

Dictamen n.º: **653/23**
Consulta: **Consejera de Familia, Juventud y Asuntos
Sociales**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.12.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 5 de diciembre de 2023, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. y D. (en adelante, “*los reclamantes*”), por los presuntos daños sufridos, por el fallecimiento de su hijo y hermano respectivamente, D., que atribuyen a un deficiente funcionamiento de la consejería actuante.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de julio de 2021, se presenta en oficina de Correos, escrito interesando la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la deficiente actuación de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, en lo referido a la falta de materialización efectiva del Programa Individual de Atención (en adelante PIA) de su familiar.

Relata la reclamación que el día 13 de julio de 2020 se produjo el fallecimiento de su hijo e hermano a raíz de un atropello sufrido ese

mismo día en la carretera M-40, encontrándose a dicha fecha interno en el centro de acogida municipal para personas sin hogar sito en la calle Pinar de San José, de Madrid.

Indica que en el año 2013 al fallecido se le había reconocido un grado de discapacidad física y psíquica del 42 % debido a que padecía diferentes trastornos, según continúa señalando, ello supuso que en fecha 19 de febrero de 2020 se le reconociera situación de dependencia en grado III, y le fuera aprobado por parte del Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid un PIA, consistente en servicio de atención residencial para personas con discapacidad, incorporándolo a la correspondiente lista de acceso única del servicio de atención residencial para personas con discapacidad.

Refiere que entre los años 2014 y 2020 su familiar presentó un empeoramiento sustancial a nivel físico y psíquico, siendo ingresado de urgencias en numerosas ocasiones por episodios de intentos autolíticos, caídas y por haber sido encontrado por las calles desorientado en varias ocasiones, todo ello propiciado por no tomarse la medicación prescrita por razón de tratamiento de sus trastornos.

De todo ello entiende que su familiar se encontraba en una situación en la que tenía reconocida una dependencia de grado III, y con aplicación de un programa asistencial en vigor que ha resultado insuficiente a todas luces atendiendo a los graves trastornos psíquicos que padecía. Entienden al respecto que, en los meses precedentes al accidente, había sido ingresado de urgencias en numerosas ocasiones por desorientación y caídas, a la vez que desde urgencias se habla contactado el Centro en el que residía informando de la situación, por estar descontrolado en cuanto a la toma de la medicación prescrita y sin vigilancia alguna. Concluyen por tanto que a su entender es evidente que el atropello que sufrió su familiar en las inmediaciones del centro, que provocó su fallecimiento, se debe a un funcionamiento anormal de

la propia administración, que no adecuó correctamente el programa asistencial al dependiente en atención a su grado III de dependencia reconocido, y a sus patologías concretas especialmente.

Sobre la base de las cantidades previstas en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, actualizadas e incrementadas en un 50 %, se interesa una indemnización por importe de 92.015,74 euros.

La reclamación viene acompañada de diversa documentación, a saber, copia del atestado levantado por la Guardia Civil, Agrupación de Tráfico, Destacamento de Móstoles, a raíz del atropello que nos ocupa, copia del libro de familia del que resultan los vínculos de parentesco hechos valer en la reclamación formulada, certificación de grado de discapacidad del 42 % por discapacidad física y psíquica, resolución de 17 de febrero de 2020 de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia por la que se reconoce la situación de dependencia del familiar fallecido en grado III, se aprueba su PIA con modalidad de intervención más adecuada la de atención residencial para personas con discapacidad e incorpora al interesado en la lista de acceso única para el acceso al servicio referido, diversos informes médicos del fallecido y copia de los documentos nacionales de identidad de los reclamantes.

SEGUNDO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del correspondiente expediente.

Por escrito de la instrucción de 18 de septiembre de 2021 se pone en conocimiento de los reclamantes, la normativa de aplicación a la reclamación interpuesta, plazo para la resolución de la misma y efectos del silencio administrativo para el caso de no atenderse el plazo referido.

Por escrito de 28 de septiembre de 2021 se requiere al Juzgado de Instrucción n.º 8 de Leganés, para que informe sobre las Diligencias Previas instruidas a raíz del atropello de referencia, los interesados a los que afectan y su estado de tramitación. Solicitud que se atiende el 28 de octubre de 2021, por escrito del Letrado de la Administración de Justicia en el que se hace constar que *“conforme a lo acordado en el procedimiento arriba referenciado y en resolución del día de la fecha, dirijo a Vds. el presente a fin de informarle de que el presente procedimiento se incoó por el fallecimiento ocurrido por el atropello de (...), no habiéndose dirigido contra ninguna institución y una vez que fue presentado Informe Definitivo de Autopsia se acordó el Archivo Provisional del procedimiento en fecha 10 de noviembre de 2020”*.

Con fecha 11 de noviembre de 2021, se requiere al firmante de la reclamación, hermano del fallecido, para que acredite la representación que dice ostentar de su madre. Requerimiento atendido el 25 de noviembre, por escrito en el que se viene a reproducir la reclamación inicial si bien minorando el importe de la indemnización interesada que queda fijada en la cantidad de 86.142,38 euros. A dicho escrito se adjunta escritura pública de 21 de septiembre de 2020 de poder general otorgada por la progenitora reclamante en favor de su hijo firmante de la reclamación, se vuelve a adjunta copia de los documentos nacionales de identidad de los reclamantes y se acompaña igualmente certificado de aceptación de apoderamiento en el Registro Electrónico de Apoderamientos del otorgado por el reclamante en favor de la persona designada como representante.

Previa petición al respecto, la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad emite informe, fechado el 2 de febrero de 2022, sobre la reclamación formulada. Señala el mismo que *“(…), en el momento de su fallecimiento el 13 de julio de 2020, disfrutaba de plaza en el Centro de Acogida Municipal para personas sin hogar situado en Pinar de San José 104 de Madrid según consta en el propio escrito de*

reclamación y en el expediente que consta en esta Consejería, por lo que entendemos corresponde al Ayuntamiento de Madrid, titular del centro, atender la reclamación patrimonial presentada por la familia del fallecido.

En lo que respecta a esta Dirección General, (...) estaba a la espera de plaza vacante por emergencia social en el centro para personas con discapacidad física y graves alteraciones de conducta en el centro residencial de El Hayedo, en el municipio de Montejo de la Sierra, único centro de la red de atención a personas con discapacidad física para la atención de estos perfiles”.

Por escrito de 30 de mayo de 2022 se interesa de la apuntada dirección general que aporte la parte del expediente del interesado en la que se fundamente el informe emitido. Así con fecha 7 de septiembre de 2022 por la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad se emite un segundo informe en el que, como complemento al primero, se hace constar que *«La acreditación de la emergencia social se produce el día 7 de junio de 2020, y pasa a formar parte de la lista de emergencias sociales, y, por tanto, a la espera de adjudicación de plaza en el recurso que marcaba su PIA.*

Encontrándose D. (...) a la espera de que su emergencia social fuese atendida, se produce su fallecimiento el día 13 de julio de 2020.

La emergencia social de D. (...) no pudo ser atendida porque en el periodo que transcurrió entre su acreditación y el fallecimiento de éste no había plazas vacantes en el centro “El Hayedo” (Montejo de la Sierra), único centro de la red para personas con discapacidad física y graves alteraciones de conducta.

Es por este motivo, por el que no se pudo adjudicar plaza a D.(.....), pese a tener acreditada una situación de emergencia social».

A dicho informe se acompaña diversa documentación, de entre la que cabe destacar, justificante registro emergencia social consistente en justificante de salida de 7 de junio de 2020 del departamento de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid dirigido a la dirección general de referencia, diversos informes médicos, informe social del centro municipal de acogida “Puerta Abierta” que informa sobre la situación sociosanitaria del familiar de los reclamantes en el centro de referencia al objeto de valorar otras alternativas residenciales más ajustadas a su edad y situación sociosanitaria. Señala dicho informe que *“los episodios de desorientación en el residente son diarios, lo que lo posiciona en una situación de extrema vulnerabilidad frente a otros residentes que no tienen reparos en intentar aprovecharse de él. Hoy por hoy, el residente debería enmarcarse en un recurso perteneciente a la Red de Atención a las Personas con Discapacidad, ya que desde nuestro recurso no podemos cubrir de forma adecuada sus necesidades y por el perfil de Centro, el residente se encuentra en una situación muy vulnerable que puede poner en riesgo su integridad”*.

Por informe de 28 de septiembre de 2022, la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia se pronuncia sobre la reclamación que nos ocupa. Señala el mismo por lo que aquí interesa, que *“mediante Resolución de 17 de febrero de 2020 de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, se reconoce la situación de dependencia de D. (.....) en Grado III*.

En la misma Resolución indicada en el párrafo precedente, se aprueba el Programa Individual de Atención de D.(.....), estableciendo como modalidad de intervención más adecuada a su situación de dependencia un servicio de atención residencial para personas con discapacidad, siendo incorporado a la correspondiente lista de acceso a dicho servicio, cuya gestión es responsabilidad de la Dirección General de Atención a las personas con Discapacidad”, continúa señalando que *“la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia tramitó el*

procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y aprobación del Programa Individual de Atención de D. (...) en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha en que la solicitud tuvo entrada en la misma, dado que dicha solicitud entró en esta Administración 13 de noviembre de 2019 (como se refirió anteriormente) y se resolvió el 17 de febrero de 2020, en aplicación del artículo 28 del mismo Decreto 54/2015, una vez descartada la tramitación de urgencia por no cumplir los requisitos establecidos en la legislación de dependencia. La gestión del acceso a la plaza pública en un centro residencial para personas con discapacidad es competencia de la Dirección General correspondiente, como se indicó con anterioridad”.

Con fecha 18 de noviembre de 2022 se concede trámite de audiencia a los reclamantes, quienes presentan sus alegaciones con fecha 13 de diciembre de 2022. Se recoge en las mismas que «*se aprobó el Programa Individual de Atención del dependiente (PIA) estableciendo como modalidad de intervención más adecuada para su atención: “SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD”.* Y, a su vez, se le incorporó en la lista de acceso única del servicio de atención residencial para personas con discapacidad (DOC 50 APORTADO POR LA ADMINISTRACIÓN).

Mientras se encontraba en la lista de espera, el Sr. (...) residía en el Centro de Acogida a personas sin hogar “Puerta Abierta”, de la localidad de Madrid desde el 4 de noviembre de 2019. Dicho centro está dirigido a personas sin hogar, pero no está preparado de modo alguno para alojar a personas que tienen reconocido un elevado grado de discapacidad y dependencia como el del Sr. (...).”, continúa señalando que “tal y como se constata en el Informe emitido por la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad de fecha 7 de septiembre de 2022 incorporado al expediente de RPA, el 7 de junio de 2020 se produjo la acreditación de la situación de emergencia social del Sr. (...) para la

inmediata adjudicación de un plaza en un centro de residencia asistencial ajustado a sus necesidades, conforme el IPA reconocido. Sin embargo, esto nunca sucedió debido a que la Administración disponía de un solo centro para personas con discapacidad física y con graves alteraciones de su conducta y dicho centro no tenía plazas vacantes”, indicando finalmente que el atropello sufrido “era evitable si la administración hubiera hecho efectivas las medidas que ya había adoptado, pero que no implementó, como era la de otorgarle residencia en un centro adaptado a las necesidades del sr.(.....)”.

El 8 de junio de 2023 se interesa por los reclamantes la expedición de certificado acreditativo del silencio administrativo producido, que se expide el 22 de junio, teniendo por desestimada la reclamación formulada, lo que se notifica ese mismo día.

Finalmente se elabora propuesta de resolución en la que se interesa desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta. La *ratio decidendi* del pronunciamiento desestimatorio interesado radica en que «no puede hacerse por tanto reproche alguno de la actuación llevada a cabo por la Administración pues de forma inmediata se otorgó a D. (...) la prioridad establecida por la normativa vigente para estos casos, encontrándose a la espera de plaza vacante cuando se produce su fallecimiento el día 13 de julio de 2020, un mes y seis días después de su incorporación a la lista de espera.

La emergencia social de D. (...) no pudo ser atendida antes porque en el periodo que transcurrió entre su acreditación y el fallecimiento de éste, apenas un mes y seis días, no había plazas vacantes en el centro “El Hayedo” (Montejo de la Sierra), único centro de la red para personas con discapacidad física y graves alteraciones de conducta».

TERCERO.- El día 25 de septiembre de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

solicitud de dictamen preceptivo en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 546/23, cuya ponencia correspondió, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Javier Espinal Manzanares, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día reseñado en el encabezamiento.

Se ha de señalar que entendiéndose incompleto el expediente administrativo remitido, se interesó por escrito de 26 de octubre de 2023 que se completara el mismo, quedando en suspenso el plazo previsto para la emisión del dictamen, habiendo tenido entrada el complemento interesado, en esta Comisión Jurídica Asesora con fecha 16 de noviembre de 2023, reanudándose con ello el plazo normativamente previsto para su emisión.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la LPAC en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) al ser la madre y el hermano del interesado fallecido, cuyo fallecimiento les genera un indudable daño moral legitimador de la reclamación que nos ocupa.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, competente en la materia de Asuntos Sociales, cuya inadecuada gestión fundamenta la reclamación interpuesta por los reclamantes.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, el fallecimiento del familiar de los reclamantes se produce el 13 de julio de 2020, mientras que la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 7 de julio de 2021, por lo que ha de entenderse interpuesta dentro del plazo de un año legalmente previsto.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad

procedimental y, así, se han solicitado los informes preceptivos previstos en el artículo 81 de la LPAC.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se han incorporado al expediente los informes de los órganos administrativos que son de observar y se ha dado audiencia a los reclamantes, quienes han formulado, en su caso, las alegaciones que han tenido por oportunas.

Finalmente se ha formulado la oportuna propuesta de resolución.

Debe concluirse, por tanto, en que la instrucción del procedimiento ha sido completa sin omisión de trámites esenciales o imprescindibles para su resolución.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución Española a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial: *“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los*

que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

CUARTA.- Conforme a lo expuesto en la consideración anterior, la primera cuestión que se debe examinar en orden a determinar la procedencia de la indemnización solicitada, es la existencia real y efectiva del daño aducido. En el presente caso, ha quedado acreditada la realidad del daño consistente en el fallecimiento del familiar de los reclamantes.

Esta Comisión viene destacando, al igual que hacía el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien la reclama. Es

decir, ha de probar el nexo causal o relación causa-efecto entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público, lo que supone que le corresponde probar la existencia del accidente y que los daños sufridos derivan del mal estado de la vía pública. La reciente Sentencia de 2 de diciembre de 2022 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, señala a estos efectos que *“Por eso, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe tenerse en cuenta que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos”*.

Entienden los reclamantes que el fallecimiento de su familiar deriva de las medidas previstas pero no materializadas por la Administración, esto es la atención residencial para personas con discapacidad, sostienen al respecto que la declaración de emergencia social de su familiar implicaba otorgar una adjudicación de plaza al solicitante, con independencia del lugar que ocupase en la lista de acceso único, o aun sin estar incluido en ella, cuando así lo exijan las circunstancias excepcionales a fin de salvaguardar su integridad. Salvaguarda de la integridad que entienden no se ha producido en el caso que nos ocupa por la falta de materialización de la atención residencial apuntada.

Al respecto de la falta de materialización de la referida atención residencial para personas con discapacidad, refiere el informe de la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad la justificación de dicha circunstancia, señalando que *“encontrándose D. (...) a la espera de que su emergencia social fuese atendida, se produce su fallecimiento el día 13 de julio de 2020.*

La emergencia social de D. (...) no pudo ser atendida porque en el periodo que transcurrió entre su acreditación y el fallecimiento de éste no había plazas vacantes en el centro “El Hayedo” (Montejo de la Sierra), único centro de la red para personas con discapacidad física y graves alteraciones de conducta”.

Hemos de tener en cuenta al respecto de la reclamación que nos ocupa, que por la mencionada resolución de 17 de febrero de 2020 de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, al familiar de los reclamantes le fue reconocida la situación de dependencia en grado III, lo que equivale según el artículo 26.1.c) de la Ley .9/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, a una gran dependencia en la que la persona afectada *“necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.*

De igual modo es de reseñar que en la propia resolución de 17 de febrero de 2020 se aprueba el PIA del interesado, reconociéndole como modalidad de intervención más adecuada la del servicio de atención residencial para personas con discapacidad, incorporándose a la lista de acceso única del referido servicio, en la que permanecía al tiempo de su fallecimiento casi cinco meses después.

Una vez aprobado el PIA con la antedicha modalidad de intervención e incorporado a la lista de acceso única, es de observar que no contiene la normativa sectorial de aplicación, la mencionada Ley 39/2006 o las Órdenes 1363/1997, de 24 de junio, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los Centros de Atención a Personas con Minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la

Consejería de Madrid y 1458/2000, de 26 de septiembre, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los Centros de Atención a Personas con discapacidad Física y/o Sensorial que integran la red pública de la Comunidad de Madrid, previsión de plazo alguno en el que materializar dicha modalidad a través de la efectiva incorporación del interesado a la modalidad de intervención pautada, esto es por lo que aquí interesa a la residencia para personas con discapacidad.

Ha quedado expuesto que la no incorporación del interesado al referido servicio residencial se debe a la inexistencia de plazas vacantes en el centro “*El Hayedo*”, único centro de la red que se considera por la Administración como adecuado para personas con discapacidad física y graves alteraciones de conducta.

Ante esta situación de inexistencia de vacantes y de permanencia del interesado en la lista de acceso único para dicho centro residencial, cabría traer a colación los pronunciamientos judiciales recaídos en relación a la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por demoras asistenciales derivadas de la existencia de listas de espera.

Cabe mencionar al respecto, lo señalado en la sentencia de 29 de febrero de 2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que con cita de lo señalado en la Sentencia de 24 de septiembre de 2001, de igual Sala del Tribunal Supremo, señala que *«sobre las denominadas listas de espera, cuya existencia ha de considerarse inevitable, la SAN de 24 de noviembre de 2004 recoge su doctrina -que compartimos- comenzando por citar la del Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 24 de septiembre de 2001, que declara que “Ello no obsta para dar la razón a la parte recurrente cuando afirma que los medios de la Administración no pueden ser ilimitados. Nadie pretende tal cosa. Ni respecto de la Administración sanitaria, ni respecto de ninguna otra. El llamado régimen “de cola” es*

criterio -alumbrado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitada, y con ello hay que contar... No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en la cola”.

(...)

Que desde la juricidad de la lista de espera y al margen del reintegro de gastos, en centros privados, cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por contra el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada”, declarando la STSJ de La Rioja Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 Mayo de 2004, rec. 635/2002, que “En principio debe indicarse que el Sistema de Asistencia Sanitario Público tiene unos recursos limitados que implican la necesidad de existencia de lista de espera, y en principio esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá de atenderse a las circunstancias concretas de cada caso”».

Así las cosas y por lo que al expediente que nos atañe habrá de examinarse si la situación de espera del interesado para el acceso al recurso asistencial que le había sido asignado y al que no había podido acceder por inexistencia de vacantes, puede ser considerada razonable o por el contrario de duración exagerada atendiendo al caso concreto sometido a dictamen.

Para ello debe ponderarse que ya hemos visto que el interesado presentaba un grado III de dependencia, legalmente caracterizada por la pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisando el afectado del apoyo indispensable y continuo de otra persona. En este sentido en el informe social elaborado por el trabajador social del centro municipal en el que residía el interesado refleja la comprometida situación del mismo, señalando que *“hoy por hoy, el residente debería enmarcarse en un recurso perteneciente a la Red de Atención a las Personas con Discapacidad, ya que desde nuestro recurso no podemos cubrir de forma adecuada sus necesidades y por el perfil del Centro, el residente se encuentra en una situación muy vulnerable que puede poner en riesgo su integridad”*.

Sobre la base de lo expuesto, cabe ciertamente considerar que la situación que presentaba el familiar de los reclamantes, exigía una actuación inmediata en la materialización del recurso asistencial previsto en su PIA, ante el grado de dependencia reconocido y la situación de deterioro físico y mental que presentaba con el riesgo para su integridad que comportaba, por lo que no parece justificable que permaneciera casi cinco meses en situación de lista de espera para el acceso al servicio residencial prescrito, sin que se adoptará medida alguna ante la situación puesta de manifiesto en el citado informe social que demandaba una respuesta inmediata de atención al interesado, no obstante haber transcurrido un mes y seis días desde que se manifestó hasta el lamentable fallecimiento del interesado.

Acreditado por tanto el funcionamiento irregular procede considerar si un internamiento en tiempo del interesado en el centro residencial, prescrito en su PIA, de personas con discapacidad, particularmente en el referenciado expresamente que carecía de vacantes y que se consideraba el adecuado para personas con discapacidad y alteraciones graves de la conducta, hubiera podido evitar el trágico desenlace ocurrido en las actuaciones.

La consideración expuesta entraña un juicio ucrónico, respecto del que cabría traer a colación lo señalado en la Sentencia de 7 de diciembre de 2022 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuando señala que *«en este punto hemos de señalar que la Sala no ve inconveniente en pronunciarse sobre una incógnita jurídica, pues en el fondo, en numerosas ocasiones los tribunales hacemos pronunciamientos “ucrónicos” (sic) sobre el devenir hipotético de un curso causal, y esas ucronías, las aceptamos sin reservas cuando nos referimos en el ámbito de la responsabilidad sanitaria a la doctrina de la pérdida de oportunidad, acuñándose jurisprudencialmente el concepto de “probabilidad cualificada” a las que se refieren por ejemplo, las SSTs, 1ª, 20 de febrero de 1995 (RJ 886); 19 de junio de 2000 (RJ 5291); 30 de noviembre de 2001 (RJ 9919); 29 de abril de 2002 (RJ 4971); 7 de octubre de 2004 (RJ 6692); o 26 de enero de 2007 (RJ 1873) y en la doctrina de la Sala 3ª la STS de 19 de octubre de 2011 (RCAs 5893/2006) o la de 25 de mayo de 2016, (RCAs 2396/2014).*

La llamada teoría de la “perte de chance” es uno de los instrumentos técnicos a que acude la jurisprudencia francesa para resolver problemas de relación de causalidad en los que no es fácil llegar a una conclusión segura. Por medio de esa idea, algunas sentencias del país vecino llegan a indemnizaciones “parciales” de las víctimas (es decir, no a la reparación “íntegra”) cuando la causalidad entre la culpa médica y el daño sufrido por el paciente no se puede establecer con total certeza».

Ciertamente se desconoce con total fiabilidad que habría sucedido de haber estado el interesado en un centro residencial acorde y apropiado a la discapacidad sufrida y al deterioro físico y mental sufrido, si bien sí que cabe reseñar que precisamente por este carácter de adecuación a la discapacidad sufrida, el grado de atención y control del interesado hubiera sido mayor que el correspondiente al centro de acogida en el que venía residiendo a la espera de que se materializara su PIA.

Conforme se ha expuesto, la situación que nos ocupa guarda similitud con la denominada teoría de la pérdida de oportunidad, respecto de la que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 24 de noviembre de 2009, señala que *“Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*.

Sobre la base de lo indicado y del pronunciamiento judicial transcrito, cabe referir una posibilidad relevante que de haber mediado la atención residencial específica para la situación de dependencia que presentaba el interesado, hubieran disminuido las circunstancias que derivaron en el fallecimiento del familiar de los reclamantes.

QUINTA.- Procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En este caso cabe traer a colación por analogía con aquellos expedientes en los que valoramos una pérdida de oportunidad, que

hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, que normalmente resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Como señala el Tribunal Supremo (así Sentencia de 27 de enero de 2016), en la pérdida de oportunidad hay *“una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros dictámenes 146/17, de 6 de abril, y 340/18 de 19 de julio, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

En este caso, tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, y la dificultad que entraña la determinación del porcentaje que supone la privación de expectativas, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad de 10.000 euros para la progenitora del fallecido y de 5.000 euros para el hermano, cantidad que debe entenderse ya actualizada.

El reconocimiento de una cantidad global sin aplicar el baremo de accidentes de tráfico ha sido el criterio acogido por esta Comisión Jurídica Asesora en dictámenes anteriores (así, el dictamen 400/16, de 15 de septiembre; el dictamen 131/18, de 15 de marzo y el dictamen 136/18, de 22 de marzo, entre otros). En los mencionados dictámenes nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso parecido de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*. La sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que *«la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 , derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la Sentencia 23 de febrero de 1988 , “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria»*.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización global y actualizada de 15.000 euros para los reclamantes, con el desglose que es de observar.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de diciembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 653/23

Excma. Sra. Consejera de Familia, Juventud y Asuntos Sociales

C/ O'Donnell, 50 - 28009 - Madrid