

241701661000375863



En la ciudad de General San Martín, a los 19 días del mes de agosto de 2014 se reúnen en acuerdo ordinario los jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Jorge Augusto Saulquin, Hugo Jorge Echarri y Ana Maria Bezzi; para dictar sentencia en la **causa N° 4191 "V., M. A. C/ REVIVIR CONSTRUCTORA S.R.L. Y OTRO S/ PRETENSION INDEMNIZATORIA"**.

ANTECEDENTES

I. A fs. 172/183 vta., el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 1 de San Martín resolvió: *"...I.- Rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por la demandada Municipalidad de San Miguel. II.- Hacer lugar a la demanda por resarcimiento de daños y perjuicios iniciada por el Sr. V. M. A. contra la Municipalidad de San Miguel y contra la firma Revivir SRL en forma solidaria por los motivos expuestos en los considerandos 4.1 y 4.2. III.- Condenar a abonarle al actor la suma de pesos quince mil (\$15.000) en concepto de de daño moral, sumas a las cuales deberá adicionarse la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires por lo depósitos a treinta días debiendo liquidarse desde la fecha en que el actor tomó conocimiento del hecho (17 de junio de 2007) hasta el efectivo pago (art. 622 del Código Civil, art, 7 y 10 Ley 23.928 modificado por la ley 25.561 y 5 de la Ley 25.561. IV.- A efectos del cumplimiento de la presente, la misma deberá serlo en el plazo de sesenta (60) días contados desde que quede firme el auto de aprobación de la liquidación (arts. 63 CCA y 163 de la Constitución Provincial). V.- Imponer las costas a las vencidas (art. 51 CCA), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 51 ley 8904.-...".*

II. Contra dicha resolución tanto Revivir Constructora SRL (a fs. 191/194) como la Municipalidad de San Miguel (a fs.196/200) interpusieron recurso de apelación. Ordenado que fuera el traslado de los mismos a la contraria, dicha parte procedió a contestarlos según surge de fs. 205/208 vta.

241701661000375863



III. Elevadas las actuaciones a esta sede, a fs. 211 vta., las mismas fueron recibidas, pasando los autos a resolver (ver fs. 2123).

IV. A fs. 213 y vta., el tribunal declaró concedidos los recursos con efecto suspensivos y estableció la siguiente cuestión a decidir:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin dijo:

1º) Para resolver del modo indicado en el punto I, el Sr. Juez a quo efectuó una relación de los antecedentes de la causa y, en primer lugar, analizó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Municipalidad de San Miguel llegando a la conclusión que la misma no podía prosperar en atención a que, sin perjuicio de que la misma había celebrado un contrato de concesión respecto de la administración del cementerio municipal San Antonio de Padua con la firma Revivir SRL, mantenía su competencia de Policía Mortuoria, ello de conformidad con lo previsto por la cláusula décima, decimo sexta y vigésimo quinta del propio convenio.

Expuso, a mayor abundamiento, que a fs.128/137 la propia codemandada había acompañado expte administrativo Nro 4130-27927/2007 del que surgía que la misma intervino, a través de la Dirección General de Cementerios, a los fines de gestionar la autorización de la publicación de los edictos destinados a informar la exhumación de sepulturas vencidas (ver fs. 132), por lo que tuvo efectiva intervención en el hecho de marras.

Luego, analizó los elementos de prueba traídos al proceso concluyendo que los hechos se produjeron en la forma relatada por el actor; por lo que dio por probado el fallecimiento del Sr. V. en la fecha mencionada, el consecuente arrendamiento de sepultura en el cementerio San Antonio de Padua con fecha 17 de enero de 2003, el vencimiento del mismo con fecha 17 de enero de 2007, la publicación del edicto con fecha 06 de febrero de 2007 en el diario "Aqui la Noticia" de la zona y el consiguiente traslado de los restos del fallecido al Osario General.



Seguidamente examino si correspondía endilgar o no la responsabilidad que se pretendía a las demandadas.

Respecto de Revivir Constructora SRL entendió que correspondía juzgar su conducta a la luz de las normas de las normas del Código Civil relativas al incumplimiento de las obligaciones convencionales (arts. 505, 511, 512, 519, 520, 889 y concordantes del Código Civil) y explicitó los presupuestos necesarios que deben ser acreditados para tener por configurada la responsabilidad del deudor.

En ese marco, entendió que aunque la demandada considere válido el edicto de fecha 08/02/2007, fundándose y escudándose en una Ordenanza acompañada en forma parcial, de la jurisprudencia que cita se desprende que la citación por medio de un edicto en un diario local, lejos esta de cumplir con la telesis que guió a la Comuna y a la Provincia de Buenos Aires a legislar los requisitos exigidos para este tipo de notificaciones.

Afirmó que de la prueba aportada a fs. 6/7 por el actor, surge que la firma cuestionada no desconocía el domicilio del Sr. V., presupuesto indispensable para la validez de la notificación mediante edictos, habiéndose acreditado en autos que al mismo le ha remitido notas en las que le ha ofrecido créditos a los fines de la construcción de monumentos en el cementerio que administra, y que sin perjuicio de ello, no lo ha hecho a los fines de comunicar tanto el vencimiento del arrendamiento acordado como la consecuencia de su no renovación, sino que sólo se ha ceñido a lo previsto por una Ordenanza municipal, la que de ser aplicable al caso, ni siquiera ha sido cumplida de manera acabada, pues sólo consta la publicación de un edicto, más no la de los 30 que la misma preveía y en la cual la firma demandada se escuda.

Entendió que le asistía razón al actor, ya que si bien el contrato de arrendamiento celebrado se encontraba vencido, la conducta precedida a la exhumación, cremación y traslado de los restos al Osario General se encontraba viciada por la infructuosa notificación al arrendatario del vencimiento antedicho e intimación para regularizar la situación.

241701661000375863



Manifestó que habiendo verificado una obligación preexistente válida, cuyo incumplimiento resulta imputable a la firma demandada por no haber observado los deberes jurídicos que estaban a su cargo, y no habiendo demostrado una causa que la libere de la prestación debida, sólo le restaba para afirmar la existencia de la responsabilidad pretendida, examinar la existencia del daño invocado, y en su caso, la derivación causal de aquel incumplimiento.

Concluyó que el incumplimiento obligacional que se ha verificado por parte de la firma Revivir SRL exhibe en sí mismo las notas de gravedad suficientes que llevan a provocar efectivamente el daño moral alegado.

En cuanto a la responsabilidad endilgada a la Municipalidad recordó que en el ámbito del derecho público no existe un texto específico que regule lo atinente a la responsabilidad del Estado por los hechos u omisiones que resulten del ejercicio propio de su función por lo que debía recurrirse por analogía a normas del derecho privado de conformidad con lo establecido por el art. 16 del Código Civil; por lo que entendió que debía aplicarse el art. 1074.

Expresó que el Estado responde, por sus actos omisivos siempre y cuando exista una norma que imponga ese actuar, debiendo además tal omisión guardar la debida relación de causalidad con el evento dañoso.

Recordó que en autos no existe controversia respecto de que el Municipio demandado ha suscripto con la empresa Revivir SRL un contrato de concesión en fecha 25 de enero de 2002, en el cual se ha otorgado conforme se desprende de su cláusula segunda del mismo (ver fs. 33 de los presentes autos), que "la Municipalidad otorga a la firma Revivir SRL la concesión de la administración y explotación del cementerio Municipal San Antonio de Padua....".

Afirmó que no puede admitirse que la Municipalidad no detente el efectivo control de seguridad respecto del Cementerio, por cuanto la Comuna es quien ejerce el poder de policía respecto del mismo y citó la jurisprudencia en ese sentido.

241701661000375863



Aseguró que el poder de policía que le cabe a la Municipalidad es una atribución propia e inseparable de ella, no pudiendo delegarla, siendo en razón de ello, responsable por los daños causados en virtud de no haber ejercido la función de contralor del servicio público que prestaba el concesionario. Citó jurisprudencia al respecto.

Remarcó que el reclamo indemnizatorio se enmarca dentro de los supuestos de responsabilidad del Estado, en el marco de la función administrativa (arts. 166, 190, 192 y conc. constitución Bonaerense y arts. 25, 27 inc 8 y 9, art. 28 inc. 5, arts. 131 y 241 del Decreto Ley 6769/58) y que el sólo hecho de haberse dispuesto de los restos del Sr. V. sin el consentimiento de los familiares, para ser cremado y depositado luego en el Osario General, puede observarse la negligencia en los deberes que obligacionalmente le correspondían ejecutar, sin perjuicio de la concesión existente, y que resultan ser las que alcanzan todas aquellas diligencias dirigidas al correcto depósito, conservación y custodia de los restos, lo que habilita a imputar responsabilidad a la municipalidad demandada.

Agregó que la Municipalidad no ha desplegado actividad defensiva alguna para exceptuarse de la responsabilidad endilgada y a este respecto sólo se limitó a señalar que en caso de probarse la misma, debía recaer sobre la Firma Revivir SRL en virtud del contrato de concesión celebrado.

Sostuvo que la Municipalidad demandada no puede escudarse en el contrato de concesión existente, ya que sin perjuicio del mismo, no puede desentenderse del servicio público que tiene a su cargo consecuentemente, el incumplimiento de ese mandato genera responsabilidad por la causal establecida por el art. 1112 CCivil.

Afirmó que la pretensión del actor es, sin lugar a dudas admisible ya que es absolutamente entendible y respetable el ritual de veneración que pretende respecto de los restos de su padre, habiendo la firma demandada en virtud de su actuación en cuanto a la disposición, sin el consentimiento del actor, de los restos humanos que debía custodiar y la Municipalidad de San Miguel ante su

241701661000375863



inactividad frente al control que debía ejercer respecto del concesionario conforme su función inherente e indelegable, que es el de policía mortuoria, han privado al Sr V. de ejercer el derecho de rendir culto a la memoria de su padre.

Comprobada la responsabilidad tanto de la Municipalidad de San Miguel como de la firma Revivir SRL, analizó la extensión de la misma otorgando la suma de \$15.000 en concepto de daño moral mas intereses desde la fecha en que el actor tomó conocimiento del hecho dañoso.

2º) A efectos de fundar su pieza recursiva Revivir Constructora S.R.L. sostiene fundamentalmente que el juez *a quo* no efectuó una correcta valoración de la prueba ni ha encuadrado el litigio adecuadamente.

Remarca que la documentación de fs. 6/7 -mediante la cual Revivir Constructora SRL ofrecería créditos o servicios- fue desconocida por su parte en el responde de la demanda, no habiendo la actora aportado ninguna otra prueba para acreditar su autenticidad. Afirma que el juez de grado debería haberla descartado pero sin embargo la utiliza para afirmar que su parte conocía el domicilio de la actora y que debería haber arbitrado los medios para su notificación en vez de utilizar los edictos que contempla la Ordenanza Municipal 27/48.

Recuerda lo establecido por el art. 18 de la Ordenanza Municipal 27/48 y manifiesta que ha cumplido acabadamente con ella.

Afirma que su parte desconocía el domicilio real del actor como para notificarlo en forma personal del vencimiento de la sepultura y que debe tenerse en cuenta además que del recibo de pago aportado por la propia actora surge con claridad la fecha de vencimiento de la sepultura contratada así como el plazo de duración de cuatro años del contrato, situación que fuera reconocida por la actora en su escrito de inicio.

Asevera que de la documentación aportada así como de la declaración testimonial de la Sra. Norma Haydee Langone surge con claridad que Revivir Constructora SRL cumplió acabadamente con las obligaciones asumidas; esto

241701661000375863



es, a) respetó el plazo de cuatro años que corresponde a las sepulturas en tierra; b) formó expediente administrativo y publicó en un diario local el edicto que marca la Ordenanza Municipal nº 27/48 y aguardó los 30 días requeridos por la norma para su exhumación; c) colocó copias del edicto en las cuatro carteleras con las que cuenta el cementerio; d) recién cuatro meses después de vencida la sepultura y a su costa, procedió a exhumar los restos mortales de Zacarias V., reducirlos a cenizas y depositar las mismas en el osario general del cementerio.

3º) Por su parte, la Municipalidad de San Miguel, para fundar su recurso de apelación adujo que la sentencia dictada por el a quo es contraria a derecho pues debería haberla eximido de responsabilidad.

Su primer agravio gira en torno a que el juez de primera instancia rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por su parte argumentando que la Municipalidad fue parte del contrato celebrado entre el actor y la firma Revivir Constructora.

Afirma que de la cláusula decimotercera del convenio celebrado con Revivir Constructora SRL surge que la misma es responsable administrativa, civil, comercial y penalmente en los términos de los artículos 1113 y 1502 del Código Civil por los daños que pudiere causar en ejercicio de la explotación concesionada; por lo que dicha cláusula releva a su parte de responsabilidad.

Sostiene que el que debía notificar respetando la legislación vigente es la empresa Revivir en atención al contrato celebrado con el actor, y en todo caso responder por su accionar erróneo.

Recalca que nunca asumió ninguna obligación contractual con la parte actora y que en las cláusulas que figuran en el contrato con Revivir nunca asumió la responsabilidad por los supuestos incumplimientos que pudiera cometer la empresa con los contratantes.

Su segundo agravio gira en torno en que el a quo afirma que el actor no fue debidamente notificado del vencimiento del arrendamiento de la sepultura.



Para fundar el mismo recuerda lo establecido por la ordenanza 27/48 en su art. 18 y sostiene que al ser claro el procedimiento de notificación en los casos de contratos de arrendamientos vencidos no es aplicable supletoriamente otra normativa.

El tercer agravio de la municipalidad consiste en que el *a quo* endilga responsabilidad en el hecho a su parte por no haber ejercido la función de contralor del servicio público que prestaba el concesionario y para ello destaca que no es cierto ya que autorizó la publicación del edicto en un diario de mayor circulación.

Asevera que el actor es el único que supuestamente no se anotició del largo listado de contratos de arrendamiento de sepulturas vencidas y que es impensado que el poder de policía del estado que configura una obligación de medios, se transforme en una de resultados. Cita jurisprudencia de la SCBA atinente a la responsabilidad por omisión del estado.

Por último, se agravia del monto que se estimó para reparar el daño moral.

4º) Tal como surge de la reseña precedente, contra la sentencia que hiciera lugar a la acción entablada por el señor V., las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Por una cuestión de orden procesal primero analizaré la responsabilidad de las demandadas en el hecho de marras, para luego, en caso de proceder la misma, analizar lo concerniente al daño moral que es motivo de crítica tanto de la empresa Revivir Constructora SRL como de la comuna.

De conformidad lo expusiera el juez de grado, no existe controversia respecto a que producto del fallecimiento del Sr. Zacarías V. -con fecha 17 de enero del 2003- el actor arrendó, con el fin de inhumar los restos de su padre, la sepultura nro 1, lote 33, sección 4 del cementerio municipal de San Miguel, San Antonio de Padua. Tampoco existe controversia respecto a que dicho contrato de arrendamiento se celebró con la firma Revivir Constructora SRL - administradora del cementerio mencionado- por el término de cuatro (4) años, y

241701661000375863



que el mismo ha vencido con fecha 17 de enero de 2007, por lo que en atención a ello, en el mes de mayo del mismo año, se exhumaron los restos del Sr. V., los cuales fueron reducidos y colocados posteriormente en el osario común.

Sentado ello, recordaré que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden que los proponen, bastando que lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

5º) Ahora bien, entrando en el análisis del recurso presentado por la empresa Revivir Constructora SRL –quien centra su crítica principalmente en la valoración de la prueba efectuada por el *a quo*- cabe tener presente que, en este aspecto, rige para el Juez el principio de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica – cfr. art. 384 CPCC –, es decir aquellas reglas *“que son aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia, y en la observación para discernir lo verdadero de lo falso”* (cfr. SCBA, Ac. y Sent., 1959, V.IV, p. 587).

Asimismo, que es competencia propia del Juez de la causa la apreciación o ponderación de la prueba producida –cfr. SCBA, C 99353, S-15-10-2008–, por lo que dicha ponderación sólo puede ser descalificada por la Alzada en caso de que se pruebe que el *a quo* no ha tenido en cuenta, sea en la producción, elección o valoración de la prueba, las reglas que determina el ordenamiento adjetivo vigente, o cuando la valoración de la misma resulta palmariamente ilógica, irracional o arbitraria (este Tribunal en causa Nº 2855/11 Caratulada “Trimarchi Javier Gustavo y otros c/ Municipalidad De Moreno s/ Pretensión Indemnizatoria” del 9/02/12).

Además, debo señalar que en materia de prueba el juzgador tiene un amplio margen de apreciación, por lo que puede inclinarse por lo que le merece

241701661000375863



mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado. No está obligado, por ende, a seguir a las partes en todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa, sino sólo las pertinentes para resolver lo planteado (CSJN Fallos 258: 304; 262:222; 272: 225; 278:271 y 291: 390, entre otros).

Efectuadas estas consideraciones, cabe tener presente que si bien el art. 18 de la Ordenanza 27/48 establece que *"vencidos los plazos de arrendamiento fijados en el artículo 5, se publicarán avisos en los periódicos locales durante un mes, procediéndose en caso de no renovación a reducir los restos y a trasladarlos al Osario General, quedando de propiedad de la Comuna las construcciones, cruces o lápidas que cubran las respectivas sepulturas si no fueran reclamadas en los treinta días siguientes a la reducción"*; lo cierto es que Revivir Constructora SRL tendría que haber arbitrado los medios para notificarle fehacientemente al Sr. V. que el contrato de arrendamiento se encontraba vencido y como consecuencia de ello se iban a reducir los restos de su padre trasladándolo al osario común; ello en atención a la implicancia trascendental de sus consecuencias y a la índole de los derechos en juego.

Por mas que la ordenanza establezca que se debían publicar edictos previo al traslado al osario común, debe tenerse en cuenta que este medio de notificación debe ser utilizado cuando se desconoce el domicilio de quien se pretende notificar.

A *contrario sensu* de lo expuesto por el apelante en torno a que desconocía el domicilio, de la propia documentación aportada por dicha parte surge que de la copia de fs. 11 del libro correspondiente al lote 33 de la Sección 4º del cementerio municipal "San Antonio de Padua" de la localidad de San Miguel -la cual se encuentra certificada por escribano público (ver fs. 55/57)-, surge que el domicilio del Sr. Zacarias V. era en la calle M. Ferreira 2671 de la localidad de San Miguel, por lo que debería haber enviado allí -

241701661000375863



previo a publicar edictos- la notificación, a los familiares, respecto a las gravosas consecuencias que conllevaba la finalización del contrato de arrendamiento.

Además, no es eximente de responsabilidad el hecho de asegurar que desconocía el domicilio de los familiares del Sr. Zacarias, ya que no es razonable que la empresa demandada haya celebrado un contrato de arrendamiento con una persona sin dejar sentado en sus registros cuál es su domicilio a efectos de poder contactarlo por cualquier eventualidad.

Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que de dicha fotocopia certificada -vuelvo a insistir, acompañada por la propia empresa- surge como número de recibo 11416; coincidente con el número de factura que fuera acompañada por la actora al iniciar demanda a fs. 5, donde se consigna el mismo domicilio que figura en el libro correspondiente al lote 33 de la Sección 4º del cementerio municipal. Por ello, y sin perjuicio de que la misma fuera desconocida por Revivir Constructora SRL al momento de contestar la demanda, me es difícil desconocer la autenticidad de la misma; máxime teniendo en cuenta que la propia demandada al presentar el escrito de apelación -y a efectos de asegurar que el actor conocía la duración del contrato- hace referencia a la misma (ver fs. 192 vta. segundo párrafo).

Nuestro máximo tribunal ha dicho, en una causa en la cual el municipio demandado procedió a notificar por edictos al pago del canon anual por conservación y remodelación de bóvedas –que luego diera origen a la caducidad de la concesión por deuda por “Derechos de Cementerio”-, que el cumplimiento de los recaudos previstos para proceder a la notificación de la resolución administrativa final, en tanto constituye un presupuesto indispensable para la existencia del consentimiento, debe surgir en forma categórica de manera tal que en caso de duda acerca del conocimiento por el interesado de la resolución administrativa por mediar una notificación que no satisface los recaudos exigidos por la legislación procedimental aplicable debe estarse por la inexistencia de la notificación a menos que concurra algún tipo

241701661000375863



de circunstancias que demuestre que el actor ha tenido conocimiento del acto que lo agravia (conf. SCBA en autos B 66.609 "Baibiene Vda de Cubas, Zulema Julia y otros c/ la Municipalidad de General San Martín s/ daños y perjuicios" del 04/09/13 y sus citas).

Por todo ello, corresponde desestimar el agravio formulado por la empresa Revivir Constructora SRL., en torno a su responsabilidad en el hecho que diera origen a la presente acción.

7º) Ahora bien, adentrándonos en el análisis del recurso de apelación presentado por el Municipio de San Miguel, es preciso recordar que dicha comuna celebró con la empresa Revivir Constructora SRL un contrato de concesión de la administración y explotación del cementerio municipal "San Antonio de Padua" (ver fs. 33/38).

En punto a la responsabilidad del municipio atribuida en el fallo de primera instancia, lo que es contradicho por la comuna en merito a que *"...la empresa Revivir es la responsable administrativa, civil comercial y penalmente en los termino del art. 1113 y art. 1502 por los daños que pudiere ocasionar en ejercicio de la explotación concesionada..."* (ver fs 196 vta. tercer párrafo *in fine*), no le asiste razón al recurrente.

Preciso es recordar que el Estado debe responder por los daños sufridos por terceros, en el marco de la concesión del servicio, cuando son consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control del servicio (conf. CSJN "Zacarias, Claudio c/ Provincia de Córdoba, sentencia del 28/04/98).

En otros términos, la causa directa del evento dañoso debe ser el ejercicio irregular o defectuoso del poder de ordenación, regulación o control estatal del servicio. Por ejemplo, cuando el daño es causado por la omisión de control por parte del Estado y siempre que ello sea jurídicamente relevante en la producción del evento dañoso.

Así la responsabilidad estatal, en el marco de la concesión de los servicios públicos es siempre de carácter directo y solo procede en casos de



excepción, pues no debe confundirse con el supuesto que prevé el primer párrafo del art. 1113 del código civil –citado por el quejoso–, ya que no existe entre ambos –estado y concesionario– relación de dependencia o subordinación. De modo que no es razonable mezclar la responsabilidad del Estado respecto de sus poderes de ordenación, regulación o control del concesionario con las responsabilidades del principal por la elección y vigilancia de sus dependientes (conf. Carlos Balbin en “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo IV, editorial La Ley, fs. 370/372).

En orden a esas facultades de control, debe remarcarse que la cláusula decima del contrato de concesión –con el *nomen iuris* de Convenio– que obra glosado en autos (ver fs. 9), establece específicamente que la comuna de San Miguel tendrá libre acceso a las dependencias del cementerio de San Antonio de Padua, objeto de la misma, sin limitación de día y hora a fin de ejercer su competencia de policía mortuoria; entendida esta como la de contralor de todo a aquello atinente a los restos mortales de las personas.

A ello debe adunarse que la concesionaria estaba obligada a presentar “*un diskette computarizado en formato de texto*” (sic, cláusula sexta, segundo párrafo), para eventuales auditorias *técnicas* o contables.

Si la principal función de los cementerios es precisamente ser un lugar para preservar los restos de las personas, dicho objeto debe estar sujeto a un estricto control por parte de la municipalidad; máxime aquellos que -como en autos- son los actos destinados a la disposición final de los mismos.

Por ello la municipalidad incumplió con dos deberes. Primero, no acreditó que hubiere un protocolo técnico de funcionamiento como manda la cláusula sexta por parte del concesionario (para eventuales auditorias técnicas) y segundo, tampoco acreditó que ejerciera el contralor que le permite la cláusula decima para verificar que la concesionaria no realizara actos que pudieran ocasionar daños a terceros.

En nada mejora la situación de la municipalidad de San Miguel el art. 18 de la ordenanza 27/48, de la cual solo se acompañada los artículos del 16 al

241701661000375863



25, por cuanto no surge que la severa consecuencia del vencimiento del plazo de arrendamiento hubiera sido hecha conocer al actor al momento de celebrar el contrato.

Repárese que los restos del Sr. V. no fueron destinados a otro lugar, sino que fueron reducidos y remitidos al osario común.

A *contrario sensu* de lo expuesto por el apelante, considero que el mismo conserva siempre -entre otros cometidos- el contralor sobre el concesionario acerca de su correcto funcionamiento.

Tal como lo sostuviera el juez de grado, en el propio contrato de concesión del cementerio se especificó, expresamente, que el municipio conservaba la policía mortuoria sobre el mismo (ver cláusulas décima, décimo sexta y vigésimo quinta).

Al conservar la policía mortuoria, no cabe duda que la responsabilidad del Estado no puede ser obviada, por cuanto se reservó el contralor del cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el concesionario (responsabilidad *in vigilando*); entre ellas que el servicio sea brindado de forma correcta.

En definitiva, la explotación del cementerio municipal implica la prestación de un servicio público por concesión estatal; quedando sujeta al permanente ejercicio del poder de policía, actividad que jamás puede ser delegada pues se debe considerar ínsita en sus funciones municipales.

Además, téngase en cuenta que el Municipio ha tenido participación en el hecho de autos en la medida que autorizó la publicación del edicto con el fin de proceder a la exhumación de las sepulturas que se encontraban vencidas.

Ante el pedido efectuado por la empresa Revivir Constructora S.R.L al Director General del cementerio municipal "San Antonio de Padua" a efectos que realizara las gestiones necesarias para la publicación del edicto con la nómina de fallecidos -en el cual se incluía al Sr. Zacarias V.- con el fin de proceder a la exhumación de las sepulturas que se encontraban vencidas en



situación de irregularidad; se procedió a formar el expediente administrativo nº 4130-27927/2007 (ver fs. 128/140).

En dicho expediente y ante la publicación del mencionado edicto (ver fs. 138), el Director General del Cementerio de San Miguel informó al secretario de gobierno que “...*habiéndose cumplimentado con las exhumaciones de acuerdo con el Edicto publicado en el presente expediente, se solicita el archivo del mismo...*” (ver fs. 139).

En base a ello, el municipio demandado tendría que haber verificado que la empresa concesionaria hubiese arbitrado los medios pertinente a efectos de notificarle al actor las consecuencias gravosas que conllevaba la finalización del contrato de arrendamiento, previo a autorizar la publicación del edicto; ello en razón el poder de policía con el que cuenta.

Por todo ello, entiendo que debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto por la comuna en tanto el Estado es responsable por los daños que el concedente causa a terceros cuando éstos fueran consecuencia directa de la falta de control y supervisión de la concesión.

8º) En cuanto al agravio formulado por ambas codemandadas, atinente a que la actora no acreditó el daño que sufrió a los efectos de reconocer el daño moral, no puede prosperar en tanto la falta incurrida por la demandada, es de por sí suficiente demostración de la lesión de índole moral producida al reclamante (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, “Riavec, Carlos P c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 04/02/2000” publicado en LA LEY 2000-D, 636 - RCyS 2000, 660, y en la sentencia publicada en LA LEY 1998-B, 491, y en sentido similar Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I A. S., M. B. y otros c. Ciudad de Buenos Aires 22/07/2008 LLCABA 2008 (octubre) LLCABA 2008 (octubre) , 234 AR/JUR/6273/2008, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E Barrionuevo, Raúl y otros c. Ciudad de Buenos Aires y otros 27/04/2005 DJ 2005-2 DJ 2005-2 , 578 AR/JUR/581/2005, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F

241701661000375863



Depaolini, Jorge R. c. Municipalidad de Buenos Aires. 05/08/1997 LA LEY 1998-B LA LEY 1998-B , 492 DJ 1998-2 DJ 1998-2 , 783 AR/JUR/3111/1997).

Cabe recordar que el objeto de la indemnización en el daño moral es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los m s caros afectos (A. y S. 1989-I-334; id. 1989-II-390). El daño moral constituye pues, toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral (conf. esta Cámara en causas n° 2855 "Trimarchi, Javier Gustavo y otros c/ Municipalidad de Moreno s/ Pretensión Indemnizatoria" del 09/02/12 y n° 3.611 caratulada "Manero Jorge Armando c/ Municip. del Partido de Morón s/ otras Materias no Categorizadas" del 30/07/13).

Además, debe tenerse presente que el Alto Tribunal Provincial ha expresado que el respeto a la memoria de los muertos constituye uno de los aspectos de la solidaridad humana. Hay un vínculo existente paradójicamente a pesar de la muerte entre los vivos y los que ya fallecieron. El respeto a los restos mortales también descansa en las creencias de los sobrevivientes en cuanto al destino post mortem del fallecido. No hay cómo negar que la muerte de un individuo afecta directamente la vida así como la situación jurídica de otros individuos, en especial sus familiares (conf. SCBA, causa B. 53.499, "L., R. P. y otra contra Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa", del 27/03/08).

Al respecto, también se ha expresado que es indudable que los sobrevivientes tienen el poder de decidir qué destino se le dará y que el mantenimiento de la sacralidad, derivada de las costumbres y los afectos

241701661000375863



subsistentes, se transforma cuando, como en el caso, deja de tener identificación reconocida y reconocible (conf. "Derechos Personalísimos", Cifuentes, Santos, ed. Astrea, 2da. Ed. 1995, p. 416).

En efecto, el culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y los parientes más próximos gozan del derecho subjetivo de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria.

Por lo que el hecho de haber cremado los restos de su padre y haberlo colocado en el Osario Común, a *contrario sensu* de lo expuesto por el apelante, reviste suficiente entidad y gravedad como para que esa sola circunstancia autorice a tener por acreditado el daño moral que aquí se reclama.

En torno al *quantum* del rubro analizado –el cual también es objeto de crítica de la municipalidad demandada-, adhiero con postular (conf. causa "Riavec" ya citada) que es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante, de conformidad a los precedentes del tribunal. Por otro lado, resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará al actor en la misma situación que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino de otorgar al damnificado cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos.

En la especie, valorando las perturbaciones y alteraciones que tiene que haberle producido el hecho de la cremación de su padre y luego haberlo colocado en el Osario Común, considero que el monto fijado por el juzgador –coincidente con lo peticionado por el actor al iniciar la acción- resulta adecuado, por lo que habré de propiciar su confirmación –en tanto la actora no ha cuestionado el mismo-, desestimando los recursos de las demandadas, en cuanto impugnan la suma reconocida en la instancia de origen.

9º) Por todo lo expuesto, propicio: a) confirmar la sentencia de grado, desestimando ambos recursos; b) imponer las costas a las demandadas, en su



241701661000375863



calidad de vencidas (art. 51 inc. 1 in fine ley 12008, texto según ley 14.437); c) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 decreto ley 8904). **ASI VOTO.**

A la cuestión planteada el Sr. Juez Hugo Jorge Echarri y la señora Jueza Ana María Bezzi adhieren a la solución y fundamentos dados por el Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin, con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

En virtud del resultado del acuerdo que antecede, este tribunal **RESUELVE**: a) confirmar la sentencia de grado, desestimando ambos recursos; b) imponer las costas a las demandadas, en su calidad de vencidas (art. 51 inc. 1 in fine ley 12008, texto según ley 14.437); c) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 decreto ley 8904). Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JORGE AUGUSTO SAULQUIN

HUGO JORGE ECHARRI

ANA MARIA BEZZI

ANTE MI

Ana Clara González Moras
SECRETARIA



C.C.A.S.M. Expte. Nro. SM-4191-2014 "V. M. A. C/
REVIVIR CONSTRUCTORA S.R.L. Y OTRO/A
S/PRETENSION INDEMNIZATORIA"

241701661000375863

