

La liberalización del sector mortuario en España y Francia

José Antonio García de Coca
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad de Valladolid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SUPRESIÓN DE DERECHOS EXCLUSIVOS. 1. Consideraciones generales. 2. Justificación de su eliminación. A) Argumentos favorables al mantenimiento de este derecho exclusivo. B) Crítica. a) Razones de naturaleza ética. b) Motivos higiénicos. c) Prácticas venales. 3. Neorregulación del sector. III. EL TRÁNSITO FRANCÉS. 1. Su preparación. 2. Finalidad y contenido de la reforma. A) Objetivo básico. B) Algunos elementos del nuevo régimen jurídico. IV. LA LIBERALIZACIÓN ESPAÑOLA. 1. Notas sobre el nuevo régimen jurídico. 2. Primeros pasos en falso.

I. INTRODUCCIÓN

Desde algún sector de la literatura jurídico-administrativa se ha advertido sobre *la interesada y precipitada desregulación*, sobre la posibilidad de que un futuro más o menos próximo nos depare un *Estado deshuesado*, o, en el ámbito de este estudio, que las Entidades locales, se vean reducidas a «colosales escenarios en los que no quedaría sino la inane y atildada compostura de los decorados»¹. No deja de ser sorprendente que surjan en España defensores de unos Poderes públicos locales prestadores de bienes y servicios —ante la *amenaza* de las orientaciones despublizadoras, privatizadoras y desreguladoras—, porque a poco que se repase nuestra historia reciente se observará que apenas nada ha cambiado en este ya viejo escenario². Se observa, a mayor abundamiento, cómo las Corporaciones locales españolas, lejos de ajustarse a estos tímidos repliegues, se dotan crecientemente de un sector público empresarial, lo que no

¹ Véase, especialmente, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, ed. Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1992, p. 21 y su prólogo a la obra de F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 17 y ss.; L. TOLIVAR ALAS, «Privatizaciones y servicios públicos locales», *Leviatán*, n.º 69, 1997, pp. 45 y ss. y C. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, «Las vicisitudes del Derecho Local de Inglaterra y Gales. A propósito del libro *Cross on principles of Local Government Law* de Stephen Bailey», *REALA*, n.º 260, oct.-dic. 1993, p. 843.

² No muy distinta es, en líneas generales, la experiencia comparada, donde el *Estado keynesiano* apenas ha sido sustancialmente reducido. En este sentido, S. CASSESE, «Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation», *RTDP*, 1991, p. 385.

puede desvincularse, por cierto, de la desmedida extensión, como se ha criticado desde Alemania, de nuestro monopolio local ³.

Nuestra intención con este estudio consiste en poner de relieve cómo la actividad pública local prestacional en exclusiva en el sector fúnebre, o más ampliamente en el mortuorio, había perdido en España y Francia las razones que en su momento justificaron su establecimiento; cómo, en definitiva, otras fórmulas jurídicas diferentes pueden ofrecer unos resultados en beneficio del ciudadano superiores a los que hasta ahora ha ofrecido la técnica del servicio público, o, al menos, que otras técnicas colman de igual manera los intereses públicos en juego, con la ventaja de ser más coherentes con la economía de mercado. Las recientes reformas legales que han modificado el escenario en que se desenvolvían estas actividades no cabe, en suma, calificarlas, a nuestro juicio, como precipitadas o interesadas, antes al contrario, eran necesarias e inaplazables.

Como indicamos en un estudio anterior publicado en esta Revista, el nuevo Gobierno surgido tras las elecciones generales de marzo de 1996 decidió liberalizar los «servicios mortuorios» (aceptando las sugerencias del Tribunal de Defensa de la Competencia), a través del RDL 7/1996, de 7 de junio ⁴. Como es sabido, el artículo 86.3 de la LRRL contempla la posibilidad (teoría del doble escalón de los servicios públicos locales ⁵) de que

³ Vid. A. MARTÍNEZ, «La empresa pública local en España: un análisis crítico de su situación en el ámbito financiero-presupuestario», *REALA*, enero-marzo 1992, n.º 253 y F. LLISSET BORRELL, *La actividad empresarial de los Entes locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1990, pp. 17-18 (donde atribuye el resurgimiento del industrialismo municipal en estos años a las crisis económicas; a la definición constitucional del Estado como social y a la LRRL). La crítica a la extensión de los monopolios locales españoles en CH. PIELOW (*Autonomía local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland*, Bochum, 1992), citado por S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Nuevas perspectivas jurídicas respecto de la actuación económica de los poderes públicos. Con referencia especial a la actividad local», *REALA*, enero-marzo, 1994, n.º 261, p. 96.

⁴ «El conflicto territorial de traslado en el transporte fúnebre: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1997», *REALA*, n.ºs 274-275, mayo-diciembre 1997, pp. 570-571.

⁵ Véase sobre el doble escalón en las publicaciones locales, J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios locales*, ed. Montecorvo, Madrid, 1994 («... una cosa es la declaración legal, y otra, la efectiva reserva, que no necesariamente tiene por qué producirse»), pp. 16, 77-80; F. VILLAR ROJAS, «Los servicios esenciales reservados a las Entidades locales», en la obra colectiva *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid, 1991, p. 184; F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención...*, cit., pp. 339, 345-347, 352 y 385-386; J. A. LÓPEZ PELLICER, «Actividades y servicios locales en el Reglamento de la Generalidad de Cataluña de 13 de junio de 1995», *RAP*, 141, 1996, p. 277; J. A. GARCÍA DE COCA, *Liberalización de la actividad funeraria*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pp. 53-56 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de septiembre de 1996 (FD 2.º): «El régimen de monopolio es facultativo, y no una imposición del legislador local, que permite también prestar el servicio en régimen de libre concurrencia, tal y como señala el art. 47.2 RSCL, cuando menos tratándose de aquellas actividades

los Entes locales se reserven determinadas actividades esenciales. La vieja redacción de este precepto se refería a los «servicios mortuorios» con la intención de que la reserva pudiese abrazar la totalidad de las actuaciones locales derivadas de la muerte de una persona física, no sólo las estrictamente fúnebres, incluyendo —en consecuencia— también y muy especialmente a los equipamientos y servicios prestados en el ámbito necropolitano ⁶.

El reciente ejemplo francés, donde se presentaban en este ámbito no pocas coincidencias con el caso español, en ocasiones ciertamente sorprendentes, aportó una pauta importantísima sobre los instrumentos y problemas jurídicos que debían emplearse y afrontarse en España, amén de reforzar los argumentos sobre la necesidad de revisar la situación jurídica de este sector. La Ley francesa de 8 de enero de 1993 ⁷ declaró la extinción del monopolio municipal sobre el servicio exterior de pompas fúnebres instaurado, durante la III República por la Ley de 28 de diciembre de 1904. No obstante, debe advertirse, que con anterioridad a la III República, la actividad revestía ya el carácter de servicio público aunque de titularidad estatal. En efecto, las negativas consecuencias que sobre el sector objeto de este estudio provocó la Revolución francesa ⁸ acabaron por provocar durante las primeras semanas del Primer Imperio la publicación de las pompas fúnebres. La normativa del período ⁹ se propuso cua-

que, de acuerdo con la regulación estatal sectorial, se pueden ejercitar libremente por los particulares o con simple supeditación a régimen de autorización.»

El profesor R. GÓMEZ FERRER-MORANT se ha pronunciado en contra de la existencia de esta peculiaridad de los servicios públicos locales, afirmando que lo único que entorpece su ejecución son las dificultades financieras para proceder a las correspondientes expropiaciones («La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en el libro homenaje a E. García de Enterría, *Estudios sobre la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1991, vol. V, pp. 3826 y ss.).

⁶ El profesor L. TOLIVAR ALAS abogó a principios de la década de los ochenta, en una obra pionera en el objeto de nuestro estudio (*Dogma y realidad del Derecho mortuario español*, IEAL, Madrid, 1983), por la plasmación normativa de una expresión que comprendiese todo el ciclo de este negocio («servicios mortuorios», por ejemplo) —expresión, en consecuencia, que debía englobar también a los cementerios— y la inclusión de estos equipamientos entre las actividades publicables en el ámbito local, es decir, entre las actividades declaradas por Ley como susceptibles de reserva a favor de las Entidades locales. Véase también el trabajo del mismo autor, «Los servicios mortuorios locales: cementerios y servicios funerarios», *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II (bajo la dirección del profesor S. Muñoz Machado), Civitas, Madrid, 1988, p. 1578.

⁷ N.º 93-23, de modificación del Título VI del Libro III del Código municipal relativo a la legislación en el ámbito funerario, *JORF* del 9 de enero.

⁸ Como el abandono de los antiguos cementerios parroquiales nacionalizados por los revolucionarios y las prácticas escandalosas en materia de inhumaciones, que gestionaron durante ese período los Municipios.

⁹ Decreto del 23 de *pradial* del año XII; la Circular del mismo año del Ministerio del Interior de 8 de *Mesidor* y los Decretos de 18 de mayo de 1806 y 18 de agosto de 1811.

tro objetivos: 1) Recuperar los usos y ceremonias fúnebres del Antiguo Régimen, apartados durante la época revolucionaria, aunque incorporando nuevas ideas y exigencias derivadas de la higiene; 2) Dar satisfacción al descontento de los ciudadanos provocado por los efectos negativos de la secularización; 3) Evitar la especulación y 4) Configurar un monopolio sobre la actividad exterior fúnebre, cuya gestión se confió a las Fábricas católicas y Consistorios protestantes ¹⁰.

La actividad jurídicamente se perfiló como un servicio público aunque degeneró en un recurso fiscal, circunstancia, como señaló la literatura, difícilmente compatible con el interés público, lo que desembocó durante la III República, tras no pocas dificultades y presiones, en la Ley de 1904, en cuya virtud el monopolio sobre el servicio exterior se atribuyó, como hemos indicado, a los Municipios ¹¹.

II. LA SUPRESIÓN DE DERECHOS EXCLUSIVOS

1. Consideraciones generales

Probablemente una de las técnicas menos empleadas por el Poder legislativo en el ámbito del Derecho administrativo económico haya sido la supresión de derechos exclusivos, prácticamente reducida a aquellos supuestos en que han sido abolidos por razones derivadas del desarrollo económico o del avance tecnológico. Este hecho es, ciertamente, sorprendente habida cuenta de que los derechos exclusivos, por su naturaleza intrínseca, deben tener carácter excepcional ¹², sin que el Legislador pueda elevarlos a modalidad natural u ordinaria de intervención.

¹⁰ A través del otorgamiento a la Iglesia de la gestión de este servicio de titularidad estatal se le aseguraba una fuente importante de recursos, compensando, de esta manera, las expoliaciones sufridas durante la Revolución.

¹¹ Véase, a título ejemplificativo, J.-F. AUBY y S. RIALS, *Votre commune et la mort. Aspects juridiques, techniques, financiers*, ed. du Moniteur, Paris, 1982, pp. 13 y 71 y ss.; S. RIALS, «La difficile réforme du service extérieur des pompes funèbres», *Rev. Adm.*, 1980, núm 196, p. 348; F. GRIVAZ, «La loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres», *RDP*, 1905, pp. 402 y ss.; M.-T. VIEL, *Droit funéraire et gestion des cimetières*, Berger-Levrault, Paris, 1991; R. VIDAL, *Guide pratique de législation funéraire*, Librairies Techniques, 4.º éd., Paris, 1985, pp. 101 y ss.; G. SEBASTIEN, «La fin du monopole communal des pompes funèbres: vers un nouveau droit funéraire?», *Sem. Jur.*, 1993, n.º 38, p. 367; P. BERCHON, «La loi n.º 93-23 du 8 janvier relative à la législation dans le domaine funéraire», *ALD*, 1993, p. 243 y N. RAINAUD, «Service public et pompes funèbres», *RDP*, 1992, núms. 1-3, p. 515.>

¹² Una exclusión tan absoluta como la que introduce un derecho exclusivo sobre el ejercicio de la actividad empresarial contradice la normal posición de libertad regulada que ya recogiera la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 en sus artículos 1.º y

Existen dos supuestos básicos de eliminación de un derecho exclusivo. El primero se produce por la supresión de la actividad sobre la que recaía tal derecho, tratándose, por tanto, de una eliminación de la exclusividad de carácter indirecto, subordinado o derivado a la propia eliminación del servicio, y que, por lo general, obedece a razones tecnológicas (piénsese, por ejemplo, en el transporte urbano de tranvías). La actividad suprimida puede, sin embargo, ser sustituida por otra actividad sobre la que también se establezcan idénticos derechos (v. gr., sustitución de un tipo de transporte o de un suministro energético por otro) ¹³.

El segundo caso, el que justamente ha afectado a la actividad que analizamos, es una supresión originaria, derivada del desentendimiento prescricional por parte de la persona jurídico-pública, al percibirse que la actividad pública ha perdido su especial trascendencia pública, es decir, la actividad se devuelve a la libertad de empresa y a la iniciativa pública, en su caso.

4.º y, en concreto, las libertades económicas ordenadas que desde la Ley de 2-17 de marzo de 1791 (el denominado, como es sobradamente conocido, en honor del diputado que presentó el proyecto, *décret d'Allarde*) se declaran, en líneas generales, en todos los ordenamientos jurídicos europeos y en el propio Derecho de la Unión (vid., por ejemplo, J. CHEVALLIER, «Le pouvoir de monopole et le droit administratif français», *RDP*, 1974, n.º 1, pp. 23 y ss.; A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en Droit belge et en Droit français*, Bruylant, Bruxelles, 1979, pp. 16-17; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, vol. I, 8.ª ed., Domat-Montchrestien, Paris, 1994, pp. 257 y ss. y J.-F. AUBY, *Les services publics locaux*, PUF, Paris, 1982, pp. 9-10).

Ha señalado la literatura alemana, a este respecto, que la prohibición absoluta de actuación de los operadores privados constituye *la forma imaginable más extrema de limitar el derecho a la libre elección de profesión (...) constituyendo, por tanto, un cuerpo extraño en una Constitución basada en la libertad de profesión*. Vid. R. STÖBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. I.º, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1987, pp. 164-165 y W. FIEDLER, «Berufsfreiheit als Schranke der Verwaltungsmonopole», *DöV*, n.º 11, juni 1977: «Im System einer grundsätzlich freien Wirtschaft bilde ein vom Gesetz geschaffenes wirtschaftliches Monopol einen gewissen Fremdkörper», p. 394.

Por este motivo, es difícil admitir que esta técnica pueda ser empleada de manera masiva para satisfacer en cualquier circunstancia cualquier interés público, desconociendo la existencia de diferentes fórmulas de satisfacción de los intereses públicos; únicamente un ordenamiento jurídico poco afinado, técnicamente atrasado, podría interpretar una melodía tan desajustada. Si, como acabamos de indicar, la intervención pública económica debe hallarse abrigada por un interés público, la técnica del derecho exclusivo, por sus efectos, únicamente puede aparecer coherentemente en aquellos casos en que la amenaza a intereses públicos especialmente cualificados es de tal intensidad o vigor que no existe otro medio más apropiado para su cabal satisfacción. En definitiva, el grado de penetración de la técnica publicadora sobre la libertad determina que sólo pueda justificarse cuando aparece un específico interés general en un grado muy intenso, es decir, cuando el derecho exclusivo *se instituya en defensa ante graves peligros contra bienes colectivos de especial importancia* (vid., v. gr., R. STÖBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., p. 165).

¹³ Véase, sobre esta distinción, J. CARBAJO, *Droit des services publics*, Dalloz, Paris, 1990, pp. 30-33.

La carga que recae sobre el Poder público de demostrar continuamente la presencia de los intereses públicos que desencadenaron el establecimiento de derechos exclusivos supone que no exista un derecho adquirido a esa prestación pública por parte de la sociedad, tal y como ha tenido oportunidad de manifestar el Consejo de Estado francés; el principio de continuidad y regularidad de la prestación no puede confundirse con su perennidad¹⁴. Lo único que cabe exigir al Poder público es que constate fehacientemente la cesación de los intereses generales que reclamaron la *publicatio* de la actividad y el respeto de los principios y trámites jurídico-formales que aseguran una cabal valoración de la inexistencia de esos intereses¹⁵.

Exponemos a continuación precisamente la inexistencia de los intereses que, en su momento, determinaron la conveniencia de establecer los monopolios locales funerarios.

2. Justificación de su eliminación

Por razones sistemáticas expondremos, en primer término y de forma muy sucinta, los motivos que se han esgrimido para defender o, incluso, ampliar o reforzar las posiciones de exclusividad, para, en un segundo momento, criticar estos argumentos.

A) Argumentos favorables al mantenimiento de este derecho exclusivo

El debate sobre la supresión de derechos exclusivos en esta actividad se halla coloreado por unos tintes metajurídicos que dificultan la elaboración de un discurso jurídico puro. En la actividad, es cierto, concurren aspectos, por ejemplo, tan delicados como la relación que mantenga la sociedad con un hecho tan trascendental para la vida como la muerte. Cualquier proceso de reforma debe tener bien presente este tipo de consideraciones en aras de evitar posibles colisiones con sentimientos hondamente arraigados en la conciencia de gran parte o de una parte de los ciudadanos.

¹⁴ *Vid.*, de nuevo, J. CARBAJO, *Droit des services publics*, op. cit. (arrêts *Vannier* y *Chambre de Commerce de la Rochelle et autres*), p. 32 y J.-F. AUBY, *Les services publics locaux*, PUF, Paris, 1982, pp. 109-110 (quien señala que la inexistencia del principio de perennidad se ha aplicado al cierre de líneas de ómnibus de la SNCF).

¹⁵ R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province...*, op. cit., pp. 66 y 84.

Se han esgrimido, en primer lugar, razones de orden ético para impedir en este sector el juego de las leyes del mercado, siendo, en realidad, como se ha indicado, la razón aparentemente más sólida de todas las que suelen aportarse. Se argumenta, por ejemplo, la necesidad de garantizar a las familias afectadas por el duelo, en un momento de especial vulnerabilidad, que no sean perjudicadas por presiones comerciales que hieren la decencia. Sobre la base de este razonamiento se propuso desde Francia un reforzamiento de los derechos exclusivos por constituir, se afirmaba, la garantía más sólida contra los excesos inevitables del poder en toda organización dedicada al comercio legal de la muerte. En definitiva, se pretendía mantener una especie de moralización de la concurrencia en las pompas fúnebres ¹⁶.

En segundo término, también se quiso apoyar el mantenimiento de estos derechos exclusivos en la necesidad de prever las disponibilidades de material y de personal en caso de catástrofe (epidemia, calamidad), en los que se debe proceder a la inhumación de numerosas personas con el consiguiente riesgo para intereses públicos tan importantes como el mantenimiento de la higiene y de la salubridad, peor atendidos, se indica, si su aseguramiento se realiza a través de las leyes del mercado ¹⁷.

Por último, se afirma que el monopolio elimina la connivencia entre el personal de los centros hospitalarios y las empresas para la captación de servicios.

B) Crítica

a) Razones de naturaleza ética

La crítica contra el primer tipo de argumentos debe partir de la propia evolución de la sociedad. Desde Francia, por ejemplo, se advirtió que des-

¹⁶ En estos términos se han expresado, v. gr., S.-C. BOUZELY, «L'évolution du secteur des pompes funèbres», *Rev. Adm.*, 1986., p. 600 y P. PELLAS, «Pompes funèbres et Traité de Rome», *AJDA*, 1986, n.º 3, pp. 143 (anotación n.º 16) y 145.

En Bélgica, en unos términos parecidos, X. WAUTELET, «Le Droit administratif des transports funèbres», *Mouv. Comm.*, n.ºs 10 y 11/1993, p. 538.

Un razonamiento similar en España en J. C. ETXEZARRETA VILLALUENGA, *La privatización en la Administración Local*, Bayer, 1995, p. 71.

¹⁷ Argumento esgrimido en el denominado *Informe Aubert*, sobre el que más abajo hemos de volver, y justamente criticado por el propio PELLAS, entre otros, en «Pompes funèbres...», p. 143, anotación n.º 16.

de 1904 las mutaciones y progresos han modificado considerablemente las justificaciones que permitieron sustraer la actividad fúnebre a la competencia. En primer término, se señaló que las disposiciones que regulaban el sector habían quedado desfasadas. Un informe de la propia Administración, al que más abajo nos referiremos, resumía la situación como «compleja, obsoleta, incoherente y opaca». En segundo lugar, la profunda modificación del contexto de la muerte ¹⁸. Tercero, el movimiento secularizador y el deseo de sustituir la aleatoriedad de la caridad cristiana por la seguridad del Estado providencia, que desató el establecimiento de no pocos derechos exclusivos de este tipo, ha quedado apartado desde hace décadas por el propio carácter de las empresas que ahora desarrollan profesionalmente esta actividad y las disposiciones que aseguran la prestación del servicio a los indigentes o personas con recursos escasos, de manera que la evolución de esta actividad y el supraprincipio de dignidad del hombre han significado que algunos de estos monopolios resulten obsoletos en cuanto a sus fines. Finalmente, no cabe olvidar el fenómeno del consumerismo, la creciente preocupación del ciudadano por la calidad de la actividad prestacional pública, que ha desplazado a un segundo plano otras preocupaciones de carácter más trascendental. A este respecto, las asociaciones de consumidores francesas no alcanzaban a explicarse la insatisfactoria relación calidad-precio de la prestación pública funeraria ¹⁹.

Cuando se pretenden justificar estos derechos exclusivos por la necesidad de proteger a la familia en momentos de especial vulnerabilidad y resguardar la decencia ante las presiones comerciales se olvida que la competitividad y la agresividad de las empresas es un hecho consustancial a la economía de mercado. Esta rivalidad, en ocasiones conflicto, es el único medio fiable de comparación entre organizaciones empresariales; el medio más adecuado para disminuir los costes de producción y reducir el margen de beneficio de las empresas, es decir, la mejora de la eficiencia productiva en favor, entre otros, del consumidor. En realidad, la

¹⁸ Donde destacan dos hechos básicamente: de un lado, su absoluta medicalización, es decir, la mayor parte de los decesos se producen en un medio hospitalario, no infrecuentemente, alejado del núcleo de población donde reside el difunto y, de otro, el que haya dejado de contemplarse como un elemento próximo, considerándose, en atención a diversas circunstancias, sobre todo sociológicas y científicas, como un hecho ineluctable pero lejano.

¹⁹ Véase, sobre lo señalado, sin ánimo exhaustivo, J.-F. AUBY y S. RIALS, *Votre commune...*, op. cit., pp. 11-13; P. BERCHON, «La loi n.º 93-23...», cit., p. 242; J. HARDY, «L'avenir du monopole communal des pompes funèbres», *Rev. Adm.*, 1991, pp. 97 y ss. (en especial pp. 100-103); N. RAJNAUD, «Service public...», cit., p. 515; P. A. FERAL, «1904-1994. 90 ans d'évolution du service public local des pompes funèbres», *Annuaire des Collectivités locales 1994*, Litec, París, 1994, p. 65; P. SOUBELET, «Les Communes et la législation funéraire», *Rev. Adm.*, 1993, cit., p. 63 y S. C. BOUZELY, «La gestion des services publics et la liberté communale», *Rev. Adm.*, 1980, pp. 187-188.

competitividad y las conductas alejadas de pautas éticas en el sector funerario no son superiores a las que se producen en cualquiera otra actividad empresarial desarrollada en libertad. Incluso, en Francia, se demostró que el sentimiento de repulsa a su consideración como una actividad empresarial ordinaria se vio reforzado por la propia posición dominante que alcanzó la empresa a la que los Municipios concedieron la gestión de la mayoría de derechos exclusivos.

En realidad, en nuestra opinión, el desvalimiento de las familias ante las prácticas competitivas puede corregirse, en no pocos casos, si la Administración adopta, como en otros Estados, las medidas apropiadas para proteger al consumidor. En este orden de cosas, es preciso mencionar muy brevemente la experiencia norteamericana que, consciente del posible desvalimiento del usuario como consecuencia de la presión emocional del momento (*great emotional stress*), ha arbitrado unas técnicas regulatorias protectoras, de carácter preventivo, de los derechos e intereses de los consumidores. La *Federal Trade Commission* (FTC) ha establecido una normativa (la denominada *Funeral Rule* aprobada el 30 de abril de 1984 y revisada en 1994) que, entre otras previsiones, obliga a los empresarios a entregar diversa documentación a los interesados con el objeto de hacerse una idea exacta de los servicios que precisa y de su coste. Además, se ha prohibido la comercialización de determinados productos a los que acompañaba una publicidad falsa o engañosa ²⁰.

Sorprende, además, en primer lugar, a la vista de determinadas prácticas competitivas escasamente éticas, que los precios de estas prestaciones no siempre hayan estado sometidos a control administrativo en España ²¹. Dejando a salvo la potestad tarifaria que se derivaba de la existencia de cada

²⁰ En esta línea cabe destacar los artículos 3 y 12 de la Ley catalana de Servicios Funerarios, en adelante, LCSF (Ley 2/1997, de 3 de abril, BOE de 2 de mayo).

En España sería preciso que las diversas Administraciones públicas competentes completasen las genéricas referencias de la normativa sobre protección y defensa de los consumidores y usuarios con unas reglas específicas para el sector, sobre todo, a la vista de los resultados obtenidos por el Informe sobre funerarias y cementerios de la Organización de Consumidores y Usuarios (Revista de la OCU de noviembre de 1996, n.º 195), donde resalta: «De las 26 visitas anónimas a funerarias, sólo 5 terminaron con un presupuesto por escrito y correctamente detallado. La práctica común consiste en no dar presupuestos, como mucho un precio global orientativo y, en caso de detallar algún concepto, son servicios que facturan otros (los *suplidos*), como cementerio, esquila o tanatorio», p. 12.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León, por ejemplo, ha dictado ya una norma específica de protección, el Decreto 79/1998, de 16 de abril, por el que se regula el derecho a la información y los derechos económicos de los usuarios de servicios funerarios (BOCYL n.º 75 de 22 de abril de 1998).

²¹ Ni la O.M. de 23 de diciembre de 1987 ni la de 26 de febrero de 1993 (BOE de 12 de marzo), que deroga la anterior, recogen este servicio como sometido a precio autorizado o comunicado en los ámbitos estatal o autonómico.

concreto monopolio local, el artículo 45 del RPSM señala que la competencia para la *aprobación* —que no fijación— de las tarifas (de las funerarias públicas y privadas) corresponde al *Gobierno Civil* de la Provincia, previo informe del Ayuntamiento y de la *Delegación Provincial de Sindicatos*, salvo lo dispuesto para los servicios municipalizados en la legislación local. Esta competencia del *Gobierno Civil* fue atribuida tempranamente a las Comunidades Autónomas, sin que todas ellas hayan ejercido la posibilidad aludida. Es más, entiendo que sólo podrán hacerlo cuando se aprecie que existe un interés supralocal de carácter autonómico. En la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por ejemplo, no se ha previsto restricción alguna en esta materia. Además de esta aprobación, algunos Municipios, como el de Madrid, han establecido un sistema de precios comunicados al Ayuntamiento (arts. 7 y 9 de la Ordenanza reguladora de los requisitos para la prestación de los servicios públicos funerarios, *BOCM* de 8 de abril de 1997). En Cataluña, por su parte, la ya citada LCSF ha establecido también un sistema de precios comunicados que, como veremos, suscita dudas en cuanto a su legalidad desde el punto de vista competencial.

Y, en segundo lugar, también sorprende —insistimos que a la vista de los argumentos que se esgrimen para defender los derechos exclusivos— que las tarifas del seguro de decesos fuesen liberalizadas (por el art. 23 de la ya derogada Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, liberalización que mantiene la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, art. 24), sobre todo teniendo presente la aceptación tan elevada que tiene este tipo de seguro en gran parte de nuestra sociedad ²².

Sobre la posible influencia que el R.D.-L. de liberalización puede ejercer en materia de precios en el sector fúnebre véase más abajo el epígrafe dedicado a la liberalización española.

En relación con esta cuestión me parece de extraordinaria importancia lo indicado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe de 1995 *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*, Sección de reprografía del Ministerio de Economía y Hacienda: «(...) el argumento de que las empresas privadas explotan a quienes demandan el servicio —los deudos del difunto— aprovechándose de la especial situación anímica en que éstos se encuentran, mientras que el monopolio municipal no lo haría, no es convincente cuando los precios del monopolio son semejantes, sino más altos, que los que ofrece la iniciativa privada», p. 80.

²² Las tarifas obligatorias de primas o cuotas técnicas mínimas para el seguro de enterramientos fueron aprobadas por la O.M. de Hacienda de 4 de febrero de 1958 (*BOE* del 24). Esta O.M. fue expresamente derogada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

La liberalización de estas tarifas debe, pese a lo expuesto, ser juzgada positivamente si se tiene presente que en la vieja Comunidad Económica Europea a doce éstas resultaban más elevadas en aquellos Estados en que estaban sometidas a mayor control administrativo y, por el contrario, sensiblemente más inferiores (hasta ocho veces) en donde se determinaban libremente y se permitía que la concurrencia jugase a fondo (v. gr., Reino Unido, Irlanda y Holanda). Estos datos pertenecen a un informe elaborado a principios de la década de los noventa por el *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (BEUC).

En el ámbito estatal el control sobre los precios de este tipo de prestaciones se redujo al previsto en el Reglamento de desarrollo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (aprobado por el RD 1211/1990, de 28 de septiembre), cuyo artículo 139.4 dispuso que los precios de los servicios de transporte funerario estaban sometidos a la normativa de precios comunicados o declarados, sin perjuicio de la potestad tarifaria de la Administración competente. Este control ha desaparecido tras la entrada en vigor del RD 927/1998, de 14 de mayo (*BOE* de 26 de mayo) ²³.

b) Motivos higiénicos

Frente al segundo argumento que enunciamos, edificado sobre desfadas preocupaciones higienistas, reaccionaron ya hace varios años muchos de los autores que se ocuparon del estudio de esta actividad. Jacques CRAMMER, desde Francia, señaló que este tipo de justificación olvida los medios de que dispone la Administración en casos de epidemias y calamidades y los poderes de policía del Alcalde que le permiten controlar convenientemente la actividad privada. AUBY y RIALS, abundando en la misma idea, señalan que la ausencia en nuestros días de guerras o graves epidemias deben ser tenidas muy en cuenta en punto a la forma de organización de los servicios funerarios. Mucho antes, desde Italia, VITTA y GAMBERINI indicaron que no podía justificarse en razones higiénicas la reserva de actividad si se tienen presentes los múltiples controles a los que está sometida. Desde Alemania, Peter BADURA indicó que las obligaciones de adhesión y uso ²⁴ que afectaban a este sector únicamente cabe

Por otro lado, la intervención administrativa española sobre estas tarifas no evitó un encarecimiento injustificado debido, entre otros errores, a la falta de actualización en la tabla de mortalidad y en la elevación del tipo de interés, como demostró el Informe de la Unión de Consumidores de España (UCE) en un preciso estudio elaborado en 1993, basado en otro anterior de 1991.

²³ Véase el estudio del profesor J. OCHOA MONZO, «La liberalización del transporte funerario», *Revista Funeraria*, n.º 25, 1998, p. 64.

²⁴ A través de la técnica jurídica de la obligación de adhesión y uso (*Anschluss- und Benutzungszwanges*) se han perfilado en Alemania numerosos monopolios municipales sobre distintos aspectos de la actividad fúnebre. De esta manera, en 1934 se dictó una Ley sobre incineración de cadáveres, en cuya virtud la cremación únicamente puede ser desarrollada por la Administración pública. Otras prohibiciones de actuación a través de la técnica aludida se proyectan sobre la inhumación (a título ejemplificativo, cabe mencionar aquí el artículo 24 de la Ley de Régimen Local de Baviera, en la que se prevé la obligación de adhesión a determinadas funerarias). Fue la *DGO* de 1935 la primera base jurídica explícita que facilitó la instauración de monopolios municipales. *Vid.*, por ejemplo, P. BADURA, *Das Verwaltungsmonopol*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963, pp. 119 y ss.; G. SCHOLZ, en T. MAUNZ y G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar* (comentario al artículo 12), C.H. Beck, 1981, p. 161; W. SCHICK, «Gemeindemonopole und Grundgesetz», *DöV*, dezember, 1962, n.º 24, p. 932 y R. STÖBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 164-165.

acordarlas en favor de instituciones de salud pública, siendo dudoso el que las empresas funerarias se puedan englobar como entidades al servicio de este interés público ²⁵. En apoyo de las opiniones de la literatura precitada, es bien significativo el Preámbulo del Acuerdo de Estrasburgo sobre el traslado internacional de cadáveres que señala: «(...) el traslado de cadáveres no entraña un riesgo sanitario, ni siquiera en el caso de que la defunción haya sido causada por una enfermedad contagiosa, siempre que se adopten las medidas adecuadas, en particular en lo que se refiere a la estanquidad del féretro» ²⁶.

c) Prácticas venales

Contra el último de los argumentos, la corrupción, no se puede perder de vista, de un lado, que su aparición no es patrimonio exclusivo de esta actividad y, de otro, que las corruptelas y connivencias que afectan a los empleados públicos deben combatirse a través de los medios disciplinarios ordinarios y el Derecho penal, a través de medidas correctoras de carácter individual, no por medio del establecimiento de derechos exclusivos.

Debe advertirse, no obstante, que el conocimiento que se tiene de estas prácticas es, sobre todo, a través de los medios de comunicación y, en la medida que el interés periodístico se centra en lo insólito, el resultado, de no contextualizarse debidamente, puede estar distorsionado por una tendencia a generalizar y sobredimensionar los fenómenos de corrupción en este ámbito.

3. Neorregulación del sector

La supresión en España y Francia de estos monopolios implica el renacimiento de la técnica regulatoria en el sector, un ejemplo más de lo que se ha dado en llamar neorregulación de actividades esenciales o despublificaciones reguladas ²⁷.

²⁵ Vid. la cita que se hace de JACQUES CRAMMER en P. PELLAS, «Pompes funèbres...», cit., p. 143, anotación n.º 16; J.-F. AUBY y S. RIALS, *Votre commune...*, op. cit., p. 11; C. VITTA, *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano* (a cura di V.E. Orlando), vol. IV (parte seconda), Milano, 1908, p. 680, p. 1; V. GAMBERINI, *La crisi nell'ordinamento della municipalizzazione (fini e necessità nelle aziende)*, Il Corriere Amministrativo, Empoli, 1954 y P. BADURA, *Das Verwaltungsmonopol*, op. cit., pp. 121-122.

²⁶ El Acuerdo es de 26 de octubre de 1973 y ha sido ratificado por nuestro Estado el 5-II-1992 (BOE de 13-V-1992).

²⁷ V. gr., en uno de los sectores estrella objeto de neorregulación, J. C. LAGUNA DE PAZ, «Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario», REDA, n.º 88, 1995 y H. MAISL, «La régulation des télécommunications, changements et perspectives», RFDA, 1995 (11), pp. 449-450.

Lo que subyace básicamente en la elaboración de estas nuevas regulaciones es la superación de modelos económicos y sociales enunciados para paliar o liquidar situaciones derivadas de la Segunda Guerra Mundial, donde la intervención pública en la economía acabó contemplándose como una manifestación natural u ordinaria y necesaria de la actuación de los Poderes públicos, lo que no infrecuentemente se tradujo en habilitaciones legales amplias e imprecisas²⁸. En otras ocasiones, ni siquiera existía norma con rango legal que habilitase la limitación de la libertad, simplemente se arbitraban al amparo de un poder general y discrecional de la Administración, como tardía manifestación del absolutismo y de asombrosa vigencia en algunos Estados de nuestro entorno. Por tal motivo, la neorregulación va precedida, no infrecuentemente, también no sólo de la despublicación, sino también de la desregulación. Esto lleva aparejado el que la neorregulación no puede ser contemplada como una traslación mimética de los métodos regulatorios tradicionales, propensos a arbitrar límites amplios e imprecisos a la libertad u objetivos de conformación o ajuste de segmentos económicos desvinculados o desproporcionados (limitaciones innecesarias, desequilibradas o ineficaces²⁹) por relación a los intereses públicos (v. gr., límites con ánimo proteccionista o persecución de fines de orden público con técnicas ajenas a la policía administrativa). Por el contrario, la neorregulación desde un punto de vista técnico debe estar presidida por la necesidad de reforzar la legalidad, reduciendo y precisando las potestades administrativas conferidas a la Administración.

La intensidad de la regulación estará en función de determinadas características técnicas de la actividad. Por ejemplo, en el caso de la actividad fúnebre, no existen como en otras actividades dispensadas sobre redes o infraestructuras (servicios de red) elementos que obliguen a una regulación incisiva sobre el derecho de propiedad o gestión de la red³⁰.

En ocasiones, por último, la lógica del mercado impide la satisfacción de determinados intereses generales, que deben ser apropiadamente cumplimentados a través de la neorregulación, y en función del tipo de interés y de su intensidad podrán arbitrarse, de manera unilateral o bilateral, hasta correcciones de carácter ablatorio. Éste es el caso de las denominadas

²⁸ Vid. M. HERBIET, «Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et sa protection par le Conseil d'État», *APT*, T. 2-3/1987, pp. 182 y 199.

²⁹ Vid. M. HERBIET, «Le principe de la liberté...», cit., p. 205.

³⁰ Sobre este tipo de actividades, J.-Y. CHEROT, «L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau», *AJDA*, n.º 3/1996.

obligaciones o contratos de servicio público que en el sector funerario deberán contemplarse en relación con el servicio a indigentes o personas con escasa capacidad de pago, por imposición de uno de los principios constitucionales en que descansa el orden político y social, el de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) ³¹.

III. EL TRÁNSITO FRANCÉS

Como ya indicamos, tiene especial interés analizar la supresión del derecho exclusivo sobre el servicio exterior en el Derecho francés, porque parece que sus soluciones anticipan las que se adoptan más tarde en nuestro Estado. Adelantamos ya que constituye un valioso ejemplo de neorregulación derivada de una previa despubblicación de una actividad que el Legislador considera esencial.

1. Su preparación

Dos décadas antes de la publicación de la Ley de 8 de enero de 1993 el sector estaba siendo objeto de numerosas propuestas de reforma, bien de eliminación, mantenimiento, transformación o reforzamiento de estos monopolios. El informe que finalmente determinó la reforma, tras las tímidas propuestas del *Rapport Aubert*, fue el de 12 de julio de 1989, elaborado conjuntamente y a petición del Gobierno por las tres inspecciones generales, administración, finanzas y asuntos sociales ³².

Como ha puesto de manifiesto la literatura francesa, se presentaban dos alternativas durante la década de los ochenta: el mantenimiento del monopolio, opción que algunos acompañaban con su reducción y otros con su desarrollo y/o reforzamiento o la fórmula pura y simple del mercado. Se indicó que las dos opciones eran jurídicamente posibles ³³, aunque no es menos cierto que la segunda era más acorde con los tiempos y se conciliaba

³¹ Véase sobre esta nueva técnica, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La regulación económica en España», en la obra colectiva *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 247 y ss. y J. M.ª SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pp. 584 y ss.

³² Vid. P. BERCHON, «La loi n.º 93-23...», cit., 241 y ss.; J. HARDY, «L'avenir...», cit., p. 97; P. A. FERL, «1904-1994. 90 ans...», cit., pp. 63 y 75 y C. DAVAL, «Commentaire de la loi n.º 93-23 du 8 janvier 1993 portant l'abandon du monopole communal du service extérieur des pompes funèbres», *AJDA*, 1993/2, p. 121.

³³ J. HARDY, «L'avenir...», cit., p. 103.

mejor con la idea de superación de los defectos generados por unos derechos exclusivos, básicamente obsoletos por la evolución de la sociedad ³⁴.

Expondremos, en primer lugar, las propuestas que abogaron por el mantenimiento de los derechos exclusivos.

Una proposición de ley, presentada el 15 de enero de 1970 por la diputada Solange Troisier, sugirió adelgazar sensiblemente el ámbito del monopolio a través de la devolución a la libertad del suministro del féretro, como forma de mejorar la calidad y, sobre todo, abaratar su precio, solución cercana a la establecida en Italia y que, en cambio, en Francia encontró una firme oposición por parte de las empresas concesionarias, puesto que de haber prosperado la reforma hubiese significado una sensible reducción de sus beneficios. Una proposición mucho más radical presentó la misma diputada el 4 de mayo de 1971, dirigida a suprimir el monopolio en aquellos Municipios en los que la gestión prestacional tuviese carácter indirecto, reforma que unos años más tarde resucitó el diputado Jean-Louis Masson ³⁵.

Las conclusiones del *Informe Aubert* (1980) partieron del mantenimiento del monopolio fúnebre en su configuración tradicional, dado que se percibió que la mayoría de las críticas tenían su origen en la gestión y no en la titularidad de la actividad, aunque reconoció la necesidad de aligerar la regulación, teniendo en cuenta el arcaísmo de algunas de sus previsiones ³⁶.

Entre las proposiciones continuistas que postularon una ampliación destaca la presentada el 26 de junio de 1980 por el socialista Michel Rocard, hondamente preocupado por los intereses públicos tutelados por el monopolio, la inconveniencia de introducir cualquier lógica de mercado y la necesidad de superar su contradictorio carácter facultativo. Básicamente propuso la creación de un servicio público departamental de carácter subsidiario, es decir, ejercido únicamente en aquellos supuestos en que el Municipio no ejerciese en *régie* la actividad ³⁷.

³⁴ En este sentido, G. SÉBASTIEN, «La fin du monopole...», cit., p. 372 y P. A. FERLAL, «1904-1994. 90 ans...», cit., pp. 73 y 83.

³⁵ P. PELLAS, «Pompes funèbres et traité de Rome», cit., p. 141; S. RIALS, «La difficile réforme du service extérieur...», cit., p. 354 y S. C. BOUZELY, «Faut-il nationaliser les pompes funèbres», cit., pp. 636-637.

³⁶ Vid. P. PELLAS, «Pompes funèbres...», cit., pp. 141 y 145 y un resumen de sus conclusiones principales en S. C. BOUZELY, «Faut-il nationaliser les pompes funèbres», *Rev. Adm.*, 1980 pp. 636-637.

³⁷ J. HARDY, «L'avenir du monopole...», cit., p. 102; P. PELLAS, «Pompes...», cit., p. 141 y S. C. BOUZELY, «Faut-il nationaliser...», cit., p. 637.

Para cerrar este apartado mencionaremos dos de los numerosos informes que abogaron por la supresión de los derechos exclusivos. El primero, al que ya hemos aludido más arriba, el *Rapport sur l'organisation du service des pompes funèbres* fue elaborado en 1989 por las tres inspecciones generales, calificando la situación de compleja, obsoleta, incoherente, opaca y dominada por la empresa Pompas Fúnebres Generales (P.F.G.), defendiendo la eliminación del sistema concesional y la instauración de un sistema autorizativo que habría de permitir a la competencia jugar eficazmente en el sector³⁸. El segundo, de febrero de 1990 y emitido por la Secretaría de Estado de las Entidades locales, preconizó también su eliminación³⁹.

La Ley fue aprobada por todos los Grupos parlamentarios, con excepción del comunista; consenso que da idea del arraigo que este derecho exclusivo conservaba realmente en la sociedad francesa⁴⁰.

La departamentalización y nacionalización de actividades tradicionalmente de competencia local parece contradictoria con la tendencia a la transferencia de competencias hacia abajo; aunque también es cierto, como se ha señalado en Francia, que la descentralización afecta más a la esencia que a la existencia, pues se observa, en algunos casos, cómo las competencias relacionadas con el ámbito económico son sustraídas, total o parcialmente, a las Entidades locales. En relación con los servicios públicos locales en España, se ha señalado cómo desde mediados del siglo xx se ha trasladado a esferas superiores la ordenación, minuciosa incluso, y gestión de los servicios públicos locales (v. gr., agua, gas, electricidad, etc.). En algunos casos, esta transferencia hacia arriba está justificada por la pobreza de recursos de la Entidad Local o por la complejidad técnica de la actividad regulatoria. *Vid.*, por ejemplo, J. TORNOS MAS, «Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos», *REALA*, n.º 245, 1990, pp. 24-25 y 28-29.

En España existen abundantes ejemplos, dentro y fuera de la institución del servicio público, de esta centralización de la existencia, algunos de ellos carentes de cualquier justificación. Entre estos últimos, por ejemplo, la denominada *segunda licencia* para la autorización de la instalación de grandes establecimientos comerciales, que, atendiendo a la realidad de las cosas, significa una transferencia hacia arriba de la tradicional competencia municipal para la apertura de empresas dedicadas al comercio (véase el artículo 6.º de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, *BOE* de 17 de enero) o la reciente declaración como servicio público autonómico del transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo (Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 4/1999, de 9 de abril, *BOE* de 18 de mayo). Entre los que podrían explicarse por la falta de recursos o incapacidad técnica de los Municipios, la sustracción a los Municipios de menos de veinte mil habitantes en favor de las Confederaciones Hidrográficas de la competencia para otorgar la autorización administrativa de vertidos indirectos industriales en las redes municipales de saneamiento —salvo que la Entidad local se responsabilice de tales vertidos, previo acuerdo con la empresa causante— (art. 7 de la OM de 23 de diciembre de 1986) y la pérdida de protagonismo en la actividad de depuración de aguas residuales (véase, a título meramente ejemplificativo, A. FANLO LORAS, «Obras hidráulicas de saneamiento y depuración», *Las obras hidráulicas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 193-195 y B. SETUAIN MENDÍA, «Las fórmulas organizativas autonómicas para el saneamiento y depuración de aguas residuales», *RAAp*, n.º 8, 1996, pp. 178-179).

³⁸ Por ejemplo, N. RAINAUD, «Service public et pompes funèbres», cit., pp. 513 y 529.

³⁹ *Vid.*, v. gr., J. HARDY, «L'avenir...», cit., pp. 97, 100 y 101.

⁴⁰ *Vid.* P. A. FERAL, «1904-1994. 90 ans...», cit., p. 84 y P. BERCHON, «La loi...», cit., p. 252.

2. Finalidad y contenido de la reforma

A) *Objetivo básico*

Esta Ley constituye, se ha dicho, una ilustración perfecta de las nuevas concepciones o métodos que se están imponiendo en relación con el régimen jurídico de explotación de las actividades locales esenciales de titularidad pública: la desaparición del monopolio y la apertura de sectores cautivos a la iniciativa privada con la consiguiente aparición de la concurrencia ⁴¹.

La novedad fundamental de la Ley de 1993 consiste en la abolición del monopolio municipal con la finalidad de devolver la actividad al ámbito de la libertad de empresa y la iniciativa pública. La Ley sustituye la expresión servicio público por la imprecisa *misión de servicio público* ⁴², con la que se pretende dar satisfacción, a juicio de algún autor, a las exigencias de transparencia, seriedad y moralización, mientras que, a juicio de otros, no parece tener a primera vista una significación o incidencia técnica particular distinta de las que se desprenden de la aportación principal de la Ley: la desaparición del monopolio. La actividad prestacional pública, en fin, no puede beneficiarse de ningún título exclusivo ⁴³ pasando a ser de carácter concurrencial y, por supuesto, sometida a idénticos principios y normas que la empresa de titularidad privada ⁴⁴.

Antes de hacer referencia brevemente al contenido de la reforma creemos de sumo interés realizar un breve repaso al régimen jurídico transito-

⁴¹ C. DAVAL, «Commentaire...», cit., p. 126 y P. BERCHON, «La loi...», cit., pp. 243 y 252.

⁴² El Senado propuso el abandono de la expresión servicio público por anticuada, pero la Comisión mixta prefirió mantenerla. Vid. P. A. FERAL, «1904-1904. 90 ans...», cit., p. 76.

⁴³ Existe, sin embargo, una excepción a la supresión del derecho exclusivo, la cremación (arts. 23 y 28). La excepción se quiere justificar en desfasadas preocupaciones higienistas y éticas y en argumentos técnicos nada convincentes (en este sentido, P. BERCHON, «La loi...», cit., p. 245), toda vez que la inmensa mayoría de consideraciones higiénicas o de salubridad pueden ser adecuadamente satisfechas con una regulación apropiada.

En España la actividad desarrollada por los hornos crematorios está calificada como potencialmente contaminadora de la atmósfera (sobre todo cuando el cadáver ha sido colocado en féretro de zinc), según dispone el Anexo II (Grupo B, epígrafe 2.12.3) del R.D. 833/1975, de 6 de febrero. La imposición de unos valores máximos de emisión y su control son técnicas suficientes, por lo que parece, para un ejercicio ajustado de la actividad a las exigencias medioambientales.

⁴⁴ Vid. G. ORSONI, «L'évolution de la législation relative au domaine funéraire», *AEAP* de 1992, París, 1995, p. 414; C. DAVAL, «Commentaire de la loi...», cit., pp. 124-125; P. BERCHON, «La loi...», cit., pp. 243-245; P. A. FERAL, «1904-1994...», pp. 78-79 y G. SÉBASTIEN, «La fin du monopole...», cit., p. 370.

rio. El Legislador francés facultó a los Municipios para que afrontasen pausadamente la desaparición de sus monopolios, de tal manera que en realidad no han podido darse por fallecidos hasta el 9 de enero de 1998 ⁴⁵. Los Municipios han podido, de manera facultativa en consecuencia, conservar durante cinco años su posición exclusiva en forma de *régie* y durante tres años los contratos de concesión, plazo que es de suponer han optado por agotar para evitar abonar una indemnización mayor derivada de la rescisión unilateral de un contrato administrativo sin culpa del contratista, sin perjuicio, por supuesto, de abonar el *lucro cesante* derivado de la reducción de la vigencia de la concesión administrativa ⁴⁶.

B) *Algunos elementos del nuevo régimen jurídico*

No parece necesario proceder aquí a dar cuenta detallada del completísimo nuevo régimen jurídico, siendo suficiente, para lo que se pretende en este estudio, ofrecer algunos de sus elementos más significativos.

Básicamente puede definirse el marco establecido (Ley de 1993 y varios Decretos de desarrollo ⁴⁷) como una ordenación exterior de una actividad económica ejercida en libertad, equilibrada entre los medios y los fines públicos y adaptada a las necesidades y evolución de las costumbres de la sociedad actual.

El centro de gravedad del modelo descansa en el nuevo y completo procedimiento administrativo de habilitación, de actividad e instalación, que se instaura para las empresas privadas y públicas (Decreto 95-652), instrumento jurídico imprescindible de control preventivo del acceso y ejercicio de la libertad de empresa y de la iniciativa pública, que se ha atribuido al Prefecto,

⁴⁵ Por ejemplo, P. A. FERAL, «1904-1994...», cit., pp. 78-79.

⁴⁶ La fijación de un plazo diferente en atención al modelo de gestión, que fue introducido en el debate parlamentario, ha sido objeto de críticas por considerarse injustificado y además perjudicial desde el punto de vista indemnizatorio, al establecerse un plazo más breve para la extinción de las concesiones. C. DAVAL, «Commentaire...», cit., p. 126; P. BERCHON, «La loi...», p. 246 y G. SÉBASTIEN, «La fin...», cit., p. 372.

⁴⁷ Hasta el momento de redactar estas líneas, 94-941 (relativo a los vehículos que deben asegurar el transporte de cuerpos antes de su colocación en el féretro), 1.027 (de modificación de determinadas disposiciones reglamentarias del Código municipal relativas a algunas operaciones fúnebres), 1.117 (prescripciones relativas a los crematorios) y 1.118 (prescripciones aplicables a los tanatorios), 95-330 (sobre modalidades y duración de la habilitación), 506 (prescripciones aplicables a los vehículos que participan en los convoyes fúnebres), 652 (condiciones mínimas de capacidad profesional de los empresarios y sus agentes habilitados en el ámbito fúnebre) y 653 (reglamento nacional de pompas fúnebres). Los Decretos pueden consultarse en los JO de 24 de octubre, 1 de noviembre, 2 de diciembre y de 24 de diciembre de 1994, 28 de marzo y 4 y 10 de mayo de 1995.

aunque válido para el conjunto del territorio nacional. Los requisitos subjetivos que debe reunir el empresario como condición previa para el desarrollo de la actividad son lo suficientemente exigentes como para evitar su ejercicio por parte de determinadas personas previsiblemente incompatibles desde un punto de vista ético y jurídico con este sector.

Junto a este control subjetivo preventivo la Ley ha arbitrado vigorosas medidas represivas administrativas (suspensión y retirada de la habilitación) y penales (multas y/o prisión y/o penas complementarias), dotando a estas últimas de una sección propia, que ahora se incorpora, un tanto insólitamente, al Código municipal, y que da idea de la importancia que se quiere otorgar a la represión de las conductas deshonestas (por ejemplo, corrupción activa y pasiva).

Al marco regulatorio estatal se suman las regulaciones de detalle del Consejo municipal, donde podrán dibujarse con mayor precisión todavía las peculiaridades, si existen, de la zona.

No quisiera dejar de señalar que la Ley de 1993 declara, artículo 9, la gratuidad del servicio a personas que carecen de recursos, por exigencia irrenunciable de la dignidad del hombre. En este precepto aparece, a juicio de SÉBASTIEN, la misión de servicio público que debe ser satisfecha por el Municipio, aunque en ausencia de empresa pública materialmente cubierta por el sector privado ⁴⁸.

IV. LA LIBERALIZACIÓN ESPAÑOLA

1. Notas sobre el nuevo régimen jurídico

El RDL 7/1996 pretende alcanzar sobre el sector mortuario dos objetivos básicos: en primer lugar, la supresión de derechos exclusivos de titularidad local sobre las actividades fúnebres y necropolitanas (art. 23) y, en segundo lugar, la sustitución del servicio público local sobre las actividades aludidas por la técnica regulatoria (art. 22). Éstos son, en consecuencia, los dos efectos a los que nos hemos de referir ⁴⁹.

⁴⁸ G. SÉBASTIEN, «La fin du monopole...», cit., p. 370; P. BERCHON, «La loi...», cit., pp. 246-252 y P. A. FERAL, «1904-1994...», cit., pp. 78 y ss.

⁴⁹ El R.D.L. 7/1996 fue objeto de una corrección de errores (BOE de 18 de junio de 1996) que afectó, entre otros extremos, al Preámbulo dado que éste se refería, de manera sorprendente, a la supresión de este monopolio local a partir de enero de 1997, alusión que no se reflejó en la parte dispositiva y que hubiese sido inconciliable, prácticamente un disparate antológico, de haberse recogido, con el cauce normativo empleado.

La norma suscita dudas en cuanto a su constitucionalidad, debido a que la norma no se limita a suprimir el servicio público local, sino que además acompaña la supresión del derecho exclusivo de un sistema autorizativo, es decir, restrictivo de la libertad de empresa, materia que por incidir de forma negativa en esta libertad está vedada al Decreto-Ley ⁵⁰.

La supresión de los derechos exclusivos sobre la actividad mortuoria se proyecta sobre las actividades necropolita y fúnebre. En relación con la primera, la liberalización determina que en nuestra legislación local únicamente exista una referencia específica dedicada al sector [(al margen de la referencia de carácter no prestacional contemplada en el art. 25.2.j) LRBRL]: la obligación jurídica prestacional que se deriva de la obligación mínima contemplada en el artículo 26.1.a) de la LRBRL. El precepto obliga, como es sabido, a todos los Municipios a prestar, por sí o asociados, «cementerio», salvo dispensa autonómica, dando entrada, en su caso, al escalón provincial, la Comarca, la Mancomunidad o el Área metropolitana (art. 26.2) ⁵¹. Con anterioridad a la reforma, si algún Muni-

⁵⁰ Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: Defensa de la competencia, precios y servicios municipales», *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 215-220.

⁵¹ La configuración de las necrópolis como equipamientos mínimos a cargo de los Municipios es una solución jurídica que han adoptado no pocos Estados de nuestro entorno (en Francia, por ejemplo, apareció ya configurada esta obligación mínima con toda nitidez durante el Primer Imperio en el Decreto de 23 *praerial* del año XII) debido a dos motivos.

De un lado, cuando se tomó conciencia, por influjo de los revolucionarios franceses, de la necesidad de adoptar una postura de neutralidad desde el punto de vista religioso, lo que reclamó la superación de su calificación como *res sacrae* y la separación de los clérigos de su gestión, provocando, incluso, su nacionalización (Ley de 3 de septiembre de 1791 y decretos de 12 *frimaire* del año 2 y 7 *thermidor* del año 12). Véase, por ejemplo, puesto que la bibliografía es muy extensa, J.-F. AUBY y S. RJALS, *Votre commune et la mort*, op. cit., pp. 99-100 y A. MACAR, *Les institutions communales de la Belgique*, ed. Vaillant-Carmanne, Liège, 1932, p. 324.

De otro, cuando los desvelos higiénicos compelen a los Estados al cierre de buena parte de las necrópolis, generalmente propiedad de la Iglesia, que no cumplían unos perímetros de seguridad razonables y, consecuentemente, la necesidad de construir nuevos equipamientos.

En Italia, por ejemplo, los cementerios se configuran como infraestructuras municipales mínimas (así lo dispone ahora el artículo 49 del Reglamento de policía mortuoria, aprobado por el d.P.R. n. 285 de 10 de septiembre de 1990), pudiendo los pequeños Municipios acudir al consorcio para su establecimiento. Muy polémico resulta si el establecimiento de estas infraestructuras es de exclusiva prestación pública. Vid. la completísima obra de V. BRUSCHI y P. PANETTA, *Nuovo ordinamento di polizia mortuoria*, SEPTEL, Bologna, 1991, p. 35 y la voz «Cimiteri» en S. PELILLO, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 1989, p. 28.

En Bélgica, en la misma línea, el artículo 1.º de la Ley de 20 de julio de 1971 sobre funerarias y sepulturas (*Mon.* de 3 de agosto de 1971) establece: «Cada municipio debe disponer al menos de un cementerio. Los municipios pueden asociarse para disponer de un cementerio común». Vid. J.-M. LEBOUTTE, *Les funérailles et sépultures*, Union des Villes et Communes belges, Bruxelles, 1972, p. 12 y *Les funérailles et sépultures* (Livres orange), ed. J. Vanden Broele, Brugge, 1986, 10.ª ed.,

cipio hubiese decidido reservarse la actividad necropolitana (no conocemos ningún supuesto, pues las reservas se limitaban a la actividad fúnebre⁵²), al amparo de la vieja redacción del artículo 86.3, habría impedido la libre iniciativa empresarial privada en el ámbito de la construcción de necrópolis y la prestación de las actividades ligadas a este equipamiento. En fin, ninguna previsión del régimen jurídico local actual impide ejercer la libertad de empresa en este sector. La libre iniciativa empresarial podrá concurrir, en consecuencia, al establecimiento de estas infraestructuras o actividades, constituyendo simple reflejo del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, como así lo tiene reconocido, por cierto, nuestro TS en relación con las necrópolis en las Sentencias de 10 y 15 de junio de 1994 (3.º y 4.º FD, R. 4.836 y 4.861) y 14 de febrero y 7 de noviembre de 1995 (4.º y 6.º FD, R. 1.230 y 8.069).

No obstante lo anterior, debe advertirse que se podrá limitar la posibilidad del ejercicio de la libertad de empresa a través de la planificación urbanística, mediante la fijación de las zonas reservadas para este tipo de equipamientos sobre suelo urbano en los Planes Generales de Ordenación Urbana o de las Normas Subsidiarias del Planeamiento. En cualquier caso, en ausencia de tal determinación por el Plan o por las normas supletorias del Plan, cabe la posibilidad de ejercer la referida libertad en suelo no urbanizable⁵³.

El resto de las prestaciones mortuorias, las fúnebres, no mencionadas en el artículo 26 LRBRL, no tienen —ni han tenido— el carácter de obligación mínima, lo que es absolutamente lógico si se tiene presente el acentuado micromunicipalismo imperante en España (sería absurdo im-

revue et complétée, p. 75. Con anterioridad véase, R. WILKIN, *Précis du Droit Communal*, Bruylant, Bruxelles, 1959, p. 310; el comentario «Des cimetières» publicado por la *Rev. Adm. (B)*, 1857, pp. 16 y ss.; M. VAUTHIER, *Précis du Droit administratif de la Belgique*, vol. I, Larcier, 3.ª ed., Bruxelles, 1950, pp. 647 y ss. y P. ERRERA, *Traité de Droit public belge*, Giard & È. Brière, 2.ª ed., Paris, 1918, pp. 622-623.

⁵² El único supuesto que conocemos, salvo error u omisión por nuestra parte, es el intento fallido, a finales de 1989, del Municipio de Alcalá de Henares, de municipalizar los servicios de «pompas fúnebres y de cementerio».

⁵³ Cfr., v. gr., F.D. 4.º de la ya citada STS de 14 de febrero de 1995 (R. 1.230).

Vid. E. ARGULLOL MURGADAS, «La iniciativa privada en un sector singular del ordenamiento sanitario», *REVL*, 1983; las referencias aisladas a la ubicación de estos equipamientos en la obra del profesor C. PAREJA I LOZANO, *Régimen del suelo no urbanizable*, Marcial Pons, Madrid, 1990, en especial pp. 103 y ss. y el artículo 2.4 del Decreto catalán 42/1981, de 16 de febrero, sobre construcción de cementerios (*DOGC* de 25 de febrero) y, más ampliamente, las recientes monografías de J. OCHOA MONZO, *La actualización del Derecho mortuario y la liberalización de los servicios funerarios*, Universidad de Alicante, Barcelona, 1998, pp. 160 y ss. y J. F. PÉREZ GÁLVEZ, *El sistema funerario en el Derecho español*, Aranzadi, 1997, Madrid, pp. 277 y ss.

poner como actividad prestacional obligatoria el resto de actividades mortuorias a los pequeños Municipios) ⁵⁴.

Por lo que hace al sector fúnebre o prencropolitano, la eliminación del derecho exclusivo (los monopolios sobre pompas fúnebres) va acompañada de un nuevo régimen jurídico, contemplado en el párrafo 2.º del artículo 22. Establece el precepto que los Municipios «podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios», habilitación que habrá de tener carácter reglado, debiéndose precisar, en tal supuesto, normativamente —entiendo que por las propias Entidades locales— los requisitos objetivos para su obtención y otorgarla a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y disponga de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres.

Los Municipios, en consecuencia, pierden cualquier posición de exclusividad prestacional sobre el sector, aunque sí que podrán, obviamente, prestar estas actividades en régimen concurrencial al amparo de un título jurídico distinto: la iniciativa pública económica (arts. 86.1 LRBRL y 96 TRRL).

El RDL, a nuestro juicio, opera sobre la totalidad de la regulación del ámbito fúnebre, no sabemos si conscientemente, una reasignación competencial, cuya corrección y virtualidad suscita dudas en algunos aspectos, al atribuir la competencia para regular los requisitos de otorgamiento de la habilitación administrativa exclusivamente a los Municipios (si optan por el régimen autorizativo, pues la norma también prevé la posibilidad de un sistema de libertad más amplio al emplear la expresión «podrán someter...» ⁵⁵), sin que el Estado o las Comunidades Autónomas tengan capacidad normativa alguna *sobre este concreto aspecto*, aunque sí la conserven,

⁵⁴ Cfr. la magnífica Sentencia de 13 de septiembre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (FD 2.º): «(...) los servicios funerarios, si bien comprendidos en el artículo 25.2.j) como garantía de que en dicha materia la Administración local ha de ejercer necesariamente competencia, no constituyen una *obligación mínima* local en los términos del artículo 26».

⁵⁵ Como así lo ha reconocido el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 1996: «(...) el Decreto-Ley liberalizador parte de la idea de principio de un sistema de libre mercado en la prestación de servicios funerarios, sistema de libertad, que además de gozar del *favor libertatis* en todo lo que se refiere a su eficacia interpretativa, tan sólo debe quedar limitado en su caso, por la posibilidad, que no necesidad, de que la Administración competente dicte algunas normas de regulación o de autorización que deben en todo caso inspirarse en estos principios de libertad que el artículo 22 del Real Decreto Ley 7/1996 recoge. Es pues decisiva la literalidad de este precepto al señalar que la técnica autorizatoria no es ni siquiera necesaria pudiendo existir incluso en algunos municipios una prestación de esos servicios sin que exista intervención autorizatoria alguna», *Boletín AFUES*, septiembre-diciembre de 1996.

obviamente, sobre otras materias y competencias conexas⁵⁶. No obstante, entiendo que hasta que los Municipios procedan a ajustar, en el caso de que sea necesario y siempre que hayan optado por el sistema autorizativo, sus Ordenanzas al régimen previsto en el RDL habrán de someterse a las disposiciones nacionales y autonómicas vigentes sobre la materia y en la medida que éstas respeten las previsiones liberalizadoras del RDL⁵⁷.

Dicho esto, resulta sorprendente, desde el punto de vista competencial, que la Comunidad Autónoma catalana haya recogido en la LCSF determinados preceptos que podrían vulnerar el derecho de las Entidades locales a gestionar en autonomía sus propios asuntos. Resulta llamativo, por ejemplo, que la Ley en su artículo 7.2.º y en la Disposición Final, inciso primero, obligue a los Municipios a dictar un reglamento regulador de la materia o que en el artículo 3.2.º se establezca un sistema de precios comunicados al Municipio, decisiones que, a mi juicio, compete adoptar, si es que lo consideran necesario, a los propios Municipios⁵⁸, salvo que se demuestre la existencia de un interés supralocal.

El profesor L. TOLIVAR ALAS en «Privatizaciones...», cit., ha advertido sobre los eventuales riesgos de un sistema de libertad total, p. 48.

Esta interpretación sobre el carácter eventual de la autorización, como vemos de inmediato en el cuerpo del texto, impide que algunos Municipios puedan ampararse en la ausencia de regulación para mantener situaciones monopolísticas.

Con independencia de que el Municipio opte o no por el régimen autorizativo debe tenerse bien presente que la jurisprudencia del TS ha entendido comprendida la actividad fúnebre en el régimen jurídico de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (SSTS de 2 de enero y 9 de abril de 1996, R. 62 y 3.094). Entendemos que, en algunos casos, tal exigencia debe ser eliminada por desproporcionada (por ejemplo, cuando se trata exclusivamente de la apertura de la oficina de contratación o de simples almacenes de arcas y otros bienes).

⁵⁶ Sobre esta cuestión últimamente, J. L. MARTÍN DE HIJAS Y GARCÍA y L. RIVAS CLEMOT, «Cementerios y servicios funerarios», en la obra colectiva *Derecho local especial*, T. I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997, pp. 757 y ss.

⁵⁷ Sobre esta cuestión se ha manifestado el profesor FERNÁNDEZ FARRERES en términos no del todo coincidentes con los expuestos en el cuerpo del texto: «(...) sin perjuicio de la conveniencia de precisar en una norma futura los requisitos necesarios para la obtención de la correspondiente autorización municipal —lo que expresamente es reclamado por el señalado art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio—, el otorgamiento de la misma en la actualidad deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento estatal de Policía Sanitaria Mortuoria y, en su caso, en los correspondientes Reglamentos que sobre la misma materia han aprobado las Comunidades Autónomas (...) Normas todas éstas, que prevén la necesidad de autorización municipal previa para el establecimiento de toda empresa funeraria, indicando las condiciones y requisitos que habrán de reunir. De este modo, la efectividad de la liberalización de los servicios funerarios no queda condicionada a que se dicte norma alguna reguladora de la autorización, bastando con la aplicación de la normativa vigente interpretada de acuerdo con el carácter reglado que a la misma se atribuye y sin limitación alguna en cuanto al número de autorizaciones que puedan otorgarse», «Medidas urgentes...», cit., p. 245.

⁵⁸ Salvo que lo que pretenda el legislador catalán sea establecer una sólida cobertura legal para las restricciones a la libertad de empresa que establezcan las Ordenanzas, que, entendemos, no es el

El ejercicio efectivo de la actividad está principalmente condicionado —al margen de la eventual autorización reglada municipal para ejercer la actividad fúnebre— a la obtención de las correspondientes autorizaciones y licencias autonómicas y municipales para la realización del transporte de cadáveres ⁵⁹.

En materia de precios, al desaparecer la posibilidad de publicar la actividad corre idéntica suerte la potestad tarifaria, como ha observado el profesor FERNÁNDEZ FARRERES ⁶⁰. No obstante, permanecen, a nuestro entender, los controles administrativos de aprobación sobre los precios de las prestaciones de las empresas funerarias públicas y privadas en las Comunidades Autónomas que los hayan establecido al amparo (o al menos así debiera ser) de un interés supralocal ⁶¹.

Lo cierto es que el RDL puede alimentar por su parquedad diversas interpretaciones ⁶², como acabamos de exponer, algunas de las cuales pueden entorpecer las aspiraciones liberalizadoras. En este orden de cosas, resulta prioritario abordar la elaboración del régimen jurídico completo de las obligaciones de servicio público de carácter funerario que aseguran un servicio universal, como ha realizado la LCSF en los artículos 3.1.º y 3.º, 7.2.º y 8.1.º c), aunque alguno de ellos (el 7.º) sea ciertamente alarmante ⁶³.

caso. Críticos se han mostrado también con la LCSF por esta cuestión J. L. MARTÍN DE HIJAS Y GARCÍA y L. RIVAS CLEBOT, «Cementerios...», *op. cit.*, p. 760.

⁵⁹ En relación con esta actividad, coincido plenamente con el profesor FERNÁNDEZ FARRERES cuando indica que el R.D.-L. no ha tenido intención de alterar el régimen jurídico vigente («Medidas urgentes...», p. 245, anotación n.º 40). No obstante, cabría también interpretar que el R.D.-L. al referirse a la liberalización en las condiciones previstas (autorizaciones regladas y sin limitación cuantitativa) de «la prestación de los servicios funerarios», sin mayores especificaciones, podría estar incluyendo asimismo al transporte fúnebre. No creemos, sin embargo, que haya sido ésta la intención del R.D.-L. debido, de un lado, a la regulación específica que presenta el sector transporte y, de otro, a las consecuencias, creo que inesperadas, de orden competencial (reasignación de competencias en favor de los Municipios en materia de transporte) y regulatorio que generaría.

⁶⁰ «Medidas urgentes...», *cit.*, p. 244.

⁶¹ En este punto nos separamos de la interpretación sostenida por el profesor FERNÁNDEZ FARRERES: «(...) esa libertad necesariamente resulta (...) de la correlativa no sujeción de tales precios al régimen de los precios autorizados que, como antes se analizó, prevé ahora el artículo 16 del mismo Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio», «Medidas urgentes...», *cit.*, p. 244.

⁶² En este sentido, el profesor T. FONT I LLOVET ha señalado que el R.D.-L. genera muchas perplejidades, «1997: El estado del Gobierno local», *Anuario del Gobierno Local 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 28-29.

⁶³ El precepto reza textualmente en su letra d): «A fin de garantizar el principio de universalidad y acceso a los servicios funerarios, los Ayuntamientos pueden otorgar la autorización a las empresas que son titulares de los mismos a condición de que presten los servicios gratuitamente o de forma bonificada a las personas que, de acuerdo con las indicaciones de los servicios sociales municipales, los requieren por falta de medios económicos propios, o en los casos en que así sea acordado

2. Primeros pasos en falso

La supresión de este derecho exclusivo en España ha pretendido ser sustituida por situaciones exclusivas *de facto* a través, sobre todo, de un uso incorrecto de la técnica regulatoria por parte de las Entidades locales.

La supresión de este monopolio ha experimentado el riesgo, en efecto, de quedarse en un pío deseo como consecuencia de la conversión de los viejos derechos exclusivos en empresas públicas locales mercantiles protegidas. Lejos los Municipios de privatizar las empresas gestoras de los viejos monopolios han optado simplemente por adaptarlas al nuevo marco jurídico, por ejemplo, rodeándolas de la eficaz protección de las nuevas Ordenanzas locales reguladoras del ejercicio de esta actividad o, en algunos casos, condicionando la liberalización a la aprobación de un nuevo Reglamento municipal ⁶⁴.

En el primer caso, la técnica obstaculizadora es muy sencilla. Como la norma liberalizadora pretendió que no pudiesen establecerse limitaciones cuantitativas *de iure* o *de facto* al otorgamiento de autorizaciones de carácter reglado —recuperando de esta manera, dicho sea circunstancialmente, todo su vigor la construcción clásica del derecho preexistente ⁶⁵—, el único resquicio posible para una política proteccionista era la vía cualitativa. De tal suerte, que los nuevos reglamentos municipales han exigido unos requisitos objetivos delirantes para el otorgamiento a las empresas privadas de las correspondientes autorizaciones administrativas para el establecimiento y ejercicio de la actividad, convirtiendo en ilusoria la intención normativa de configurar un derecho preexistente y

por la autoridad judicial. Estas prestaciones forzosas deben ser distribuidas por el Ayuntamiento entre las empresas funerarias que operan en el término municipal, de forma proporcional a la facturación de cada una de ellas.»

En primer lugar, se desconoce que la denominada recogida judicial de cadáveres puede representar unos ingresos nada desdeñables para las empresas funerarias, aunque lo presten gratuitamente (en aquellos casos en que la empresa encargada de la recogida es capaz de ligarla a la prestación del servicio); no se especifican eventuales indemnizaciones por el cumplimiento de estas obligaciones en relación con las personas que carecen de capacidad de pago (que al contrario que la recogida de los *judiciales* generan forzosamente pérdidas); el sistema de reparto nos parece jurídicamente incorrecto (en algunos Municipios funciona admirablemente, por ejemplo, desde hace décadas un sistema de concurso público) o, en fin, el propio condicionamiento en el otorgamiento de la autorización.

⁶⁴ También han advertido esta circunstancia J. L. MARTÍN DE HIJAS Y GARCÍA y L. RIVAS CLEBOT, «Cementerios...», *op. cit.*, p. 759, y L. BERENGUER FUSTER, «Los servicios locales y la política de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, noviembre 1997, p. 10.

⁶⁵ Como acertadamente ha recogido el artículo 7.1.a) de la LCSF: «Deben tratarse de autorizaciones regladas, de forma que deben otorgarse necesariamente a todas las empresas que cumplen los requisitos fijados en el reglamento u ordenanza estatal.»

mutando una situación de libertad condicionada a través de la técnica autorizatoria en una situación general de prohibición *de facto*. Sorprendentemente, unas supuestas necesidades de orden público pretendían pura y simplemente suprimir de hecho de forma general una libertad fundamental o, en otros términos, se empleaba una técnica de policía para alcanzar unos objetivos extraños a la competencia *ratione materiae* de las autoridades de policía, además, de incurrir en los cuatro supuestos que W. JELLINEK fijó como desproporcionado ejercicio del poder de policía: exceso, inaptitud, insuficiencia y nocividad. En fin, unas supuestas exigencias de oportunidad económica, es decir, de política económica, bien distintas del denominado orden público económico, como las que aquí se barajaban no pueden encontrar amparo bajo técnicas de policía ⁶⁶.

Estas Ordenanzas, por ejemplo, han reclamado la disposición de siete coches fúnebres, un tanatorio, seis salas velatorio, quinientos féretros comunes y para traslados, cien cajas de restos, etc. ⁶⁷.

Como pieza antológica del disparate neorregulatorio merece especial mención la OSFM. Esta Ordenanza destaca por estar plagada de disposiciones ilegales, anticompetitivas, desproporcionadas, arbitrarias o, en el mejor de los casos, simplemente innecesarias. Por ejemplo, la necesidad de disponer, al menos, de diez salas-velatorio; el innecesario mandato, por obvio, de que el personal de la empresas privadas esté dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social o llevar un registro de servicios y contrataciones a afectos estadísticos y de control (celo estadístico ya colmado a través de otras vías: la inscripción de la defunción y el Instituto Nacional de Estadística); el empeño en continuar calificando la actividad como servicio público;... etc.

La disposición de estas barreras a la entrada, desconectadas de cualquier exigencia vinculada al interés general, contradice abiertamente la letra y

⁶⁶ Sobre la desnaturalización de la técnicas de policía a través de su utilización para la consecución de objetivos ajenos al orden público, A. MANITAKIS, *La liberté du commerce...*, op. cit., pp. 143 y ss.

Sobre la distinción entre los conceptos orden público económico, que se engloba en la actividad administrativa de policía, y política económica, F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, Paris, 1977, p. 47.

⁶⁷ Así se ha recogido, por ejemplo, en las ya suspendidas, como indicamos de inmediato más abajo, Ordenanzas reguladoras de la prestación de servicios funerarios, cementerios y crematorio del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián (*B.O.* de Guipuzkoa de 26 de junio de 1996 y reproducido en el Boletín *AFUES* de julio-agosto de 1996). En descargo del Reglamento municipal debe señalarse que su elaboración se cruzó con la del R.D.L. de liberalización (aunque tampoco pueda descartarse que su elaboración obedezca a la necesidad de ofrecer una respuesta por anticipado a las propuestas despublicadoras). En cualquier caso, no muy distintas son las previsiones de otras Ordenanzas, que también pueden consultarse en el citado Boletín.

espíritu del Real Decreto-Ley, no mereciendo mayores consideraciones que las que ya están emitiendo los órganos jurisdiccionales, aplicando, por cierto, con muy buen criterio la doctrina del *fumus boni iuris*, como en los Autos ya citados del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de octubre de 1996, en relación con Acuerdos de los Ayuntamientos de Bilbao (sobre prohibición cautelar de realización de servicios funerarios hasta la aprobación de una Ordenanza municipal reguladora de los requisitos necesarios para la concesión de autorización administrativa para su prestación) y San Sebastián (de aprobación de su Ordenanza reguladora).

En el segundo caso, como se condiciona la liberalización a la elaboración de un nuevo reglamento, bastará con diferir injustificadamente su aprobación o, simplemente, negarse a elaborarlo. Esta omisión del ejercicio de la potestad reglamentaria cuando el interés general lo reclama contradice el mandato constitucional de servir con objetividad a los intereses generales y podría eventualmente determinar acciones de responsabilidad patrimonial. Esta estrategia enlaza directamente con una cuestión de gran trascendencia dogmática, la carencia reglamentaria. La libre omisión del ejercicio de la potestad reglamentaria, como aquí se pretende, sitúa a la Administración en una inaceptable posición de libertad, que contradice, entre otros preceptos, los artículos 9.3.º y 97 de la CE, precepto este último que en ningún caso otorga al Poder Ejecutivo independencia en su obligación de ejercer, en un plazo razonable, de acuerdo con la Norma fundamental y las leyes, la potestad reglamentaria. Esta potestad pública no puede concebirse, obviamente, más que como un derecho-deber de la Administración, tan trascendente que de ella depende en muchos casos nada menos que la ejecución de la ley, en definitiva, el propio respeto a la ley. En consecuencia, la omisión deliberada de reglamentar es una conducta administrativa controlable judicialmente y reprobable y determinante, en su caso, de responsabilidad patrimonial, como lo tiene reconocido desde hace tiempo el Consejo de Estado francés (v. gr. *arrêt Ke-vers-Pascalis*) y la literatura jurídico-administrativa ⁶⁸.

⁶⁸ Vid. F. DELPERÉE, «L'obligation de réglementer», *RCJB*, 1975, pp. 9-39; M. LEROY, «Une arme nouvelle contre l'inertie du pouvoir: Le recours contre la carence réglementaire», *APT*, 1986, en especial, pp. 83-99; R. HANICOTTE, «Le juge face au retard des textes d'application», *RDP*, 1986, pp. 1667 y ss., y J.-M. BRETON, «L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois», *RDP*, 1993, pp. 1749 y ss.

En España pueden consultarse sobre esta cuestión los trabajos de M.ª J. MONTORO CHINER, «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo», *RAP*, n.º 110, pp. 263 y ss.; M.ª CALVO CHARRO, «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, n.º 137 y la monografía de M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

