

Expediente Núm. 304/2018
Dictamen Núm. 61/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 1 de marzo de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 30 de noviembre de 2018 -registrada de entrada el día 13 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por las lesiones derivadas de una caída en un centro residencial para personas mayores en régimen de concierto.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 29 de mayo de 2018, la nieta y tutora de la accidentada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una “aparatoso caída en circunstancias extrañas”, ocurrida el 5 de abril de 2017 en la residencia que especifica, en la que ocupaba plaza concertada en virtud de contrato de

hospedaje con el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias.

Expone que la perjudicada -de 96 años de edad, incapacitada judicialmente y con deterioro cognitivo- le manifestó que cuando se dirigían "hacia el comedor los residentes iban a toda prisa, momento en el cual una señora la empuja y al caer ella le caen encima otras dos personas"; relato que no concuerda con el ofrecido por la residencia ni con "la información recogida en el registro de control de caídas".

Argumenta que el accidente "fue fruto, por un lado, de la escasez de personal y, por otro, de la defectuosa y negligente atención prestada a los residentes, y en especial" a su abuela.

Reseña que la accidentada precisó intervención quirúrgica por rotura de cadera y que sufre secuelas, cuantificando el daño reclamado en catorce mil ciento sesenta y un euros con cincuenta y cuatro céntimos (14.161,54 €), con base en el informe pericial y la documentación médica que adjunta.

Interesa que se requiera a los responsables de la residencia a fin de que identifiquen a los trabajadores que prestaban servicio en el momento del siniestro, "procediendo a tomar declaración a los que fuesen testigos del incidente", y singularmente "a la asistente social presente ese día" y a la "firmante del registro de control de caídas".

Acompaña copia, entre otra, de la siguiente documentación: a) Sentencia judicial de incapacitación, recaída el 26 de julio de 2016, que se restringe "a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud" y que se acompaña de la diligencia de juramento del cargo de tutora por quien firma el escrito de reclamación. b) Contrato de hospedaje (que se limita a consignar el establecimiento residencial solicitado y disciplinar las condiciones de orden económico y causas de resolución) y "Plan individual de atención" (en el que consta que la residente es reacia a participar en las actividades de mantenimiento de las funciones cognitivas y se consigna el objetivo de "estimular la marcha funcional, previniendo caídas", para lo que se pauta

gerontogimnasia y “se recomienda la compra de un andador como ayuda técnica” c) Informe de valoración que se acompaña al contrato de hospedaje en el que se refleja, con fecha 23 de marzo de 2017, “marcha torpe pero independiente con ayuda de andador”. d) Documentación clínica en la que se consigna el ingreso hospitalario de la accidentada el día de la caída, la intervención quirúrgica con implante de “EEM de cadera derecha” y el alta tras rehabilitación el 10 de julio de 2017. e) Informe pericial privado de valoración del daño corporal en el que se recoge que “el mecanismo (del accidente) no está claro”, y que la perjudicada había sido “estudiada por síncope, caídas (...), sin evidencia de patología” y que había sufrido “pérdida de visión” en el ojo derecho. f) Hoja del registro de caídas del centro residencial en la que se indica que cuando “se levantaron para comer”, estando en el salón, “una compañera (residente) se levantó, ella se apoyó y cayeron las dos”, contando con un “bastón” como elemento de prevención de caídas. Se refleja una respuesta afirmativa a la cuestión de si la accidentada “era consciente (...) del peligro de caerse” y negativa a las preguntas de si tenía algún síntoma previo, padecía alguna enfermedad aguda y si se aprecia “frecuencia o reincidencia en caída”.

3. Mediante oficio de 13 de agosto de 2018, la Instructora del procedimiento solicita a la Dirección del centro residencial el “informe preceptivo” que ha de recabarse al “servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”.

El día 26 de agosto de 2018, emite informe la Trabajadora Social del equipo que elaboró el “Plan individual de atención” de la accidentada, y que es una empleada al servicio de la empresa adjudicataria del contrato de gestión de plazas residenciales bajo la modalidad de concierto. En él se reseña que la perjudicada “se encontraba en el salón con otras residentes. Al disponerse a ir al comedor se levantó agarrándose de una de sus compañeras, que ya se encontraba de pie, desequilibrándola; cayeron las dos y en su caída arrastraron a una tercera residente”.

4. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a la reclamante el 25 de octubre de 2018, consta en el expediente que la tutora de la accidentada comparece en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo, sin que se hayan presentado alegaciones.

5. Con fecha 15 de noviembre de 2018, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “está la interesada, como tutora legal de su abuela (...), activamente legitimada para formular, en su propio nombre y derecho, reclamación de responsabilidad patrimonial”.

Reseña que “la obligación de prestar los servicios residenciales a los usuarios a tal efecto designados por el organismo autónomo” incumbe a la mercantil adjudicataria del “contrato para la gestión de 20 plazas residenciales (...) bajo la modalidad de concierto”, tramitado en 2010 y que se identifica, siendo la responsable de indemnizar “por los daños y perjuicios que se cause”, si bien considera que la garantía de los derechos de la aquí reclamante “ha de traducirse (...) en la directa atribución de la responsabilidad patrimonial a la Administración”, sin perjuicio de la posterior repetición.

Concluye que el registro de caídas y el informe recabado coinciden en la descripción de los hechos, y que ante una caída fortuita no se aprecia déficit alguno en la prestación del servicio, sin que pueda defenderse que un “control continuado” implique una “supervisión individual ininterrumpida”. Razona que, “evidenciando que los deberes de atención, protección y control de los residentes han de conjugarse en el reconocimiento y respeto a sus derechos y autonomía y dignidad (...), no pueden establecerse controles exorbitantes que limiten de modo absoluto sus movimientos, sino medidas acordes a cada uno de ellos”, sin que resulte extraño que se produzcan accidentes originados por el deterioro inevitable de las cualidades de los ancianos, “que podrían acontecer, del mismo modo que en un centro residencial, en el domicilio familiar”, sin que

se aprecie en este caso "omisión de las medidas básicas de cuidado y protección".

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de noviembre 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 del Principado de Asturias objeto del expediente RP, del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, adjuntando tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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), está la interesada 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 legal. Se aprecia que la propuesta de resolución es confusa en este punto, ya que la cualidad de interesada reside en la anciana

accidentada y no en su tutora, que actúa como representante de aquella supliendo las limitaciones en su capacidad de obrar.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, nos encontramos ante una reclamación que -dirigida frente a la Administración- se formula por daños que se imputan exclusivamente al funcionamiento de un centro residencial privado, en el que se aloja la perjudicada en plaza concertada con el organismo gestor de los servicios públicos residenciales para ancianos.

Al respecto, debemos recordar que es reiterada nuestra doctrina en relación con aquellos supuestos de responsabilidad patrimonial en los que existe concurrencia, en el funcionamiento del servicio público, de un contratista o gestor interpuesto. En cuanto a los mismos, hemos reseñado (por todos, Dictámenes Núm. 130/2014 y 7/2019) que “el principio de responsabilidad objetiva de la Administración”, establecido en el artículo 106.2 de la Constitución, “permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, deberá ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso” frente a quien se declare responsable del daño causado. En concreto, ya en nuestro Dictamen Núm. 80/2006, y al hilo de la redacción del artículo 97 de la entonces Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecimos una serie de conclusiones de las que conviene retener en este momento, dada su adecuación al supuesto que nos ocupa, que en aquellos supuestos, como el actual, en que el particular opte por reclamar frente a la Administración responsable del servicio público afectado, esta habrá de pronunciarse, con los requisitos y de acuerdo con el procedimiento establecido para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sobre la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, así como

-por tener que enfrentarse a todas las cuestiones derivadas del procedimiento, conforme a lo ahora establecido en el artículo 88 de la LPAC- sobre su incidencia en el correcto desenvolvimiento del contrato administrativo en ejecución y sobre el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Debe repararse en que, de conformidad con la legislación sobre contratos administrativos, la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución del contrato atañe, por regla general, al contratista, que ha de afrontarla en definitiva de no mediar título de imputación al servicio público. Ahora bien, como hemos señalado en otras ocasiones (por todos, Dictamen Núm. 7/2019), el perjudicado puede limitarse a accionar frente al empresario (asumiendo que en la jurisdicción ordinaria no puede declararse la eventual responsabilidad de la Administración) o bien acudir al cauce de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración -o contra esta en concurrencia con el contratista-, tal como se viene manteniendo por este Consejo Consultivo y en diversos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, y así se infiere de lo dispuesto en el actual artículo 196.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, al permitir que los terceros puedan (potestativamente) requerir a la Administración para que precise a cuál de las partes incumbe la responsabilidad. En todo caso, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, como sucede en el asunto examinado, esta debe, no solo dar audiencia al contratista en su condición de interesado, sino ejercitar la subsiguiente acción de regreso o repetición frente al mismo cuando se aprecie su responsabilidad, pues de lo contrario se cargaría sobre el todo social un montante indemnizatorio que atañe al haber de la empresa e implica la concreción de un riesgo que la ley residencia, con carácter general, en el contratista, no en la Administración contratante.

Resulta aplicable al supuesto que nos ocupa la doctrina de este Consejo en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas frente a la Administración por la actuación o la concurrencia de contratista o gestor

interpuesto (por todos, Dictámenes Núm. 253/2016 y 7/2019), en el que se reclama frente al titular del servicio público por la actuación llevada a cabo por un centro privado concertado -aun cuando concurre la singular circunstancia de que el hospedaje en el centro privado responde a la voluntad de la usuaria y no a una derivación ordenada por un ente público- sobre el que despliega esa Administración una intervención especialmente intensa, ejerciendo las facultades de supervisión y control legalmente establecidas.

En definitiva, el Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular del servicio público, que ha sido prestado en virtud de concierto por un centro privado, sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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 29 de mayo de 2018, constando en la documentación clínica obrante en el expediente que el proceso rehabilitador de la accidentada se prolongó hasta el 10 de julio de 2017, por lo que es claro que se acciona 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 la citada Ley.

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

Sin embargo, debemos tener en cuenta que estamos ante un procedimiento de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de un servicio público en cuya prestación interviene un gestor interpuesto al que no se le ha dado traslado de las actuaciones, aunque el daño alegado se imputa, exclusivamente, a las desarrolladas por la residencia privada concertada a la que incumbe el cuidado de los residentes. En suma, la normativa aquí aplicable -tratándose de un contrato firmado en 2010, artículos 198 y 256 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo contenido se reitera en la legislación vigente- contempla, como ya hemos señalado, la responsabilidad del contratista por los daños generados como consecuencia del servicio que gestiona, salvo en aquellos supuestos en que tales daños se hubieran producido en cumplimiento de órdenes de la Administración, de lo que se deduce que la adjudicataria del servicio tiene la condición de parte interesada en el procedimiento, debiendo examinarse en el seno de este la posible responsabilidad de la misma en los daños que se causen a terceros. En el supuesto sometido a nuestra consideración la Administración no reconoce a la empresa titular de la residencia, a lo largo del procedimiento, su condición de interesada, pese a lo establecido en el artículo 32.9 de la LRJSP, limitándose a requerir de la Dirección del establecimiento en el que se aloja la perjudicada el "informe preceptivo" que corresponde emitir al "servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable". Al respecto, se advierte que la audiencia omitida no puede suplirse por la incorporación al expediente de un informe elaborado por quien resulta ser empleada de la adjudicataria del servicio -no su representante-, ni ese informe debe, en rigor, sustituir al del servicio público afectado.

Hemos de reparar en que cuando se acciona por un daño en cuya producción concurre la actividad de una empresa o gestor interpuesto han de cumplirse en el curso de la tramitación del procedimiento administrativo -cualquiera que sea el pronunciamiento que le ponga fin- las previsiones contenidas en el artículo 32.9 de la LRJSP, debiendo otorgársele el oportuno trámite de audiencia con vista del expediente. Tal como ha quedado expuesto en la consideración segunda de este dictamen al abordar la legitimación pasiva, la Administración responsable del servicio público afectado habrá de pronunciarse, con los requisitos y de acuerdo con el procedimiento establecido para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sobre los extremos a que se refiere el artículo 91.2 de la LPAC y sobre aquellas otras cuestiones que deriven del procedimiento -que no son ajenas al contratista-; y, en su caso, de conformidad con la doctrina de este Consejo, deberá ser la Administración titular del servicio quien indemnice, ejercitando en cuanto proceda la oportuna acción de regreso, que no ha de perjudicarle por omisiones en el procedimiento administrativo.

De ahí que deba librarse el oportuno traslado del expediente a la empresa titular del centro residencial concertado, concediéndole audiencia en cuanto eventual responsable del daño que se reclama, toda vez que la resolución que ponga fin al procedimiento ha de pronunciarse sobre su participación en el resultado dañoso.

Desde otra perspectiva, el informe librado por una empleada de la empresa adjudicataria no puede suplir, en rigor, al preceptivo que ha de emitirse por el servicio público, aun reconociendo que este último ha de detenerse en los títulos de imputación residenciables en la Administración, por lo que tampoco excluye al primero.

Por tanto, este Consejo entiende que no procede entrar a valorar el fondo de la cuestión debatida sin que previamente se dé traslado de las actuaciones a la empresa gestora del servicio al que se imputa el resultado dañoso invocado por la interesada.

En consecuencia, habrá de retrotraerse el procedimiento al momento oportuno para realizar los actos de instrucción necesarios, debiendo a tal efecto dar traslado de las actuaciones a la titular del centro residencial implicado en su condición de interesada, como eventual responsable de los daños cuyo resarcimiento se reclama. A continuación, deberá evacuarse un nuevo trámite de audiencia y formularse una nueva propuesta de resolución.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada; que debe retrotraerse el procedimiento en los términos señalados en el cuerpo del presente dictamen y, una vez formulada nueva propuesta de resolución, habrá de recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.