



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 5 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de junio de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arucas en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), por daños morales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de cementerios y actividades funerarias (EXP. 196/2019 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de la Ciudad de Arucas tras presentarse una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños que, se alega, han sido causados por el funcionamiento del servicio público de cementerios y actividades funerarias, de titularidad municipal, cuyas funciones le corresponden al citado Ayuntamiento en virtud del art. 25.2.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

También es aplicable, específicamente, la ordenación del servicio municipal afectado, en relación con lo dispuesto en el art. 54 LRBRL, así como la normativa referente a cementerios y actividades funerarias, cuales son: el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, el Decreto 132/2014, de 29 de diciembre, de Sanidad Mortuoria, el Reglamento regulador de cementerios, tanatorios, servicios funerarios y otros servicios mortuorios de Arucas (publicado en el Boletín Oficial de la Provincia nº77, el 13 de junio de 2008).

* Ponente: Sra. de León Marrero.

2. 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), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), siendo remitida por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Ciudad de Arucas, de acuerdo con el art. 12.3 de la LCCC.

3. En relación con los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el ejercicio del derecho indemnizatorio, regulado en el art. 106.2 de la Constitución, desarrollados en los arts. 32 a 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ha de decirse:

En el procedimiento incoado los reclamantes ostentan la condición de interesados en cuanto titulares de un interés legítimo (art. 32.1 LRJSP), puesto que alegan daños sufridos en su esfera moral, como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento del servicio público concernido.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración municipal, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en los interesados, de acuerdo con lo prescrito en el art. 32.2 LPACAP.

Sin embargo, no se cumple el requisito del plazo respecto a la presentación de la reclamación, excediendo en mucho del año desde que se produjo el hecho lesivo o se manifestaron sus efectos, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP, como se razonará posteriormente.

II

En lo que se refiere al hecho lesivo, se alega en el escrito de reclamación, en síntesis, que el día 21 de noviembre de 2017 se personó la reclamante en las dependencias municipales de gestión de cementerios a fin de interesarse sobre el nicho nº 1214, donde descansaban los restos mortales de su esposo, momento en el que es informada verbalmente de que ya no se encontraban allí, pues en enero de 2012 habían sido trasladados al osario nº 759, siendo posteriormente incinerados el 4 de agosto de 2016 (conociendo posteriormente que lo fue el día 8, no el 4).

Se reclama la cantidad de 53.000 euros, de los cuales 25.000 corresponderían a la viuda y 28.000 al hijo del fallecido.

III

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha adecuado a lo establecido legalmente, pues, si bien no se ha abierto trámite probatorio, ni se ha emitido informe del Servicio, limitándose éste a exponer los antecedentes y aportar la documentación existente, no afecta ello al pronunciamiento a emitir, que es la desestimación por prescripción de la acción para reclamar, como se analizará, sin que proceda un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Por otra parte, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 21.1 y 6 LPACAP).

2. Constan las siguientes actuaciones administrativas:

- Providencia de inicio de 21 de febrero de 2019, de la Alcaldía, solicitando informe a la Técnica de Gestión sobre la pertinencia de incoar procedimiento de responsabilidad patrimonial.

- Informe de admisión a trámite de la reclamación, suscrito por la referida Técnica, de 22 de febrero de 2019.

- Decreto de Alcaldía nº 613, de 22 de febrero, sobre admisión a trámite y subsanación de la reclamación, notificado a los reclamantes el 1 de abril de 2019.

- Escrito de subsanación de los reclamantes, presentado el 4 de abril de 2019, aportando diversa documentación.

- Solicitud de informe del Servicio de 10 de abril de 2019, constando únicamente, mediante nota interna de 11 de abril de 2019:

«Mencionar la existencia de petición de informe de 22 de noviembre de 2017, por la Concejalía de Cementerios y traslado de los siguientes datos (...)\», enumerando a continuación la documentación obrante en el expediente, sin emisión de informe alguno al respecto.

- Audiencia a los interesados, el 11 de abril de 2019, notificada el 23 de abril de 2019, constando la comparecencia de la reclamante solicitando copia del expediente, realizándose diversas preguntas a la funcionaria. Posteriormente, el 8 de mayo de 2019, se presenta escrito de alegaciones dando por reproducidas las

realizadas en la reclamación, así como los documentos aportados a lo largo del procedimiento.

- Informe pericial emitido por la aseguradora municipal de 24 de marzo de 2019, trasladado el 25 de abril de 2019.

- Propuesta de Resolución, emitida el 10 de mayo de 2019.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, pues el órgano instructor considera que no ha resultado demostrada la concurrencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público afectado y los daños por los que se reclama. Sin embargo, no procede entrar en el fondo del asunto, pues la reclamación debe desestimarse por haber prescrito la acción para reclamar, tal y como se ha adelantado en el Fundamento I.3 del presente informe.

2. Al respecto, no es correcta la Propuesta de Resolución, que señala en cuanto a la prescripción:

«Respecto del requisito de la prescripción, dada la casuística de la reclamación es necesario puntualizar lo siguiente:

El artículo 67 de la LPACAP, determina que los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar:

La reclamante alega que el 21 de noviembre de 2017 se persona en el Ayuntamiento y es conocedora de los siguientes hechos: Que los restos del difunto (...) fueron incinerados el 8 de agosto de 2016. Que en enero de 2012 trasladaron los restos a un osario sin su consentimiento.

Como prueba de ello, aporta entre otros, el escrito presentado en el Ayuntamiento el día 22 de noviembre de 2017 (RE: 23928).

Por lo expuesto, el origen del daño solicitado se situaría en 2012 ó 2016, pero dado que los interesados manifiestan que no tuvieron conocimiento alguno de tales hechos hasta la fecha de 21 de noviembre de 2017 y entendiendo que el efecto lesivo sólo puede manifestarse desde que tiene conocimiento la perjudicada, la reclamación de fecha 21 de noviembre de 2018 no estaría prescrita, sin perjuicio de que la única prueba facilitada a la Administración, sea el escrito de reclamación».

Pues bien, no es correcta esta consideración, pues debe aplicarse la doctrina de la *actio nata* para la interpretación del cómputo de la prescripción, sin que pueda mantenerse un plazo indefinidamente abierto para el ejercicio de la acción,

únicamente vinculado a la voluntad subjetiva del reclamante, o a sus meras manifestaciones, lo que conculca el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española.

Así, como ha venido señalando el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 17 de noviembre de 2010 y de 1 de junio de 2011, recordando en ellas, a su vez, la de 9 de abril de 2007:

«(...) el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos, que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991 (RJ 1992/7937)) del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad».

Por ello, en el caso que nos ocupa, no puede admitirse que el *dies a quo* para el cómputo del plazo se funde en una decisión subjetiva, cual fue la de la reclamante de acudir a las dependencias municipales de gestión de cementerios más de 11 años después del fallecimiento de su marido. Y es que en su reclamación, la interesada manifiesta que el día 21 de noviembre de 2017 (su marido falleció el 9 de noviembre de 2006) se presentó en las dependencias municipales de gestión de cementerios para interesarse sobre el nicho 1214 donde había sido enterrado su esposo, momento en el que fue informada de que ya no yacía allí, así como su destino posterior a su exhumación de aquel nicho.

Consta en el expediente la carta de pago para el enterramiento del esposo y padre de los reclamantes, de fecha de emisión 13 de noviembre de 2006, en la que se establecía que la concesión de la ocupación del nicho nº 1214 vencía a los 5 años, siendo el sujeto pasivo la esposa del fallecido, (...), reclamante en el procedimiento que nos ocupa.

El traslado por persona no legitimada se produjo el 19 de enero de 2012, vencido ya el plazo de concesión (desde el 13 de noviembre de 2011).

A la fecha de vencimiento de la concesión, la titular de ésta, es decir, la reclamante, debió haberse personado en el cementerio a los efectos que procedieran

(ampliación de concesión o traslado de los restos mortales a un osario, respecto del que, igualmente, se otorgaría una concesión de 5 años).

De lo contrario, en aplicación de lo dispuesto en el art. 134 del Reglamento regulador de cementerios, tanatorios, servicios funerarios y otros servicios mortuorios de Arucas (publicado en el Boletín Oficial de la Provincia nº 77 el 13 de junio de 2008) vencido el plazo de vigencia de la concesión de sepulturas, los restos serían exhumados y depositados en el osario general, previo expediente de notificación a los interesados.

Por ello, en el presente caso, la reclamante si hubiera actuado con la debida diligencia, no solo podría haber impedido que se produjeran los hechos por los que ahora reclama (pasaron casi dos meses desde que venció el plazo de concesión hasta que se autorizó su traslado por tercera persona no legitimada), sino que pudo haberlos conocido de haberse personado antes, para cumplir con las obligaciones inherentes a la concesión. Así pues, entendemos que el *dies a quo* del plazo de prescripción no puede exceder de la fecha del traslado efectivo de los restos del difunto, pues, de haber actuado diligentemente la reclamante, no solo habría evitado el desenlace acaecido, sino que, en su caso, habría conocido que los restos de su esposo fueron trasladados al osario nº 759, pudiendo actuar en consecuencia.

Sin embargo, no lo hizo, dejando transcurrir, incluso, el plazo posterior de los 5 años de la concesión del osario, por lo que su falta de diligencia no puede constituir un beneficio a efectos de perpetuar el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad que nos ocupa.

Por todo ello, ampliamente vencido el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, la reclamación de los interesados debió haber sido inadmitida a trámite. En todo caso, una vez admitida, procede su desestimación por la causa expuesta, sin que quepa entrar en el fondo del asunto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo desestimar la reclamación de los interesados por haber prescrito su acción para reclamar.