



Roj: **STSJ CAT 11048/2012 - ECLI:ES:TSJCAT:2012:11048**

Id Cendoj: **08019330042012101122**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **15/10/2012**

Nº de Recurso: **47/2011**

Nº de Resolución: **1086/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA FERNANDA NAVARRO ZULOAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN CUARTA**

#### **Rollo de apelación nº 47/2011**

Parte apelante: AJUNTAMENT DE BARCELONA y CEMENTIRIS DE BARCELONA, S.A.

Representante de la parte apelante: JESÚS SANZ LÓPEZ y ELISABETH HERNANDEZ VILAGRASA

Parte apelada: Luis Miguel

Representante de la parte apelada: JESUS-MIGUEL ACIN BIOTA

#### **SENTENCIA Nº 1086/2012**

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**

**D. JOAQUIN BORRELL MESTRE**

**MAGISTRADOS**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> LUISA PÉREZ BORRAT**

**D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA**

En la ciudad de Barcelona, a quince de octubre de dos mil doce

**VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA)**, constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña M<sup>a</sup> FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA, quien expresa el parecer de la SALA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 05/11/2010 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 9 de Barcelona, en el Recurso Ordinario seguido con el número 235/2009, dictó Sentencia estimatoria parcial del recurso interpuesto contra la destimación de reclamacion por responsabilidad patrimonial. Sin expresa imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

**TERCERO.-** Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 1 de octubre de 2012.



**CUARTO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso la sentencia del Juzgado contencioso-administrativo nº 9 de los de Barcelona que estima parcialmente el recurso interpuesto contra la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Barcelona y que la parte actora formuló en orden a ser indemnizada en la cantidad de 120.000 euros por los daños y perjuicios morales sufridos tras comprobar que los restos mortales de sus familiares, padre y abuela, habían sido exhumados del nicho respecto del cual ostentaba derecho de concesión hasta el año 2.029 y trasladados a la fosa común, sin haber tenido conocimiento. La sentencia condena a la Administración a abonar al recurrente la cantidad de 6.000 euros mas intereses.

Apelan la sentencia Ayuntamiento de Barcelona y Cementeris de Barcelona.

**SEGUNDO.-** La sentencia aprecia, en síntesis, la existencia de una compensación de culpas dado que argumenta que la actora no ha tenido conocimiento del traslado de los restos mortales a la fosa común, sin posibilidad actual de ser recuperados, apreciando falta de diligencia en la notificación del primer requerimiento y ausencia total de notificación respecto a la caducidad, y de otro, que el actor hubo de ser consciente que desde el año 1981 y durante mas de veinte años no satisfizo tasa alguna ni se interesó por el estado legal del nicho lo cual necesariamente habría de conllevar una serie de efectos.

**TERCERO.-** Esta Sala ya ha destacado en anteriores sentencias que la virtualidad de la apelación no es la de constituir un segundo enjuiciamiento de la cuestión sino la de poner de relieve aquellos argumentos de hecho o de derecho de los que se desprenda que la sentencia de instancia ha efectuado un enjuiciamiento incorrecto.

Enjuiciamiento incorrecto que aquí no se aprecia atendido que:

A. De la lectura del "Conveni regulador del termes i condicions de la gestió del servei" se induce claramente que Cementeris de Barcelona sí puede dirigirse al Ayuntamiento de Barcelona para intentar averiguar un domicilio donde notificar la posible caducidad de la concesión antes de exhumar y trasladar los restos de los familiares a la fosa común.

Estamos ante una sociedad de capital público íntegramente municipal (BdSM) que participa en la Sociedad Anónima Cementeris de Barcelona en los términos que allí se contempla, y sin perjuicio de las facultades que retiene el Ayuntamiento al aludir a la potestad sobre el servicio, según el punto 2.1.

En este sentido no puede negarse que como afirma el actor en su escrito de demanda el titular del servicio de cementerio es el Ayuntamiento, independientemente de su forma de gestión (LBRL artículo 26.1.a y Ley Municipal y de Régimen Local en Catalunya , DL 2/2003, de 28 de abril, artículo 67.a ).

B. Alegan ambas partes apelantes, y codemandadas, que no cabe exigir mayor diligencia cuando el domicilio inicial que consta en los archivos de la sociedad que gestiona los cementerios no se corresponde con el real, y aluden para ello a la disposición del artículo 48.3 de la LGT con arreglo al cual los obligados tributarios habrán de comunicar su domicilio fiscal y el cambio del mismo a la Administración tributaria que corresponda.

Pero lo cierto es que, al margen que la causa que ha determinado la caducidad haya sido el impago durante mas de veinte años de la tasa funeraria de conservación (disposición final de la Ordenaza funeraria), no estamos ante una cuestión únicamente tributaria o relacionada con el pago de la tasa como ya pone de relieve la sentencia cuando aprecia unos daños morales, y se induce perfectamente de la propia Ordenaza de Cementerios al regular el procedimiento en los artículos 66 y 67.

En este sentido cabe referir que conforme al procedimiento previsto en el artículo 67 la citación ha de efectuarse al domicilio conocido y sólo cuando es desconocido se efectuará mediante edicto en el BOPr, de forma que apreciada inactividad en la averiguación del domicilio cabe concluir como así hace la sentencia de instancia que "el Ayuntamiento con su actuar tanto en relación al requerimiento como en la declaración de caducidad, no desplegó una actuación acorde y proporcionada para garantizar un debido conocimiento por parte del interesado, lo cual tuvo un efecto claro al no poder el mismo realizar conducta alguna tendente a evitar la extracción de los restos mortales del nicho, tal como el pago de la tasa por poner un ejemplo o en su caso disponer el traslado a otro lugar", añadiendo que "caso de no haber obtenido dato alguno al menos aquélla habría desplegado una actividad mínima suficiente..." circunstancia negativa que no se desvirtúa en apelación por la remisión a la consulta efectuada al padrón en fase de prueba, diligencia posterior pues al procedimiento aquí enjuiciado.



Procede pues por lo expuesto la desestimación de la apelación, confirmando la sentencia de instancia.

**CUARTO.-** Se observan méritos a efectos de hacer un pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales ( art 139 LJCA ) a las partes apelantes en un máximo de 3.000 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Su Majestad el Rey.

## **FALLAMOS**

1º.- Desestimar el recurso.

2º.- Imponer el pago de las costas procesales a la partes apelantes en un máximo de 3.000 euros.

Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **PUBLICACIÓN**

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente / la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 7 de noviembre de 2.012, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.