

Expediente Núm. 29/2008
Dictamen Núm. 91/2008

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 16 de octubre de 2008, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 13 de enero de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Langreo formulada por don, en su propio nombre y en el de sus hermanas, como consecuencia de la confusión y extravío de restos mortales en un cementerio municipal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 7 de marzo de 2007, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Langreo una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don, en su propio nombre y en el de sus hermanas, por los daños y perjuicios causados con motivo de la confusión de los restos mortales de sus padres.

Inicia su relato indicando que el 5 de febrero de 2007 “compareció en las dependencias municipales a fin de dar cuenta de la circunstancia que estaba teniendo lugar en relación a los restos mortales de sus padres (...), los cuales, por un hundimiento acaecido en la batería de nichos del cementerio de, donde se encontraban enterrados, se habían mezclado con los restos mortales de otros fallecidos”.

Detalla a continuación que, entre los restos atribuidos a su madre aparecía una mandíbula con piezas dentales, “cuando la finada había perdido en vida toda su dentadura”, y que entre los mostrados como pertenecientes a su padre “se encontraban una serie de prendas de vestir, cuando en una anterior limpieza que se había efectuado por la familia (...) se habían retirado todos los restos textiles”.

Añade que “las conversaciones con responsables municipales (...) fructificaron en la propuesta que se nos hizo de realizar un análisis genético de los restos, que nos fueron mostrados como pertenecientes a nuestros padres, para confirmar si, efectivamente, se correspondían con los de los fallecidos”, procediéndose a la recogida de muestras para su envío a un laboratorio. Prosigue relatando que “se nos hizo llegar un informe, con propuesta de actuación sobre esta irregularidad en el servicio, en el que un despacho de abogados designado por el Ayuntamiento (...) se hacía cargo de la coordinación de las cuestiones que puedan derivarse de tal incidencia”.

Concluye solicitando la incoación de procedimiento de responsabilidad patrimonial y la indemnización a los hijos de los fallecidos “en la cantidad que proceda una vez que se determine el alcance de los daños causados”.

A la reclamación acompaña copias de un Acta de comparecencia, de 5 de febrero de 2007, que levanta el Secretario General del Ayuntamiento de Langreo; de un “Informe, con propuesta de actuación, sobre incidencia en la prestación de servicio mortuario en Langreo”, librado por un despacho de abogados, y de la documentación relativa a la recogida de muestras para solicitar una prueba de identificación genética y a la cadena de custodia de las mismas.

2. Con fecha 7 de marzo de 2007, la Alcaldía dicta una resolución, que consta en el expediente mediante la copia que se traslada a un despacho de abogados de la ciudad de Oviedo, en la que se recoge que “como consecuencia del derrumbamiento de una batería de nichos en el cementerio municipal de, parece (...) que se produjo la confusión de restos mortales de varias personas enterradas en el mismo. Comoquiera que algunos de los causahabientes consideran que las labores de recogida no se han hecho con la debida diligencia, han planteado a este Ayuntamiento la correspondiente queja (...). Considerando que se trata de un asunto de importancia extraordinaria”, se resuelve designar a un despacho de abogados “para realizar el seguimiento de este asunto en todas sus fases” y librar una provisión de fondos para abonar “los gastos del laboratorio al que se encargue la realización de las pruebas biológicas”.

Con fecha 9 de marzo de 2007, la Alcaldía traslada la anterior resolución al Secretario General del Ayuntamiento, con el ruego de que “confeccione expediente administrativo que reúna todas las actuaciones al respecto”.

Se incorporan así al expediente, precediendo a la solicitud de incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, los siguientes antecedentes:

a) Acta, de fecha 5 de febrero de 2007, que documenta la comparecencia de don ante el Secretario del Ayuntamiento de Langreo, manifestando aquél actuar en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria de sus difuntos padres, para dejar constancia de las “fundadas sospechas de que los restos contenidos en las dos bolsas que se les han mostrado en el cementerio (...) no corresponden a los de sus fallecidos padres”, solicitando que por facultativo competente se realice “la reconstrucción de ambos esqueletos y posteriormente un análisis de ADN”.

b) Oficio de la Alcaldía, de 22 de febrero de 2007, dirigido al Secretario General y al Jefe de Negociado de Personal, en el que se ordena la apertura de un “expediente informativo y confidencial” en relación a los hechos relatados en la anterior comparecencia, designando instructor de dicho expediente al

Concejal Delegado de Régimen Interior y Personal, y secretario al Jefe de Personal y Recursos Humanos, y que se curse petición “a la Oficina de Rentas para que informe sobre los antecedentes del nicho y enterramientos realizados en el mismo”.

c) “Informe, con propuesta de actuación, sobre incidencias en la prestación de servicio mortuario en Langreo”, fechado el 28 de febrero de 2007, elaborado por un despacho de abogados por encargo del Ayuntamiento, encargo del que no hay constancia en el expediente.

d) Informe del Jefe de la Sección Operativa A del cementerio, fechado el 1 de marzo de 2007, en el que refiere que el día 11 de octubre de 2006, cuando se realizaban los preparativos de un enterramiento en nicho viejo, se persona en el cementerio y los operarios le informan de que “al abrir el nicho n.º, fila de la batería n.º (...) donde debían realizar el enterramiento de doña (...), se encontraron con que el ataúd del nicho de arriba, el n.º, había caído sobre el de abajo y que los restos que estaban metiendo en la pedrona eran, una bolsa los correspondientes al ataúd del nicho de arriba (...) y la otra bolsa restos que había dentro del mismo nicho y en dicha bolsa”. Añade que “debía recabar información en el registro para dar con los familiares (de los enterrados en el nicho de arriba, aquí reclamantes), pero se me pasó dicho tema (...) hasta que los familiares se enteraron por otra u otras personas”.

e) Acta de diligencia de recogida de restos mortales para su envío a laboratorio, levantada el día 5 de marzo de 2007, bajo la fe del Secretario municipal y en presencia del reclamante y otras personas, ante quienes se procede a la recogida y sellado de las muestras para su análisis. Según se refleja en el acta, el padre de los reclamantes falleció en 1973 y la madre en 1994, manifestando aquéllos que “si bien (...) reconocen los restos de su fallecida madre, ya que las ropas (...) coinciden con las que habitualmente utilizaba, por el contrario, la bolsa relativa a su padre contiene ropa cuando no existía vestigio de la misma la última vez que se tuvo acceso a los restos”.

f) Acta, levantada el día 6 de marzo de 2007, de entrega a una empresa de transportes de dos cajas selladas y precintadas conteniendo restos óseos para su traslado a un laboratorio de genética de la localidad de San Sebastián de los Reyes, en Madrid.

3. Con fecha 9 de marzo de 2007, el Concejal Delegado de Personal solicita a la Oficina de Rentas y Exacciones un informe sobre la titularidad del nicho número, de la fila, batería número, del Cementerio Municipal de y sobre los enterramientos realizados en él.

El mismo día 9 de marzo de 2007, la Jefa de la Oficina de Rentas y Exacciones comunica que el citado nicho “fue concedido el 9 de febrero de 1973” a una persona que, según se infiere de lo actuado, era la madre de los reclamantes, y que se liquidaron las tasas correspondientes.

4. Con fecha 8 de mayo de 2007 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Langreo un escrito del reclamante, rubricado por su letrado, en el que solicita la pronta notificación de los resultados del análisis, “a la vista del tiempo transcurrido sin que (...) nos hayan sido comunicados”. Acompaña copia de su escrito inicial.

5. El día 10 de mayo de 2007, comparece ante la Secretaria en funciones del Ayuntamiento la concesionaria del nicho “sito en el cementerio municipal de, inferior al de la familia,”, afectado por el hundimiento y confusión de restos, autorizando al Ayuntamiento “para que, en caso de ser necesario, (se) extraiga por la parte superior del nicho, sin necesidad de abrir la puerta del mismo, la bolsa o los restos allí contenidos para su análisis por los laboratorios que estime oportunos”.

6. Con fecha 13 de junio de 2007, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Langreo nuevo escrito del reclamante, rubricado por su letrado, en el que refiere que, por el despacho de abogados encargado del

seguimiento del asunto, se les ha dado a conocer “oficialmente” los resultados de los análisis, que arrojan la conclusión de que los restos del padre sí podrían pertenecer al mismo, pero no los atribuidos a la madre, los cuales han sido “rotundamente descartados”.

Añade que “teniendo en cuenta las deficientes condiciones en que (...) se manipularon los restos mortales” y a la vista de que “en el informe se recoge únicamente que los análisis (del padre) se efectuaron con base a dos piezas dentales, tenemos la sospecha de que el resto de los huesos no hayan sido objeto de análisis y que, por tanto, pueda haber algunos o, incluso, todos que no sean de nuestro padre”. Por ello, se solicita que el firmante del informe del laboratorio aclare la extensión del análisis en relación a los huesos enviados, procediéndose, en su caso, a un análisis de la totalidad de los huesos.

Respecto a los restos de la madre, el reclamante afirma que “han sido extraviados por personal municipal” e insta la continuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

El Secretario General del Ayuntamiento, con fecha 20 de junio de 2007, traslada este escrito al despacho de abogados designado por el Consistorio.

7. El informe pericial de identificación por ADN de restos óseos, de 22 de mayo de 2007, incorporado al expediente, expone que para la identificación genética de los restos mortales se analizaron dos muestras, una de un esqueleto completo de varón y otra de un esqueleto completo de mujer, y muestras biológicas de dos familiares indubitados, el firmante de la reclamación y una hermana. Para el estudio genético de los restos del varón “se seleccionaron dos piezas dentales (...), ya que es donde mejor se conserva el ADN frente a fenómenos degradativos”, con resultado de 99,9999% de probabilidad de paternidad. El estudio de los restos atribuidos a la madre se realizó a partir de tres grupos de cabellos, “dado que los restos mortales (...) no presentaba(n) piezas dentales”, concluyéndose que el “resultado es incompatible con que los restos mortales analizados del individuo de sexo femenino (...) se correspondan con un pariente directo por vía materna” de los reclamantes.

8. El día 21 de junio de 2007 comparece ante el Secretario el reclamante, “junto con otros familiares, al objeto de dejar constancia” de que por parte de tres “enterradores municipales se procedió a la apertura del nicho, situado en la parte más alta de la batería, el cual, exteriormente, se encontraba en perfecto estado, por el cual uno de los funcionarios accedió al nicho núm. (colocado en la parte inmediatamente inferior), del cual extrajo dos bolsas conteniendo restos”. En torno a su contenido el compareciente manifiesta que “no reconoce los restos de ropa, en particular los calcetines y las medias, y que también, a su entender, en una de las bolsas se contenían mayor número de huesos de los que presumiblemente pertenecen a un cadáver”. En cambio, “examinada la bolsa conteniendo las ropas halladas en la extracción realizada meses atrás, reconoce la misma como perteneciente a su difunta madre”. Las bolsas quedan bajo custodia “en espera de que sean recogidas por parte de personal autorizado del laboratorio”, para proceder a un nuevo análisis.

9. El día 27 de junio de 2007, el Jefe de la Policía Local remite al Secretario del Ayuntamiento de Langreo el Acta levantada el día 26 de junio de 2007 de entrega de restos óseos a una empresa de transportes de dos cajas selladas y precintadas conteniendo restos correspondientes a la batería, nicho, fila del Cementerio Municipal de, para su traslado a un laboratorio de genética de la localidad de San Sebastián de los Reyes, en Madrid.

10. Con fecha 28 de junio de 2007, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Langreo un nuevo escrito del reclamante, con rúbrica de su abogado, en el que se reitera en las apreciaciones expuestas en el Acta de comparecencia de 21 de junio anterior, y concluye que, “se produjo una mezcla de restos (...) que no consistió simplemente en una `confusión` de bolsas, toda vez que (...) en la misma bolsa había restos de ropa pertenecientes a nuestra madre con restos mortales no pertenecientes y viceversa, en otra bolsa había

restos mortales pertenecientes a nuestro padre -la calavera analizada- con ropa no perteneciente -corbata-".

11. En el expediente figura incorporada una "Nota sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por daños morales derivados de la desaparición de restos mortales", datada el 26 de junio de 2007 y suscrita por el despacho de abogados al que la Alcaldía encargó "realizar el seguimiento de este asunto en todas sus fases". En ella se advierte que "no consta que el Ayuntamiento haya iniciado expediente de responsabilidad patrimonial" y que el escrito presentado "con fecha 13 de junio de 2007" (*sic*) "no reúne los requisitos necesarios para otorgarle la calificación de reclamación de responsabilidad patrimonial", si bien se considera que el Ayuntamiento "deberá conceder un plazo de 10 días para que se perfeccionen las faltas advertidas, advirtiéndolo a los reclamantes que, de no hacerlo así, se les tendrá por desistidos de su pretensión". En cuanto al daño alegado, con cita de diversa jurisprudencia, estima procedente una indemnización moderada, en concepto de daño moral.

12. Con fecha 8 de octubre de 2007, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Langreo un nuevo escrito del reclamante, con la firma de su abogado, en el que solicita certificación de acto presunto y fija el *quantum* indemnizatorio reclamado en "sesenta mil euros (60.000 €), a razón de diez mil euros por cada uno de los seis hermanos por razón de la pérdida de los restos mortales de su madre". Acompaña copia del escrito inicial de reclamación, de 7 de marzo de 2007.

13. Con fecha 23 de octubre de 2007, la Alcaldía remite al reclamante certificación de acto presunto, extendida por el Secretario General, en la que se recoge que "mediante instancia de 7 de marzo de 2007" se solicitó al Ayuntamiento la incoación de procedimiento de responsabilidad patrimonial, habiendo transcurrido "seis meses sin que hubiera recaído resolución expresa, razón por la cual se ha producido silencio administrativo de carácter negativo".

En el oficio de remisión, la Alcaldía comunica al reclamante que “las instancias presentadas a la fecha (...) han sido suscritas ‘por orden’ correspondiendo la firma a su abogado”, por lo que se le concede un plazo para subsanar la falta de acreditación de la representación.

Con fecha 5 de noviembre de 2007, el reclamante comparece ante el Secretario del Ayuntamiento de Langreo, manifestando actuar en nombre propio y en el de sus hermanos, y apodera *apud acta* al abogado que viene rubricando los escritos por orden suya.

14. El día 26 de octubre de 2007, la Alcaldía remite el expediente incoado a la compañía aseguradora del Ayuntamiento.

15. El nuevo informe pericial de identificación por ADN de los restos óseos remitidos el día 26 de junio de 2007, fechado el 29 de octubre de 2007, refiere las muestras analizadas, dos esqueletos completos, y muestras biológicas de dos familiares indubitados. Expone a continuación que para el estudio genético de uno de los esqueletos “se seleccionaron dos piezas dentales (molares), ya que es donde mejor se conserva el ADN frente a fenómenos degradativos”, y del otro, “cabellos arrancados, que poseían porciones de raíz o bulbo en condiciones óptimas para el estudio del ADN nuclear”. El informe concluye que los restos óseos de uno de los cuerpos “pertenecen a un individuo de sexo masculino, lo que directamente lo descarta como madre biológica” de los reclamantes, y los del otro no pertenecen a la madre biológica de los reclamantes.

16. Con fecha 12 de noviembre de 2007 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Langreo otro escrito del reclamante, firmado por su letrado, por el que solicita copia del expediente.

17. Mediante oficio del Secretario General, fechado el 7 de diciembre de 2008, se notifica al letrado del reclamante que se le pone de manifiesto el expediente

por plazo de 10 días a efectos de alegaciones. No consta que se hubieran formulado.

18. El día 31 de enero de 2008 se elabora propuesta de resolución, firmada por la Alcaldesa y referida a la "reclamación de 13 de junio de 2007", en la que, tras relatar los antecedentes del caso, cita jurisprudencia estimatoria de pretensiones de indemnización por daños morales en supuestos similares, sentando, asimismo, que los Ayuntamientos deben realizar a su costa las pruebas de identificación de restos precisas. Invoca a continuación jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aborda la indemnización del "trauma psicológico producido por la apertura de diversas sepulturas para (la) identificación de un familiar, de imposible identificación o falta de certeza", concluyendo que estamos ante un daño moral cuyo "único criterio cuantificador (...) es el de la moderación".

Apreciando que, en casos análogos, "nuestros Tribunales han valorado como `quantum` indemnizatorio el importe de 3.005 euros", se propone compensar a los reclamantes en la citada cuantía.

19. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de enero de 2008, registrado de entrada el día 6 de febrero de 2008, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Langreo objeto del expediente, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo y significando que se ha interpuesto por los interesados recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por silencio.

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 establecido 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 de esa Alcaldía en los términos de lo dispuesto en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 en relación con el artículo 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el reclamante activamente legitimado 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.

Ahora bien, salvo en lo que se refiere a una de las hermanas, no ha quedado acreditada en el expediente la identidad -ni en lógica consecuencia, la legitimación- de los restantes hermanos en cuya representación se afirma actuar.

Tampoco resulta acreditado que el reclamante ostente la representación de ninguno de sus hermanos en los términos de lo establecido en el artículo 32.3 de la LRJPAC, que dispone que "Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado".

Pese a la falta de acreditación de la identidad de algunos de los interesados, del vínculo filial de los mismos y de la representación aparentemente otorgada a uno de los hermanos, la Administración ha tramitado el procedimiento, sin poner objeción alguna a la regularidad de la legitimación y de la representación invocadas, ni solicitar su acreditación en el

momento inicial del procedimiento por los cauces previstos en la referida LRJPAC.

Ello no obstante, procede analizar el fondo de la cuestión controvertida, en aras del principio de eficacia constitucionalmente garantizado, si bien no cabría estimar la reclamación sin que la Administración, por el procedimiento legal oportuno, verifique la identidad de los hermanos, que no consta en el expediente, y la representación que dice ostentar el que actúa en nombre de ellos. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

El Ayuntamiento de Langreo está pasivamente legitimado, en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 7 de marzo de 2007, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 11 de octubre de 2006, por lo que es claro que lo fue dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

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

No obstante, advertimos notorias irregularidades formales en la tramitación del procedimiento, que acaso se deban al intento de integrar o refundir dos procedimientos administrativos, el inicial informativo confidencial y el posterior de responsabilidad patrimonial, en uno solo, lo que origina que se practiquen en un único cauce actos de instrucción y trámites administrativos que responden a procedimientos de distinta naturaleza y diferente configuración legal. Destaca, en definitiva, que iniciado con el escrito de reclamación el procedimiento de responsabilidad patrimonial, el Ayuntamiento no la haga efectiva con sujeción estricta a la LRJPAC y, singularmente, al Reglamento que lo regula con carácter especial. Con este modo de actuar, no debe extrañar que el expediente que documenta el procedimiento constituya un modelo notable de desorden.

Esta anomalía original multiplica las irregularidades. Así, no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a los interesados, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Asimismo, no hay unidad orgánica de actuaciones en la instrucción del procedimiento, interviniendo incluso la propia Alcaldía en diversos actos de trámite, lo que en ocasiones genera disfunciones y dilata su tramitación.

A lo anterior hay que añadir la ausencia en el procedimiento de los órganos administrativos correspondientes en el desempeño de sus funciones y, en concreto, de aquéllos que, junto a la fe pública, tienen legalmente atribuida la de prestar el asesoramiento legal, sustituidos en este caso por un despacho de abogados ajeno al Consistorio, al que se encomiendan actos propios de los órganos administrativos y de la función pública, y que interviene incluso en la recogida y custodia de las pruebas biológicas así como en la comunicación de

sus resultados, sin que nada ampare aquella actuación, impropia del funcionamiento de una Administración pública.

La precaria y singular instrucción ha devenido en la omisión o práctica parcial de actos -o, al menos, de su formalización- necesarios para la fundada adopción de la resolución final. A los ya expuestos en nuestra consideración jurídica segunda hemos de añadir que no se ha documentado la efectividad de los enterramientos afectados, ni sus elementos identificativos; de este modo, la identidad de las personas fallecidas y las fechas de los enterramientos han de darse por conocidas y probadas por las manifestaciones del reclamante, no contradichas por el órgano municipal competente.

Por último, se aprecia que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en el registro del Ayuntamiento de Langreo el día 7 de marzo de 2007, se concluye que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 6 de febrero de 2008, el plazo de resolución y notificación ha sido sobrepasado y además, según expresa la Alcaldía en su solicitud de consulta, se ha recurrido jurisdiccionalmente la desestimación presunta por silencio administrativo. Nada impide, sin embargo, la resolución tardía, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.3, segundo inciso, de la LRJPAC, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, "La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente", de modo que, subsistente la obligación de la Administración de dictar resolución expresa y de notificarla en todos los procedimientos, la Ley dispone en casos como el que nos ocupa, en el que por el vencimiento del plazo ha operado el silencio negativo, que la resolución expresa posterior se adopte "por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio" (artículo 43.4, letra b) de la referida LRJPAC).

Sin embargo, dado que el procedimiento se encontraba *sub iudice*, sin que conste formalmente en el expediente que dicho procedimiento judicial se

encuentre aún pendiente de conclusión y sentencia, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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 139 de la LRJPAC, ya citada, 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo 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”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que “Las Entidades locales responderán directamente de los daños y

perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

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.- Reclaman los interesados el resarcimiento de los daños morales sufridos como consecuencia del hundimiento del nicho en que yacían los restos mortales de sus padres, los cuales “se habían mezclado con los restos mortales de otros fallecidos”, permaneciendo sin identificar los correspondientes a la madre.

A la vista de lo actuado, y en especial del Informe del Jefe de la Sección Operativa A del cementerio, resulta probado, a juicio de este Consejo, que en octubre de 2006, cuando se procedía en el panteón número-cuyo aparente buen estado exterior no es controvertido- del Cementerio Municipal de a disponer, para el depósito de un cadáver, el nicho número de la fila, situado en el plano inmediatamente inferior al de los padres de los interesados, el número, se comprobó que se había producido un colapso en la

estructura de fábrica de la batería de nichos. La ruina interna dio lugar a que, al derrumbarse un nicho sobre otro, se confundieran los restos cadavéricos que albergaban, entre ellos, desde 1973, los del padre de los reclamantes, y desde 1994, los de su madre.

Consta en el expediente la actividad de los operarios municipales exhumando y clasificando en distintas bolsas para su posterior reihumación los restos óseos confundidos, operación que se llevó a cabo, según reconocen los servicios municipales, sin comunicárselo a los reclamantes, que tuvieron noticia de los hechos por terceras personas. Queda igualmente acreditado que, tras la personación del interesado en el Ayuntamiento, se incoó un expediente informativo confidencial y se practicaron, en contacto constante con los afectados, las actuaciones necesarias para la correcta identificación genética de los restos, realizándose a costa de la Corporación diversas pruebas biológicas sucesivas en un laboratorio especializado. Las diligencias municipales han conducido a que en el momento en que se somete a consulta de este Consejo la presente reclamación estén identificados los restos cadavéricos del padre de los interesados, si bien restan por identificar los de la madre, dado que tras el análisis de las muestras de los esqueletos, realizado por un laboratorio médico, se descartan como pertenecientes a la madre biológica de los reclamantes. Subsiste asimismo cierta confusión en torno a las prendas halladas en los nichos y que los servicios municipales atribuyen a los familiares de los interesados, toda vez que éstos identifican ropas de la madre, pero no reconocen alguna prenda -en concreto, una corbata- atribuida a su padre, fallecido en 1973.

A juicio de este Consejo Consultivo, dados los lazos afectivos que en nuestra sociedad se mantienen con las reliquias de los difuntos, resulta razonable asociar a unos hechos de esta naturaleza, sin necesidad de prueba específica, un dolor o sufrimiento moral de los familiares directos. En consecuencia, considera este Consejo que el daño alegado constituye un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica.

Sin embargo, la existencia de un daño no genera *per se* la responsabilidad de la Administración, pues es preciso que sea consecuencia del funcionamiento del servicio público, es decir, que exista relación de causalidad entre el daño y el servicio público implicado.

El artículo 25.2 de la LRBRL establece que el municipio “ejercerá en todo caso, competencias (...) en las siguientes materias: (...) j) Cementerios y servicios funerarios”. En la prestación de este servicio resulta exigible un estándar de diligencia, incluso desde una perspectiva estrictamente sanitaria, tanto en lo que atañe a la conservación y características de los nichos como en el manejo de los restos cadavéricos. En efecto, el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, detalla en su artículo 39 las exigencias que deben cumplir los locales, servicios e instalaciones de los cementerios; en el artículo 41, las características que han de reunir los nichos y las exigencias a que se sujetan las operaciones de exhumación y reihumación de restos cadavéricos, y, en el artículo 43, establece que las personas titulares del derecho sobre las fosas, los nichos o los mausoleos ostentan, en las actuaciones que procedan cuando amenazan ruina las construcciones funerarias, la condición de parte interesada.

En el presente caso, resulta evidente, como el propio Ayuntamiento asume en la propuesta de resolución, que el daño por el que se reclama se ha originado en el ámbito propio de un servicio público local y es consecuencia de su anómalo funcionamiento, por lo que debe responsabilizarse de las lesiones ocasionadas. En efecto, el panteón, aun con una apariencia exterior de buen estado, según reconoce el propio reclamante en su comparecencia de 21 de junio de 2007, sufrió un colapso que produjo el derrumbamiento de, al menos, dos nichos, con la consiguiente confusión de restos cadavéricos, y las operaciones posteriores de exhumación, clasificación e identificación de los restos óseos para proceder a su reihumación se llevaron a cabo sin comunicárselo, como era legalmente obligado, a los titulares de los nichos y a

los familiares de los fallecidos allí inhumados, originando un daño moral que debe ser reparado.

SÉPTIMA.- Fijados los hechos y establecida la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, procede valorar la cuantía de la indemnización solicitada.

Es cierto que la reparación del daño moral siempre es compleja ya que, según sostiene el Tribunal Supremo, “por su carácter afectivo y de *pretium doloris* [el daño moral] carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo” (Sentencia de 16 de marzo de 2002, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que reitera en unificación de doctrina la de 24 de enero de 1997).

La difícil tarea de cuantificar este género de daños morales ha llevado a nuestra jurisprudencia a partir de una “comparación con la indemnización concedida en casos de muerte o graves daños morales, frente a los cuales la suma concedida debe ser, lógicamente, varias veces inferior” (Sentencia de 18 de julio de 2000, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo), y a ponderar todas las circunstancias concurrentes en el caso, singularmente la intensidad afectiva vinculada al grado de parentesco, la posibilidad de recuperar los restos del finado, la naturaleza del hecho causante de la confusión o extravío de las reliquias, la actividad desplegada por la Administración para paliar los efectos objetivos del funcionamiento del servicio público, y el tiempo transcurrido, que siempre hace su oficio mitigando, como reconocen nuestros tribunales, el recuerdo y el dolor derivados de la ausencia.

En el supuesto aquí estudiado, teniendo presente la relación afectiva entre padres e hijos, hay que ponderar que la ruina interior del panteón no era perceptible exteriormente, ya que sólo pudo apreciarse al proceder a la apertura del nicho inferior; que, pese a las irregularidades en que incurrió inicialmente, la Administración acometió con diligencia las medidas necesarias

para proceder a la identificación de los restos cadavéricos, realizando a su costa y en contacto permanente con los reclamantes análisis genéticos altamente especializados, con resultados hasta el momento parcialmente satisfactorios, y que el tiempo transcurrido desde el enterramiento -más de 13 años en el caso de la madre y 34 desde el del padre- no es desdeñable.

Ponderando todas las circunstancias concurrentes, y a la vista de la jurisprudencia relativa a la cuantificación de este tipo de daños, este Consejo estima razonable y prudente la indemnización fijada en la propuesta de resolución, que deberá distribuirse por partes iguales entre los descendientes.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Langreo y en consecuencia, una vez atendidas la observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen, estimar parcialmente la reclamación formulada por don, en su propio nombre y en el de sus hermanas, reconociendo una indemnización por importe de tres mil cinco euros (3.005 €)."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE LANGREO.