

La Plata, 15 de Octubre de 2013

VISTO Las facultades conferidas por el artículo 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 13.834, el artículo 22 del Reglamento Interno de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, las actuaciones 4161/12 y

CONSIDERANDO:

Que la intervención de este Organismo es a consecuencia de la derivación que efectuara la Dirección Provincial de Comercio dependiente del Ministerio de la Producción de la Pcia. de Bs. As.; del Expediente N° 22400-16370-2011, caratulado: “ ***** **C/Dirección Operativa de Administración del Cementerio de La Plata**”

Que las precitadas actuaciones administrativas, fueron agregadas como fs. 5 de los presentes obrados, constando de 35 fojas útiles.

Que a través de las mismas, el señor ***** , cuestiona el proceder de las autoridades del cementerio de esta ciudad, por haber trasladado los restos ya reducidos de su hija ***** , del nicho ubicado en la circunscripción X, sección F, arcada 70, nicho 25, del Cementerio Público Municipal de La Plata, al situado en la circunscripción X, sección F, arcada 70, nicho 28, sin notificar tal decisión a los padres, lo que les impidió estar presentes en el momento de la remoción, situación ésta que les genera dudas razonables, acerca de si se trata o no de los despojos mortales de su hija (ver fs. 1/4).

Que asimismo, el denunciante entiende que con tal actitud se han transgredido las disposiciones de la Ley N° 24240 (Defensa del Consumidor).

Que a fs. 5/6 agrega copias de las partidas de nacimiento y defunción de la niña Clara, respectivamente y a fs. 7/13, documentación varia expedida por la Municipalidad de La Plata.

Que a fs. 14/14 vta., se encuentra agregada la providencia de apertura del expediente, por parte del Departamento Orientación al Consumidor, dependiente de la Dirección Provincial de Comercio, ordenando correr traslado de la denuncia a la Dirección de Cementerio de la Municipalidad de La Plata, la que fue reiterada a fs. 18 ante la contumacia de la requerida.

Que a fs. 20, obra agregado escrito a través del cual el Director Técnico Legal del municipio contesta el traslado conferido.

Que de la referida respuesta, resulta particularmente significativo el **punto 4.-**, del que surge que no se encuentra reglamentada la materia relativa a la notificación al titular del arrendamiento, de la remoción o el traslado del ataúd a otro nicho, el **punto 5.-** donde se informa que la comunicación la habría hecho “... *en forma verbal el cuidador del sector que es de la amistad del abuelo de la niña fallecida, para que a través de él lo comunicara a sus padres...*” y el **punto 6.-** en cuanto afirma que “...*la presencia del cuidador puede dar fe del traslado de los restos...*”.

Que junto al aludido escrito, el letrado municipal acompaña informes producidos por el Jefe de División Liquidación y Trámites (ver fs. 21) y por el Departamento Administrativo (ver fs. 22).

Que a fs. 23 se ordena correr traslado al reclamante del escrito presentado por el municipio.

Que a fs. 26, el requirente niega categóricamente lo manifestado en los puntos 5 y 6 de la presentación en responde, solicitando además que se efectúe la audiencia conciliatoria que prevé el artículo 45 de la Ley N° 24240.

Que fs. 32, luce glosada el acta labrada en ocasión de la audiencia, dejándose constancia de la asistencia del reclamante, como así también de la incomparecencia de la municipalidad.

Que a fs. 34, el letrado del requirente solicita copia de las actuaciones a efectos de promover acción judicial.

Que a fs. 35, el señor Director Provincial de Comercio dispuso la derivación de las actuaciones a esta Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, habida cuenta que por imperio de lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución provincial, le corresponde a este Organismo intervenir ante vulneraciones a los derechos individuales y colectivos de los habitantes por acciones u omisiones del Estado.

Que fs. 8/9 vta., de los obrados incoados por esta Defensoría del Pueblo, se dictó providencia en la que se dispuso librar solicitudes de informes a la Municipalidad de La Plata - Secretaría de Gestión Pública (Dirección Operativa de Administración del Cementerio) y a la Secretaría de Economía (Dirección de Administración de Personal).

Que a fs. 10/11, se encuentran glosadas constancias de diligenciamiento de las referidas solicitudes de informes.

Que a fs. 13/14, se encuentra agregada contestación a los requerimientos aludidos en el considerando precedente, efectuada por el señor Director Judicial (Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad de La Plata), de la que surge que los cónyuges ***** y ***** , promovieron con fecha 21 de diciembre de 2012, los autos caratulados: “ ***** y Otro c/Municipalidad de La Plata y Otros s/Pretensión Indemnizatoria”, los que tramitan por ante Juzgado de

Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 del Departamento Judicial de La Plata.

Que sin perjuicio de la intervención del Poder Judicial, tendiente a la obtención de un resarcimiento económico por el daño que pudiere haberse irrogado a los accionantes, corresponde determinar si el Defensor del Pueblo - como Órgano que tiene a su cargo la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás garantías e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados por la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración y de los prestadores de servicios públicos que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, inconveniente, inoportuno o negligente de sus funciones - debe actuar de oficio en el “*sub examine*”, habida cuenta que como se lo ha aseverado en párrafos precedentes no sólo la cuestión se encuentra judicializada, sino que el señor ***** jamás formuló queja alguna ante esta Defensoría del Pueblo, sino que las actuaciones fueron derivadas por el Ministerio de la Producción (Dirección Provincial de Comercio).

Que en la medida que el cuestionamiento se encuentra enderezado hacia el Cementerio Público Municipal de La Plata (Dirección Operativa de Administración del Cementerio), la relación con los ciudadanos no es de consumo en los términos de la Ley N° 24240, sino que nos hallamos frente a un **servicio público divisible** o “*uti singuli*”, es decir, aquellos acerca de los cuales puede determinarse con exactitud quién lo recibe, cuándo lo recibe, cuánto recibe y qué calidad recibe.

Que este tipo de servicios, son financiados normalmente mediante el pago de una tasa, pudiéndose afirmar en tal sentido que: “*la tasa es un tributo consistente en una suma de dinero que percibe el Estado como retribución por la prestación de un determinado servicio público divisible*” (Zarza Mensaque, Alberto en “Derecho Municipal”. Obra colectiva. Ed. Advocatus. Córdoba. 2004. Pág. 23. Montbrun, Alberto “Recursos Municipales” en Derecho Público Provincial y Municipal. Instituto Argentino

de Estudios Constitucionales y Políticos. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2003. T. I. Pág. 442).

Que dentro de esta categoría de **servicios públicos divisibles**, se encuentran los servicios de laboratorio y cementerio, entre otros.

Que en mérito a lo expuesto, y frente al mandato constitucional de **supervisar la eficacia de los servicios públicos** (Conf. Art. 55 de la Constitución provincial), esta Defensoría del Pueblo debe necesariamente tomar la intervención que le compete, sea a petición de parte o de oficio, ante el vacío normativo de parte de la Municipalidad de La Plata en prever la notificación al titular del arrendamiento de la sepultura (en la especie de un nicho) la decisión administrativa de disponer la remoción y/o traslado de cadáveres dentro del Cementerio Público Municipal.

Que en rigor de verdad, la apuntada omisión constituye una vía de hecho administrativa, entendiendo por tal aquellas operaciones materiales llevadas a cabo por la Administración, sin un sustento jurídico válido.

Que en el ordenamiento administrativo provincial se encuentran expresamente prohibidas tales acciones materiales por el artículo 109 del Decreto-Ley N° 7647/70, y a nivel municipal por el artículo 109 de la Ordenanza General N° 267.

Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28, inciso 5) de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto-Ley N° 6769/58 y sus modificatorias), le corresponde al Concejo Deliberante la sanción de las ordenanzas vinculadas a la materia de cementerios públicos y privados, como así también a la policía mortuoria en general.

Que a mayor abundamiento, cabe señalar que dentro del ámbito de la provincia de Buenos Aires, la Ordenanza Municipal N° 13024/2005 del partido de Bahía Blanca, establece en su artículo 25 que: *“En caso de fuerza*

mayor debidamente fundado, se podrá autorizar el traslado de cadáveres de un nicho a otro. Si procede el traslado, el arrendatario deberá arrendar el nuevo, caducando la concesión anterior. El nicho sobre el cual caducó el derecho quedará a disposición de la Municipalidad, sin que ésta deba indemnización alguna por los años que faltaren”, agregando el artículo 65 que: “El adquirente de concesión de panteón, bóvedas, nichos y sepulturas deberá constituir en el acto de aceptar la concesión, su domicilio para todos los efectos que dispone la presente Ordenanza, como así también comunicar todo cambio del mismo a la Administración, quedando eximida la Municipalidad de toda responsabilidad en caso de incumplimiento”,

Que esta obligación de constituir domicilio, lo es al efecto de poder notificar al arrendatario cualquier acto material que implique el movimiento o traslado de cadáveres dentro del cementerio, como así también la reducción de restos destinándolos al osario común o al crematorio, cuando opere el vencimiento del plazo de la concesión, deslindado el municipio toda responsabilidad ante el incumplimiento de esta carga.

Que en el derecho comparado, puede citarse el caso de España, cuyo Reglamento de Policía Mortuoria, aprobado por Real Decreto N° 2263/1974, establece en su artículo 30 *“in fine”* que: *“... la Jefatura Provincial de Sanidad, notificará a los interesados el día y hora en que se realizarán las exhumaciones y traslados”*.

Que a modo de reflexión final, cabe señalar que más allá del deber de controlar la eficacia en la prestación de los servicios públicos, le cabe al Defensor del Pueblo la delicada misión de preservar los derechos humanos de todos los habitantes, entre los que se encuentran los denominados derechos personalísimos.

Que dentro de esta categoría, se ha incluido por vía jurisprudencial, el derecho de los familiares a la disposición del cadáver y a

la preservación de la memoria del difunto (Juzgado Civil y Comercial N° 2 del Departamento Judicial de Azul. Causa N° 51.055. Sent., del 14-06-2007).

Que en la medida en que la autoridad administrativa de aplicación en materia de policía mortuoria, dispusiera el traslado o remoción de un ataúd conteniendo despojos mortales, sin notificar tal circunstancia a sus deudos, comprometería gravemente el derecho personalísimo señalado en el considerando precedente.

Que el artículo 55 de la Constitución provincial dispone que: *“El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de de los habitantes...”* como así también le cabe *“... supervisar la eficacia de los servicios públicos...”*.

Que la omisión de la normativa municipal, en prever la notificación en la materia que nos ocupa, justifica plenamente la intervención de este Organismo.

Que por los motivos expuestos, y de conformidad con el art. 27 de la ley 13834, corresponde emitir el presente acto administrativo.

Por ello,

EL DEFENSOR DEL PUEBLO

DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: Recomendar al Honorable Concejo Deliberante del Partido de La Plata, dictar o en su caso adecuar, la normativa que regula el funcionamiento del Cementerio Público Municipal, estableciéndose la obligación de notificar en forma fehaciente al titular del arrendamiento de

panteones, bóvedas, nichos y sepulturas, la decisión administrativa por la que se disponga la remoción y/o traslado de cadáveres dentro del cementerio, la que deberá materializarse en el domicilio constituido por el arrendatario a esos efectos.

ARTÍCULO 2º: Recomendar al Honorable Concejo Deliberante del Partido de La Plata, hacer extensivo el dictado o adecuación legislativa que se propicia en el artículo 1.-, al supuesto de reducción de restos para ser destinados al osario común o al crematorio, cuando opere el vencimiento del plazo de la concesión.

ARTÍCULO 3º: Registrar. Comunicar al ejecutivo municipal. Notificar. Hecho, archivar.

RESOLUCION 61/13