

En Logroño, a 14 de octubre de 2016, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

36/16

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Albelda de Iregua, en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Albelda de Iregua (La Rioja) formulada por D^a M.A.A.G, D. F.Z.A. y D^a R.Z.A, por daños y perjuicios que entienden causados, a su difunto esposo y padre, respectivamente, D. F.Z.B, fallecido al ser golpeado por unos ladrillos colocados en el tejado de un edificio municipal; y que valoran en 251.421,31 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

La expresada reclamación se presentó mediante escrito de fecha 28 de diciembre de 2015, registrado de entrada en el Ayuntamiento de Albelda de Iregua el día inmediato siguiente.

Los reclamantes exponen, en resumen, que el fallecimiento, ocurrido el día 8 de julio de 2015, fue causado al ser alcanzado el Sr. Z, el día 7 de julio de 2015, por la caída de unos ladrillos colocados en frente del forjado del techo de la planta primera del edificio, propiedad del Ayuntamiento reclamado, sito en el número 2 de la calle de La Paz.

A consecuencia de estos hechos, la Guardia Civil instruyó un Atestado y el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Logroño tramitó las Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado núm. 1.365/2015, que fueron archivadas con reserva de las acciones civiles.

El Ayuntamiento tenía suscrita póliza de responsabilidad civil con la Compañía Aseguradora C, al parecer, con un límite de cobertura por siniestro de 150.000 euros.

La expresada Aseguradora ofreció, como indemnización, 138.663,31 euros, cantidad, según los reclamantes, notoriamente insuficiente, ya que cuantifican el daño cuyo resarcimiento pretenden en la precitada cifra de 251.421,31 euros, según el siguiente desglose: i) daños personales y morales: 147.628 euros, de los que corresponden 126.538,73 euros, a la viuda; y 10.544.89 euros, a cada uno de los hijos; y ii) lucro cesante: 103.792,80 euros, íntegramente para la viuda.

Acompañan a su escrito el certificado de defunción del siniestrado, las actas inicial y final de declaración de herederos, un poder a Procuradores, el Atestado de la Guardia Civil y el Auto de sobreseimiento libre y archivo de actuaciones, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponder al perjudicado, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Logroño, de fecha 17 de julio de 2015.

Segundo

Sin constar la iniciación del expediente ni, por tanto, la designación de Instructor, con fecha 26 de enero de 2016 el Ayuntamiento de Albelda dirige, a la Aseguradora C, un escrito en el que, con sello municipal y bajo la antefirma de *La Instructora*, se comunica el profesional a quien se ha encargado la defensa letrada del Ayuntamiento y se solicita un informe detallado de los conceptos, cálculos y motivación en baremo de la indemnización consignada por la Compañía en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Logroño, en las Diligencias Previas núm. 1.386/2015.

Tercero

Por escrito del siguiente 23 de febrero, la misma Instructora se dirige de nuevo a la Aseguradora C. comunicando, además de la defensa letrada, el Procurador que ostenta la representación procesal del Ayuntamiento e insistiendo sobre la oposición a la reclamación formulada, en particular, sobre la improcedencia de la reclamación del lucro cesante.

Cuarto

Obra, seguidamente en el expediente, un escrito de los reclamantes, de fecha 18 de abril, al que acompañan copia de la comparecencia ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Logroño, reconociendo haber percibido la cantidad de 138.357,31 euros, consignada por C. e insistiendo en la diferencia hasta el total reclamado, en concepto de lucro cesante. Acompañan, así mismo, Resolución, de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, en la que se suspende el subsidio por desempleo a la reclamante (viuda del

finado), por ser perceptora de unas rentas (en concreto, su pensión de viudedad) que, en cómputo mensual, superan el 75% del Salario mínimo interprofesional (SMI).

Quinto

Por Resolución de 24 de junio de 2016, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Albelda de Iregua incoa el expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial y designa Instructora del mismo a la Secretaria municipal.

De dicha Resolución, el 30 de junio, se da traslado al Abogado de los reclamantes, haciendo constar haber sido enviada, en la misma fecha, por correo certificado con acuse de recibo, a la reclamante, viuda del difunto.

Sexto

De la misma fecha, 24 de junio de 2016, es la Propuesta de resolución de la Instructora, en el sentido de estimar parcialmente la reclamación planteada, en cuantía de 143.717,48 euros, al considerar que no procede la indemnización por lucro cesante; y, habiéndose ya satisfecho dicha cantidad a los reclamantes por la Compañía Aseguradora, dar por terminado el procedimiento.

Séptimo

Mediante escrito de 14 de julio, la Instructora se dirige al Abogado de los reclamantes, dándoles traslado de la Propuesta de resolución, así como audiencia, por término de diez días.

Los interesados presentan un escrito de alegaciones, de fecha 20 de julio, en el que insisten en sus reiteradas pretensiones.

Octavo

Por Providencia de la Instructora de 26 de julio, se acuerda dar traslado a la Sra. Alcaldesa para que, eleve al Consejo Consultivo, para su preceptivo dictamen, el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado y la Propuesta de resolución; lo que se acuerda por Resolución de la Alcaldía, de la misma fecha.

Antecedentes de la consulta

Primero

Con fecha 2 de septiembre de 2016 se registró de entrada en este Consejo un escrito, fechado y enviado electrónicamente el 24 de agosto de 2016 y procedente del Ayuntamiento de Albelda de Iregua, remitiendo al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2016, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 5 de septiembre de 2016, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del referido Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción hoy vigente, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones superiores a 50.000 euros.

Al reclamarse inicialmente por los interesados la cantidad de 251.421,31 euros, no cabe dudar del carácter preceptivo de nuestro dictamen.

En cuanto al contenido del mismo, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, nuestro dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de 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 y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC'92), aplicable, por razón de la fecha del siniestro a tenor de la Disposición Transitoria 3ª, a), de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15).

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y su concurrencia en el presente caso.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC'92) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

En el supuesto de hecho sometido a nuestro dictamen, concurren, sin duda, los requisitos señalados anteriormente. Existe el daño, por desgracia, el fallecimiento del esposo y padre de los reclamantes, que éstos, como perjudicados, no tienen el deber jurídico de soportar; el daño no es imputable a fuerza mayor y es consecuencia (relación

causal) del funcionamiento anormal de un servicio público municipal, el del cuidado y mantenimiento de su patrimonio inmobiliario e instalaciones; y la reclamación se plantea antes de transcurrido un año desde el hecho luctuoso.

Nos hemos permitido calificar de anormal el funcionamiento del servicio porque, del Atestado y Diligencias practicadas por la Guardia Civil, así se deduce. En efecto, ya de por sí, el desprendimiento de parte de la cornisa del edificio propiedad del Ayuntamiento hace suponer su mal estado de conservación y mantenimiento pero, a mayor abundamiento, según declaraciones de los testigos presenciales interrogados por la Guardia Civil, tres días antes, en el mismo lugar, habían caído unos cascotes pequeños de la misma cornisa y uno de dichos testigos se lo comentó a un Concejel del Ayuntamiento. Desgraciadamente, no se adoptó medida alguna.

Tercero

Sobre la cuantía de la indemnización

La Aseguradora C, aplicando los criterios indemnizatorios previstos para el seguro obligatorio del automóvil, en concreto el Baremo aprobado por la Dirección General de Seguros, en Resolución de 5 de marzo de 2014, consignó la cantidad total de 143.717,48 euros, que fue cobrada por los reclamantes y que corresponde al siguiente detalle:

- Indemnización: 138.663,31 euros, por la muerte según baremo; más 4.083,75 euros y otros 970,42 euros, de gastos de entierro.
- Baremo: a la viuda, la cantidad de 115.035,21 euros; a cada hijo, la suma de 9.586,26 euros.
- Factor de corrección: aplicación hasta 10%, siendo el porcentaje que corresponde a los ingresos netos del 3,32 %, por lo que se añade, por este concepto: a la viuda, la cantidad de 3.891,16 euros; y, a cada hijo, la suma de 317,02 euros.

La Propuesta de resolución, haciendo suyo el cálculo de la Aseguradora, propone estimar parcialmente la reclamación en la cuantía consignada de 143.717,48 euros.

La cuantía de la reclamación, concretada en las alegaciones finales de los interesados, por lo que se refiere a los daños personales y morales, excede, en 9.706,69 euros, de la cantidad consignada por la Aseguradora y percibida por aquéllos, radicando la diferencia en que han aplicado el factor de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte al 10 %, máximo previsto en la Tabla II del Baremo, que dice textualmente: *“hasta el 10%”*. La Aseguradora aplica, creemos que con mejor criterio, un factor de corrección del 3,32 %, que es el proporcional a los ingresos netos anuales del fallecido.

Sin embargo, la diferencia importante radica en la cantidad de 103.792,80 euros que, en concepto de lucro cesante, se reclama exclusivamente para la viuda y que es rechazada por la Propuesta de resolución.

Cierto es que el principio de indemnidad obliga a resarcir, no sólo el daño emergente, sino, también el lucro cesante o ganancia dejada de obtener, como, respecto de la responsabilidad contractual, prescribe el art. 1.106 del Código Civil.

Ahora bien, la jurisprudencia ha sido muy restrictiva en la apreciación del lucro cesante, reiterando, hasta la saciedad, que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas, las cuales no han de ser dudosas y contingentes. Así, como dice la STS de 22 de junio de 1967:

“El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios; y, para tratar de resolverlas, el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto; y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre; por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante”.

La doctrina científica achaca a esta línea jurisprudencial el sistema de valoración del daño corporal que estableció la Ley 30/95. En efecto, el sistema valorativo es conservador porque se acomoda al principio virtual de la preterición del lucro cesante, ya que, de acuerdo con doctrina jurisprudencial muy sentada, su reconocimiento exige que esté fundado en una real probanza, que se entiende inexistente cuando se trata de meras posibilidades y expectativas de obtención de ingresos, de modo que, si no consta de forma absolutamente cumplida, se niega el resarcimiento pretendido. El sistema valora el daño corporal, pero no la ruina que comporte; pondera el perjuicio fisiológico, pero desprecia el patrimonial de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del hecho siniestral.

La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, modifica, en este punto concreto, la Ley 30/95, admitiendo y regulando expresamente el lucro cesante, que define, en su artículo 80, como *“las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que, por ello tienen la condición de perjudicados”*, estableciendo los artículos siguientes un complicado sistema de valoración del mismo.

Aun no siendo aplicable la vigente Ley al caso que dictaminamos, por razón del tiempo en que ocurrió el fallecimiento, podía la reclamante del lucro cesante haber acudido a una aplicación analógica de los criterios establecidos en la misma, pero no lo hace, quizás porque el resultado hubiera sido muy inferior a la indemnización pretendida por tal concepto. Así, el art. 88.1 de la citada Ley establece que: *“las pensiones públicas a las que tengan derecho los perjudicados por el fallecimiento de la víctima, tales como las de viudedad u orfandad, producen el efecto de reducir el perjuicio”*.

Pues bien, la perjudicada calcula el lucro cesante multiplicando la diferencia entre la prestación que, por jubilación anual, percibía la víctima y la prestación anual de viudedad que a ella corresponde, por veinte años de expectativa de vida. Este cálculo no tiene en cuenta que, mientras que la prestación por jubilación del esposo atiende a las necesidades del matrimonio, la de viudedad atiende exclusivamente a las de la beneficiaria.

Ahora bien, argumenta el Letrado de la reclamante que, al reconocerse a ésta la pensión de jubilación, cuya cuantía supera el 75% del SMI, dejó de percibir el Subsidio por Desempleo para mayores de 55 años que, por importe de 426 euros mensuales, tenía reconocido.

De lo expuesto, se deduce la existencia indudable de un lucro cesante, que consiste en la prestación de los referidos 426 euros mensuales, que la viuda deja de percibir desde el momento en que se le reconoce la prestación de viudedad. Y no se trata sólo del importe mensual de la prestación sino, además y aunque la interesada no se refiere a ese perjuicio añadido, del cese de la cotización al Régimen General de la Seguridad Social a cargo del Servicio de Empleo durante la percepción de dicho subsidio.

El carácter contingente y temporal del referido subsidio no puede ser obstáculo para que pueda reconocerse el derecho de la perjudicada a ser resarcida de la ganancia dejada de obtener, al ser ésta probable, más que posible, si bien haya de tenerse en cuenta, al calcular la cuantía de la indemnización, las características de contingencia y temporalidad que son propias de este subsidio, por cuanto se extingue si se inicia una actividad laboral y, en todo caso, al cumplir la edad de jubilación, en este caso, dentro de seis años.

Además, en cuanto a la primera de dichas circunstancias, tampoco ha de olvidarse que, con las actuales características y condiciones del mercado del trabajo, la dificultad, por no decir imposibilidad, de encontrar empleo una mujer, sin cualificación especial y mayor de 59 años, debe considerarse como muy probable.

A la vista de las anteriores consideraciones, este Consejo entiende prudente cuantificar el lucro cesante en 30.000 euros y reconocer el derecho de la viuda perjudicada

a ser indemnizada en dicha suma, además de la cifra reconocida por la Compañía Aseguradora y ya percibida.

CONCLUSION

Única

Existe responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Albelda de Iregua y procede estimar parcialmente la reclamación planteada, reconociendo el derecho de los reclamantes a la indemnización en conjunto ya percibida de 143.718,48 euros y, además, en concepto de lucro cesante, el Ayuntamiento ha de abonar a la viuda la cantidad de 30.000 euros.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero