



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 5 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 29 de marzo de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.F.R.R., en nombre y representación de E.R.L., por daños morales y materiales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de cementerios y servicios funerarios (EXP. 107/2011 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria por los daños materiales y morales que se presumen producidos por el funcionamiento del servicio público funerario y de cementerio, de su competencia, cuyas funciones le corresponden por virtud del artículo 25.2.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LRBRL).

2. De la naturaleza de la reclamación interpuesta se desprende que es preceptiva la solicitud de Dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), siendo formulada por el Sr. Alcalde de Las Palmas de Gran Canaria, a tenor del art. 12.3 LCCC.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

3. El hecho lesivo se produjo el 3 de mayo de 2009 cuando, por error en la preparación de un entierro, los operarios del Cementerio de San Lázaro de las Palmas de Gran Canaria extrajeron los restos mortales del padre del reclamante del nicho de su propiedad, identificado con el número 591 de poniente, en el que descansaban desde su inhumación el 2 de junio de 2002. Advertido el error, los operarios procedieron a sellar el nicho con una losa de hormigón sin reponer, inicialmente, la lápida original. Los restos mortales fueron guardados en un sudario. El mismo día de los hechos el reclamante tuvo conocimiento de ello, al visitar la sepultura familiar, como era su costumbre. La empresa adjudicataria del servicio, reconociendo el error, asumió todos los gastos derivados de la reposición de un nuevo féretro, la exhumación de los restos y la re-inhumación de los mismos en el nicho de origen, las pruebas de ADN solicitadas por el reclamante, que arrojaron resultado positivo, la reposición de la lápida original y la inhumación definitiva en el nicho familiar, llevada a cabo el día 2 de octubre de 2009, cinco meses después de acaecida la errónea exhumación. La empresa aseguradora de la entidad concesionaria no alcanzó un acuerdo para indemnizar los daños morales, tras haber ofrecido en concepto de indemnización a la viuda y a sus cuatro hijos la cantidad de 3.000€ a cada uno de ellos. El reclamante solicita una indemnización por daños morales de 5.000€ para cada uno de los cinco miembros de la comunidad hereditaria, es decir, 25.000€.

4. En este supuesto son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Asimismo, es de aplicación la legislación de régimen local, específicamente el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), así como la restante normativa aplicable al servicio público prestado.

II

1. El procedimiento se inició a instancia del reclamante, mediante escrito de fecha 22 de enero de 2010, si bien previamente había presentado un anterior escrito, el 16 de noviembre de 2009, dirigido al Concejal del Área de Gobierno informando sobre el escrito que asimismo había dirigido a la entidad gestora del servicio de cementerio y sepultura, C., S.A., el anterior 11 de mayo de 2009. Habiéndose practicado los trámites de prueba, audiencia y vista, recabándose los informes

oportunos. El 15 de febrero de 2011 se emitió la Propuesta de Resolución, fuera del plazo resolutorio.

2. Por otra parte, en cuanto a la *conurrencia de* los requisitos establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio regulado en el art. 106.2 de la Constitución, que han sido desarrollados en los artículos 139 y 142 LRJAP-PAC, se observa:

- El afectado es titular de un interés legítimo, puesto que alega haber sufrido daños morales, que entiende derivados del funcionamiento del servicio público citado. Por lo tanto, ostenta la legitimación activa para presentar la reclamación e iniciar el procedimiento del que traen causa las presentes actuaciones.

- La competencia para tramitar y resolver el procedimiento incoado corresponde al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, como Administración responsable de la gestión del servicio público, en cuya prestación, presuntamente, se produjeron los daños por los que se reclama.

- En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que el procedimiento se inicia dentro del plazo de un año establecido en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPRP.

- El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente y está individualizado en el interesado y en sus representados.

- No consta en el expediente la representación que dice ostentar el reclamante, de su madre y tres hermanas, integrantes todos de la comunidad hereditaria. Tampoco consta que por la Administración se le haya requerido para subsanación, ni el momento de admitir a trámite la solicitud, el 2 de febrero de 2010, ni en ulterior trámite.

III

1. La Propuesta de Resolución acuerda la inadmisión de la solicitud de reclamación al no concurrir nexo causal debido a la intervención de tercero, que no es otro que el concesionario del servicio de cementerio, y declara la responsabilidad de la mercantil concesionaria de servicio, entendiéndose que la reclamación ha de dirigirse directamente contra aquélla.

2. El hecho lesivo, en su consistencia, causa y efectos, ha resultado indudablemente probado, con la abundante documentación obrante en el

expediente, además de ser reconocido por la empresa concesionaria del servicio y por la propia Administración.

3. Los daños materiales y todos los gastos de realización de la prueba de ADN, nuevo ataúd, reposición de la lápida original e inhumación definitiva han sido costeados por la concesionaria del servicio quedando, por tanto, pendiente de resolver la cuantía indemnizatoria de los daños morales, al no haber llegado el interesado y la compañía aseguradora de aquélla a un acuerdo satisfactorio para ambos, al parecer, debido a los términos en los que estaba redactada la propuesta de acuerdo.

4. De los hechos constatados se deriva necesariamente la causación de daños y perjuicios de carácter moral, ya que debe entenderse que produjeron momentos de angustia, dolor y tensión emocional, propicios a la causación de impacto en la normal sensibilidad de las personas afectadas por la exhumación errónea, y negligente, de los restos mortales de un ser querido y familiar muy próximo, marido y padre respectivamente.

Igualmente, el funcionamiento del servicio público ha sido deficiente, siendo el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, que tiene la competencia al respecto y, por tanto, el responsable patrimonial directo del hecho lesivo, sin perjuicio de la gestión del mismo por un tercero, la empresa concesionaria; y de que pueda consiguientemente ejercer el derecho de repetición contra ella, como ha declarado reiteradamente, en anteriores dictámenes, este Consejo Consultivo, sin que pueda ahora ponerse en cuestión la doctrina que este Organismo tiene establecida de modo general.

Todo lo cual determina, por virtud de lo expuesto, la responsabilidad del Ayuntamiento y el derecho de los demandantes a percibir la indemnización oportuna por los daños morales ocasionados, en este caso, por la actuación de un servicio público de titularidad municipal.

IV

1. Por lo tanto, y existiendo relación de causalidad entre el funcionamiento deficiente del servicio y el daño reclamado por el interesado, no apreciándose en la producción del hecho lesivo la existencia de concausa imputable al mismo, ni de fuerza mayor, cabe concluir que la Propuesta de Resolución no es adecuada a Derecho, en virtud de lo expuesto en los puntos anteriores de este Fundamento.

2. Al interesado, y en su caso a sus representados, le corresponde la indemnización de los daños morales padecidos. Así, en el caso actual, en efecto, procede indemnizar exclusivamente los daños morales, pues los materiales ya lo fueron con anterioridad, como reconoce el reclamante.

3. Siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el daño producido fue antijurídico en el sentido de no tener que ser soportado por el reclamante y ha de calificarse de daño moral, como acertadamente hace aquél, concepto cuya indemnización como la de todo perjuicio es evaluable, pero supone que al ser la lesión y el dolor de carácter exclusivamente moral su cuantificación no se sujete a criterios objetivos y determinados. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9079), que recoge la jurisprudencia sobre el concepto cuando expresa: "Esta Sala tiene reiteradamente declarado -en sentencias, entre otras, de 20 de julio de 1996 (RJ 1996, 5717), 26 de abril (RJ 1997, 4307) y 5 de junio de 1997 y 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 350)- que el resarcimiento del daño moral, por su carácter afectivo y de "pretium doloris" carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo". A la hora de efectuar la valoración, la Jurisprudencia (STS 20 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6789]; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 154), derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8945), 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. La STS de fecha 19 de julio de 1997 (RJ 1997, 6732) se refiere a la existencia de un innegable "componente subjetivo en la determinación de los daños morales". La más reciente jurisprudencia del Alto Tribunal mantiene la misma doctrina, como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de dicho órgano jurisdiccional, de 6 de abril de 2006 (RJ 2006 1772): "Los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales (...). La situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (...)

“estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad”. En la Sentencia del propio Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 14 de marzo de 2007, (JUR 2007 93370), se afirma que “a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”.

En base a la anterior doctrina y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, que en aquél caso concreto se basaban en la pérdida definitiva de restos mortales, se valoró por el Tribunal Supremo la indemnización por daños morales en la cuantía de 6010.12 euros, con aplicación a la anterior cantidad del art. 141.3 LRJAP-PAC. En el supuesto sometido a nuestra consideración, afortunadamente, la pérdida de restos mortales no se llegó a producir, pues aquéllos estuvieron en todo momento localizados y custodiados hasta su definitiva inhumación, cinco meses después. A mayor abundamiento, y no constando lo contrario, de lo actuado parece desprenderse que la falta de acuerdo entre el reclamante y la empresa aseguradora de la empresa concesionaria del servicio de cementerio lo fue, exclusivamente, por causa de la redacción del documento final de pago y finiquito, sin que conste que la discrepancia se fundamentara en la cantidad a indemnizar. Por todo ello, se considera que la cantidad que en su día ofreció dicha empresa, 3.000€ a cada miembro de la comunidad hereditaria, se considera adecuada en atención a las circunstancias concurrentes.

4. Por todo lo anterior, procede que el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria indemnice al reclamante en la cantidad de 3.000€ en concepto de indemnización por los daños morales sufridos, y para el caso de que se acredite la representación de los restantes cuatro miembros de la comunidad hereditaria, procederá también el abono a cada uno de ellos, en tal caso, de la misma cantidad por idéntico concepto. En su caso, dichas indemnizaciones se habrán de actualizar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que inadmite la reclamación, no es conforme a Derecho, pues se ha acreditado la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por el reclamante, por lo que el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria debe indemnizarlo, de conformidad con lo expuesto

en los Fundamentos III y IV de este Dictamen, como responsable directo y titular del servicio público.