CEMENTERIOS. SERVICIO PÚBLICO DE ENTERRAMIENTO.

A y S, tomo 6, pág. 120

En la ciudad de Santa Fe, a los veintiún días del mes de setiembre del año dos mil seis, se reunieron en acuerdo los señores Jueces de la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1, doctores Luis Alberto De Mattia y Federico José Lisa, con la presidencia del titular doctor Alfredo Gabriel Palacios, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "'EDÉN S.A.' contra MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA (Expte. C.S.J. 560/99) sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expte. C.C.A.1 n° 479, año 2001). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto?; SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente?; TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea doctores Lisa, Palacios y De Mattia.

A la primera cuestión el señor Juez de Cámara doctor Lisa dijo:

I.1. "Edén S.A. (en formación)" interpone recurso contencioso administrativo contra la Municipalidad de Avellaneda, con el objeto de que se declare la nulidad del acto de fecha 19.11.1998 del señor Presidente del Concejo Municipal -mediante el cual se desestimaron las propuestas para la explotación del servicio público mortuorio- y del decreto 2167 del señor Intendente -por el que dispuso rechazar el recurso de revocatoria articulado contra el acto de fecha 19.11.1998-, y que, en consecuencia, se declare la improcedencia de la denegatoria por parte de la demandada; con costas.

Refiere a la admisibilidad formal del recurso, y en cuanto a su procedencia sustancial, alude a que: conforme a la tendencia dada en el año 1992 en el orden nacional y provincial, la Municipalidad de Avellaneda sancionó la ordenanza 748/92, mediante la cual se autorizó la habilitación de cementerios parque o jardín, sin perjuicio del ejercicio del poder de policía que se reservaba; se preveía el llamado a licitación dentro del plazo de 180 días de promulgada dicha ordenanza, sin que la falta de llamado cancelara la vigencia y requisitos establecidos para quienes dispongan iniciar dicha actividad, puesto que -a su juicio- "de ninguna manera podía concebirse como una actividad exclusiva del sector público, quien sólo 'detenta' el poder de policía que expresamente le delegara por ley la Provincia de Santa Fe"; el 30.12.1997 la Municipalidad sancionó la ordenanza 957 mediante la cual se aprueba el Reglamento de Habilitaciones aplicables a todas las actividades comerciales y/o industriales a desarrollarse dentro del ejido urbano, entre las que se cuenta "obviamente, la instalación de cementerios parque o jardín"; el órgano competente para conceder o denegar la habilitación es el Ejecutivo Municipal; y que, de conformidad al artículo 7 de dicho Reglamento, "la iniciación del trámite de Habilitación autorizará el funcionamiento de la actividad".

Agrega que solicitó el pertinente pedido de habilitación para la instalación de un cementerio parque; y que no estando comprendida la actividad dentro de los doce incisos de la norma en cuestión (artículo 7 del Reglamento), la autorización para el funcionamiento de la actividad -concluye- "se encuentra acordada *a priori* en tanto deviene de la propia operatividad de la norma, constituyendo la habilitación en esta especie, sólo un *acto complementario formal de aprobación* que se otorga luego de la verificación de los requisitos propios de la actividad"; que si bien entendió erróneamente que el no otorgamiento de la habilitación dentro de los plazos vigentes al efecto daba por habilitada la actividad, en la respuesta sobre el punto se informó que la habilitación al efecto se regía por las ordenanzas 748/92 y 957/97.

Expresa que, conforme a ello, y atento a que daba "por sentado" que la habilitación sólo consistía en un acto de verificación, procedió a la compra del terreno, solicitó presupuestos definitivos, acordó con quienes ejecutarían el proyecto, y comenzó con el traslado de materiales; que en fecha 28.9.1998, en cumplimiento de lo indicado por la propia Administración, presentó nota mediante la cual adjuntó los documentos a que refiere; que en fecha 30.9.1998 la Municipalidad ratifica los términos de su anterior carta documento pero expresa, en cuanto a la documentación presentada, que "*la misma era objeto de estudio en las dependencias competentes*", en clara alusión -dice- a los organismos establecidos en la ordenanza 957; que adjuntó nuevos planos y cortes de los edificios a que refiere; y que no habiendo obtenido respuesta alguna por parte de la Administración, interpuso un pedido de pronto despacho.

Añade que el Presidente y Secretario del Concejo Municipal le comunicaron por nota que, en razón de que resultaba más conveniente para los intereses de la comunidad, y en virtud de la sanción de la ordenanza 991 del 19.11.1998 (por la que se derogó la 748), se desestimaba la propuesta formulada; y que el mismo día se sanciona la ordenanza 993 mediante la que se incorpora al artículo 7 del Reglamento de Habilitaciones, como inciso 13, "Cementerios Parque o Jardín", lo que demuestra -dice- que dicha actividad no estaba contemplada dentro de las excluidas por dicha norma estando plenamente autorizada para iniciar sus actividades y funcionar desde la fecha de solicitud de habilitación.

Denuncia la configuración de los siguientes vicios: incompetencia -por cuanto la competencia para conceder o no una habilitación es del Departamento Ejecutivo municipal-; ilegitimidad manifiesta por aplicación retroactiva de una "ley" no vigente -ya que el acto de desestimación del pedido de habilitación se funda en la derogación de la ordenanza 748/92 por ordenanza 991 del 19.11.1998- y por violación de un derecho adquirido -puesto que el artículo 7 del reglamento de habilitación es una norma directamente operativa y genera en el peticionario el derecho a iniciar su actividad-; vicios en la causa del acto -ya que existe una manifiesta falsedad tanto en los hechos (respecto de lo "más conveniente a los intereses de la comunidad") como en el derecho-; lo que lo lleva

a sostener la manifiesta irrazonabilidad y arbitrariedad de la denegación de la habilitación.

Aun cuando a su modo de ver no le resulta aplicable, sostiene que la ordenanza 991/98 es inconstitucional frente a los artículos 14, 14 bis, 16, 17 y 18 de la Constitución nacional, que fundamentalmente consagran el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, derecho de propiedad, igualdad ante ley y defensa en juicio.

Relata también que en respuesta al recurso interpuesto, el Ejecutivo municipal emitió el decreto 2167 del 16.8.1999.

En primer lugar, critica a dicho acto administrativo con base en que es igualmente nulo al pretende sanear el denunciado vicio de incompetencia del acto de desestimación; y, en segundo lugar, expresa que el decreto 2167 reconoce el marco legislativo que rige la materia, es decir, las ordenanzas 478 y 957 justificando su posición en la falta de llamado a licitación pública.

Admite que ello es cierto, mas considera que nunca había sido advertido por la Municipalidad como condicionante de la habilitación, rigiendo -según destaca- la teoría de los actos propios.

Reitera que lo que se pretende es que la actividad sea autorizada en el marco del juego armónico de la legislación vigente al momento de su solicitud.

Considera que la exigencia de una licitación pública constituye un error conceptual, pues ella no puede "enervar" su derecho a hacer uso de las normas generales que reglamentan el ejercicio de toda actividad comercial e industrial dentro del ejido municipal; que la actividad de que se trata implica la comercialización de sepulcros, los que -entiende- son cosas del dominio privado de los particulares (artículo 2347; Código Civil); y que tanto es así que se incorporó el mencionado inciso 13 al artículo 7 del Reglamento de Habilitaciones, no requiriéndose -por ende- licitación pública.

Para el supuesto de que así no se entendiera, plantea -con fundamento en el artículo 14 de la Constitución nacional- la inconstitucionalidad del artículo 24 de la ordenanza 748, ya que se hace depender el ejercicio de una actividad que se encuentra en el comercio (explotación de un cementerio privado) a la sola voluntad de la Administración de disponer un llamado a licitación.

En relación a las supuestas violaciones a la ley 2756 que se aducen en el acto impugnado, destaca que no existiría ninguna firma de contrato entre la Administración y ella en los términos del artículo 10; ni nulidad absoluta en los términos del artículo 15 de dicha ley.

Por último, dice que aun por la vía de hipótesis que plantea la Administración en cuanto a la falta de acreditación de los extremos que exigía la ordenanza 748, se advierte un claro supuesto de excesivo rigor formal respecto a la no conformación de la Sociedad Anónima, cuando la misma tenía por solo objeto la explotación del cementerio parque, y también en relación a la falta de acreditación de que el terreno no es inundable o de propiedad de ella, cuando en ningún momento la Municipalidad se expidió al respecto.

En ese sentido invoca las facultades administrativas de ordenar, requerir o exigir el cumplimiento de los extremos exigidos por la norma, el principio de búsqueda de la verdad material, y el cumplimiento de los fines que debe perseguir la Administración, concluyendo en que el primer acto no puede ser subsanado por el segundo, el cual, a su vez, tiene vicios propios.

Concluye considerando que deberá reconocer el derecho a que, conforme las normas vigentes al momento de la petición, se autorice la instalación del cementerio parque o jardín.

2. Declarada por Presidencia la admisibilidad del recurso interpuesto (f. 154), comparece la Municipalidad de Avellaneda (f. 163/vto.) y contesta la demanda (fs. 192/199 vto.).

Considera que el punto central de la cuestión radica en determinar si efectivamente "Edén S.A." adquirió el derecho a establecer el Cementerio Parque por el solo hecho de haber solicitado la autorización correspondiente; que si se tiene en cuenta la ordenanza 748/92, el "único e incondicional" medio para lograr explotar un Cementerio Privado está dado por la obtención de la adjudicación correspondiente luego de la licitación pública prevista por la norma, no siendo suficiente la sola solicitud de habilitación; que si bien el plazo de 180 días previsto por la norma para el llamado ya había transcurrido, esta circunstancia debe interpretarse como la voluntad municipal de atender el servicio público mortuorio mediante la modalidad del Cementerio Público; que dicha ordenanza con relación a la ordenanza 957/97, la cual evidentemente es una norma de alcance general; que no puede admitirse que se trate meramente de una actividad que implica la comercialización de sepulcros; y que adjudicar directamente el servicio público mortuorio sin cumplir previamente con el procedimiento licitatorio, convertiría a la decisión respectiva en un acto manifiestamente nulo.

Agrega que el cumplimiento de la licitación se impone incluso en supuestos en que no existe norma expresa en razón de los principios de concurrencia e igualdad; que, como bien lo sostiene la recurrente, la actividad de atender el servicio público mortuorio a través de la modalidad de Cementerio Parque o Jardín es lícita, pero que tal circunstancia no autoriza a colocarla al mismo nivel que "cualquier actividad comercial o industrial"; que la naturaleza particularísima de esta actividad la transforma en un verdadero servicio público, y la enmarca en el ámbito del poder de policía municipal; que por ello no es aplicable la ordenanza 957/97; y, con cita de doctrina, que el Cementerio Privado implica la prestación de un servicio público por autorización o concesión estatal, en situación análoga al servicio de transporte.

Expresa que la Municipalidad ya tiene a su cargo la administración de un Cementerio público que satisface eficientemente las necesidades de la población, resolviéndose continuar con ese servicio; y que esa decisión es razonable y se enmarca dentro del ámbito de las potestades del poder municipal.

Admite como cierto que la instalación de cementerios privados no estaba contemplado en el artículo 7 del Reglamento de Habilitaciones, pero entiende que ello no implica que la actividad quede sometida al primer párrafo del artículo citado; que, por el contrario, toda la cuestión que aquí se ventila queda sometida a los términos de la ordenanza 748/92.

Aclara que el conflicto puede resolverse sin citarse las ordenanzas 991 y 993; y que en ningún momento se aplicaron al caso concreto ni se pretenden aplicar, trayéndoselas a colación sólo para demostrar cuál es la voluntad

administrativa en este caso.

Por otra parte, considera que la actora ignora de dónde emana la decisión impugnada; que no puede considerarse inconstitucional la decisión del municipio; que los derechos se ejercen conforme a las leyes que reglamentan tal ejercicio; y que, al denegar la habilitación, no ha hecho otra cosa que ejercer el poder de policía que le es propio.

En cuanto al planteo de incompetencia, refiere al artículo 39, inciso 59 de la ley 2756, de la cual surge que todo lo concerniente a la instalación, funcionamiento y explotación de los Cementerios privados es competencia del Concejo Municipal.

Asimismo, niega que haya violación a la teoría de los actos propios, expresando que la postura de la Administración ha sido siempre coherente; y, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad del artículo 24 de la ordenanza 748, estima que es infundado, reiterando que se trata de la concesión de un servicio público y que la instalación de un cementerio no es una actividad comercial cualquiera.

Por último, señala que el peticionario, al momento de formular el pedido, era una sociedad anónima "en formación", no pudiendo ser considerada "legalmente constituida" en los términos de la ordenanza 748; y que toda inversión efectuada por la actora lo fue bajo su propio riesgo al no habérsele autorizado en ningún momento a instalar el cementerio privado.

Pide, en suma, se deniegue el recurso interpuesto, con costas.

Abierta la causa a prueba (f. 201) y producida la que consta en el expediente, alegan las partes sobre su mérito (fs. 228/230 vto. y 231/237).

Dictada (f. 238) y consentida la providencia de autos, se encuentra la presente causa en estado de ser resuelta.

3. De conformidad al artículo 23, inciso a), de la ley 11.330, corresponde emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso.

Al respecto, no se han invocado, ni se advierten, razones que justifiquen apartarse del auto obrante a foja 154 (A. T. 2, pág. 171).

En efecto, es claro que el señor Intendente finalmente se pronunció en el ámbito de un recurso de apelación, por lo que, cualquiera sea la opinión que pueda tener el Tribunal sobre la admisibilidad de esa impugnación, la decisión debe tenerse por definitiva en los términos del artículo 72 de la ley 2756, y, por ende, no susceptible de recurso de reconsideración.

Por lo demás, así lo debe haber entendido la demandada, la que, ni como defensa previa, ni al contestar la demanda, adujo cuestión alguna vinculada a la exigencia del artículo 7, primera parte, de la ley 11.330.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Palacios y De Mattia expresaron similares fundamentos a los vertidos por el señor Juez de Cámara doctor Lisa, y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Lisa dijo:

II. Adelanto mi opinión contraria a la procedencia del recurso.

1. Para así concluir, estimo necesario, previo a toda otra consideración, desentrañar el carácter de la actividad denominada de "enterramiento", "mortuoria" o de "inhumación".

Es que, aunque coincido con la demandada respecto de que es decisivo para el caso analizar si existe o no en cabeza de la actora el invocado "derecho adquirido" a establecer un "Cementerio Parque" (f. 192 vto.), no puede soslayarse que la dilucidación de ese extremo depende, a su vez, de la naturaleza que se le atribuya a la mencionada actividad de enterramiento.

En verdad, la mayoría de los agravios de la recurrente y, en general, las diferencias entre las partes, se derivan de la distinta concepción que ellas tienen acerca de la mencionada actividad: comercial según aquélla (f. 132 vto.), de servicio público según la demandada (ver, en especial, f. 199).

La cuestión no es menor, pues, como se sabe, mientras las actividades comerciales son en principio de titularidad privada (por lo que, en consecuencia, el acto estatal de autorización no constituye más que la remoción de un obstáculo para el ejercicio de un derecho que ya se tenía), en el servicio público la respectiva actividad de prestación es de titularidad del Estado, y por lo tanto extraña a la esfera de libertad o franquía individual de los particulares, no pudiendo ser ejercida por éstos *jure propio*, sino mediante un acto expreso por el cual se les otorga el derecho al ejercicio de la actividad; derecho este del que carecían con anterioridad, y al que acceden generalmente mediante la técnica concesional.

Sobre el punto, considero que le asiste razón a la demandada.

En efecto, sin perjuicio de que los cementerios son "bienes públicos" de las Municipalidades (artículo 43, ley 2756; y artículo 2340, inciso 7, Código Civil), es atribución de los Concejos Municipales lo atinente a su "conservación y *atención*" (artículo 39, inciso 59, ley 2756; la cursiva no es del texto), y del Intendente Municipal velar por la higiene del municipio, comprendiéndose en ella "la conservación y reglamentación de cementerios" (artículo 41, inciso 24, ley 2756).

Además de esas genéricas declaraciones -que constituirían la *publicatio* respecto del servicio de inhumaciones-, debe mencionarse la ordenanza 748/92, de cuyos términos y disposiciones puede extraerse sin dificultades que la actividad de enterramiento es, ya en el específico ámbito de la Municipalidad de Avellaneda, un

servicio público propio.

Tal calificación, que obviamente no se cancela por el hecho de que la ordenanza 748/92 haya sido posteriormente derogada por ordenanza 991/98 -la que, en todo caso, revela de decisión de que la "gestión" del servicio público mortuorio sea exclusivamente directa-, aparece confirmada por otros actos de la Administración demandada.

En ese sentido, se observa que ya en respuesta a la carta documento remitida por la actora en fecha 21.9.1998, mediante la cual comunicaba que se daba por habilitada a la instalación del cementerio (fs. 26 de autos y 38 del expte. adm. 3/99), la Municipalidad aludió al "servicio público" de Cementerio Parque o Jardín (fs. 29 de autos y 39 del expte. adm. cit.); y lo propio hizo en relación a la carta documento por la que la actora, en fecha 28.9.1998, reiteraba aquella pretensión (fs. 36 de autos y 41 del expte. adm.), insistiendo la Administración en que la habilitación del "servicio público" de Cementerio es de su atribución (fs. 39 de autos y 42 de las actuaciones administrativas).

Es más, el denominado "dictamen" de Comisión del Concejo Municipal (obrante a fojas 83/84 de autos y 19/20 del expte. adm.) es suficientemente claro al calificar de "servicio público" al mortuorio, al igual que el acto de fecha 19.11.1998 (impugnado), el que, por lo demás, sería meramente una expresión y ejecución de lo allí resuelto.

Y tal calificación de "servicio público" es también otorgada por la doctrina tanto iusadministrativista como iusprivatista.

Así, Marienhoff recuerda que el Estado, a través de los cementerios, "presta el servicio público de inhumaciones", agregando que "no es posible desconocer [...] que, en todo cementerio organizado para prestar el servicio de inhumaciones, sea al público, en general, o a los miembros de una colectividad o religión, en particular, tal actividad revista calidad de *'servicio público'* [...]" (Marienhoff, Miguel S., *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo V, Dominio Público, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, pgs. 647 y 648, Buenos Aires, 1998).

Asimismo, Enrique Díaz de Guijarro enseña que el cementerio "reviste la forma de servicio público, lo cual supone generalidad en el trato y uniformidad en la prestación" (*"El poder de policía sobre los cementerios y las relaciones de derecho privado en punto a sepulturas e inhumaciones"*; J.A. 52-1936-824).

Por su parte, Diez señala que por medio de los cementerios "se presta un servicio público, el de enterramiento" (Diez, Manuel María, *"Derecho Administrativo"*, Tomo IV, 2da. ed., 1ra. de Plus Ultra, pág. 578, Buenos Aires 1985); expresando José Luis Abad Hernando que el cementerio es "un bien público del Estado (en este caso de las Municipalidades) por su afectación a un servicio público especial" (Abad Hernando, José Luis, *"Estudios de Derecho Administrativo"*, Ciudad Argentina, pág. 113, Buenos Aires, 1999).

Aun en el ámbito de los llamados "cementerios privados" -en los que los inmuebles son de propiedad de los particulares (circunstancia esta en principio extraña al régimen creado, en el caso, por ordenanza 748/92, cuyo artículo tercero establece que "el concesionario deberá transferir gratuitamente el dominio del inmueble en favor de la Municipalidad de Avellaneda, en el mismo acto de otorgársele la concesión")- se señala que el Estado se reserva el poder de policía mortuoria "y el servicio público de inhumaciones, que es ejercido por las municipalidades" (así lo hace, en relación al ámbito legislativo de la Provincia de Buenos Aires, Kiper, Claudio Marcelo, *"Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados"*, L.L. 1998-E-929).

Y -aunque también refiere a "cementerios privados"- es de oportuna cita por la demandada el criterio sostenido por Elena I. Highton, Luis Álvarez Julia y Susana Lambois acerca de que "la naturaleza particularísima de esta actividad, la transforma en un verdadero servicio público, y la enmarca en el ámbito del poder de policía municipal" (*"Cementerios y Cementerios privados"*, en *"Nuevas formas de dominio"*, Ad-Hoc-, pág. 173, Buenos Aires, 1987; en igual sentido: Botassi, Alfredo, *"Cementerios públicos y privados"*, L.L. 1981-C-1056; y Luverá, Miguel Ángel, *"Cementerios Privados"*, Zeus, Tomo 84-D-109); y también la referencia a Scotti, en cuanto destaca que "el cementerio privado implica la prestación de un servicio público por autorización o concesión estatal [...]" (Scotti, Edgardo O. [h], *"Régimen jurídico de los cementerios privados"*, L.L.1987-A-811).

Tal "naturaleza particularísima" de la actividad de que se trata, fue reiterada por Lambois al analizar también la problemática de los llamados "cementerios privados", insistiendo en que "al tratarse de un servicio público que pasa a ser prestado por particulares, requiere la participación del Estado local en el ejercicio del poder de policía mortuoria" (ver *"Cementerios privados"*, por Susana Lambois, en *"Revista de Derecho Privado y Comunitario"*, 2002-2, *"Propiedad Horizontal"*, Rubinzal-Culzoni, pág. 29, Santa Fe, 2002).

Por último, y siempre en relación a los "cementerios privados", destaco que Enrique Müller afirma la coincidencia que existe en la doctrina en general "al reconocer que esta actividad cumple una destacada función social, y atento al carácter de servicio público prestado por particulares se siguen consecuencias que merecen atención especial" (Müller, Enrique, *"Compraventa de sepulcros, bóvedas o parcelas en cementerios privados"*, en *"Revista de Derecho Privado y Comunitario"*, 2004-1, *"Compraventa-II"*, Rubinzal-Culzoni, pág. 88, Santa Fe, 2004).

En suma, aunque por hipótesis se entendiera -en principio con error- que el régimen creado por ordenanza 748/92 era el de un propio "cementerio privado" en el sentido estricto de la expresión, es claro que la actividad mortuoria, de enterramiento o de inhumación, constituye un verdadero "servicio público" (para algunos "esencial"; Martínez, Víctor C. (h), *"Algunas consideraciones jurídicas sobre los cementerios"*, en *"Derecho Civil y Comercial. Cuestiones Actuales"*, Advocatus, pág. 331, Córdoba, 1990).

Tal como se adelantó, en este punto -crucial por cierto- lleva razón la demandada, pudiéndose afirmar que la actora al parecer confunde la comercialización de los sepulcros, que sí podría considerarse una actividad privada sujeta a una mera autorización (ver artículo 9, ordenanza 748/92), con la prestación del servicio de enterramiento, el que -al menos en el régimen invocado por la recurrente- indudablemente constituye un servicio público sólo

susceptible de ser prestado por particulares a través de una adjudicación expresa de la Administración.

2. Como se dijo, el verificado carácter de servicio público de la actividad que pretende ejercer la actora, priva de sustento a la mayoría de sus agravios.

Así, mal puede invocar un "derecho adquirido" a la prestación de dicha actividad, cuando a dicho derecho sólo pudo adquirirlo -en todo caso- a través de un acto formal y expreso de adjudicación (y por lo demás, revocable por razones de oportunidad, mérito y conveniencia).

Menos puede hacerlo con base en que el artículo 7 del Reglamento de Habilitaciones (que establece el principio según el cual "la iniciación del trámite de 'Habilitaciones' autorizará el funcionamiento de la actividad [...]") no mencionaba a los "cementerios privados" entre sus excepciones; máxime si se considera que la regulación específica (ordenanza 748/92) refería expresamente a la "habilitación municipal que autorice el inicio de las actividades" (artículo 3).

Además, no podría pasarse por alto que aquel Reglamento de Habilitación sí menciona entre las excepciones al principio establecido en dicho artículo 7, a las "casas velatorias" -e incluso a servicio públicos impropios (*v.gr.*, remisses y taxis)-, por lo que sería absurdo interpretar que mientras aquellas no pueden funcionar con la sola iniciación del trámite, sí podría hacerlo -sin embargo- un cementerio, encargado nada menos que del servicio público de inhumaciones.

Es también por ello que carece de decisividad en el caso el hecho de que por ordenanza 993/98 se haya incorporado al mencionado artículo 7 de ese reglamento, como inciso 13, a los cementerios privados.

Desde luego, el transcurso del plazo de 180 días previsto en el artículo 24 de la ordenanza 748/92 (para el llamado a licitación pública) es manifiestamente insuficiente para considerar que el servicio de enterramiento dejó de ser público, y que, por ende, podía ser libremente prestado por los particulares con apenas alguna autorización para el ejercicio de la actividad y una habilitación de las instalaciones.

En ese sentido, se observa que la actora pretende, por una suerte de silencio positivo -no previsto ni siquiera en las normas que invoca- obtener no sólo una habilitación para funcionar, sino también la adjudicación de un servicio público propio, lo que en verdad no encuentra sustento ni en principio jurídico, ni en norma constitucional, legal o reglamentaria alguna.

Igualmente improcedente es el agravio vinculado a una supuesta aplicación retroactiva de la ordenanza 991/98, agravio que también supone la existencia de un "derecho adquirido" al ejercicio de la actividad; como así también el planteo de inconstitucionalidad del artículo 24 de la ordenanza 748/92.

Al respecto, sostiene la recurrente que se hace depender el ejercicio de una actividad que se encuentra en el comercio (explotación de un cementerio privado) a la sola voluntad de la Administración de disponer un llamado a licitación.

El verificado carácter de servicio público de la actividad, y por tanto de prestación extraña a los particulares *jure propio* y en condiciones de libertad, basta a los fines de rechazar el planteo.

Sin perjuicio de ello, se señala que así como debe escindirse la comercialización de los sepulcros, del servicio público de enterramiento, también debe distinguirse el "cementerio" (para cuyo funcionamiento debe ser "habilitado") del servicio público mortuorio (para cuya prestación se requiere de un acto normalmente concesional); en otros términos, debe diferenciarse la habilitación de las instalaciones para la iniciación de la actividad (arg. artículo 3, ordenanza 748/92; y Reglamento de Habilitación) de la adjudicación misma de la actividad.

En el caso, la actora, para quien la actividad que pretende realizar se agotaría en la comercialización de sepulcros (ver f. 132 vto.), prescinde en su análisis de la cuestión vinculada al servicio público de enterramiento, limitando su planteo a cuestiones vinculadas a la habilitación del cementerio mismo, lo que -como es obvio- no es suficiente sin la previa adjudicación de la prestación del servicio mortuorio.

3. Restan analizar los demás agravios de la recurrente.

Respecto del vicio de incompetencia en el acto de fecha 19.11.1998 -emitido por el señor Presidente del Concejo municipal y Secretario-, aun cuando corresponde admitir que la desestimación de propuestas en un proceso de selección para la adjudicación de un servicio público es de competencia del señor Intendente (artículo 41, inciso 17, ley 2756), no puede soslayarse que, en el caso, fue la propia actora la que en reiteradas oportunidades se dirigió al Concejo a los efectos del acometimiento que pretendía iniciar.

Efectivamente, si bien la "autorización" fue solicitada al señor Intendente, el planteo margina absolutamente que las cartas documentos de fechas 21.9.1998 y 28.9.1998 (ya mencionadas), fueron dirigidas por la actora al Intendende "y/o" u "o" Concejo Deliberante; que ante ese mismo órgano se presentó el 26.10.1998 adjuntando documentación "conforme lo sugerido en la reunión realizada el día 22.10.1998" (f. 58); y, en fin, que también ante el Concejo "y/o" Intendente presentó un pedido de pronto despacho (fs. 64 de autos y 44 del expte. adm.).

En tales condiciones, que autoridades de dicho órgano le hayan comunicado la desestimación de la propuesta, resulta en el caso congruente con las gestiones llevadas a cabo por la propia actora ante el mismo Concejo, no pudiendo entonces suscitar agravio alguno la incompetencia invocada; máxime frente al rechazo expreso de la propuesta por la autoridad que considera competente (decreto 2167/99, artículo 2, dictado por el señor Intendente).

A su vez, el vicio de irrazonabilidad y arbitrariedad invocado con fundamento en que no se explica por qué "lo más conveniente a los intereses de esta comunidad de Avellaneda, es la continuidad del servicio público

mortuorio con la modalidad de Cementerio Público Municipal", soslaya las razones que fueron expuestas en el mencionado "dictamen de comisión" (obrante a fs. 83/84 de autos y 19/20 del expte. adm.) del cual el acto de fecha 19.11.1998 sería meramente una expresión y ejecución según se dijo; razones esas que -en lo susceptible de ser analizado por la Cámara- no pueden considerarse absurdas o irrazonables.

Por lo demás, ante la comprobada inexistencia del invocado "derecho adquirido" al ejercicio de la actividad, no se advierte qué incidencia podría tener sobre la pretensión de la actora la ilegitimidad de la decisión administrativa de cambiar la modalidad indirecta de prestación de un servicio público, en una directa.

Por último, y aunque lo hasta ahora expuesto basta a los fines de rechazar el recurso interpuesto, se agrega que la exigencias que la demandada considera no acreditadas (persona jurídica "legalmente constituida"; ser propietaria del inmueble; que éste no fuese inundable; y demás extremos de valoración en principio discrecional para la Administración), no resultan sin más el fruto de un excesivo rigor formal.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Palacios y De Mattia, expresaron similares fundamentos a los vertidos por el señor Juez de Cámara doctor Lisa, y votaron en igual sentido.

A la tercera cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Lisa dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores corresponde declarar improcedente el recurso interpuesto; con costas a la recurrente.

Así voto.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Palacios y De Mattia dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Juez de Cámara doctor Lisa y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 RESOLVIÓ: Declarar improcedente el recurso interpuesto; con costas a la recurrente.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando los señores Jueces de Cámara por ante mí, doy fe.

Fdo. DE MATTIA. PALACIOS. LISA. Barraguirre (Secretario)