**Asunto**: Informe sobre alegaciones presentadas al otorgamiento de licencia de obras para construcción de inmueble destinado a Tanatorio.
**Solicitante*:*** Ayuntamiento de Santaella.
**Expte.** : 306/2018

## INFORME JURÍDICO

### ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santaella, remite escrito por el que se solicita de estos servicios jurídicos la emisión de informe, en relación a la reclamación planteada por la empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, titular de un derecho de superficie para la construcción y explotación de un tanatorio, por la que se pretende que el Ayuntamiento proceda a la anulación o revocación de licencia de obra concedida a otra empresa, para la construcción de otro tanantorio en el municipio.

### NORMATIVA APLICABLE

- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RB), aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.
- Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica.
- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- Reglamento de Policía Sanitaria y Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO**.- Como punto de partida y como contestación a la pretensión por parte del alegante de mantenimiento del equilibrio económico de la actividad, debemos analizar la naturaleza jurídica del contrato que une a la empresa reclamante con el Ayuntamiento de Santaella.

Según se desprende de la documentación contenida en el expediente, nos encontramos ante un contrato por el que se adjudica un derecho de superficie sobre una parcela patrimonial de propiedad municipal. Los bienes patrimoniales de las Corporaciones pueden ser enajenados cumpliendo lo preceptuado en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RB), aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, en cuanto al expediente previo, depuración física y jurídica de la finca y convocatoria de la licitación pública. Pero, no sólo es enajenable el derecho de propiedad, sino también los derechos reales que sobre la finca puedan constituirse. Entre ellos, el derecho de superficie, que autoriza a edificar en solar ajeno, adquiriendo el superficiario la propiedad de lo edificado y revirtiendo ésta al Ayuntamiento una vez transcurrido el plazo pactado.

Lo que en realidad se ha hecho es una enajenación finalista. Ha de considerarse correcta y legal toda cláusula contractual que asegure y garantice el cumplimiento del fin que determinó la enajenación, y que realmente es la causa del contrato, que en nuestro caso sería la construcción y actividad de tanatorio, por lo que **no podrían considerarse, como dice el alegante *"obligaciones específicas de gestión y explotación del servicio",* si no cláusulas encaminadas al cumplimiento del objeto del contrato.**

**No nos encontramos ante la concesión del servicio, lo que implicaría una modalidad de la gestión indirecta del servicio,** que sería entonces de titularidad municipal y al ser el servicio de titularidad pública aunque de gestión indirecta, pagaría el canon correspondiente por la concesión y explotación del mismo.

Efectivamente, **la enajenación del derecho real de superficie constituye un contrato privado.** Y en virtud de la teoría de los actos separables, la preparación y adjudicación del contrato se rigen por el Derecho administrativo, y sus efectos y extinción por el Derecho privado. Ha de partirse de la idea de que no se trata de un tanatorio de titularidad pública, y que no estamos ante la gestión de un servicio público por un particular o empresa. El propietario de la edificación (el tanatorio) pagaría un precio o canon por el derecho de superficie otorgado; pero, obviamente, al ser de titularidad privada, no abonaría ningún canon por la gestión de un servicio.

Por todo lo anterior no es posible entender viable la pretensión del alegante de mantenimiento del equilibrio económico de la actividad, ya que no nos encontramos ante un contrato de gestión de un servicio público, ni de concesión de obra pública. El objeto del canon es el derecho de superficie, no la gestión de un servicio público, pues nos encontramos ante un servicio de caracter privado.

**SEGUNDO.**- Afirma la empresa en su alegación tercera que "El Ayuntamiento de Santaella nunca plasmó en las bases del concurso, que la actividad económica concesionada, se podría liberalizar por parte del Ayuntamiento antes del vencimiento de la concesión, porque de haber sido así, sin duda mi representada no habría licitado para la concesión de dicho servicio, en el marco de un procedimiento abierto de contratación pública"

Al margen de la inexactitud en la calificación del contrato ocmo concesión de servicio, cabe destacar que el **Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica,** y el principio de la libre competencia harían imposible la restricción de la actividad de tanatorio en el municipio, ya que **se liberaliza la prestación de los servicios funerarios.**

En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 1926/2014 de 7 Jul. 2014, Rec. 764/2012 indica que *el artículo 25.1 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal , y en su apartado segundo dispone que ejercerá, en todo caso, competencias , en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas , enumerando una serie de materias y en la letra j) se cita "cementerios y servicios funerarios". Además, en el artículo 26-1 a) regula los servicios públicos exigibles en todo caso en todos los municipios, figurando entre ellos el de cementerio. Por su parte el artículo 85.1 de esa misma Ley establece: son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias , siendo el de cementerios y servicios funerarios una de sus competencias.*

Tal como estableció la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 29 de octubre de 2010 (número 957/2010, recurso 422/2005) debe distinguirse entre lo que constituye por un lado el servicio público esencial de cementerio, que engloba la regulación, construcción, cuidado y mantenimiento de las dependencias e instalaciones destinadas a este fin, y de otro, el servicio funerario, incluyendo en ese concepto el traslado de cadáveres y todo el conjunto de posibles prestaciones en relación al fallecimiento de una persona, entierro e incineración de cadáveres.

El servicio funerario, que no el de cementerios, está liberalizado por el Real Decreto Ley 7/1996 de 7 de junio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, de forma que **el ayuntamiento ya no puede prestar los servicios funerarios en régimen de monopolio o de prevalencia sobre el resto de empresas del sector** como antaño ocurría en el ejercicio de la actividad de "servicios mortuorios". **En esta materia el Ayuntamiento ha de someterse a las reglas de la libre competencia**.... un régimen de autorización municipal, lo cual no puede esconder la intención de consagrar una posición monopolística por parte del ayuntamiento a través de la imposición de numerosas trabas o dificultades a la hora de autorizar en el término municipal aquella actividad económica, que convierta en ilusoria dicha actividad por su imposible ejercicio.

Dicho ello, el Ayuntamiento en el legítimo ejercicio de una competencia que le es propia, servicios funerarios, podría haber organizado la prestación de ese servicio en cualquiera de las formas ordinarias de gestión, como en este caso es mediante concesión. En este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1997 indica: *así pues, no puede dudarse de la potestad auto-organizativa de los Ayuntamientos en lo que se refiere a los modos de gestión del servicio público funerario, sometida únicamente a los establecido en la legislación estatal y autonómica en la medida que la competencia para regularlo venga atribuida a tales entes superiores* .

Lo que sucede es que en ningún caso la actividad de servicios funerarios a prestar por una empresa pública municipal o concesionaria puede irrogarse una actitud monopolística o de supremacía en el sector, por lo que con mayor razón si se trata de una

actividad económica de carácter privado debe operar en el mercado en igualdad de condiciones con otros posibles operadores económicos.

**TERCERO.-** La solución a lo planteado debe abordarse asi mismo desde la perspectiva de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. El art. 12 de esta norma parece circunscribir la limitación del número de autorizaciones a dos motivos:

**a)** La escasez de recursos naturales.
**b)** La escasez de las capacidades técnicas que se pueden utilizar.

En estos supuestos, han de garantizarse la imparcialidad, la transparencia y la publicidad adecuada del inicio, el desarrollo y la finalización del procedimiento. La autorización se concederá por una duración limitada y adecuada y no dará lugar a un procedimiento de renovación automática, ni conllevará ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o personas que estén especialmente vinculadas con él.

De forma más clara, el art. 15 exige que las autoridades competentes de los estados miembros revisen si aquellas normas que establezcan restricciones al acceso a las actividades de servicios (entre otras, límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores) cumplen las siguientes condiciones:

**a)** No discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social.
**b)** Necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general.
**c)** Proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

**Se nos escapa qué razones imperiosas de interés general pueden justificar restricciones al establecimiento de actividades de tanatorio en la localidad.** Por lo que

no consideramos viable que pueda limitarse el número de tales actividades en el término municipal. Será la libre competencia entre los prestadores de servicio la que definirá el número de las actividades que sean viables.

Finalmente, hemos de recordar que **el art. 14 de la citada Directiva impide que los Estados supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de requisitos como la acreditación de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente. Esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general.**

Por ello no existe inconveniente en conceder la licencia a varios tanatorios en el mismo término municipal.

Como se deriva asi mismo de La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 2311/2016 de 28 Sep. 2016, en relación al recurso interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Almería de 28 de julio de 2014, que aprobó definitivamente el Reglamento de Funcionamiento del Tanatorio-Crematorio "Sol de Portocarrero"debe prevalecer la liberación de la prestación de los servicios funerarios, de modo que cualquier previsión que vulnere esta regla debe ser anulada. En este sentido, debe partirse de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que liberaliza el servicio funerario, que no el de cementerios. De esta forma, como se dijo por esta misma Sala en Sentencia de 7 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 764/2012 , en la que se cita la Sentencia del TSJ de Baleares de 29 de octubre de 2010 , *"... el ayuntamiento ya no puede prestar los servicios funerarios en régimen de monopolio o de prevalencia sobre el resto de empresas del sector como antaño ocurría en el ejercicio de la actividad de "servicios mortuorios". En esta materia el Ayuntamiento ha de someterse a las reglas de la libre competencia, con la única matización de que es exigible a las empresas que deseen ejercer esa actividad, la obtención previa de una autorización municipal de carácter reglado*

**CUARTO**.- Sin entrar en los aspectos urbanísticos de la ubicación de la empresa solicitante de licencia de obras para la instalación de un nuevo tanatorio, corresponde al planeamiento general o parcial, según la clase de suelo, el determinar la posible ubicación de cementerios, depósitos, tanatorios, velatorios, etc. a través de las determinaciones correspondientes y respetando la legislación sobre la materia, representada, con carácter general, por el Reglamento de Policía Sanitaria y Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio, legislación básica del Estado, y por las correspondientes disposiciones de la respectiva Comunidad Autónoma. El medio o instrumento, en cuanto a los tanatorios y velatorios, lo constituye la regulación de los usos del suelo,estableciendo usos permitidos, usos tolerados, usos prohibidos, compatibles, etc.

**CONCLUSIONES**

**-** No nos encontramos ante un contrato de gestión de un servicio público, ni de concesión de obra pública. El objeto del canon es el derecho de superficie, no la gestión de un servicio público, pues se trata de una actividad de carácter privado. Por lo tanto no existe obligación de mantener el equilibrio económico, máxime si no se ha producido una modificación del contrato

- El Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, y el principio de la libre competencia harían imposible la restricción de la actividad de tanatorio en el municipio, ya que se liberaliza la prestación de los servicios funerarios. Ninguna empresa puede irrogarse una actitud monopolística o de supremacía en el sector, por lo que debe operar en el mercado en igualdad de condiciones con otros posibles operadores económicos.

- Sin entrar en cuestiones urbanísticas sobre la idónea ubicación de la construcción para tanatorio, y en base a lo anteriormente argumentado, entendemos que no procede denegar una licencia de obras tomando como fundamento el perjuicio económico que ello produciría a la única empresa que ya se encuentra operando en el municipio.

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

En Córdoba, a 15 de noviembre de 2018.

La Secretaria-Interventora adscrita al Servicio Jurídico de la Excma. Diputación Provincial. **Fdo. Cristina Cabello de Alba Jurado.**

C/ Atlántico 11. 14011 - Córdoba
Tel.: 957 211105  Fax: 957 212 801