

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso nº 261/2017

SENTENCIA Nº 1016/2019

Ilmos. Sres.:

Presidente

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

Magistrados

DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

DON EDUARDO PARICIO RALLO

DOÑA ELSA PUIG MUÑOZ

En la Ciudad de Barcelona, a 2 de diciembre de 2019.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente **SENTENCIA** en el recurso contencioso-administrativo nº 261/2017, interpuesto por la

representada por el Procurador D. Ivo Ranera Cahis y dirigida por el Letrado D. Manuel Martí Fàbregas, contra el Ajuntament de Girona, representado por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Elsa Puig Muñoz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso el presente recurso contra los artículos 5, 7, 9, 11, 12 y 16 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Prestación de Servicios Funerarios en el municipio de Girona, aprobada por el Pleno de la Corporación el día 8 de mayo de 2017.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos

de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO.- En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y alegaciones de las partes

Es objeto del presente recurso la Ordenanza Municipal Reguladora de la Prestación de Servicios Funerarios en el municipio de Girona, aprobada por el Pleno de la Corporación el día 8 de mayo de 2017, si bien la impugnación se circunscribe a los artículos 5, 7, 9, 11, 12 y 16.

En la demanda se sostiene que en los citados preceptos se discrimina a las empresas que tienen sede en la ciudad de Girona, frente a las que no la tienen. Así, considera la parte actora que la adaptación de la Llei 2/1997, de Serveis Funeraris de Catalunya (en adelante LSFC) a la Directiva 2006/123/CE de libre prestación de servicios (en adelante DS), únicamente comportó que se liberalizara el servicios de transporte funerario y de las actividades asociadas al mismo, pero no dispensa de solicitar autorización municipal para el resto de servicios funerarios (servicios sanitarios del cadáver, velatorio, tanatorio, incineración, publicación de esquelas, flores lápidas, etc.), y que, sin embargo, el artículo 5 de la Ordenanza permite a todas las entidades habilitadas a prestar servicios funerarios en cualquier municipio para prestar todos los servicios también en Girona.

La parte actora destaca que a las empresas autorizadas en el propio municipio de Girona se les exige, además de la autorización previa, requisitos mínimos de personal, apertura 24 horas, mínimo de vehículos y demás obligaciones, y están sujetas al régimen de inspección y de sanciones que se establece en la propia Ordenanza, lo que no ocurre con las empresas de los otros municipios, y concluye afirmando que esa regulación es discriminatoria y vulnera, en consecuencia, el artículo 24 de la Constitución Española (en adelante CE), y vulnera igualmente el artículo 7.2.e) de la LSFC, que determina que las ordenanzas municipales, cuando concedan autorizaciones, han de respetar los principios de libre competencia y de igualdad.

En la demanda se sostiene que el Ayuntamiento tiene la obligación de controlar los servicios funerarios que se presten en el municipio, y que una manera de hacerlo sería la de obligar a las empresas de fuera de la ciudad a comunicar al Ayuntamiento todos los servicios funerarios que presten y/o establecer la obligación de presentar una declaración responsable por parte de la empresa en la que manifestara que está autorizada en otro municipio.

La actora también alega que la Ordenanza únicamente obliga a las empresas autorizadas en Girona de presar servicios gratuitos o bonificados a las personas sin recursos, lo que, a su juicio, resulta discriminatorio.

Por su parte, el Ayuntamiento de Girona se opuso a la demanda aduciendo que la Autoritat Catalana de la Competència (en adelante ACC) informó favorablemente el contenido de los preceptos cuestionados por la parte actora, y que a las empresas que ya disponen de autorización en otro municipio no se les puede exigir una segunda autorización, en aplicación de la normativa comunitaria, y en aplicación también de la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejecución, así como el Decreto Legislativo 3/2010, de adecuación de las normas con rango de ley a la DS, normas que tienen carácter básico y son aplicables en Catalunya.

El Consistorio mantiene que la ordenanza establece para las empresas autorizadas en Girona las mismas obligaciones que se establecen en la LSFC, y solicita la íntegra desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Marco normativo de los servicios funerarios

La Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), establece como una competencia municipal la relativa a la protección de la salubridad pública (art. 25.2.h) y la de cementerios y servicios funerarios (art. 25.2.j). Y el artículo 86 de la LRBRL, en su redacción primigenia, incluía entre los servicios reservados en favor de las Entidades Locales los servicios mortuorios.

La regulación de la LRBRL motivó que no hubiera competencia dentro del propio municipio, y que el servicio se prestara generalmente mediante concesión y a través de un único concesionario.

Esa situación se pretendió cambiar con la aprobación del Real Decreto Ley 7/1996, de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que en su artículo 22 declaraba la liberalización de la prestación de los servicios funerarios, si bien los Ayuntamientos podían someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización debía tener carácter reglado, debiéndose precisar normativamente, de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fijaran el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias -si bien no podrían establecer exigencias que desvirtuaran la liberalización del sector-, los requisitos objetivos necesarios para obtenerla, estableciéndose que se concedería *"a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres"*. Esa liberalización tuvo su reflejo en el Real Decreto 1225/2006, que modificó el Reglamento de transportes permitiendo a las empresas legalizadas el transporte funerario, con independencia de su origen y recorrido.

También se añadía que *"Los prestadores de servicios funerarios que obtengan de cualquier Ayuntamiento la autorización a que hace referencia el párrafo anterior, conforme a los criterios en él expresados, podrán realizar en todo el territorio español la actividad asociada a sus funciones principales consistente en el traslado"*

de cadáveres, cumpliendo en cada caso los requisitos establecidos en las normas de policía sanitaria mortuoria aplicables."

En la interpretación de ese precepto el Tribunal Supremo (sentencia de 27 octubre 2006, recurso de casación núm. 1555/2004) anuló el Acuerdo del Ayuntamiento de Villaquilambre, de 9 de mayo de 1997, por el que se aprobó la Ordenanza General de Prestación de Servicios Funerarios en el término municipal, declarando que:

"El precepto reafirma la voluntad de liberalizar la prestación de los servicios funerarios, y explicita que los requisitos objetivos necesarios para obtener la autorización se deben precisar normativamente, de acuerdo con los criterios mínimos, no se olvide, mínimos no máximos, como a nuestro juicio hizo la Ordenanza recurrida, que, en su caso, fijen el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias. Y añade, y esto es nuevo en el precepto, y, qué duda cabe que significativo que lo haga la Ley, que "las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector". Este ha sido nuestro caso, ya que la Ordenanza con sus exigencias desmesuradas desvirtuaba la liberalización de los servicios perseguida. Y por último conviene señalar también que la reforma concreta otro aspecto no menos importante cuando amplía la posibilidad de que "los prestadores de servicios funerarios que obtengan de cualquier Ayuntamiento la autorización, conforme a los criterios en él expresados, podrán realizar en todo el territorio español la actividad asociada a sus funciones principales consistente en el traslado de cadáveres, cumpliendo en cada caso los requisitos establecidos en las normas de policía sanitaria mortuoria aplicables".

También el Tribunal Supremo declaró que no podía prosperar la petición de indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de acto legislativo (la aprobación del Real Decreto Ley 7/1996) que había presentado una empresa del sector en la Sentencia de 14 febrero 2002, recurso núm. 493/1998, y también en la de 20 de abril de 2002, recurso núm. 502/1998.

El mismo Real Decreto Ley 7/1996 eliminó del artículo 86.3 de la LRBRL, esto es, el listado de servicios reservados en favor de las Entidades Locales, los servicios mortuorios.

En ese contexto se aprobó la LSFC que califica los servicios funerarios como "*servei essencial d'interès general*", y que, en su redacción primigenia, establecía que dicho servicio puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos (art. 1); que los municipios son la administración competente en materia de servicios funerarios y son los responsables de garantizar su existencia y prestación a toda la colectividad local (art. 2); que el transporte del cadáver puede llevarse a cabo por las entidades prestadoras de los servicios funerarios debidamente autorizados en el término municipal en el que se encuentre el cadáver o del lugar en el que vaya a hacerse la inhumación o la incineración, a elección de los usuarios (art. 5); que las empresas privadas de servicios funerarios deben obtener previamente la autorización del municipio o municipios donde quieren llevar a cabo estas actividades, y que las ordenanzas o reglamentos municipales deben regular las condiciones aplicables para el otorgamiento de dichas autorizaciones (art. 7).

Esas previsiones se han mantenido en la redacción actualmente vigente, con excepción de la necesidad de obtener varias autorizaciones si se quiere operar en más de un municipio, previsión que se suprimió en el Decret Legislatiu núm. 3/2010, de 5 de octubre pero limitada al servicio de transporte funerario -hasta entonces ese

servicio únicamente lo podía prestar la empresa autorizada en el municipio en el que se encontrara el cadáver o en el que se fuera a enterrar o a incinerar-, único que se liberalizaba, manteniéndose en cambio para el resto de servicios la obligación de obtener autorización en el municipio en el que se pretende ejercer la actividad.

Sin embargo, la DS había establecido previamente una serie de principios de aplicación general para la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio dentro de la Unión Europea.

La trasposición al derecho interno de la DS se hizo mediante la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante LLAAS), que estableció, como régimen general, el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español, y reguló como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades. De otra parte, el artículo 4 de la LLAAS introdujo como regla general que cualquier prestador establecido en España que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional, previsión que se refuerza con la que recoge el artículo 7.3 de la misma norma relativa a que la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.

La Disposición Final primera de la citada Ley declara expresamente su carácter básico, manifestando que se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la CE.

De ahí que la redacción actual de la LSFC (la que le dio el Decret Legislatiu 3/2010), en tanto en cuanto limita la liberalización del servicio funerario únicamente al transporte, es contraria a la DS y a la LLAAS.

Consciente de que la aplicación de la DS y de la LLAAS comportan la plena legalidad de la Ordenanza recurrida, en el escrito de conclusiones de la parte actora se afirma que la norma que regula el sector funerario en Catalunya es la LSFC, que, afirma, es una ley especial, añadiendo que ya ha sido adaptada a la DS mediante el Decret Legislatiu 3/2010. Siguiendo este razonamiento, la actora sostiene que no puede invocarse como norma aplicable la ley básica LLAAS ya que, a su juicio, el problema no es de rango sino de competencia, y que según el Estatut d'Autonomia de Catalunya (art. 113) es la Generalitat quien es competente para desplegar, aplicar y ejecutar la normativa de la Unión Europea cuando afecte a sus competencias.

Ese planteamiento de la parte recurrente niega, pues, la aplicación en Catalunya de la LLAAS.

Sin embargo, esa posición no puede compartirse. En efecto, es cierto que desde la aprobación de la Constitución Española de 1978, el ordenamiento jurídico no se rige únicamente por el principio de jerarquía normativa, sino también por el de competencia. Y es que, a partir de ese momento, el Estado pierde el monopolio en la producción de normas legales en todas aquellas materias que la CE no le reserve en exclusiva (artículo 149.1), bien sea para aprobar normas básicas -que, en principio,

deberán tener rango de ley-, bien para aprobar normas con cualquier carácter -básico o no- y rango (legal o reglamentario).

De ahí que haya que estar a la materia y al título competencial que se pretende ejercer para la aprobación de una norma.

Es cierto que el artículo 113 del EAC dispone que corresponde a la Generalitat el desarrollo, la aplicación y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de sus competencias, en los términos que establece el Título V del propio Estatuto, pero la cita de ese artículo es insuficiente para defender que no resulta de aplicación en Catalunya la LLAAS. Y es que para que el planteamiento de la actora recogiera un argumento completo y acabado, debía de haber citado el título competencial que permite que el Parlament apruebe la LSFC, y, además, haber negado que el Estado disponga de título alguno para aprobar la LLAAC, de ahí que la cita aislada del artículo 113 del EAC resulta inane para pretender que no sea de aplicación en Catalunya la LLAAS.

En todo caso, los títulos competenciales invocados por el Parlament de Catalunya para aprobar la LSFC fueron: *"règim local, de sanitat i de defensa de les persones consumidores o usuàries"*, materias que expresamente se citan en la exposición de motivos de la propia norma. Y en los tres casos se trata de materias en las que también el Estado puede incidir a través de competencias propias.

Pero es que, además, este Tribunal no tiene duda de que el artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la CE -apartados expresamente citados en la LLAAS como títulos competenciales habilitadores para la aprobación de la misma- permite al Estado aprobar una norma que estable como régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español, y que regula como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades.

No hay duda, pues, de que la LLAAS sí es aplicable en Catalunya.

Si bien, como se ha dicho, la redacción actual de la LSFC (la que le dio el Decret Legislatiu 3/2010), en tanto en cuanto limita la liberalización del servicio funerario al transporte, es contraria a la DS y a la LLAAS, sin embargo, no se oponen a la normativa comunitaria y estatal, las condiciones que se establecen en el artículo 7 de la LSFC y, entre éstas, la previsión de que *"Amb la finalitat de garantir el principi d'universalitat en l'accés als serveis funeraris, els ajuntaments poden atorgar l'autorització amb la condició que el servei es presti gratuïtament o de forma bonificada a les persones que, d'acord amb les indicacions dels serveis socials municipals, ho requereixin per manca de mitjans econòmics propis, o en els casos en què ho acordi l'autoritat judicial"*, previsión que recoge la Ordenanza recurrida.

TERCERO.- Análisis de los preceptos cuestionados en la demanda

Como es de ver, en el escrito de demanda únicamente se recurren aquellos artículos en los que se diferencia entre las empresas autorizadas por el Ayuntamiento de Girona, y aquellas otras que disponen de autorización pero en otro municipio. Así, se

impugna el artículo 5 en tanto en cuanto es contrario -a juicio de la actora- al artículo 5.1 de la LSFC, que únicamente prevé la posibilidad que las empresas autorizadas en otros municipios lleven a cabo el transporte de cadáveres a cualquier otro municipio.

Sin embargo, como ya se ha dicho, la DS obliga a la liberalización de todos los servicios funerarios y no sólo del transporte, previsión que en el derecho interno recoge la LLAAS con carácter básico.

En cuanto a las condiciones que para las empresas autorizadas por el Ayuntamiento de Girona se establecen en los artículos 7, 9, 11, 12 y 16, es evidente que únicamente pueden ser exigibles a aquéllas, y no a las empresas que hayan sido autorizadas en otro municipio, y ello por cuanto, como ya se ha visto, el artículo 4 de la LLAAS introdujo como regla general que cualquier prestador establecido en España que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional, previsión que se refuerza con la que recoge el artículo 7.3 de la misma norma relativa a que la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.

De ahí que la Ordenanza de Girona -como cualquier otra- no podrá establecer requisitos para las empresas autorizadas por otros municipios sino únicamente para aquellas que hayan sido autorizadas por dicho Consistorio.

CUARTO.- Costas

Procede imponer a la parte actora el pago de las costas procesales, conforme a lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, si bien con el límite de la cantidad de 2.000 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Enterradores de Girona, contra los artículos 5, 7, 9, 11, 12 y 16 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Prestación de Servicios Funerarios en el municipio de Girona, aprobada por el Pleno de la Corporación el día 8 de mayo de 2017.

2º.- Imponer a la parte actora el pago de las costas causadas, con el límite de la cantidad de 2.000 euros.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3º, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 86.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.