

Expediente Núm. 59/2018
Dictamen Núm. 161/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de julio de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 28 de febrero de 2018 -registrada de entrada el día 8 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del fallecimiento de su hijo, usuario de un centro de día, por atragantamiento.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 27 de julio de 2017, una abogada que actúa en representación de la perjudicada presenta en el registro de la Delegación del Gobierno en Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial para el resarcimiento del daño sufrido por su mandante a consecuencia de la muerte de su hijo, acaecida “cuando se encontraba bajo la guarda del personal del centro de día”.

Refiere que este era “dependiente de grado II por trastorno mental”, convivía con ella y “había sido admitido “en el programa individual de atención del servicio público centro de día”.

Relata que “con fecha 22 de mayo de 2017 (...) acudió a una excursión al, gestionada por el centro de día (...), y tras la realización de la visita, y sobre las 14:55 horas, cuando comía pote junto con otros usuarios y trabajadores del centro en el establecimiento hostelero (que identifica), sito en Avilés (...), sufrió un atragantamiento, y tras avisar las personas allí presentes al 112 acude al lugar una ambulancia del SAMU con profesionales sanitarios que tratan de reanimarle, pero finalmente fallece 50 minutos más tarde”.

Cuantifica el importe de la indemnización en setenta mil cuatrocientos euros (70.400 €) y solicita que “se requiera al responsable del centro de día de a fin de que se emita informe explicativo del modo y forma en que ocurrieron los hechos, de las personas que acompañaban a los dependientes en la salida del centro, a fin de que esas personas puedan prestar declaración”.

Adjunta los siguientes documentos: a) Escritura de poder para pleitos otorgada por la reclamante el día 2 de junio de 2017 en favor de diversos procuradores y abogados, entre ellos, la letrada que suscribe la reclamación. b) Notificación de la Resolución dictada por la Directora General de Gestión de Prestaciones y Recursos, de 28 de noviembre de 2016, por la que se aprueba el programa individualizado de atención del hijo de la reclamante. c) Informe clínico asistencial y hoja de registro de enfermería del SAMU, relativos a la asistencia prestada tras el atragantamiento.

2. Mediante Resolución de la titular de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, de 4 de agosto de 2017, se dispone admitir la reclamación de responsabilidad patrimonial, encomendar al Servicio de Régimen Jurídico y Económico de la Consejería la tramitación del procedimiento y nombrar instructora del mismo.

3. Mediante escritos de 7 de agosto de 2017, la Instructora del procedimiento comunica a la compañía aseguradora la interposición de la reclamación y

solicita al Servicio de Mayores, Diversidad Funcional y Autonomía Personal la emisión de informe a tenor de lo señalado en el artículo 81.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

4. Con fecha 15 de noviembre de 2017, la Jefa del Servicio de Mayores, Diversidad Funcional y Autonomía Personal remite a la Instructora del procedimiento el informe suscrito por el Director del centro de día el 4 de septiembre de 2017 en el que refiere que “no consta, ni la familia informó, de ninguna prescripción facultativa para ingerir alimentos. En entrevista y valoración inicial realizada al ingreso, llevada a cabo por la psicóloga, terapeuta ocupacional y la auxiliar de enfermería asignada como tutora, ni (el usuario) ni sus familiares relatan dificultad alguna al comer, ni alergias alimenticias. En la escala de Barthel de valoración de las actividades básicas de la vida diaria tiene una puntuación máxima, por lo que se le entiende autónomo. Se les pide la información médica que pueda aportar la familia y no se detalla ninguna dificultad en la alimentación (...). Ninguno de los usuarios/as que participaron en dicha salida tenía dificultades para la deglución y/o ingesta de alimentos, por lo que no se solicitó un menú especial (...). No consta en este centro que (el usuario) estuviese incapacitado, o tuviese tutela o curatela. Se le informa y es el quien manifiesta su deseo de acudir en dicha salida. Habla de forma espontánea con su madre de la excursión que vamos a hacer, por lo que la misma (...) pregunta para saber si es cierto, qué día, cómo va a ser, etc., y es informada por la auxiliar de enfermería que hace el transporte y por la trabajadora social, manifestando la madre (...) que su hijo (...) estaba muy ilusionado y que le parecía estupendo que pudiese acudir (...). No se recoge autorización por escrito de dicha salida, ya que el usuario manifiesta su deseo no estando incapacitado, y su madre manifiesta su conformidad en conversación telefónica antes de la salida con la trabajadora social del centro”.

5. El día 28 de noviembre de 2017 la representante de la perjudicada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que solicita que se “acuerde dar respuesta a la reclamación instada”.

6. Con fecha 4 de diciembre de 2017, la representante de la entidad aseguradora de la Administración se persona en las dependencias administrativas y obtiene copia de alguno de los documentos obrantes en el expediente, según consta en la diligencia extendida al efecto.

7. Mediante escrito notificado a la representante de la interesada el 5 de diciembre de 2017, se le comunica la fecha de recepción de su reclamación, se identifica la instructora del procedimiento y se le informa del plazo máximo para resolver y notificar y los efectos del silencio administrativo. En el escrito se transcriben las consideraciones del informe librado por el Director del centro de día que obra en el expediente.

8. El día 19 de diciembre de 2017, la Instructora resuelve “acordar, para su práctica, el periodo probatorio legalmente establecido de diez (10) días” que “se llevará a término intermediando:/ Las documentales aportadas por la interesada./ Otra documental, de oficio, consistente en informe del funcionamiento del Servicio el cual habría ocasionado la pretendida lesión indemnizable”. Dicha resolución se notifica a la aseguradora y a la reclamante con fechas 22 y 26 de diciembre, respectivamente.

9. Mediante oficio de 25 de enero de 2018, se comunica a la representante de la interesada la apertura del trámite de audiencia.

10. El día 31 de enero de 2018, la representante de la perjudicada comparece en las dependencias administrativas para tomar vista del expediente y obtiene una copia del informe del servicio responsable, según se expresa en la diligencia extendida al efecto. No consta la formulación de alegaciones por su parte.

11. Con fecha 12 de febrero de 2018, la Instructora del procedimiento, con el visto bueno de la Secretaria General Técnica, elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio en la que parte de considerar que la perjudicada “fundamenta su reclamación en la culpa *in vigilando* de la Administración”. Señala que “los centros de día están regulados en el Decreto 29/2000, de 6 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico y el Sistema de Acceso a los Centros de Día para Personas Mayores Dependientes (...), que los define como ‘establecimiento gerontológico, socioterapéutico y de apoyo a la familia que durante el día preste una atención individualizada a las necesidades básicas, terapéuticas y sociales de la persona mayor dependiente, promoviendo su autonomía y una permanencia adecuada en su entorno habitual’. Como objetivo fundamental persiguen ‘mejorar la calidad de vida del mayor y de la familia cuidadora a través de una intervención dirigida tanto a proporcionar una atención integral a la persona mayor dependiente, como el necesario apoyo a la familia para posibilitar una permanencia adecuada del mayor en su entorno habitual’./ Como parte de este servicio de día se organizan salidas que tienen carácter voluntario”.

Destaca que, según consta en el informe emitido por el Director del centro, el usuario no tenía ninguna prescripción médica sobre alimentación ni restricción alimenticia alguna, y que puesto que “no existía ninguna advertencia del riesgo de atragantamiento (...) nos encontramos ante un riesgo excepcional que como tal queda fuera del ámbito de responsabilidad de evitarlo por parte del centro, dado que ese percance podía haber sucedido en el ámbito doméstico por mucha diligencia que se adoptase”. Tras aludir a la doctrina de los Tribunales y del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en casos similares, concluye que “no se aprecia el imprescindible nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público y, por lo tanto, no cabe apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de esta Administración”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de febrero de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, adjuntado a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), estaría la madre del fallecido activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

Ahora bien, no consta en el expediente la necesaria acreditación formal del vínculo materno-filial que uniría a la reclamante con el finado. En cuanto a la acreditación de la legitimación, este Consejo se ha venido pronunciando de manera constante sobre su carácter esencial, de modo que en ausencia de

prueba sobre estas circunstancias la Administración no puede presumirlas y está obligada a exigir -y los particulares a efectuar- su acreditación, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la LPAC. Por ello, si finalmente se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabría una estimación de la reclamación sin que previamente se verifique la legitimación de la madre con los documentos que acrediten su parentesco con el fallecido, concediéndole un plazo para subsanar tal defecto con la advertencia de que si así no lo hiciera, y previa resolución dictada en legal forma, se le tendrá por desistida de la petición formulada.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 27 de julio de 2017, habiendo tenido lugar el fallecimiento por el que se reclama el día 22 de mayo del mismo año, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Ahora bien, apreciamos que la comunicación en la que se le indica a la perjudicada la fecha de recepción de su reclamación en el registro del órgano competente y se le informa del plazo máximo para resolver y notificar y los efectos del silencio administrativo ha sido cursado con una demora considerable (cuatro meses desde la recepción de la reclamación) cuando el artículo 21.4 de la LPAC establece que aquella deberá dirigirse a los interesados “en el plazo de diez días siguientes a la recepción de la solicitud”.

Por otra parte, observamos que la Instructora del procedimiento acuerda la apertura de un periodo probatorio para la práctica de prueba documental. A propósito de esta cuestión venimos señalando de manera constante (entre otros, Dictamen Núm. 202/2015) que el examen de los documentos aportados por la parte o incorporados de oficio al procedimiento no requiere acto formal alguno de admisión, ni conlleva la necesidad de realizar práctica alguna, tan solo la de tomarlos en consideración y valorarlos.

También en relación con la prueba, reparamos en que solicitada en el escrito inicial la identificación “de las personas que acompañaban a los dependientes en la salida del centro a fin de que esas personas puedan prestar declaración” dicha testifical no se ha llevado a cabo sin que consten las razones por las que se ha rechazado su práctica. Por ello, considerando lo señalado en el artículo 77.3 de la LPAC, a cuyo tenor “El instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”, advertimos que en la resolución que finalmente se dicte deberán expresarse los motivos por los cuales no procede o resulta innecesario practicar la prueba señalada.

Finalmente, advertimos que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable

económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Solicita la reclamante el daño moral ligado al fallecimiento de su hijo, usuario de un centro de día, a causa de un atragantamiento con alimentos producido en el curso de una actividad de participación voluntaria -una salida- organizada por el citado establecimiento.

Acreditada la realidad del óbito, hemos de presumir la efectividad del daño moral reclamado.

Ahora bien, la existencia de un daño evaluable económicamente e individualizado sufrido durante la participación en la salida organizada por el centro de día no puede significar por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer a la reclamante el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, hemos de determinar si el daño es consecuencia o no del funcionamiento de algún servicio público.

El título de imputación de la responsabilidad que se demanda se concreta en que el óbito se produce, según se expresa en el escrito de reclamación, cuando el afectado "se encontraba bajo la guarda del personal del centro de día", pudiendo inferirse de tal afirmación que la perjudicada identifica la causa de la muerte con una falta de cuidado por parte de los responsables del centro. Por ello, para apreciar una eventual responsabilidad patrimonial administrativa en tal suceso debe probarse su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, o, dicho de otro modo, que el daño alegado es consecuencia de este, correspondiendo a quien reclama la carga de acreditar todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

En el caso que nos ocupa, a falta de prueba aportada por la parte reclamante sobre este extremo, nuestro juicio solo puede formarse atendiendo

a lo que resulta de los documentos incorporados al expediente durante la tramitación del procedimiento.

Por lo que al alcance de las obligaciones del servicio público se refiere, se recuerda en la propuesta de resolución que el marco normativo básico de los centros de día está contenido en el Decreto 29/2000, de 6 de abril, por el que regula el Régimen Jurídico y el Sistema de Acceso a los Centros de Día para Personas Mayores Dependientes. Dicha norma define el centro de día, en el artículo 2, como un “establecimiento gerontológico, socioterapéutico y de apoyo a la familia que durante el día preste una atención individualizada a las necesidades básicas, terapéuticas y sociales de la persona mayor dependiente, promoviendo su autonomía y una permanencia adecuada en su entorno habitual”. La intervención a realizar en tales instituciones, según el artículo 4.1, “debe perseguir como objetivos específicos respecto a las personas mayores dependientes: / a) Recuperar y mantener el mayor grado de autonomía personal posible. / b) Retrasar o prevenir el incremento de la dependencia a través de la potenciación y rehabilitación de sus capacidades cognitivas, funcionales y sociales. / c) Desarrollar la autoestima y favorecer un estado psicoafectivo adecuado. / d) Evitar o retrasar la institucionalización definitiva, no deseada o desaconsejable”. Para coadyuvar a tales propósitos, como parte del servicio que prestan los centros suelen organizarse salidas de participación voluntaria.

En el caso de que se trata sabemos, pues así resulta del informe suscrito por el Director del establecimiento el 4 de septiembre de 2017, que fue el propio usuario -que no estaba incapacitado- quien consintió participar en la actividad, y que la madre, que estaba también al tanto de que iba a celebrarse la excursión, en ningún momento puso de manifiesto inconveniente alguno para la participación de su hijo en la salida. Consta también en el mismo informe que ni la familia ni el propio usuario refirieron nunca ninguna dificultad para la ingesta de alimentos. Por el contrario, sí figura en la valoración previa al ingreso que, aunque padecía una enfermedad mental, el hijo de la perjudicada era totalmente autónomo para las actividades básicas de la vida diaria con una puntuación máxima en la escala de Barthel. Por ello, y teniendo en cuenta que estas consideraciones no han sido contradichas por la reclamante durante la

sustanciación del trámite de audiencia, puede colegirse que el usuario del centro no tenía un riesgo de atragantamiento superior al común, y que, por tanto, los responsables de su cuidado durante la salida no estaban obligados a adoptar ninguna medida especial preventiva del suceso producido.

En definitiva, estimamos que el fallecimiento por el que se reclama es producto de un desgraciado accidente, sin que quepa sostener que la Administración tenga el deber prevenir, en las concretas circunstancias del supuesto examinado, los daños derivados de riesgos como el materializado. Al respecto, este Consejo Consultivo ya ha tenido ocasión de manifestar en anteriores ocasiones (entre otros, Dictámenes Núm. 120/2015 y 194/2015), en unos términos que consideramos plenamente aplicables al caso que nos ocupa, que los deberes genéricos de atención y cuidado a los usuarios de los centros de servicios sociales “no pueden ser interpretados en términos tan absolutos que conviertan a la Administración en responsable de todo lo que pueda suceder en sus instalaciones. Esos deberes de atención, protección y control de los residentes han de conjugarse con el reconocimiento y respeto a sus derechos de autonomía y dignidad, por lo que no pueden establecerse controles exorbitantes que limiten de modo absoluto sus movimientos, sino medidas acordes a cada uno de ellos según su diagnóstico y sus posibilidades”. También advertíamos la eventual producción en estos recursos de “ciertos accidentes con origen, precisamente, en el deterioro de las facultades, tanto físicas como intelectuales (...), que por ello son en muchos casos inevitables y podrían acontecer, del mismo modo que en las residencias, en el domicilio familiar, lo que constituye, si no se aprecia omisión de las medidas básicas de cuidado y protección, un riesgo inherente a las circunstancias de la vida, que no pueden imputarse al funcionamiento del servicio público del mismo modo que no serían atribuibles a la familia que le prestase su cuidado si el accidente se hubiera producido en el domicilio habitual”. Estamos, por tanto, en presencia de un riesgo general de la vida que, por su naturaleza, resulta imposible de evitar, y que por ello no guarda relación de causalidad con el servicio público.

A mayor abundamiento, ha de destacarse que una vez producido el accidente los responsables actuaron con la mayor diligencia, pues, según se

refleja en el informe clínico-asistencial que obra en el expediente (folio 20), son los propios presentes en la comida quienes, incluso antes de la llegada del SAMU, “inician maniobras de Heimlich y posteriormente masaje cardíaco”; labores que, sin embargo, resultaron infructuosas.

Por todo ello la reclamación ha de ser desestimada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.