anterior, el 287/2021, de 22 de noviembre, que concluyó en la necesidad de completar la instrucción antes de entrar en el fondo del asunto.

En orden a evitar innecesarias repeticiones, cabe dar por reproducidos los antecedentes de aquel Dictamen sin perjuicio de recordar ahora los hitos principales del procedimiento y las alegaciones y pretensiones formuladas por la actora.

Así, con fecha 22 de abril de 2016, D.ª X, actuando en nombre propio y en el de D. Y y D.ª Z y de D.ª P, todos ellos en su condición de herederos *ab intestato* de su padre y esposo, respectivamente, D. Q, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que dicen haber sufrido como consecuencia del inadecuado funcionamiento de los servicios sociales dependientes de la Administración regional.

Relata la reclamación que, con fecha 25 de enero de 2009 (en realidad se presentó el 31 de enero), D. Q presentó solicitud de reconocimiento del grado de minusvalía, que fue resuelta el 12 de agosto de ese mismo año, otorgándole una minusvalía del 72% y una necesidad de asistencia de tercera persona "no valorada".

Tras reclamar contra dicha resolución, por otra de 6 de octubre de 2009 (frente a lo indicado en la reclamación esta última data del 3 de agosto de 2010, documento 10 del expediente) y fecha de efectos de 31 de enero de 2009, se le reconoce un grado de discapacidad del 81% y una necesidad de asistencia de tercera persona de 17 puntos.

No conforme con dicha resolución, presentó demanda ante la jurisdicción social que dio lugar a la sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Murcia, n.º 73/2013, de 6 de marzo, que declara al actor afecto de necesidad de asistencia de tercera persona en una puntuación de 33 puntos, teniendo así mismo dificultades para utilizar transportes colectivos valorada en 13 puntos.

Tras la oportuna petición de rectificación solicitada por el interesado, el mismo Juzgado dicta auto de 24 de mayo de 2013, que declara al actor afecto de necesidad de tercera persona con una puntuación de 44 puntos,

manteniendo sin variación el resto de pronunciamientos.

En cumplimiento del indicado auto, el 3 de junio de 2013 se dicta resolución de reconocimiento de grado de discapacidad que le asigna 44 puntos en el apartado necesidad de asistencia de tercera persona, con efectos desde el 6 de octubre de 2009.

Recurrida la sentencia en suplicación y posteriormente en casación, el primero de dichos recursos es desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, núm. 467/2014, de 2 de junio, e inadmitido el segundo, según afirma la interesada, por auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015.

Tras manifestar que los efectos del reconocimiento del grado de discapacidad y de la necesidad de asistencia de tercera persona han de referirse al 31 de enero de 2009, correspondiente a la fecha de la solicitud inicial, y no al 6 de octubre de ese año, entienden los reclamantes que el Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) incurrió en error al valorar la necesidad de asistencia de tercera persona primero en 0 puntos y luego tras la reclamación en 17 puntos, como evidenció que en sede judicial se elevara dicha puntuación hasta los 44 puntos.

Como consecuencia de dicho error, se demoró el momento en que el Sr. Q habría podido *“solicitar la correspondiente homologación al grado de dependencia, que la normativa prevé”*, pues de haber actuado la Administración correctamente, dicha solicitud podría haberse efectuado el 12 de agosto de 2009 (con efectos del 31 de enero anterior), fecha de la inicial resolución de reconocimiento de discapacidad.

Si bien la reclamación no se detiene en precisar la normativa de dependencia que entiende que ampararía la reclamación, cabe indicar que se refiere a lo establecido en la Disposición adicional novena de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, Ley de Dependencia), en cuya virtud, *“quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley”*. A la fecha de la resolución de discapacidad, el 12 de agosto de 2009, la referencia que la indicada disposición legal hace al desarrollo reglamentario ha de entenderse realizada al Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en la dicha Ley 39/2006, cuya Disposición adicional primera, apartado 2, prevé que a quienes tengan reconocido el complemento de la necesidad del concurso de otra persona, determinado según la normativa reguladora del reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, *“se les reconocerá el grado y nivel [de dependencia] que les corresponda, en función de la puntuación específica otorgada por el citado baremo, de acuerdo con la siguiente tabla: De 15 a 29 puntos: Grado de dependencia, nivel 2; de 30 a 44 puntos: Grado II de dependencia, nivel 2; de 45 a 72 puntos: Grado III de dependencia, nivel 2”*.

En consecuencia, la reclamación considera que, de no haber errado el IMAS en la valoración de la necesidad de asistencia de tercera persona, se le habrían reconocido al Sr. Q 44 puntos que, por homologación, le habrían permitido solicitar y obtener el Grado II de dependencia, nivel 2, con efectos desde el 31 de enero de 2009.

Señala la reclamación que el Sr. Q falleció el 26 de marzo de 2013.

Sus herederos solicitan una indemnización de 16.397,78 euros, importe correspondiente a la prestación económica que le habría correspondido entre el 31 de enero de 2009 y el 31 de marzo de 2013, por cuidados en el entorno familiar, pues fue atendido en su domicilio hasta su óbito.

SEGUNDO.- Declarado el desistimiento de los reclamantes por Orden de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades (por delegación, el Director Gerente del IMAS), de 28 de abril de 2017, al entender la Administración que no había quedado debidamente acreditada la representación de la actora respecto de sus familiares, y tras la correspondiente impugnación, por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, de 29 de octubre de 2020, se declara *“el derecho de la parte recurrente a que por la parte demandada se continúe el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancias, sólo, de D.ª X”*.

TERCERO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada, presenta alegaciones mediante escrito fechado el 14 de abril de 2021 para reiterar las ya formuladas con anterioridad y ratificarse en su pretensión indemnizatoria.

CUARTO.- Con fecha 31 de mayo de 2021 y a solicitud de la instrucción, se evacua informe por la Directora de la Unidad de Valoración y Diagnóstico de Murcia, que se expresa en los siguientes términos:

"1) En cuanto al supuesto "error inicial en el que incurre el IMAS en el diagnóstico y valoración de 12-08-2021" (sic, en realidad 2009), según las palabras utilizadas por el reclamante, se rechaza la existencia de error de tipo alguno en la valoración efectuada.

El equipo de valoración, siguiendo el procedimiento legalmente reglado, procedió a valorar al interesado de conformidad con los documentos médicos aportados por este y la correspondiente entrevista personal, emitiendo el correspondiente dictamen, y determinando en este caso la existencia de un grado de discapacidad del 81% y 17 puntos en el baremo de ayuda de tercera persona. Todo ello tras estimar parcialmente la reclamación previa a la vía jurisdiccional que interpuso el interesado el 6-10-2009.

Una vez revisado el expediente no se observa la comisión de error alguno en su tramitación que pudiese originar responsabilidad patrimonial. Tampoco se observa en las alegaciones efectuadas por el reclamante que se señale, más allá de lo que denomina "error en el diagnóstico", la existencia de algún error durante la tramitación del procedimiento de valoración que hubiese podido provocar un daño indemnizable al interesado.

2) El hecho de que el Juzgado de lo Social, mediante sentencia de 6-3-2013 (corregida y aclarada mediante auto de 24-5-2013), estimase parcialmente la demanda interpuesta por el interesado y acordase que la puntuación en el baremo de tercera persona debía aumentarse hasta 44 puntos, concediendo también 13 puntos en el baremo de movilidad y transporte, no puede, a nuestro juicio, conllevar la existencia de un "error en el diagnóstico", concepto ajeno al procedimiento de valoración de discapacidad en el sentido que pretende darle el reclamante, y que en su caso podrá ser aplicado en el ámbito de la práctica médica preventiva y curativa.

En efecto, como es sabido y tiene dicho reiterada doctrina y jurisprudencia, ni siquiera el mero error de diagnóstico en la práctica médica puede considerarse generador de responsabilidad puesto que la ciencia médica no es una ciencia exacta. Lo que sí puede generar responsabilidad y por tanto reclamaciones es el error de diagnóstico fundamentado en la ausencia de realización de pruebas diagnósticas que, dada la clínica y sintomatología del paciente, estaban indicadas realizar para su curación. Como decimos, cuestiones todas estas ajenas al procedimiento de valoración que realiza el IMAS, en el que el equipo correspondiente se limita a valorar y cuantificar el grado de discapacidad y/o dependencia del solicitante de dicha valoración. Entender que la disparidad de criterios entre el equipo de valoración y una resolución judicial conlleva automáticamente un error indemnizable por la vía de la responsabilidad patrimonial, sería contrario a las disposiciones legal es y jurisprudenciales en esa materia e incluso al propio sentido común.

Pero es que, además, en el presente caso, en la sentencia del Juzgado de lo Social tampoco se hace mención alguna por el Juzgador a la existencia de error de tipo alguno que sea susceptible de generar responsabilidad patrimonial de la Administración. Simplemente, y en la línea de lo expuesto anteriormente, se constata que el criterio del Juzgador difiere del criterio del equipo de valoración, debiendo prevalecer el de aquél por ser el superior criterio en estos casos.

Y, además, la sentencia que puso fin al litigio tampoco difiere en exceso del criterio del equipo de valoración, manteniendo el 81% de grado de discapacidad, y aumentando la puntuación de concurso de tercera persona por debajo incluso de las pretensiones del interesado; de hecho, la sentencia es "parcialmente" estimatoria, resultando que la familia del interesado interpuso recurso de suplicación contra la misma (íntegramente desestimado por el TSJ de Murcia) y posteriormente recurso de casación que le fue inadmitido por el TS.

3) En otro orden de cosas, tras la revisión del expediente y de las alegaciones efectuadas por el reclamante, se constata que nunca se ha solicitado por el interesado en tiempo y forma prestación económica o de otro tipo a la que pudiera tener derecho por haber sido reconocido como dependiente.

Al margen del deseo del interesado de obtener en su día un grado de discapacidad homologable con un grado de dependencia II nivel 2 (lo que motivó que estuviese litigando hasta el 23-4-2015, fecha en la que se dictó por el TS el auto que inadmitió su recurso de casación), lo cierto y verdad es que pudo, si a su derecho convenía, solicitar las prestaciones a que hubiere lugar en materia de dependencia ya desde el 3-8-2010 (fecha de la Resolución del IMAS que le concedía una valoración del 81% de grado de discapacidad, homologable con la dependencia), y ello sin perjuicio de haber seguido litigando en busca del reconocimiento de un nivel más alto del grado de dependencia que ya se le había concedido.

Al no haberse solicitado en su momento prestación del sistema de dependencia (prestación que, posteriormente, podría haber variado en su caso en cuanto a su contenido y alcance), no resulta posible acudir al procedimiento de solicitud de prestaciones reconocidas a dependientes fallecidos, que sería la vía normal de articular la reclamación económica por el reclamante, en cuanto comunidad hereditaria, pudiendo ser esta la razón de que ahora se trate de solventar este obstáculo legal, acudiendo a una reclamación patrimonial por un supuesto "error de diagnóstico o valoración" que no ha existido, y pretendiéndose ahora que se privó al interesado de poder haber solicitado en agosto de 2009 la homologación de su discapacidad al grado de dependencia; sin embargo, como hemos visto, por mor de la estimación parcial de la reclamación previa mediante resolución del IMAS de 03/10/2010, desde ese momento ya existía una discapacidad homologable a dependencia (81% de discapacidad y 17 puntos del baremo de tercera persona) y el interesado pudo haber interesado el reconocimiento de las prestaciones a que hubiere lugar, cosa que no hizo.

3) (sic) Finalmente se constata que, como ya se puso de manifiesto en el informe de 28-09-2016 elaborado por la entonces Directora de la Unidad de Valoración y Diagnóstico de Murcia, D^a R, tanto en la Resolución del IMAS de 22-03-2013, como en la de fecha 3-6-2013, se produjo un simple error material al fijar como fecha de efectos la de 6 de octubre de 2009 (fecha de la presentación de la reclamación previa) en vez de la fecha correcta, esto es, la de 31-01-2009 (fecha de presentación de la solicitud de valoración); error que fue detectado y corregido el 18/05/2016 y que no llegó a tener trascendencia jurídica ni efecto negativo de tipo alguno para el interesado al ser evidente que se trataba de un mero error material que fue debidamente subsanado. Por todo lo dicho, a juicio de este Servicio no se observa que se haya realizado acción u omisión de tipo alguno que haya generado un daño al interesado que requiera ser indemnizado. El interesado pudo haber solicitado prestaciones del sistema de dependencia desde agosto de 2010 (con fecha de efectos de 31 de enero de 2009), y de haberlo hecho, sus herederos podrían haber acudido con toda normalidad al procedimiento de solicitud de prestaciones reconocidas a dependientes fallecidos una vez agotada la vía judicial por ellos mismos iniciada".

QUINTO.- El 28 de junio de 2021 evacua informe el Servicio de Valoración de Dependencia, según el cual:

"...con fecha 13 de mayo de 2013 Valoración de Dependencia nos solicita copia por ejecución de sentencia de grado de discapacidad, siendo enviada a Valoración de Dependencia el 14 de mayo de 2013. Que según Sentencia 00073/2013, en ejercicio de una acción de Reconocimiento de Grado de Minusvalía, seguidos con el N°1329/10 en virtud de la demanda formulada por D. Q, frente al IMAS, se estima en parte la demanda interpuesta y declara al actor afecto de Necesidad de Asistencia de Tercera Persona en una puntuación de 33 puntos.

El 14 de mayo de 2013 el Director General de Pensiones, Valoración y Programas de inclusión dicta resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por homologación en la que, comprobada resolución del Servicio de Valoración y Diagnostico en ejecución de la sentencia n.º 0073/2013 del Juzgado de lo Social n.º 3, se estima la concesión de 33 puntos en el baremo de necesidad de tercera persona con efectos 31 de enero de 2009.

Visto el dictamen emitido por el Órgano Técnico de Valoración en aplicación al Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, en las valoraciones realizadas con posterioridad al 18 de febrero de 2012 en aplicación del Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, que regula el Baremo de Valoración de la Situación de Dependencia, y teniendo en cuenta los preceptivos informes de salud y del entorno de la persona solicitante. Se resuelve:

1.º Reconocer a D. Q (sic), en situación de dependencia grado II, nivel 2 por Homologación, por tener reconocido el complemento de necesidad del concurso de otra persona, determinando (sic) en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, con una puntuación entre 33 y 44 puntos.

2.º Determinar que los efectos de dicha situación de dependencia se corresponden al 31/10/2021 (sic), día siguiente de la solicitud de revisión de grado de dependencia que queda afectada por dicha sentencia.

3.º Determinar qué Servicios y Prestaciones Económicas podrían corresponderle, de conformidad con el grado de dependencia reconocidos.

Esta resolución es definitiva salvo que concurra alguna de las causas contempladas en el artículo 30 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre y firmada en Murcia el 14 de Mayo de 2013'.

SEXTO.- Con fecha 15 de julio de 2021 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar la instructora que no concurren todos los elementos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente la efectividad o realidad del daño, que considera ausente, pues el derecho al reconocimiento de la situación de dependencia por homologación no conlleva el de las prestaciones económicas y menos la que pretende la reclamante, que es de carácter excepcional y sometida a una amplia condicionalidad. Tampoco concurre, sigue la propuesta de resolución, la antijuridicidad del daño, con invocación de la doctrina del margen de razonabilidad de la decisión administrativa, ni la relación causal entre el daño y el servicio público, pues considera que la infravaloración de la necesidad de asistencia de tercera persona por parte del IMAS no privaba necesariamente al Sr. Q de la posibilidad de solicitar y obtener el reconocimiento de la dependencia.

SÉPTIMO.- Solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se evacua el 22 de noviembre de 2021 con el número 287/2021, en sentido desfavorable a la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

Concluye dicho Dictamen en la necesidad de completar la instrucción para determinar con precisión la fecha en la que se notificó a la actora el Auto del Tribunal Supremo de inadmisión del recurso de casación, con requerimiento a aquélla de la correspondiente acreditación documental, omitida en el expediente, ante la eventual prescripción de su derecho a reclamar. Además, se advierte que, tras el trámite de audiencia a la interesada se incorporaron al expediente dos informes de los que no se le dio traslado, por lo que se señala la procedencia de retrotraer el procedimiento para conferir un nuevo trámite de audiencia.

Se indica, además, la necesidad de incorporar al expediente, por su relevancia para la decisión del procedimiento de responsabilidad patrimonial, una resolución de 14 de mayo de 2013, por la que se habría reconocido al Sr. Q la situación de Dependencia Grado II, nivel 2 por homologación, con efectos de 31 de octubre de 2021, fecha que ya se advertía en el Dictamen que había de ser un lapsus. Esta resolución es mencionada por primera vez en uno de los informes traídos al procedimiento tras el trámite de audiencia y no constaba entre la documentación inicialmente remitida al Consejo Jurídico junto a la consulta. Se señala a la Consejería consultante la necesidad de incorporar al procedimiento de responsabilidad patrimonial el expediente seguido en su día para el dictado de la indicada resolución de reconocimiento de la situación de dependencia.

OCTAVO.- En cumplimiento de lo indicado en el Dictamen, se incorporan al procedimiento los expedientes de valoración y prestaciones del sistema de la dependencia, relativos al Sr. Q.

Asimismo, se solicita por la instrucción informe acerca de si por el Sr. Q se llegó a aportar factura alguna relativa a la prestación vinculada al Servicio de Ayuda a Domicilio que le fue reconocida por resolución de 18 de junio de 2012, con efectos de 1 de julio de 2011. Contesta la Jefe de Sección de Gestión de Centros y Programas III, que no consta que se presentara justificación del gasto realizado para poder abonar la prestación ni consta que se diera de alta en el Servicio con entidad privada acreditada por la CARM. El expediente se archivó con efectos de 27 de marzo de 2013 debido al fallecimiento de la persona dependiente.

NOVENO.- Con fecha 2 de febrero de 2022, la Unidad de Valoración de la Situación de Dependencia evacua el siguiente informe:

“D. Q solicitó Valoración de Discapacidad y de Dependencia:

A) Discapacidad.

1- Valoración inicial con fecha de solicitud del 18/06/2004 y resuelto en el 31/03/2005 con un 41% de minusvalía, concurso de tercera persona 0, con 0 puntos de Transporte Público, con efectos 18/06/2004.

2- Valoración por agravamiento con fecha de solicitud del 31/01/2009 y resuelto el 12/08/2009 con un 72% de minusvalía, concurso de tercera persona 0, con 0 puntos de Transporte Público.

3- Reclamación con fecha de solicitud del 06/10/2009 y Resolución del 03/08/2010 con un 81%, 0 puntos de Transporte Público y concurso de tercera persona con 17 puntos, con efectos 31/01/2009.

4- Valoración por agravamiento con fecha de solicitud del 31/01/2009 y resuelta, por Ejecución de Sentencia 73/2013 del Juzgado de lo Social nº3 de Murcia y Auto de fecha 24/05/2013, el "03/06/2013" con un 81%, 13 puntos de Transporte Público y 44 puntos de concurso de 3ª persona desde el 31/01/2009 (fecha de solicitud del agravamiento).

5- Fallecimiento el 26/03/2013.

De su expediente se concluye que el grado de Discapacidad es del 81%, con 13 puntos de Transporte Público y 44 puntos de concurso de tercera persona desde el 31/01/2009 (fecha de la solicitud por agravamiento) y resuelto el 03/06/2013.

B) Dependencia.

1- Valoración Inicial (GIN.1), con fecha de solicitud del 20/05/2008 y fecha de Resolución del 29/07/2008 con 18

puntos que corresponden a un Grado 0 de Dependencia.

2- Recurso de Alzada (GRA.2), solicitado el 09/09/2008 y resuelto el 04/02/2009 desestimándolo.

3- Valoración por agravamiento (GRV.3), solicitado el 29/10/2010 y resuelto el 18/03/2011 con 14 puntos con el baremo de Dependencia y por lo tanto Grado 0, pero al tener en esa fecha reconocidos 17 puntos de concurso de tercera persona se homologó con el Grado I, nivel 2 de la Dependencia, con efectos del 30/10/2010, día siguiente de la fecha de solicitud por agravamiento.

4- Valoración por agravamiento (GRV.6), solicitado el 22/03/2013, pero no se pudo realizar la visita para la valoración al haber fallecido el 26/03/2013. Se resolvió el 14/05/2013 con Grado II, nivel 2 por tener reconocido primero 33 puntos de concurso de tercera persona y después 44 puntos.

La homologación de la Dependencia Grado II nivel 2, se concede cuando el concurso de ayuda de tercera persona de Discapacidad está comprendido en el intervalo entre 30 y 44 puntos. Se determinó que los efectos de dicha situación de Dependencia se correspondían al 30/10/2010, día siguiente a la solicitud de Revisión de Grado (GRV.6).

5- Recurso de Alzada (GRA.9) solicitado el 02/07/2013 y desestimado el 08/04/2014.

De su expediente de Dependencia se concluye que el Grado II, nivel 2 por homologación de los puntos de tercera persona de Discapacidad con efectos del 30/10/2010, día siguiente de la fecha de solicitud de revisión de Grado (GRV.6). No es posible homologar antes de haberlo solicitado.

En cuanto a la 1ª cuestión de la CRI de la Instructora del expediente de responsabilidad patrimonial, que recoge las aclaraciones solicitadas por el Consejo Jurídico, respecto a la notificación de la resolución de 14/05/2013, informar que consta como Documento 56 del nuevo Índice, pág. 250 y 251, la notificación. La notificación de la resolución de 14 de mayo a D. Q fue realizada el mismo día 14/05/2013 y entregada, según justificante del que dispone esta administración, el 29/05/2013. Asimismo se le notificó al Director del Centro de Servicios Sociales de la Comarca Oriental, como centro de servicios sociales de zona, del dependiente.

En cuanto a la 2ª cuestión de la CRI, tras la revisión de ambos expedientes, discapacidad y dependencia, se confirma que en el informe realizado el 28/06/2021 se produjo un error al indicar como fecha de efectos el 31/10/2021 en vez del 30/10/2010, (día siguiente de la fecha de solicitud de la revisión por agravamiento, GRV.6).

Por último, respecto a la cuestión de que cómo la resolución de 14/05/2013 se dicta en un procedimiento de revisión, si ello determina la existencia de una previa resolución de reconocimiento de la situación de dependencia, informar, a la vista de los antecedentes obrantes, que hubo un previo procedimiento cuyo objeto era el reconocimiento de la situación de dependencia pero con un resultado desestimatorio para el interesado, procedimiento que es denominado como de Valoración Inicial (1 GIN), ya que se dictó resolución de 29/07/2008

(documento 25) en la que no se reconoció grado de dependencia alguno a D. Q”.

DÉCIMO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la interesada, presenta alegaciones el 31 de marzo de 2022 para reiterar las contenidas en su escrito de reclamación y combatir las afirmaciones de los informes contenidos en el expediente que niegan la existencia de errores en la valoración, errores que habrían sido puestos de manifiesto por la jurisdicción social cuando estimó sus pretensiones en la sentencia de 6 de marzo de 2013. Insiste la reclamante en que la valoración de la necesidad de concurso de tercera persona realizada por el IMAS fue arbitraria, infringiendo los preceptos reglados para su práctica (baremo técnico) y vulnerado la técnica o los conocimientos existentes en ese momento (“*lex artis*”), por lo que no puede calificarse de razonable.

Señala, asimismo “*que no estamos en el presente caso en una exigencia de responsabilidad dimanante de un expediente de dependencia, eso es otra cuestión distinta de la que ahora nos aborda y no debe de confundirnos, estamos en un expediente de exigencia de responsabilidad patrimonial dimanante de una mala praxis (Lex Artis ad hoc), a la hora de baremar la necesidad de concurso de tercera persona al discapacitado y los efectos negativos o perniciosos que estos han producido en el mismo*”.

Entiende que, de no haberse errado en la valoración de la necesidad de concurso de tercera persona, podría haberse solicitado la homologación con la situación de dependencia ya el 12 de agosto de 2009, es decir 3 años y 9 meses antes de la fecha en la que realmente se solicitó, el 22 de marzo de 2013, tras la sentencia que establecía el error cometido por el IMAS en la valoración.

UNDÉCIMO.- El 12 de abril de 2022 la instructora formula nueva propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren todos los elementos a los que el ordenamiento vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en particular el requisito de la efectividad del daño, pues el reconocimiento de la situación de dependencia por homologación no conlleva el de las prestaciones económicas y menos la pedida por el interesado que es la vinculada a la ayuda a domicilio, que es de carácter excepcional y sometida a una amplia condicionalidad.

En cualquier caso, consta que el 18 de junio de 2012 se aprueba el Programa Individual de Atención (PIA) del Sr. Q y se le reconoce el derecho a la indicada prestación con efectos desde el 1 de julio de 2011, debiendo acreditar la persona dependiente el gasto realizado mediante la presentación de las correspondientes facturas, sin que llegara a cumplir con esta obligación de justificación.

Niega, asimismo, la antijuridicidad del daño al amparo de la teoría del margen de razonabilidad, y que exista relación causal entre el error cometido en la valoración de la necesidad de asistencia de tercera persona y la privación de la prestación de la dependencia, pues el interesado pudo haber solicitado y obtenido el reconocimiento de la dependencia con anterioridad a la fecha en la que se dictó la sentencia social.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió de nuevo el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen mediante comunicación interior del pasado 18 de abril de 2022.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, régimen jurídico aplicable, legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

I. Cabe dar por reproducidas las consideraciones que sobre los extremos enunciados en el encabezamiento de la presente realizó este Consejo Jurídico en el Dictamen 287/2021.

II. En relación con el plazo para reclamar, ha quedado acreditada la fecha en la que la interesada fue notificada del auto del Tribunal Supremo que inadmitía su recurso de casación, deviniendo firme la sentencia recurrida e iniciando el cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar. Consta en el expediente que el Auto de inadmisión dictado por el Alto Tribunal data del 23 de abril de 2015, fecha en la que fue notificado a la actora, por lo que la reclamación presentada por ésta el 22 de abril de 2016 lo fue dentro del plazo anual de prescripción establecido por el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), hoy 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

III. En relación con el procedimiento seguido y una vez conferida la nueva audiencia a la interesada, no se aprecia la omisión de trámites esenciales, constando todos los preceptivos.

No obstante, cabe efectuar una advertencia acerca del canal elegido por la interesada para hacer llegar a la instructora su escrito de alegaciones, el correo electrónico corporativo de esta última. Ha de recordarse que el artículo 16 LPACAP establece que cada Administración dispondrá de un Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, lo que garantiza al interesado la constancia de su presentación, con los efectos anudados a la misma en cuanto al ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones y cargas, así como de extremos tan relevantes como la fecha y hora de presentación, su contenido, etc., mediante la expedición del correspondiente recibo.

SEGUNDA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.

I. El ordenamiento jurídico español contempla un sistema de responsabilidad patrimonial por los daños que se causen como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que encuentra su fundamento en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución y que se regula en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en términos sustancialmente coincidentes, en lo que aquí concierne, al régimen establecido en la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y que no obstante resulta aplicable al supuesto sometido a consulta al amparo de la Disposición transitoria tercera LPACAP

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 32 y siguientes LRJSP y 139 y siguientes LPAC. De conformidad con lo que se establece en ese bloque normativo, en la constante jurisprudencia que lo interpreta y en la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, son requisitos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas los siguientes:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ahora bien, al igual que ha establecido en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, el Consejo Jurídico ha destacado que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997, 5 de junio de 1998, 27 de mayo de 1999, 13 de septiembre de 2002 y 8 de abril de 2003, y más recientemente, la núm. 1340/2021, de 17 de noviembre, entre otras muchas).

Del mismo modo, en ocasiones anteriores ha manifestado el Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 197/2002 y 44/2021) que el instituto de la responsabilidad patrimonial nace con la finalidad de compensar a los particulares por los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos y, traduciéndose frecuentemente el quehacer de las Administraciones en la emisión de actos administrativos, una parte de los supuestos de

responsabilidad patrimonial planteados tendrá su causa en la adopción de actos de tal naturaleza que posteriormente sean anulados por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico. Tanto la LPAC como la LPACAP dan respuesta a este supuesto de hecho regulándolo de modo específico. Así en sus respectivos artículos 102.4 (LPAC) y 106.4 (LPACAP) -incardinados en el título dedicado a la revisión de los actos administrativos- establecen: *"Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley [32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público]; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma"*. Por su parte, los artículos 142.4 LPAC y 32.1 segundo párrafo LRJSP, ya en sede de responsabilidad patrimonial, disponen que la anulación en vía administrativa o por el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone –*"por sí misma"*, añade la LRJSP- derecho a la indemnización.

Dichos preceptos, según reiterada jurisprudencia y doctrina, deben interpretarse en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente para que surja el derecho a indemnización. La procedencia de ésta se determinará una vez constatada la existencia del daño o lesión patrimonial y la concurrencia de los requisitos que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad patrimonial establecen como necesarios para que aquél pueda imputarse a la Administración, lo que exigirá verificar que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que el daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo.

TERCERA.- El daño.

La reclamante identifica el daño padecido como consecuencia del error cometido por el IMAS en la valoración de la necesidad de asistencia de tercera persona, luego corregido en ejecución de sentencia, como las cantidades dejadas de percibir en concepto de prestación del sistema de la dependencia por cuidados en el entorno familiar que le hubieran correspondido a la persona dependiente entre el 31 de enero de 2009 (fecha en que solicita el reconocimiento del grado de minusvalía) y el 31 de marzo de 2013 (mes de su fallecimiento).

Para que dicho daño sea indemnizable, ha de reunir los requisitos de efectividad y realidad que establece la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial (arts. 139.2 LPAC y 32.2 LRJSP), excluyendo las meras expectativas de percepciones económicas que, aunque posibles, no estuvieran dotadas de la suficiente certeza como para establecer que, de no haberse producido el error en la producción del acto administrativo que determinó su anulación, el reclamante habría recibido la cantidad reclamada con seguridad, por venir plenamente amparado su derecho a dicha percepción por el ordenamiento.

La interesada considera que a su padre le hubiera correspondido la prestación por cuidados en el entorno familiar, dado que *"estaba siendo atendido en su domicilio desde un primer momento hasta su fallecimiento"*.

Sin embargo, el mero hecho de la atención al dependiente en su domicilio no conlleva necesariamente el derecho a la percepción de esta prestación, que en la normativa del sistema de la dependencia está caracterizada como una prestación excepcional y sólo para el supuesto de que no pueda acceder la persona dependiente a otros servicios que garanticen su adecuada asistencia.

Así, la Ley de Dependencia establece un sistema basado en servicios y prestaciones económicas, en el que los primeros tienen carácter prioritario sobre las segundas, conforme establece su artículo 14.2. De modo que, en principio y sin perjuicio de ciertas excepciones, teniendo acceso el beneficiario a uno de los servicios allí establecidos, como es el de ayuda a domicilio (artículo 15.1, c), no tendría acceso a la prestación de cuidados en el entorno familiar.

De conformidad con el artículo 14.4 de la Ley, el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención. En concordancia con este precepto, el artículo 18.1 de la Ley dispone que *"excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares"*.

Es decir, para acceder a la prestación de cuidados en el entorno familiar el beneficiario no sólo ha de ser cuidado en dicho entorno, sino que han de cumplirse diversas condiciones, habiendo sido complementadas las legalmente establecidas por la normativa autonómica de desarrollo. Así, en la Región de Murcia, el Decreto 306/2010, de 3 de diciembre, por el que se establece la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, desgrana en su artículo 30 todas las condiciones de acceso a esta prestación de cuidados en el entorno familiar. En su versión original, anterior a la modificación operada en el año 2013, el Decreto establecía la siguiente condicionalidad:

“Además de los requisitos generales que figuran en el artículo 4 de este decreto, será preciso para acceder a esta prestación que concurran las siguientes condiciones:

- 1) Que los cuidados que se deriven de la situación de dependencia del beneficiario se estén prestando en su entorno familiar con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia.*
- 2) Que la atención y cuidados a prestar por el cuidador se adecuen a las necesidades de la persona dependiente, en función de su grado y nivel de dependencia.*
- 3) Que se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda, para el desarrollo de los cuidados necesarios, en el mismo domicilio de la persona en situación de dependencia o, en el caso de distintos domicilios, que su proximidad física permita dispensar una atención pronta y adecuada a la misma.*

No obstante, las personas en situación de dependencia en Grado I, deberán convivir con la persona cuidadora en el mismo domicilio.

- 4) Que el Programa Individual de Atención determine la adecuación de esta prestación y que se dan las adecuadas condiciones de convivencia y relación”.*

Es de destacar que, en todo caso, la procedencia de este prestación excepcional se condiciona a que el Programa Individual de Atención de la persona dependiente la considere como adecuada a su situación.

Del expediente remitido por la Dirección General de Pensiones, Valoración y Programas de Inclusión se desprende que tras serle reconocido al Sr. Q el 3 de agosto de 2010 un Grado de Discapacidad del 81% con una necesidad de apoyo de tercera persona de 17 puntos, solicitó su homologación al Grado I de Dependencia, nivel 2, el 29 de octubre de 2010.

En la tramitación de este procedimiento de homologación, cuando se recabó la participación del beneficiario para que enumerara por orden de prioridad los servicios y prestaciones económicas del sistema de dependencia que se solicitaban, el Sr. Q marcó el Servicio de Ayuda a Domicilio y como prestación económica la ayuda económica vinculada al referido servicio, y no la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, que también estaba enumerada entre las elegibles por el interesado (documento 39 del expediente).

De forma congruente con esta solicitud, el Programa Individual de Atención, de fecha 25 de enero de 2012 considera como recurso asignado el de la prestación económica vinculada al servicio de ayuda a domicilio, con efectos del 1 de julio de 2011, como modalidad de intervención más adecuada entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la normativa de aplicación para su grado y nivel de dependencia, y no la de cuidados en el entorno familiar, por lo que el interesado, de conformidad con la normativa antes expuesta, no tendría derecho a esta prestación, que ni siquiera solicitó cuando pudo hacerlo.

De lo anterior se desprende que la pretensión indemnizatoria de las cantidades dejadas de percibir en concepto de prestación económica por cuidados en el entorno familiar adolece de las características de realidad y certeza que son necesarias para que pueda llegar a considerarse como daño indemnizable.

La ausencia de un daño efectivo en los términos indicados impide apreciar, asimismo, el resto de elementos a cuya concurrencia anuda el ordenamiento el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el pretendido nexo causal entre aquél y el funcionamiento del servicio público de valoración de la discapacidad al que pretende imputarse un daño que se ha reputado inexistente.

Procede, en consecuencia, desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida en que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, singularmente la efectividad y realidad del daño y, en consecuencia, su relación causal con el funcionamiento de los servicios de valoración de la discapacidad.

No obstante, V.E. resolverá.

