



Roj: **STSJ CAT 7013/2014 - ECLI:ES:TSCAT:2014:7013**

Id Cendoj: **08019330052014100480**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **30/05/2014**

Nº de Recurso: **111/2012**

Nº de Resolución: **492/2014**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA RUBIRA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Recurso nº 111/2012

SENTENCIA Nº 492/2014

Ilmos. Sres.:

Presidente:

DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA

Magistrados:

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

DOÑA ANA RUBIRA MORENO

DON EDUARDO PARICIO RALLO

DON JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA

En la ciudad de Barcelona, a treinta de mayo de dos mil catorce.

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 número 111/2012, interpuesto por **CABRÉ JUNQUERAS, S.A.**, representada por la Procuradora DOÑA FRANCESCA BORDELL SARRÓ y dirigida por el Letrado DON MANUEL MARTÍ FÁBREGAS, contra el **AYUNTAMIENTO DE VILASSAR DE MAR**, representado por el Procurador DON JAUME ROMEU SORIANO y dirigido por el Letrado DON JOSÉ LUIS PÉREZ LÓPEZ. Ha sido Ponente la Magistrada Doña ANA RUBIRA MORENO, quien expresa el parecer de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la parte actora, por escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Reglamento de "establiment del servei de prestació d'activitats funeràries", aprobado el 9 de febrero de 2012 por el Pleno del Ayuntamiento de Vilassar de Mar.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

La actora dedujo demanda en la que, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba solicitando que se dictara sentencia declarando la nulidad de los artículos 3.2.d), 9.2, 10.B.2 y 8 y Disposición transitoria, del Reglamento recurrido.



La Administración demandada en la contestación a la demanda solicitó la desestimación del recurso.

TERCERO.- Se prosiguió el trámite correspondiente y, practicadas las pruebas que propuestas fueron declaradas pertinentes, con el resultado que obra en las actuaciones, se pasó al trámite de conclusiones sucintas, señalándose para votación y fallo el 28 de mayo de 2014.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto el Reglamento de "establiment del servei de prestació d'activitats funeràries", aprobado el 9 de febrero de 2012 por el Pleno del Ayuntamiento de Vilassar de Mar.

La pretensión anulatoria de los artículos 3.2.d), 9.2. 10.B.2 y 8 y de la Disposición transitoria del Reglamento de "establiment del servei de prestació d'activitats funeràries", de Vilassar de Mar, se sustenta en las siguientes consideraciones jurídicas: 1. Los artículos 3.2.d), 10.B.2 y la Disposición transitoria del Reglamento recurrido vulneran el artículo 6 de la Ley 2/1997 ; 2. Comportamiento contradictorio del Ayuntamiento.

SEGUNDO .- El artículo 3 del Reglamento impugnado, titulado "Activitats a desenvolupar pels serveis funeraris", en su apartado 2 dispone:

"Es consideren, en tot cas, activitats o serveis funeraris de prestació inexcusables les funcions següents: a) (...); d) Prestar els serveis de tanatori, en condicions físiques adequades per a la vetlla".

Sus artículos 9 y 10, al regular los requisitos de autorizaciones y licencias de actividad para la prestación de los servicios funerarios, establecen:

"9. 1. (...). 2. Per a poder autoritzar a una persona o empresa per a la instal·lació, l'obertura i l'exercici de l'activitat de prestació de serveis funeraris al municipi s'ha de acreditar la disposició de les instal·lacions, els equipaments i els mitjans materials, econòmics i personals a què es refereix aquest Reglament i la tramitació o el compliment de la resta de normativa aplicable segons la llicència d'activitat que correspongui".

"10. Per tal d'obtenir la llicència necessària per a poder exercir l'activitat funerària en el municipi cal que: A. (...). B. Que en la memòria que es presenti consti expressament acreditat el compliment del requeriments següents: 1. (...). 2. Disposar d'un tanatori permanent al municipi. Aquest establiment ha d'incloure, com a mínimes, les instal·lacions següents:-Sala de vetlla (...), sales de vetlla per a la família i les persones més pròximes i per el túmul frigorífic, on s'exposi el cadàver, que ha de tenir els dispositius necessaris perquè aquest es mantingui a una temperatura de 4ªC. -Zona de treball, independent de la sala de vetlla, per realitzar treballs de manipulació de fèretres i altres materials funeraris. -Dependència d'atenció al públic. Disposarà almenys d'una oficina o bé d'un representats al municipi, que mantingui un servei permanent de recepció d'avisos, i disposar per a això de telèfon i una prevenció de guàrdia. També haurà de disposar d'un catàleg de fotografies de fèretres i altres materials i la relació de serveis i tarifes. -Altres característiques: L'entrada i la circulació de cadàvers serà independent de la reservada per l'accés a peu de familiars i visitants. El tanatori ha de ser una edificació aïllada, és a dir, sense veïns dintre del mateix edifici. Si disposa de més d'una planta, les plantes superiors a la planta baixa estaran afectes en la seva totalitat a la prestació de l'activitat funerària de l'empresa. Tot això, sens perjudici del que preveu la disposició transitòria. 3. (...). 8. L'empresa acreditarà la subscripció d'una pòlissa de responsabilitat civil per import de - euros. Obtinguda la llicència d'activitat funerària s'haurà de tramitar la corresponent a l'implantació de l'activitat -simultàniament o prèviament a la d'obres, si es dona el cas-. Amb l'obtenció d'aquestes el seu titular restarà habilitat per dur a terme només la implantació efectiva de tots els elements de l'activitat autoritzada, incloses les mesures correctores (...)."

La Disposición transitoria es del siguiente tenor literal:

"S'estableix un període transitori que durarà fins que sigui autoritzat un tanatori ja sigui municipal o no. Durant aquest temps, les empreses que actualment presten serveis funeraris podran continuar l'activitat presentat sol·licitud en aquest sentit. Aquesta llicència serà atorgada prèvia sol·licitud acompanyada de tota la documentació requerida segon l'establert en aquest Reglament. La llicència així atorgada tindrà caràcter provisional i amb vigència limitada a la posada en funcionament d'un tanatori en el municipi, sigui municipal o no. Un cop posat en funcionament el servei de tanatori la llicència provisional quedarà sense efectes."

Del examen del expediente administrativo se extrae que el Reglamento aquí impugnado fue tramitado junto con el procedimiento seguido para el establecimiento del servicio de prestación de actividades funerarias. Las alegaciones formuladas por la sociedad aquí recurrente fueron estimadas en el acuerdo adoptado el 9 de febrero de 2012 por el Pleno del Ayuntamiento, que aprobaba el proyecto de establecimiento del servicio y el



Reglamento recurrido, indicando que se adicionaba un epígrafe al proyecto en base al informe que resolvía esas alegaciones.

Ese informe obra en los folios 40 y siguientes del expediente administrativo y el epígrafe adicional es del siguiente tenor literal:

"Règim d'utilització del tanatori municipal. La utilització del tanatori municipal de Vilassar de Mar es trobarà oberta a les empreses que: 1. Hagin estat objecte d'autorització administrativa per a la prestació del serveis funeraris per part de l'ajuntament del municipi en què es trobin legalment establertes. 2. Estiguin donades d'alta a la matrícula de l'impost d'Activitats Econòmiques, en l'epígraf corresponent i amb validesa al municipi de Vilassar de Mar. Les tarifes aplicades a les diferents activitats i prestacions que integren els serveis de tanatori seran aprovades per l'Ajuntament, i inclouran el lloguer dels diferents espais a les esmentades empreses operadores".

En la contestación a la demanda la Administración demandada reconoce que por error de omisión no se rectificó y/o aclaró el redactado de algunos artículos del Reglamento recurrido, en concreto del artículo 10.B.2, sin que los demás preceptos impugnados se vieran afectados por la adición realizada.

No obstante, con fecha 11 de diciembre de 2013 la representación procesal de la Administración demandada aporta como documento adjunto, el certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Vilassar de Mar, sobre el acuerdo adoptado el 21 de noviembre de 2013 por el Pleno de esa Corporación Local, que acuerda aprobar definitivamente la modificación del Reglamento de prestación de actividades funerarias, introduciendo las siguientes modificaciones:

Respecto del artículo 3.2.d), se excluyen las expresiones "en tot cas" y "de prestació inexcusable". Al artículo 10.B.2, se le suprime los párrafos 2º y 9º (8º), modificando por ello su enumeración y se introduce un artículo 10 bis, con el siguiente contenido:

"1. L'Ajuntament promourà la instal·lació d'un tanatori en el municipi. 2. Aquest establiment haurà d'incloure, com a mínim, les següents instal·lacions: - Sala de vetlla (...), sales de vetlla per a la família i les persones més pròximes i per el túmul frigorífic, on s'exposi el cadàver, que ha de tenir els dispositius necessaris perquè aquest es mantingui a una temperatura de 4ªC. -Zona de treball, independent de la sala de vetlla, per realitzar treballs de manipulació de fèretres i altres materials funeraris. -Dependència d'atenció al públic. 3. Altres característiques: L'entrada i la circulació de cadàvers serà independent de la reservada per l'accés a peu de familiars i visitants. El tanatori ha de ser una edificació aïllada, és a dir, sense veïns dintre del mateix edifici. Si disposa de més d'una planta, les plantes superiors a la planta baixa estaran afectes en la seva totalitat a la prestació de l'activitat funerària de l'empresa. 4. (...). 5. El règim d'utilització del tanatori es regula per la disposició adicional del present Reglament".

La Disposición transitoria se suprime en su totalidad.

TERCERO.- El articulado del Reglamento impugnado parece responde a lo establecido en el artículo 6.3 de la Ley 2/1997, de 3 de abril, de Servicios Funerarios, en su redacción originaria, en el que se establecía:

"Las ordenanzas o los reglamentos municipales pueden fijar niveles mínimos de calidad o disponibilidad de los medios a que se refiere el apartado 1. También pueden exigir a las empresas funerarias el servicio de tanatorio, con independencia de la correspondiente titularidad, con el número de salas que se determinen, así como un local propio en el término municipal. Dichos requisitos deben justificarse de acuerdo con objetivos de calidad del servicio, deben ser proporcionales a la población e índice de mortalidad del municipio y no pueden vulnerar la libertad de concurrencia de empresas funerarias".

El Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, de adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, modificó la Ley 2/1997, de 3 de abril, de Servicios Funerarios, según se indica en su Preámbulo, "con el fin de destacar el derecho de los usuarios y usuarias de los servicios funerarios a obtener información sobre los servicios a los que tienen acceso y sobre las condiciones económicas de estos servicios. Además, con la finalidad de facilitar el acceso a la prestación de servicios funerarios, se prevé que cualquier prestador de servicios funerarios con habilitación pueda prestar el servicio de transporte de cadáveres y las actividades asociadas a todo el territorio de Cataluña y se elimina la necesidad de que el transporte se deba efectuar con vehículos autorizados", desapareciendo del citado precepto la exigencia a las empresas funerarias del servicio de tanatorio, quedando redactado de la siguiente forma:

"Las ordenanzas o los reglamentos municipales pueden fijar los requisitos mínimos de disponibilidad de medios a que se refiere el apartado 1, los cuales tienen que tener por finalidad garantizar la calidad del servicio, tienen que ser proporcionados y tienen que respetar la libre competencia".



En Reglamento impugnado vulneraría la citada Ley cuando en su artículo 3.2 dispone que "Es consideren, en tot cas, activitats o serveis funeraris de prestació inexcusables les funcions següents: a) (...); d) Prestar els serveis de tanatori, en condicions físiques adequades per a la vetlla". También su artículo 10.B, en cuanto en el apartado 2 sujeta la obtención de la licencia para poder ejercer la actividad funeraria a la disposición de un tanatorio permanente en el municipio y su apartado 8 dispone que obtenida la licencia de actividad funeraria se habría de tramitar la correspondiente a la implantación de la actividad, simultánea o previamente a la de obras, de estimar que con ello se está exigiendo el establecimiento del servicio de tanatorio.

Su artículo 9.2 dispone que para poder autorizar a una persona o empresa para la instalación y ejercicio de la actividad de prestación de servicios funerarios en el municipio se ha acreditar la disposición de las instalaciones, de los equipamientos y de los medios materiales a que se refiere el Reglamento, de forma que la exigencia en cada caso de las instalaciones necesarias vendrá determinada por el tipo de servicio funerario que se preste, razón por la que no cabe apreciar que con el mismo se vulnere, necesariamente, el régimen legal dispuesto.

La Administración demandada viene a reconoce esos incumplimientos cuando el 21 de noviembre de 2013 acuerda aprobar definitivamente la modificación del Reglamento recurrido, excluyendo las prescripciones del artículo 3.2.d) aquí discutidas, suprimiendo los apartados impugnados del artículo 10.B.2 y su Disposición transitoria, e introduciendo un nuevo artículo, el 10bis, con la consiguiente pérdida de objeto parcial del presente recurso.

El artículo 6.3 de la Ley 2/1997, de 3 de abril, en la redacción vigente cuando se aprueba el Reglamento recurrido, permite que las ordenanzas o los reglamentos municipales pueden fijar los requisitos mínimos de disponibilidad de medios exigibles a las entidades prestadoras de los servicios funerarios, pero esos requisitos, además de que deben de tener por finalidad garantizar la calidad del servicio, tienen que ser proporcionados y respetar la libre concurrencia, principios estos últimos que se verían alcanzados con las prescripciones dispuestas en los preceptos impugnados del Reglamento objeto del presente recurso, que exigen el establecimiento del servicio de tanatorio a las empresas funerarias, pues según consta en las certificaciones expedidas por el Secretario del Ayuntamiento de Vilassar de Mar el 17 de abril de 2013, obrantes en el ramo de prueba de la parte actora, el número de habitantes de esa población, el día 1 de enero de 2012, era de 19.981 y las inhumaciones fueron 73 en el año 2009, 57 en el año 2010, 83 en el año 2011 y 60 en el año 2012, resultando por ello innecesaria la exigencia a todas las empresas funerarias de tanatorio propio.

Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de los servicios funerarios no pueden establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, imposibilitando o dificultando la instalación de empresas funerarias en régimen de concurrencia o libre competencia. A ninguna empresa que quiera establecerse en el sector se le puede exigir que necesariamente posea en el municipio un establecimiento permanente con dotación de un conjunto de servicios y medios personales y materiales desproporcionados, pues se infringiría el artículo 1, de la Ley 2/1997, de 3 de abril, en cuanto dispone que los servicios funerarios tienen la condición de servicio esencial de interés general, que puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos.

Procede, pues, estimar parcialmente el recurso para declarar la nulidad de los siguientes preceptos del Reglamento recurrido: artículo 3.2.d), en la exigencia de la prestación "en tot cas" de los servicios de tanatorio "de prestació inexcusable"; artículo 10.B.2 y 8, y; Disposición transitoria.

CUARTO.- La postura adoptada por la Administración demandada, que pese a defender en la demanda la conformidad a derecho del Reglamento impugnado, posteriormente llevó a cabo una modificación del mismo, incidiendo en los preceptos del mismos aquí discutidos ha de comportar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición a la misma del pago de las costas, cuya cuantía máxima se fija en 1.000 euros.

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

FALLO

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

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Cabré Junqueras, S.A. contra el Reglamento de "establiment del servei de prestació d'activitats funeràries", aprobado el 9 de febrero de 2012 por el Pleno del Ayuntamiento de Vilassar de Mar.



SEGUNDO. Declarar la nulidad de los siguientes preceptos del Reglamento recurrido: artículo 3.2.d), en la exigencia de la prestación "en tot cas" de los servicios de tanatorio "de prestació inexcusable"; artículo 10.B.2 y 8, y; Disposición transitoria.

TERCERO. Imponer el pago de las costas al Ayuntamiento de Vilassar de Mar, cuya cuantía máxima se fija en mil (1.000) euros.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación, a preparar ante esta Sala dentro del plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, que será notificada a las partes, llevándose testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ