

Expediente Núm. 67/2015
Dictamen Núm. 104/2015

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 4 de junio de 2015, 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 esa Alcaldía de 13 de abril de 2015 -registrada de entrada el día 20 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Mieres formulada por, por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento del servicio público de cementerios.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 de septiembre de 2014, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Mieres una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados como consecuencia de la retirada de los restos humanos de su hermano de un “columbario” del cementerio municipal sin conocimiento de la familia.

Expone que “tenía alquilado” al Ayuntamiento un “columbario” donde “reposaban los restos mortales” de su hermano, “existiendo una placa grabada con el nombre” de la familia, y que “en octubre del presente año, sin notificación alguna por parte del Ayuntamiento (...), se produjo la retirada por personal municipal de los restos mortales” referidos, “enterándose la familia de lo anterior el día 1 de noviembre (...), festividad de Todos los Santos, al acudir al cementerio”. Añade que a día de hoy “desconoce, pese a sus intentos (...), el destino dado a los restos mortales (...), así como de la lápida”.

Afirma que es “notorio que cualquier actuación administrativa, incluidas las de cementerios y salud, tienen que ser notificadas a los interesados (...), notificación que el Ayuntamiento no ha efectuado”, y que “al incumplir (...) la normativa legal tiene que proceder a la identificación y a la entrega a su familia de los restos mortales” de su hermano.

Solicita al Ayuntamiento “que proceda a identificar y entregar a su familia los restos mortales (...) o, en su caso, señale el lugar en que han sido depositados, y autorice (...) a su traslado, corriendo de cuenta del Ayuntamiento (...) los gastos de identificación y traslado, que se evalúan en la cantidad de 25.000 euros, reclamando la cantidad total de 35.000 euros de responsabilidad patrimonial”.

2. Como antecedentes de la reclamación, el Ayuntamiento de Mieres incorpora al expediente los siguientes documentos: a) “Relación de solicitantes de columbarios del Cementerio de Mieres que se pasa a la aprobación de la Comisión de Gobierno”, de mayo de 1998, y suscrita por el “Encargado del Servicio”. b) Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 25 de mayo de 1998, sobre alquiler de columbarios, notificado a la interesada el 16 de junio de 1998. c) “Ficha de control de alquiler de columbarios” correspondiente a la interesada. d) “Relación de columbarios (nichos de restos) a vaciar en el cementerio de Mieres por finalización del plazo de alquiler (10 años)”, suscrita el 12 de

diciembre de 2011 por el Administrativo de Obras, con la conformidad del Jefe de Sección, y el “recibí” del Encargado del Cementerio. e) “Condiciones a que debe atenerse el alquiler de columbarios o nichos de restos en el Cementerio de Mieres”, de fecha 11 de septiembre de 2013, y referidas a un columbario distinto al que nos ocupa. f) Dos escritos de la interesada al Ayuntamiento, de 13 y 19 de noviembre de 2013, solicitando la “entrega sin dilación de los restos mortales (de su hermano) y de la lápida del columbario que ocupaba”, así como copia de las “normativas del Ayuntamiento (y) documentación del expediente que está en su poder, al no coincidir” con la de la reclamante. g) Informe del Jefe de Sección de la Oficina Técnica, de 25 de noviembre de 2013, en relación con los escritos anteriores, y que fue comunicado a la perjudicada el 17 de enero de 2014.

3. Mediante oficio notificado a la interesada el 11 de febrero de 2015, una Técnica de Administración General le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándole una relación de los documentos que obran en el expediente, que se limitan a la propia reclamación, al informe técnico de 25 de noviembre de 2013 “y demás documentación incorporada (...) como antecedentes”.

4. El día 7 de abril de 2015 la Técnica de Administración General formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio, y cuantifica la indemnización a la que tendría derecho la perjudicada en 5.000 €.

Expone que “debe reconocerse la existencia de nexo causal entre los daños morales (...) y el funcionamiento anormal del servicio público (...), porque queda demostrado que los servicios municipales procedieron al desalojo del columbario sin conocimiento de los familiares (...), incumpliendo el procedimiento legalmente establecido para declarar la caducidad de la asignación en alquiler del columbario, que exige la previa audiencia si pudieran

ser identificados los titulares”, y en este caso -afirma- el de la interesada resultaba conocido. Añade que “aunque es innegable que la reclamante ha tenido una conducta poco diligente, que ha contribuido a la causación del daño por no solicitar la renovación del alquiler (...), esta circunstancia no hace desaparecer la responsabilidad por la actuación municipal no ajustada a derecho”, pero sí aprecia “conurrencia de culpas que debe determinar una moderación en la cuantía de la indemnización”.

Para el cálculo de la misma parte de la cantidad reclamada en concepto de “gastos de identificación y traslado” (25.000 €), y como sostiene la “imposibilidad material de llevarlos a cabo en la actualidad”, detrae tal importe del total solicitado. Sobre el resto (10.000 € por daños morales), aplica una reducción del 50% por la “conurrencia de la conducta de la perjudicada en la producción del daño”, por lo que obtiene un importe indemnizatorio de 5.000 €.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de abril de 2015, 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 Mieres objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

Mediante escrito de 23 de abril de 2015, el Presidente del Consejo Consultivo solicita al Alcalde del Ayuntamiento de Mieres determinados documentos que entiende necesarios para valorar la responsabilidad instada.

El día 18 de mayo de 2015, se recibe en el registro de este órgano copia de la solicitud de alquiler presentada por la reclamante el 5 de diciembre de 1997, del informe de la Dirección de Obras -que ya figuraba incorporado al expediente- y de la “Ordenanza fiscal reguladora de la tasa municipal por el Servicio de Cementerios vigente en el momento de la concesión”.

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

ÚNICA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento tramitado a raíz de la presentación de un escrito que la interesada denomina "reclamación patrimonial de la Administración" y que en realidad encierra varias pretensiones de distinta naturaleza. De una parte, reitera lo solicitado al Ayuntamiento en escritos anteriores, la identificación y entrega "a su familia de los restos mortales" de su hermano o, subsidiariamente, que se indique "el lugar en que han sido depositados", y que se autorice "a la familia a su traslado corriendo de cuenta del Ayuntamiento de Mieres los gastos de identificación y traslado, que se evalúan en la cantidad de 25.000 euros". De otra, como se infiere del resto del relato, solicita una indemnización de 10.000 € por los daños morales ocasionados por la situación descrita; cantidad que deducimos de minorar del total reclamado el importe en que evalúa las operaciones de identificación y traslado de los restos mortales.

Hay que destacar, según se desprende tanto del escrito de reclamación como de los anteriores, que la perjudicada parte de la convicción de que los restos mortales de su hermano pueden ser identificados y entregados a "su familia" -que es parte de lo que solicita-, imputando el coste al Ayuntamiento, ya lo haga este por "gestión directa", ya los familiares, en cuyo caso debería la Administración reintegrarles los gastos en que incurran, y que se evalúan a tanto alzado.

Por lo que se refiere a los presupuestos formales del escrito de reclamación, apreciamos que concurre el requisito de la legitimación de la interesada, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que denuncia, y la pasiva del Ayuntamiento de Mieres, titular del servicio de cementerio frente al que se formula. También apreciamos, *prima facie*, la existencia de un daño cierto, de naturaleza moral, pues, como hemos

tenido ocasión de señalar en supuestos similares (por todos, el Dictamen Núm. 91/2008), resulta razonable asociar a la pérdida de restos cadavéricos depositados en un cementerio, y sin necesidad de prueba específica, un dolor o sufrimiento moral de los familiares directos, dados los lazos afectivos que en nuestra cultura se mantienen con los restos de los difuntos. Del conjunto probatorio que se deduce del expediente no existe duda alguna sobre tal desaparición. Finalmente, la reclamación se ha formulado antes del vencimiento del plazo de un año legalmente determinado.

Dada la singularidad del escrito, en el que se entremezclan distintas pretensiones, hemos de comenzar por diferenciar cada una de ellas. Este Consejo considera que la primera no puede tramitarse y resolverse como una reclamación de responsabilidad patrimonial. En efecto, la solicitud de que se identifiquen y devuelvan los restos ha de ser resuelta de modo expreso al margen de este procedimiento, dando contestación al escrito de 13 de noviembre de 2013 -incorporado a este de responsabilidad patrimonial como antecedente-, en el que la interesada solicitaba la "entrega sin dilación de los restos mortales de (su) hermano y de la lápida del columbario que ocupaba"; pretensión que ahora simplemente reproduce ante la falta de resolución expresa.

Por lo que se refiere propiamente a la reclamación de responsabilidad patrimonial, hay que tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), vigente en el momento en que se producen los hechos, el municipio "ejercerá, en todo caso, competencias (...) en las siguientes materias (...): j) Cementerios y servicios funerarios", de modo similar al que en la actualidad determina la obligación de prestar el servicio de "Cementerios" -letra k) del mismo artículo-.

Para analizar las obligaciones del titular del servicio, hemos de atender en primer lugar al estándar legal, que se concreta en lo dispuesto en el

Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el Ámbito del Principado de Asturias (en adelante el Reglamento), aprobado por Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, y en la Ordenanza Municipal correspondiente.

El Reglamento citado diferencia en su artículo 6 entre restos cadavéricos, "Lo que queda del cuerpo humano después del proceso de destrucción de la materia orgánica, una vez transcurridos cinco años desde la muerte", y cenizas, "Lo que queda de un cadáver, resto cadavérico o resto humano, tras la cremación". Define la incineración como el proceso de "Destrucción por medio del calor de cadáveres, restos humanos y restos cadavéricos hasta su reducción a cenizas", y los columbarios como una "construcción funeraria con nichos para recibir las urnas cinerarias"; es decir, las urnas que contienen las "cenizas", no los "restos cadavéricos" del difunto. En la misma línea, el artículo 16, párrafo quinto, determina que "Los cementerios podrán disponer de una zona de terreno para esparcir las cenizas procedentes de la incineración, o de columbarios para colocar las urnas de las cenizas mortuorias". Ninguna otra consideración relevante a nuestros efectos contiene el Reglamento sobre los columbarios.

En el caso concreto del Ayuntamiento de Mieres, en el momento en el que se produce la solicitud y asignación del columbario a la interesada se encontraba vigente la "Ordenanza núm. 2. Ordenanza fiscal reguladora de la tasa municipal por el servicio de cementerios", publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de diciembre de 1995. A diferencia de las definiciones del Reglamento, posterior en el tiempo, que considera el columbario como un nicho especial "para recibir las urnas cinerarias", la Ordenanza Municipal contempla la existencia de columbarios tanto para el depósito de "restos cadavéricos" como para el "depósito de cenizas". En efecto, el artículo 6.5, como una especialidad dentro de las condiciones generales "para el alquiler de nichos", dispone que "Asimismo el Ayuntamiento concederá por el sistema de asignación por tiempo indefinido, los columbarios para restos

cadavéricos por un primer período de 10 años y prórrogas sucesivas e indefinidas de 5 años, siempre a petición de los familiares” y que “También se concederán columbarios para el depósito de cenizas procedentes de incineraciones en las mismas condiciones que para los restos cadavéricos./ La asignación indefinida de columbarios caducará por los motivos siguientes:/ a) Por impago de las tasas correspondientes./ b) Por abandono (...). c) Por voluntad expresa de sus titulares (...). d) Por clausura total o parcial del cementerio./ La caducidad será declarada por la Alcaldía, previo expediente, con audiencia y notificación a los titulares de la concesión, si pudieran ser identificados, y anuncios durante un mes en el tablón de anuncios del cementerio y en la prensa provincial”.

En el supuesto que analizamos la interesada manifiesta en todo momento que alquiló un columbario para el depósito de “restos”, no de cenizas; dato que no se cuestiona por parte del Ayuntamiento. Efectivamente, la solicitud de 5 de diciembre de 1997, aportada por el Ayuntamiento, se refiere a un “columbario o nicho para restos”, y así se reconoce en el informe del servicio municipal, de 25 de noviembre de 2013, al indicar que “la interesada solicitó y le fue concedido el alquiler por 10 años de un nicho de restos”.

Respecto al procedimiento seguido para la exhumación de los restos, tampoco existe controversia, y el propio técnico municipal explica en su informe que, “finalizado el plazo de alquiler”, y al no haberse solicitado “la renovación, se entiende que el arrendatario renuncia a tal derecho”, por lo que “se procedió a la notificación de la caducidad de este compartimento a nombre de la interesada a través de la exposición en el tablón de anuncios del consistorio y del mismo cementerio”, y posteriormente, “con fecha 21-10-2013 (nueve meses después del anuncio), a la exhumación en la forma habitual”.

Sin embargo, ya hemos señalado que la Ordenanza que la propia Alcaldía considera “vigente en el momento de la concesión” contempla un único procedimiento de caducidad, entre otros motivos por falta de abono de la tasa

correspondiente, en el que resulta inexcusable la instrucción de un expediente “con audiencia y notificación a los titulares de la concesión”, además de los anuncios en el “tablón (...) del cementerio y en la prensa provincial”; trámites que aquí, salvo por la referencia al anuncio insertado en el tablón del cementerio, no se han llevado a cabo.

A la vista de ello, y tal como plantea la propuesta de resolución, consideramos que el Ayuntamiento incumplió el procedimiento dispuesto en la Ordenanza reguladora, que hubiera exigido la práctica de un trámite de audiencia formalmente notificado a la titular del derecho, con carácter previo a la declaración de caducidad, por lo que procede el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial instada. También estimamos apropiado, como igualmente se propone, entender que la conducta de la interesada, que desatiende sus obligaciones con respecto al Ayuntamiento entre diciembre de 2007 -fecha en la que vence el plazo de 10 años inicialmente concedido- y noviembre de 2013 -en que advierte y denuncia la desaparición de los restos-, concurre en alguna medida a la causación del daño.

Ahora bien, ya hemos destacado que la reclamación de la interesada parte de considerar que los “restos” de su familiar pueden ser identificados, y que por ello han de ser devueltos a la familia. Sin embargo, la propuesta de resolución, sin acotar con informe técnico alguno en tal sentido, concluye lacónicamente que existe una “imposibilidad material” de llevar a cabo “en la actualidad” los trabajos de “identificación y traslado” de esos restos, lo que le conduce a modificar, indirectamente, los términos del *petitum* de la perjudicada. En efecto, dado que la reclamante considera posible y obligado para el Ayuntamiento la devolución de los restos, parece limitar el daño moral a los acontecimientos acaecidos, que, según la lógica de su relato y de las anteriores peticiones realizadas frente al Ayuntamiento, tendrían un carácter temporal, transitorio (el que medie entre la desaparición y la “inevitable” devolución que ha de producirse), y ese daño -insistimos- por la pérdida

temporal de unos restos que la interesada juzga recuperables se cuantifica en 10.000 €. Ahora bien, la propuesta de resolución modifica las bases sobre las que se plantea la reclamación y, pese a considerar que la “identificación y traslado” resultan materialmente imposibles, por lo que la interesada habrá de asumir la pérdida irreversible de los restos familiares, utiliza, a efectos de valorar esa desaparición definitiva, las mismas bases de cálculo que maneja aquella para evaluar los daños morales causados por lo que entiende un extravío transitorio.

Así las cosas, este Consejo Consultivo no puede proceder a la cuantificación de la reclamación, toda vez que debemos pronunciarnos, de acuerdo con las consideraciones de la propuesta de resolución, sobre unos hechos (la imposibilidad material de recuperar los restos) que no aparecen bien explicados y que, en cualquier caso, la reclamante desconoce. En consecuencia, consideramos imprescindible la retroacción del procedimiento, de modo que con carácter previo a su resolución el Ayuntamiento dé respuesta concisa a la solicitud inicial, aquella en la que tan solo se requería la identificación y devolución de los restos del familiar difunto y de la placa o lápida identificativa. Una vez resuelta tal pretensión en el sentido que corresponda, habrá de otorgarse a la perjudicada un nuevo trámite de audiencia en el que pueda valorar todas las circunstancias concurrentes y, previa elaboración de una nueva propuesta de resolución, instar nuevamente el dictamen de este órgano.

Aunque no debe este Consejo adelantar ahora su pronunciamiento futuro, sí consideramos de utilidad exponer los criterios generales que, en supuestos similares, maneja la jurisprudencia a la hora de cuantificar el daño causado; criterios que resumimos en nuestro Dictamen Núm. 91/2008, ya citado, al señalar que “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". Con base en todos esos criterios, los Tribunales de Justicia vienen reconociendo indemnizaciones por la pérdida definitiva de restos de familiares cercanos que oscilan entre los 3.000 y los 12.000 €. En el supuesto analizado en aquel dictamen, referido a una reclamación frente al Ayuntamiento de Langreo, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en Sentencia de 3 de abril de 2009, analizó la desaparición de la totalidad de los restos de la madre y de parte de los del padre de los interesados, y fijó una indemnización de 2.500 € para cada uno de los hijos, si bien en aquel caso constaba acreditado que el Ayuntamiento había realizado un gran esfuerzo material y económico para intentar reparar, mediante la realización de multitud de análisis de los restos, el daño causado.

En el asunto ahora examinado la intensidad afectiva vinculada al grado de parentesco queda probada por el hecho de que la interesada, hermana del difunto, ha procedido al traslado de los restos provenientes de otro cementerio, y también en el dato de que los visita, al menos una vez al año. En el hecho causante del extravío se aprecia una cierta participación, omisiva, de la propia interesada, aunque la intervención de los servicios municipales que desconocen las formalidades dispuestas en la Ordenanza aplicable parece revestir una mayor intensidad. Por último, el Ayuntamiento no parece haber desplegado ninguna actividad tendente a reparar el daño, y, a pesar de que desconocemos la antigüedad de los restos, parece deducirse que en la fecha efectiva en que

se vacía el columbario (21 de octubre de 2013) esta sería superior a los 25 años.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible en el momento actual un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, que ha de retrotraerse el procedimiento en los términos descritos y que, tras la elaboración de una nueva propuesta de resolución, ha de instarse nuevamente el dictamen de este órgano.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE MIERES.