

Dictamen n.º: **631/24**

Consulta: **Consejera de Familia, Juventud y Asuntos Sociales**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **17.10.24**

**DICTAMEN** de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 17 de octubre de 2024, 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 la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por D. ...., D. ...., Dña. .... y Dña. ...., por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su familiar, Dña. ...., en una residencia sita en la Comunidad de Madrid, que imputan a la falta de prevención y tratamiento por la COVID-19.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de marzo de 2021, los interesados antes citados, representados por abogado presentan un escrito de solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su familiar, el día 16 de marzo de 2020, dirigida de forma solidaria al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, a la Consejería de Sanidad y a la Consejería de Políticas Sociales de la Comunidad de Madrid.

Según refieren en su escrito, la reclamación se fundamenta en la inadecuada actuación del Gobierno de España, a través del Ministerio de Sanidad y demás instituciones públicas y privadas en la gestión del coronavirus (COVID-19). Reclaman, además, a la Consejería de Sanidad la denegación de la prestación sanitaria a su familiar y a la Consejería de Políticas Sociales de la Comunidad de Madrid, por culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*, por la responsabilidad derivada de la inadecuada actuación del centro concertado Residencia Montehermoso.

Los interesados cuantifican el importe de la indemnización solicitada en 88.752,75 euros, aplicando una reducción del 50% de la cantidad que les correspondería según el baremo de tráfico (177.505,51 euros) por la doctrina de la pérdida de oportunidad, al apreciar la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica.

Acompañan su escrito con copia del certificado de defunción de su familiar, copia del libro de familia y escritura de poder otorgada a favor de la persona que actúa como representante de dos de los reclamantes. El primero de los reclamantes citados, no otorgó su representación al abogado firmante del escrito.

**SEGUNDO.-** Acordado el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por escrito de la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, de 30 de abril de 2021, se requiere a la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia la emisión del correspondiente informe en relación con la reclamación formulada.

Con fecha 5 de mayo de 2021, la jefa de Servicio de Atención a personas mayores dependientes, de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia informa, en relación con la reclamación presentada, que la familiar de los reclamantes ocupaba una plaza en la

residencia Montehermoso privada, pues tenía reconocida una prestación económica vinculada al servicio.

El día 20 de mayo de 2021, la jefe de Área de Régimen Jurídico y Recursos de la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad da traslado a la Consejería de Sanidad, así como al Ministerio de Sanidad, del contenido de la reclamación presentada.

Asimismo, a la vista del escrito de reclamación presentado en el que se pone de manifiesto que el fallecimiento de la usuaria de la residencia estaba siendo investigado, en vía penal, en el Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid (Diligencias Previas 629/2020), el día 31 de mayo de 2021, la jefe de Área de Régimen Jurídico y Recursos de la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, solicitó informe al Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid sobre el estado de tramitación del procedimiento penal.

Con fecha 28 de junio de 2021, el Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid informa sobre el estado de tramitación de la Diligencias Previas antes citadas.

Con fecha 1 de octubre de 2021, la jefe de Área de Régimen Jurídico y Recursos de la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad acuerda el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial y requiere al representante de los reclamantes para que acredite su representación respecto de uno de ellos, el marido de la usuaria fallecida en la residencia.

Ante la falta de subsanación del defecto de representación observado, con fecha 27 de abril de 2022, la secretaría general técnica

de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, actuando por delegación de la consejera, acuerda tener por desistido en su reclamación al marido de la usuaria de la residencia fallecida, continuando la reclamación con el resto de los reclamantes, lo que se notificó al representante de los reclamantes el día 6 de mayo de 2022.

El día 16 de mayo de 2022, la secretaria general técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social acuerda la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial, “*al entenderse que existe identidad de sujeto, hechos y fundamentos entre los hechos que motivan la interposición de la reclamación y los que están siendo objeto de las citadas Diligencias Previas 629/2020, hasta tanto se reciba testimonio del pronunciamiento realizado por el órgano jurisdiccional competente*”, lo que se notificó al representante de los reclamantes el día 17 de mayo siguiente.

Con fecha 18 de marzo de 2023, la jefe de Área de Régimen Jurídico y Recursos de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social requiere al representante de los reclamantes para que informen sobre el estado del procedimiento en vía penal y para que presenten una “*declaración responsable adjunta necesaria para el abono de la indemnización, si fuese estimada, junto con documento que acredite la titularidad de la cuenta bancaria*”, notificado al representante de los reclamantes el día 4 de enero de 2023.

El día 12 de mayo de 2023, la instructora del procedimiento solicita informe al Juzgado de Instrucción nº 51, de Madrid, sobre el estado de las Diligencias Previas 629/2020.

Con fecha 22 de junio de 2023, el letrado de la Administración de Justicia del citado juzgado informa que el día 4 de abril de 2023 se había dictado Auto acordando el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, que había sido recurrido en apelación,

encontrándose pendientes de resolución dicho recurso. Se adjunta con dicho escrito copia del Auto de 4 de abril de 2023, del Juzgado de Instrucción nº 51, de Madrid.

El día 7 de noviembre de 2023 se reitera la solicitud de informe sobre el estado de tramitación del recurso de apelación planteado. Solicitud que se reitera nuevamente el día 10 de abril de 2024.

Con fecha 7 de mayo de 2024, el Juzgado de Instrucción nº 51, de Madrid, comunica que el Auto de 4 de abril de 2023, acordando el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones es firme.

A la vista de lo informado por el Juzgado de Instrucción nº 51, de Madrid, la secretaría general técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales acuerda levantar la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial y continuar con la tramitación del mismo, lo que se notifica al representante de los reclamantes el día 16 de mayo de 2024.

El día 21 de mayo de 2024, la secretaría general técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales solicita informe a la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, así como a la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación, sobre las actuaciones realizadas en el centro Residencia Montehermoso.

Con fecha 28 de mayo de 2024, el director general de Atención al Mayor y a la Dependencia emite un detallado informe sobre las actuaciones acordadas desde dicha dirección general para los centros de mayores consistentes en la designación de residencias críticas; determinación de visitas para recabar información de campo para confirmar la información recogida por otros medios (Bomberos, UME o Policía Local); actuaciones de desinfección; actuaciones de mayor

entidad denominadas reconocimientos pesados con participación de varios servicios (UME, Bomberos, Policía Local o Guardia Civil) con apoyo sanitario de la Consejería de Sanidad, SAMUR, SAMU, Cruz Roja o Médicos sin Fronteras, en las que se prestaba apoyo material, personal y sanitario, se reorganizaban servicios, se formaba al personal, o se sectorizaban las residencias en virtud de las necesidades y la realidad de la situación y, finalmente, actuaciones de seguimiento realizadas por distintos servicios en virtud de las necesidades detectadas o lo advertido en las visitas anteriores en las que podían participar distintos tipos de servicio en función de lo requerido: apoyo sanitario, personal, desinfección, etc.

El informe, a continuación, relaciona todas las actuaciones realizadas entre los días 6 de marzo de 2020 y 11 de enero de 2024 y enumera las residencias de mayores que tuvieron que ser intervenidas con la designación de empleados públicos a su cargo, en aplicación de la Orden 1/2020, de 27 de marzo, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad y la Orden del Ministerio de Sanidad 275/2020, de 23 de marzo, entre los que figura la residencia de la que era usuaria la familiar de los reclamantes fallecida.

Finalmente, el informe de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia se centra en la Residencia de Mayores Montehermoso pronunciándose sobre la situación en la residencia a consecuencia de la crisis sanitaria finalizado el primer estado de alarma; sobre el material suministrado a la residencia, tanto por la citada dirección general como por el dispositivo de emergencias; las actuaciones realizadas en la citada residencia por el dispositivo de emergencias y, finalmente, la intervención pública de la misma, con la designación de la empleada pública encarga de dirigir y coordinar la actividad asistencia del citado centro.

El informe se acompaña con la documentación relativa a los informes de actuación – plan de acción realizados en el citado centro, reconocimientos ligeros, pesados, acta de inspección levantada el día 11 de mayo de 2020, plan de contingencia para la citada residencia, Resolución 903/2020, de 2 de abril, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, por la que se designan empleados públicos para dirigir y coordinar la actividad asistencial de determinados centros de servicios sociales de carácter residencial.

Con fecha 12 de junio de 2024, el director general de Evaluación, Calidad e Innovación remite el informe elaborado por la citada dirección con fecha 11 de junio de 2024, junto con las actuaciones de inspección realizadas.

El día 25 de junio de 2024, la instructora del procedimiento solicita informe a la Consejería de Sanidad y pide que se remita toda la documentación oportuna, para que se pueda dar vista del expediente a los reclamantes y que aleguen lo que estimen conveniente.

Con fecha 2 de julio de 2024, la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial en el ámbito sanitario informa sobre la reclamación presentada y remite copia del expediente tramitado que concluyó con el acuerdo de archivo del procedimiento, con fecha 20 de septiembre de 2021, al no haber subsanado el defecto de representación observado en uno de los reclamantes, teniéndole por desistida la solicitud formulada.

Notificado el trámite de audiencia el día 17 de julio de 2024, sin que el representante de los reclamantes haya formulado alegaciones, con fecha 4 de septiembre de 2024 la secretaría general técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales dicta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que “no se

*ha producido un daño real y efectivo que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.*

**CUARTO.-** El día 11 de septiembre de 2024 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 624/24 y su ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, 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.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

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 Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, 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 dos reclamantes que otorgaron su representación en favor del abogado firmante del escrito, 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) en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su madre.

La Comunidad de Madrid carece de legitimación pasiva para resolver todos los reproches (ausencia de previsión y preparación; ausencia de medidas ante la declaración por la OMS el 11 de marzo de pandemia; ausencia de adquisición de material sanitario y vulneración de la Orden SCO/564/2004) que los reclamantes realizan al Ministerio de Sanidad. Como bien exponen los reclamantes en su escrito de inicio del procedimiento, es la Administración General del Estado a quien corresponde la gestión de la sanidad exterior y la colaboración en el ámbito internacional de la vigilancia epidemiológica, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Seguridad Pública.

La Comunidad de Madrid sí tiene legitimación activa, en cambio, para conocer los otros reproches formulados por los reclamantes referidos a la denegación de la prestación sanitaria a la finada y la

tardanza en la intervención de la residencia, reprochando la falta de envío de *“los medios humanos y materiales sanitarios necesarios para una mínima atención sanitaria a los residentes”*.

Asimismo, ostenta legitimación pasiva, por sus competencias en materia de promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación conforme el artículo 26.1.23 de su Estatuto de Autonomía.

En concreto, la competencia de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social deriva de lo establecido en el artículo 17.1 Decreto 241/2023, de 20 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, que dispone que le corresponderá a esta Consejería, *“la autorización administrativa a los centros de atención social... El control de las comunicaciones presentadas por las entidades prestadoras de servicios sociales.... El impulso de la coordinación sociosanitaria en los centros y servicios de atención social... El ejercicio de la función inspectora en materia de servicios sociales.... El inicio e instrucción de los procedimientos sancionadores referidos a las infracciones en el ejercicio de la actividad de centros y servicios de atención social... El control de la implantación de los sistemas de gestión de la calidad exigidos a los centros y servicios de atención social”*. Asimismo, habrá que estar a la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, vigente hasta la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que estableció *“medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información para*

*todos los centros de servicios sociales de carácter residencial (centros residenciales de personas mayores, personas con discapacidad u otros centros de servicios sociales de análoga naturaleza), ya sean de titularidad pública o privada, y que se encuentren en territorio nacional*”, concretando las medidas y funciones a realizar por las autoridades competentes de las comunidades autónomas.

No obstante, dicha competencia genérica de la Comunidad de Madrid debe desligarse de la actuación concreta de la residencia en la atención de la residente, que también es objeto de reproche por los interesados, al tratarse, en este caso, de una plaza de carácter privado y respecto a la que la Comunidad de Madrid carece de legitimación pasiva (en el mismo sentido el dictamen 463/22, de 17 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León, en un caso similar al que nos ocupa), como ha resuelto esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 669/23, de 21 de diciembre y 601/24, de 3 de octubre.

Además, no es posible alegar *culpa in eligendo* de la consejería competente en materia de Asuntos Sociales, como afirma el escrito de reclamación, porque la plaza que ocupaba su familiar en la residencia, sin perjuicio del carácter concertado de esta, era de naturaleza privada.

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho acontecio o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (artículo 67.1 de la LPAC).

En este caso el *dies a quo* viene dado por el fallecimiento del familiar de los reclamantes el día 16 de marzo de 2020 por lo que la reclamación presentada el día 11 de marzo de 2021, está formulada dentro del plazo legal.

**TERCERA.-** Debemos hacer una particular referencia a la tramitación del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Se observa que los reclamantes formulan una serie de reproches que se dirigen tanto al Ministerio de Sanidad, como a la Consejería de Sanidad, y a la consejería con competencias en materia de Asuntos Sociales, así como a la residencia.

Excluyendo los reproches formulados contra el Ministerio de Sanidad y contra la residencia, al ocupar la familiar de los reclamantes una plaza de naturaleza privada, sobre los que la Comunidad de Madrid no tiene competencia, se observa que en la instrucción del procedimiento han emitido informe la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, así como la Dirección General de Evaluación, Calidad de Innovación.

Según escrito de la jefe de Área de Recursos y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, de 25 de junio de 2024, dicha consejería iba encargarse *“de resolver lo que en Derecho proceda”* y para dicha resolución, de acuerdo con lo indicado en nuestro dictamen 251/23, de 18 de mayo, en el que asumía el criterio emitido por el Consejo de Estado, en su dictamen de 24 de febrero de 2022 en el que: *“obliga a resolver en el mismo procedimiento todas las pretensiones deducidas por el interesado aun cuando los títulos jurídicos o causas de pedir invocados sean diferentes, siempre que no sean incompatibles entre sí. La atribución de competencias a distintos órganos ha de resolverse a favor de uno de ellos atendiendo a los principios de jerarquía o, en su defecto, al de prevalencia”*, se solicitaba informe a la Consejería de Sanidad, *“y se remita todo lo actuado para que los reclamantes puedan tener vista de los documentos y alegar lo que estimen conveniente antes de proceder a elaborar la propuesta de resolución”*.

En respuesta al anterior escrito, la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial en el ámbito sanitario, de la Secretaría General del SERMAS remite informe relativo al estado de tramitación de la reclamación formulada a la Consejería de Sanidad que finalizó, por Resolución de 20 de septiembre de 2021 que acordó el archivo del procedimiento de responsabilidad, al no haber otorgado su representación uno de los reclamantes al letrado firmante del escrito, ni subsanado el defecto, *“teniéndolo por desistido de su solicitud, al no haber realizado la subsanación requerida en el plazo conferido”*.

La Consejería de Sanidad se limita a informar, por tanto, sobre el estado de la reclamación presentada por los interesados, sin analizar la cuestión objeto de reproche, la alegada denegación de la prestación sanitaria que afirma sufrida por la paciente.

Desde el punto de vista procedural, ha de ponerse de manifiesto la contradicción observada en las resoluciones dictadas por ambas consejerías, ante un mismo hecho, la falta de subsanación del defecto de representación de uno de los reclamantes, pues la Consejería de Sanidad acuerda el archivo del expediente, al tener por desistida la solicitud formulada por el representante de los reclamantes y, en cambio, la Consejería de Familia, Juventud y Políticas Sociales que, por Resolución de 27 de abril de 2022, acordó tener por desistido al reclamante que no subsanó el defecto de representación observado y continuar la tramitación del expediente con el resto de los reclamantes.

La Consejería de Sanidad es quién en el ámbito de la Comunidad de Madrid ostenta competencias en materia sanitaria y contra quién también se han dirigido los interesados en su reclamación. En este sentido, la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, en su informe

obrante en el expediente, se ha remitido al complemento de información que pudiera aportar la citada Consejería de Sanidad.

Por lo tanto, para dar cumplida respuesta a todos las reclamaciones de los reclamantes debe recabarse el informe de la Consejería de Sanidad para resolver, con pleno conocimiento los reproches que afectan al ámbito sanitario y resolver todas las cuestiones alegadas por los reclamantes, que afectan a la Comunidad de Madrid, en un procedimiento único en el que se dé respuesta a los reproches de los interesados que vienen referidos a un único daño, el daño moral derivado del fallecimiento de su familiar.

Por ello, ante la falta de información expuesta y teniendo en cuenta la función de dictamen de esta Comisión, en cuanto garante de los derechos de los interesados en el procedimiento como del acierto de la decisión de la Administración que ponga fin al procedimiento, se considera que procede la retroacción del procedimiento para que se incorpore la información mencionada en líneas anteriores.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede la retroacción del procedimiento para que se recabe el informe de la Consejería de Sanidad y se puedan resolver, con pleno conocimiento, también los reproches que afectan al ámbito sanitario.

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 17 de octubre de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 631/24

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

C/ O'Donnell, 50 – 28009 Madrid