

El conflicto territorial de traslado en el transporte fúnebre: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1997

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

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MODALIDADES DE CONFLICTO EN EL ÁMBITO FÚNEBRE. 1. Conflicto material. 2. Conflictos territoriales. A) Conflicto en tránsito. B) Conflicto de traslado. III. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL CONFLICTO DE TRASLADO. 1. El artículo 139.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley de ordenación del transporte terrestre: la defensa de los viejos Monopolios locales fúnebres. 2. Su suspensión cautelar. 3. La última y desafortunada solución del Tribunal Supremo. A) Los argumentos del fallo. B) Impugnación de sus argumentos. IV. LA RESPUESTA DEL DERECHO COMPARADO. 1. Bélgica. 2. Francia. 3. Italia.

I. INTRODUCCIÓN

La intervención pública municipal en la vida económica no ha sido ajena a las nuevas tendencias jurídico-económicas que parecen imponerse en estos últimos años: despublicación de las actividades reservadas¹; privatización de los patrimonios públicos empeñados en actividades de mercado y desregulación de las actividades de titularidad privada. Un caso testigo de estas nuevas orientaciones lo constituyen las recientes transformaciones liberalizadoras ex-

¹ Bajo el influjo de las nuevas tendencias ideológicas y económicas, el servicio público ha recobrado, como es sobradamente conocido, actualidad en estos últimos tiempos, sin duda, por su utilidad para *el análisis crítico de las principales vicisitudes económicas, jurídicas y sociales* (R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, ed. Jovene, Napoli, 1993, pág. 1). El servicio público *ha esculpido durante un siglo el mito de un Estado generoso, benefactor, preocupado únicamente por el bienestar de la colectividad y capaz de dar respuesta a cualquier necesidad, alimentando, por este motivo, una demanda creciente de creación de nuevos servicios públicos* (Vid. J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, 3.ª ed., París, 1994, págs. 3-5).

Las bases ideológicas que le permitieron interpretar un papel estelar en el Derecho administrativo se han visto desprovistas de buena parte de su vigor en estas últimas décadas, de suerte que el servicio público se ve obligado a demostrar, al margen de mitologías, su capacidad técnica para resolver eficazmente las necesidades de bienestar de la colectividad. Éste constituye en los próximos años el desafío de la institución y de sus defensores.

perimentadas por el sector mortuorio, es decir, por la actividad de pompas fúnebres o preneropolitana y los cementerios ².

El Tribunal de Defensa de la Competencia en sus conocidos informes *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* y *La competencia en España: Balance y nuevas perspectivas* ³ recomendó un profundo repliegue de los poderes públicos locales en este sector, recomendaciones que pueden sintetizarse en tres líneas básicas. La primera, supresión de los servicios mortuorios (esto es, insistimos, las actividades fúnebres más las necropolitanas) de la relación de actividades monopolizables por las Entidades locales (art. 86.3 de la LRBRL), enlazando, de esta manera, con el fenómeno de la despubblicación. La segunda, entroncando con el principio de subsidiariedad, que la actividad concurrencial pública se limite únicamente a cuando la iniciativa privada presente carencias o insuficiencias, recomendación que está en íntima relación con el fenómeno de la privatización ⁴. Y tercera, como consecuencia de la supresión del servicio público local fúnebre y de la aconsejable enajenación de las empresas públicas surge la necesidad de redefinir el papel de la Entidad local en esta actividad. Su función debe pasar de asignadora de recursos a reguladora del estado de libertad, de manera que el Tribunal de Defensa de la Competencia aconsejó, de un lado, el sometimiento de la actividad a las técnicas propias de la actividad restrictiva, en concreto, a autorizaciones administrativas regladas otorgadas sin limitación cuantitativa y, de otro, que el precio de los servicios sea fijado libremente por el mercado. Estas últimas sugerencias han de enmarcarse en la tendencia desreguladora, en la disminución o supresión de los límites, tan estrechos con demasiada frecuencia, que enmarcan las actividades empresariales concurrenciales.

Haciendo parcialmente suyas las sugerencias del Tribunal de Defensa de la Competencia, el nuevo Gobierno surgido tras las elecciones generales de marzo de 1996 decidió, a través del RD-L. 7/1996, de 7 de junio (BOE de 8 de junio), sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica ⁵, despubblicar los «servicios mortuorios» (artículo 23) ⁶.

² La feliz expresión *preneropolitana* ha sido empleada en la introducción de la obra de J.-F. AUBY y S. RIALS, *Votre commune et la mort. Aspects juridiques, techniques, financiers*, ed. du Moniteur, París, 1982.

³ Editados por el Ministerio de Economía y Hacienda en 1994 y 1995, respectivamente.

⁴ Porque debería significar, por coherencia, el traspaso a los particulares de las empresas municipales que prestan un servicio perfectamente asumible, sin mayores dificultades, por el sector privado.

⁵ Esta RD-L. ha sido objeto de una corrección de errores (BOE de 10 de junio de 1996). En el BOE de 26 de junio de 1996 apareció publicada la Resolución del Congreso de los Diputados de 20 de junio de 1996 en virtud de la cual se ordenó la publicación del acuerdo de convalidación del RD-L.

⁶ Véase sobre el origen, sentido y consecuencias del paquete de medidas liberalizadoras, la obra colec-

Existía en los grandes municipios españoles, desde hace un siglo aproximadamente, la tendencia a reservar los servicios funerarios o de pompas fúnebres⁷, mientras que, por el contrario, las necrópolis se han configurado tradicionalmente como equipamientos públicos prestacionales obligatorios de carácter concurrencial, hasta que la LRBRL optó por abrir la posibilidad a que los Entes locales reservasen también los cementerios, al emplear la expresión «servicios mortuorios» (vieja redacción del artículo 86.3)⁸. Por lo tanto, la despublificación de la

tiva *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996. El profesor J. F. PÉREZ GÁLVEZ menciona dos borradores, de Real Decreto-ley y de Real Decreto, del segundo semestre de 1995, que recogían, sustancialmente, las previsiones del RD-L. de 1996 («Fomento y liberalización de la actividad económica: Transporte funerario», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 21, 1996).

⁷ Realmente no ha existido en España hasta la entrada en vigor de la Ley catalana de servicios fúnebres de 3 de abril de 1997 (BOE de 2 de mayo) ninguna disposición de rango legal que definiese el ámbito material de los servicios mortuorios y, dentro de éstos, de los fúnebres. Ausencia que también pone de manifiesto el profesor J. F. PÉREZ GÁLVEZ, «Liberalización de servicios funerarios: Empresas funerarias», *Actualidad Administrativa*, núm. 15/7, de 13 de abril de 1997, pág. 260.

A pesar de la ausencia de una definición legal sobre los servicios fúnebres existe un amplio consenso en punto a la exclusión de su concepto de los servicios de cementerio, como lo evidencian los siguientes argumentos. En primer lugar, ni la Ley catalana precitada ni, por ejemplo, la Ordenanza Reguladora de los Servicios Funerarios de Madrid (BOCM de 8 de abril de 1997) se refieren en absoluto a las actividades necropolitanas. En segundo término, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha distinguido netamente entre servicios mortuorios en sentido amplio, comprendiendo todas las actividades derivadas del óbito de una persona física y en sentido estricto, circunscrita a los servicios fúnebres o de pompas fúnebres (Véanse *Remedios...*, *cit.*, págs. 182-183 y *La competencia en España...*, *cit.*, pág. 79). En el mismo sentido, siguiendo al profesor TOLLIVAR, el profesor FERNÁNDEZ FARRERES señala que la expresión servicios mortuorios es más amplia que la de servicios funerarios, toda vez que, junto a los servicios de pompas fúnebres, engloba a los propios cementerios («Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: Defensa de la competencia, precios y servicios municipales», en la obra colectiva *Reforma y liberalización económica*, *op. cit.*, pág. 135). Por último, la jurisprudencia, también ha acogido esta delimitación, como lo evidencian, las Sentencias del TS de 12 de diciembre de 1952 (Ar. 2463, 4.º Cdo., *in fine*) y los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de agosto y 13 septiembre de 1996.

⁸ La libre iniciativa empresarial privada podía contribuir, en ausencia de reserva, a la construcción de necrópolis. Es decir, en términos más amplios, que no tenían forzosamente que coincidir las categorías de servicios y equipamientos mínimos con su exclusiva prestación por la Entidad pública, circunstancia que, por cierto, acontece con no pocos equipamientos comunitarios, como los centros docentes, por ejemplo. La libre iniciativa empresarial podía concurrir, por lo tanto, en ausencia de la ejecución por el municipio a partir de 1985 de la reserva contemplada en la redacción original del 86.3 LRBRL, al establecimiento de estas infraestructuras o actividades calificadas legalmente como mínimas, 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.ª y 4.ª f.d., Ar. 4836 y 4861) y 14 de febrero y 7 de noviembre de 1995 (4.ª y 6.ª f.d., Ar. 1230 y 8069). Sobre el carácter básicamente infraestructural o dotacional del contenido del artículo 26.1 de la LRBRL y la desvinculación entre equipamiento mínimo y exclusiva titularidad pública puede consultarse a J. SALAS FERNÁNDEZ, «Régimen jurídico de los servicios públicos locales esenciales», *RAndAP*, 1992, núm. 11, pág. 28 y «La provincialización de servicios (iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)», en la obra colectiva dirigida por R. GÓMEZ-FERRER

actividad mortuoria operada por el RD-L. de 1996 comprende, en sentido inverso al pretendido por la LRBRL, la totalidad de las actividades mortuorias, las fúnebres y las necropolitanas, y no exclusivamente a los servicios fúnebres, como ha defendido algn autor⁹.

La liberalización del sector está siendo obstaculizada por, entre otros factores, la resistencia que están ofreciendo los municipios a perder sus posiciones exclusivas y de privilegio. La supresión de los Monopolios locales fúnebres, en efecto, está experimentado el riesgo 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 actividad¹⁰ o, en algunos casos, condicionando la liberalización a la aprobación de un nuevo Reglamento municipal, que se difiere injustificadamente o no se elabora¹¹.

MORANT, *La Provincia en el sistema constitucional*, ed. Civitas y Diputación de Barcelona, Madrid, 1991, pág. 203.

En el ámbito estrictamente de los cementerios, véase, por ejemplo, E. ARGULLOL MURGADAS, «La iniciativa privada en un sector singular del ordenamiento sanitario», *REVL*, 1983 y J. F. PÉREZ GÁLVEZ, «Liberalización de los servicios mortuorios», *NUE*, núm. 146, 1997, págs. 72-73.

⁹ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: Defensa de la competencia, precios y servicios municipales», en la obra colectiva *Reforma y liberalización económica, op. cit.*, págs. 235-236.

¹⁰ Los reglamentos municipales están exigiendo 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 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 (que en realidad sólo responden al puro capricho de la Administración local) pretenden pura y simplemente suprimir de hecho de forma general la libertad de empresa o, en otros términos, se está empleando 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, ineptitud, insuficiencia y nocividad.

¹¹ 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 eventual y adicionalmente determinar acciones de responsabilidad patrimonial. Esta estrategia municipal 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 no puede concebirse más que como una obligación 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 (el *silencio reglamentario*) es en este tipo de circunstancias una actividad administrativa, obviamente, controlable judicialmen-

Un nuevo freno se suma ahora a esta tendencia liberalizadora, el derivado de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1997^{*}, obstáculo cuyo alcance no sólo se reflejará en aquellos municipios donde existió una situación de monopolio *de iure*, sino también en aquellos núcleos de población que han venido disfrutando de una situación de concurrencia en el pasado. El análisis y crítica de esta sentencia, a nuestro juicio regresiva, contraria al espíritu liberalizador del RD-L. de 1996 y contradictoria con pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, constituye justamente el contenido básico de este estudio.

Previamente a su examen resulta necesario un análisis preliminar que sitúe al lector en el origen y desarrollo del problema que tan deficientemente, a nuestro juicio, resuelve el Supremo. Con este objetivo, nos vamos a referir a los conflictos, de diversa naturaleza, que se presentaban o se presentan en el sector fúnebre.

II. MODALIDADES DE CONFLICTO EN EL ÁMBITO FÚNEBRE

Como consecuencia del principio de autonomía local y de las concretas necesidades que con la publicación de esta actividad se pretendían satisfacer, no existía un concreto derecho exclusivo local de pompas fúnebres, puesto que su alcance objetivo dependía del que cada municipio quisiese otorgar. En definitiva, como también ocurre en el Derecho comparado, asistíamos a múltiples monopolios locales, en nuestro caso, fúnebres, de geometría variable.

El alcance objetivo del monopolio fúnebre o de la actividad fúnebre desarrollada en libertad presentaba y presenta problemas en sus dimensiones material y territorial.

te, reprobable y determinante, en su caso, de responsabilidad patrimonial, como lo tiene reconocido, por ejemplo, el Consejo de Estado francés (v. gr., *arrêt* Kevers-Pascalis).

Véase sobre la omisión del ejercicio de la referida potestad, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I^o, Madrid, Civitas, 1995, págs. 435-436; F. DELPÉRÉE, «L'obligation de réglementer», *Revue critique de jurisprudence belge*, 1975, págs. 9-39; M. LEROY, «Une arme nouvelle contre l'inertie du pouvoir: Le recours contre la carence réglementaire», *Administration Publique (Trimestr.)*, 1986, en especial, págs. 83-99; R. HANICOTTE, «Le juge face au retard des textes d'application», *RD*, 1986, págs. 1.667 y ss.; J.-M. BRETON, «L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois», *RD*, 1993, págs. 1.749 y ss.; M.^a J. MONTORO CHINER, «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional *versus* fracaso legislativo», *RAP*, núm. 110, págs. 263 y ss.; M.^a CALVO CHARRO, «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, núm. 137 y la monografía de M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

* Con posterioridad a la terminación de este estudio ha aparecido publicada la sentencia objeto de este comentario (Ar. 6092). Con la misma fecha el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi recoge otra sentencia (Ar. 6093), cuyos antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho son correlativos al fallo objeto de este artículo.

1. Conflicto material

Para determinar el común denominador de la dimensión material de este antiguo servicio público local hemos tenido presente el alcance que se otorgaba en las principales capitales de Provincia. El denominador común a todas ellas era la prestación del servicio de conducción o traslado de cadáveres al lugar de inhumación o cremación y la prestación de los bienes y servicios que resultaban imprescindibles para su realización, es decir, principalmente, el suministro del féretro —del que se deriva el beneficio principal de este negocio—, cajas de restos y la colocación del cadáver en el féretro. Este alcance era, como tendremos ocasión de examinar, excesivo por relación a lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en los que el servicio público se contrae exclusivamente a la conducción del cadáver.

Que nosotros sepamos esta cuestión únicamente planteó problemas, lo que no deja de ser sorprendente debido a su trascendencia, en el Municipio de León¹², donde el 28 de diciembre de 1972 se acordó «la validez y subsistencia de la municipalización en régimen de monopolio del servicio de Pompas Fúnebres», disponiendo, poco después (27 de diciembre de 1973), prorrogar el contrato con la empresa que venía prestando el servicio hasta el 1 de julio de 1975. Contra los citados acuerdos, previo el correspondiente recurso administrativo, se interpuso un recurso contencioso-administrativo entre cuyas pretensiones destacó la de excluir del ámbito objetivo-material «el suministro de bienes muebles precisos para la conducción de cadáveres hasta el cementerio», es decir, entre otros, y principalmente, el féretro.

La Sala de Valladolid señaló que el servicio público fúnebre podía extenderse a tales suministros¹³, juicio que apoya, entre otras consideraciones, en que todo el planteamiento financiero de la municipalización se edificó sobre la inclusión de tal suministro. Recurrída la decisión de la Sala de Valladolid, el Supremo acogió prácticamente los mismos fundamentos del Tribunal *a quo* para denegar las pretensiones de los recurrentes.

Varias son las consideraciones que merecen sendos fallos, aunque nos limitaremos a una de ellas. Como bien señala en esta sentencia el propio TS, los

¹² Municipio en el que se declaró la publicación del servicio el 3 de febrero de 1947, acudiéndose para su explotación a la fórmula concesional.

¹³ Entendiendo esta Sala que tal expresión cobijaba: «suministros de ataúdes, urnas, cajas de cinc, instalación de túmulos y cámaras mortuorias, enlutamientos, servicios de firmas, conducción y traslados de cadáveres; y en general la asistencia de cadáveres desde el lugar mismo en que la defunción haya tenido lugar hasta su entrega al pie de la sepultura en que haya de ser inhumada incluidas todas las gestiones anejas o reclamaciones con la prestación del servicio principal» (véanse sus considerandos en la Sentencia del TS de 28 de junio de 1973, Ar. 3501).

derechos exclusivos que recaen sobre actividades económicas deben ser objeto de interpretación restrictiva, por el juego del principio de libertad de empresa. La técnica del monopolio *de iure* y su contenido deben, por tanto, configurarse, en la medida de lo posible, de manera que permitan el máximo juego de libertad¹⁴, por ejemplo sobre bienes o servicios conexos o accesorios. Este principio de mínima intervención o de *favor libertatis* se consagra nítidamente en nuestro Derecho local en normas pre y postconstitucionales, como en los artículos 6.2 del RSCL y 84.2 de la LRBRL.

En el supuesto que analizamos, se reconoció expresamente que la municipalización se desató con un ánimo social («necesidad pública definidora del servicio público»), aunque, a renglón seguido, expresamente se afirmó, de forma contradictoria, que la exclusión de los suministros controvertidos, arruinaría el planteamiento financiero del monopolio. Si los fines justificativos eran de carácter social debiera ser indiferente, por pura coherencia, el resultado económico de la explotación. El interés perseguido por la Corporación local con la monopolización de la dación de ataúdes, era, en realidad, de carácter predominantemente lucrativo, olvidando que la intervención en esta y otras materias (por ejemplo, en abastos) va dirigida prioritariamente a asegurar la libre competencia, no a obstaculizarla, sobre la sencilla idea de que la competitividad abarata los precios de los bienes y servicios (artículos 18.2 de la LRBRL y 1.2 del RSCL).

Reiteramos que, en el último apartado de este trabajo, comprobaremos cómo no pocos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno reducen el monopolio fúnebre a la conducción del cadáver, excluyendo los suministros, como forma de eludir inaceptables planteamientos lucrativos¹⁵.

2. Conflictos territoriales

Pero es la dimensión territorial del sector fúnebre la que ha planteado mayores problemas y es, precisamente, en el ámbito en que surge la sentencia del Supremo objeto de comentario en este estudio.

La dimensión territorial de los monopolios locales ha planteado dificultades debido a la peculiar configuración de las reservas locales (y autonómicas), su carácter necesariamente limitado en el espacio.

¹⁴ En este sentido, consúltese la interesante STS de 25 de octubre de 1982 (Ar. 6431).

¹⁵ Los Informes citados del Tribunal de Defensa de la Competencia han indicado que el móvil perseguido con la instauración de estos y otros monopolios locales ha sido, quizá, el lucrativo (*Remedios políticos...*, *op. cit.*, pág. 186 y *La competencia en España...*, *op. cit.*, pág. 80).

Los conflictos derivados de la dimensión territorial aparecían en los denominados por el Reglamento estatal de Policía Sanitaria Mortuoria de 20 de julio de 1974 (aprobado por el Decreto número 2263, BOE de 17 de agosto) sepelios no ordinarios ¹⁶, calificación que ha sido alterada por la normativa autonómica, como anotamos más abajo.

El primer tipo de conflicto se producía cuando durante el trayecto a través de dos o más términos municipales o en el lugar de inhumación se alzaban uno o varios monopolios que no renunciaban al ejercicio de sus derechos exclusivos (*conflicto en tránsito*). El segundo tipo era también un conflicto entre el monopolio local con otras empresas que deseaban acudir al término municipal monopolizado con la pretensión de contratar un traslado que excedía al territorio en cuestión (*conflicto de traslado*) ¹⁷.

Veremos cada uno de estos conflictos por separado, aunque adelantamos que el objeto de nuestro estudio se centra en el segundo tipo, que, a diferencia del primero, mantiene hoy toda su viveza, incluso después de suprimidos los monopolios locales fúnebres.

También en el último apartado de este trabajo comprobaremos cómo las soluciones que ofrecen algunos ordenamientos jurídicos han permitido superar estas situaciones.

A) *Conflicto en tránsito*

A nuestro modo de ver, el origen de este tipo de conflicto ¹⁸ ha residido en la confusión, históricamente arrastrada, entre el ejercicio, absolutamente lógi-

¹⁶ Señala el artículo 27 del RPSM que tienen la condición de sepelios ordinarios «(...) los que se efectúan dentro de los términos de los propios municipios o cementerios mancomunados y por medio de féretros comunes, con los requisitos señalados en el artículo 40».

¹⁷ Ningún problema jurídico planteaban los sepelios ordinarios, es decir, cuando el origen y destino del convoy fúnebre se desarrollaba en exclusiva dentro del término municipal monopolizado. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de septiembre de 1996 (f.j. 2.º): «(...) si en situaciones como la prevista por el citado art. 3.º ha de actuar el servicio monopolizado no lo es en función de un necesario carácter *público* local de la funeraria actuante, sino en razón de que con anterioridad haya quedado legítimamente excluido el establecimiento de los competidores privados y nadie más pueda ya válidamente realizar conducciones o traslados que tengan principio y final en el término municipal, que es lo que en esta sentencia estamos sosteniendo como ámbito reservado al monopolio examinado».

¹⁸ Que podría haberse planteado en España, por ejemplo, en Santa Cruz de la Palma en relación con los traslados que arribaban al recinto portuario de dicho municipio en el que estaba monopolizado el servicio. Mediante Decreto de la Alcaldía de 1 de agosto de 1985 se prohibió a determinadas empresas radicadas en otros municipios de la Isla prestar, entre otros, el servicio de traslado de los féretros desem-

co, de los poderes de policía sobre el convoy fúnebre en tránsito y el ejercicio, ciertamente abusivo, de los privilegios que se derivaban de un derecho exclusivo circunstancialmente afectado.

La solución a este tipo de colisiones debía partir de la función que ejercía el Derecho exclusivo local, es decir, la satisfacción regular y continua de las necesidades esenciales de la población habitualmente radicada en el territorio (interpretación que se desprende del artículo 96 del TRRL [«(...) en beneficio de sus habitantes»]). En estos supuestos, debiera haberse suavizado el principio general de aplicación de las normas jurídico-administrativas recogido en el artículo 8 del Código Civil. En estos casos, en realidad, no se asistía a un supuesto de renuncia de la competencia por parte del municipio en tránsito, sino, simplemente, a un caso de ausencia de competencia, toda vez que no concurría el fin público que justificaba su ejercicio.

B) *Conflicto de traslado*

La causa de este tipo de conflictos reside en la medicalización de la muerte, lo que los franceses denominan *délocalisation de la mort*, 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, es decir, su previsible lugar de inhumación. En consecuencia, los municipios de defunción e inhumación son, en no pocos supuestos, distintos.

Este conflicto ha tenido y tiene en España una trascendencia jurídica (al margen de la económica) que a primera vista era difícil de imaginar. Estas colisiones pretendieron ser superadas en Francia, como tendremos oportunidad de exponer, a través de la reforma liberalizadora de 1986. La solución española, por el contrario, fue por la senda inversa, puesto que se pretendió dar a través del Reglamento de desarrollo de la Ley de ordenación del transporte terrestre de 1990 *otra vuelta de tuerca* al alcance territorial del servicio público fúnebre. Su efecto, sin embargo, fue temporalmente inverso al pretendido por la Administración, toda vez que, a la postre, provocó una fractura parcial de su estructura.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este conflicto en cinco ocasiones, salvo error u omisión por nuestra parte, cuyos supuestos de hecho de partida son idénticos, aunque con una base jurídica diferente. Ante los Tribunales Superiores de Justicia también se han planteado en varias ocasiones ¹⁹.

barcados. Véase la STS de 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8796).

¹⁹ En concreto, ante los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid (Auto de 5 de octubre y Senten-

El primer contencioso ante el Supremo surgió de la municipalización de Santa Cruz de la Palma, donde el Decreto de la Alcaldía, ya anotado más arriba, impuso la abstención a otras empresas radicadas en otros municipios de la Isla distinta de la empresa mixta concesionaria del servicio público de prestar la actividad de traslado con origen en ese término. El Tribunal Supremo resolvió entonces la controversia aplicando lo dispuesto en los artículos 164 y 181 de la LRL de 1955 y el artículo 46.1.c) del RSCL. Es decir, la actividad prestacional local reservada debía contraerse al término municipal, aunque se admita que algunos de los elementos materiales del servicio público estén situados fuera de él. Cuando la municipalización, además, por las circunstancias que sean, afecte a varios términos municipales, deberá ser adoptada por todos ellos. De manera que, concluyó el Tribunal de forma imperceptible, si se impide a una empresa radicada fuera del término municipal sometido a monopolio acudir a prestar el servicio de traslado a terceros municipios se extienden indebidamente los efectos del derecho exclusivo, produciendo una municipalización *de facto* ²⁰.

El segundo tiene su origen en un Acuerdo del Ayuntamiento de Barbastro, en virtud del cual también se pretendía de las empresas ajenas a la explotación del monopolio que acudiesen al hospital de este municipio para efectuar traslados de personas fallecidas. La Sala del Supremo falló señalando que tal acuerdo vulneraba el artículo 109 TRRL, que establece, como es sobradamente conocido, que la municipalización del servicio en régimen de monopolio que afecte a varias Entidades locales requiere del acuerdo de todas ellas ²¹.

cia de 26 de noviembre de 1993 (citados por J. M. DÍAZ LEMA, *Los Monopolios locales*, Montecorvo, Madrid, 1994, págs. 100-101), Galicia, en dos ocasiones (la más reciente la Sentencia 691/1996, de 10 de octubre), Cantabria (Sentencia de 5 de marzo de 1996); País Vasco (Sentencias de 18 de julio y 13 de septiembre de 1996) y La Rioja, fallando en todos ellos en favor de la estricta limitación del monopolio al ámbito territorial del municipio. El contenido de estas sentencias puede consultarse en los *Boletines AFUES* (Asociación Funeraria de España) de marzo-abril y septiembre-diciembre de 1996 y *Actualidad Administrativa*, núm. 1, enero 1997.

²⁰ Sentencia ya citada de 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8796). El Tribunal añadió, por otro lado, cuarto considerando, que para evitar, precisamente, este tipo de colisiones el Reglamento Nacional de los Servicios de Transportes de 16 de marzo de 1979 (se refiere al Reglamento nacional de los servicios urbanos e interurbanos de transportes en automóviles ligeros, en vigor a pesar de muchas previsiones obsoletas y desproporcionadas, RD 763/1979, BOE de 13 de abril) contiene un inciso cuarto en su artículo 1.º que dispone: «Los Municipios con área de influencia recíproca y consecuentemente, interacción de tráfico, deberán coordinarse en fórmula jurídica adecuada (Mancomunidad, Agrupación, concierto u otra) para la prestación de los servicios de este Reglamento, en forma unitaria, sujetándose el órgano gestor, en cuanto a creación y adjudicación de licencias a las normas subsiguientes y a las de la Ordenanza que pueda dictar con arreglo al párrafo segundo de este artículo. Se presumirá que existe influencia recíproca e interacción de tráfico cuando entre el suelo urbano o urbanizable de uno y otro Municipio o Ente local no exista distancia superior a 25 kilómetros. Para el establecimiento de la coordinación señalada, que será obligatoria en los Municipios comprendidos en territorios insulares, será preceptivo el previo informe del Ministerio de Transportes y Comunicaciones».

²¹ Sentencia de 9 de mayo de 1996 (Ar. 4115).

El tercer pleito ante el Supremo ha provocado, y cito textualmente, «un hito en la historia de nuestro contencioso-administrativo», por ser la primera vez en que se aplicó el criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de ilegalidad para adoptar la suspensión inmediata de los efectos normativos de un precepto reglamentario en un recurso directo contra una disposición administrativa ²². Este auto será objeto de comentario en el siguiente apartado.

Y, por último, las sentencias de la sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 17 de junio de 1997, objeto una de ellas, como ya hemos señalado, de este comentario, que se pronuncia sorprendentemente en sentido inverso a las anteriores decisiones del Supremo.

III. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL CONFLICTO DE TRASLADO

1. El artículo 139.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley de ordenación del transporte terrestre: la defensa de los viejos Monopolios locales fúnebres

El artículo 139.3, inciso segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre), dispuso que el ejercicio del transporte funerario está sometido a la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa otorgada por el Estado o, en su caso, la Comunidad Autónoma [es decir, la obtención de la correspondiente tarjeta de transporte, siempre que el interesado posea previamente las tradicionalmente denominadas licencias de la clase C) que otorga el Municipio] ²³. Añadió que «Dichas auto-

²² A través del Auto del TS de 10 de julio de 1991 (no nos consta que haya sido publicado en los repertorios más al uso, nosotros manejamos una fotocopia íntegra del Auto). Un resumen y comentario sobre esta cuestión en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La aplicación de la apariencia de buen derecho como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos», *RAP*, núm. 125, 1991, págs. 411 y ss. Véanse también las alusiones que a este Auto recogen J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pág. 264 y J. F. PÉREZ GÁLVEZ, «Fomento y liberalización...», *cit.*, págs. 186 y ss. El conflicto se planteó entre varias funerarias y asociaciones del ámbito circundante a la capital de España y el monopolio madrileño y su gestora (Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A., *EMSF, S.A.*).

El criterio del *fumus boni iuris* se ha vuelto a aplicar en dos ocasiones más en el objeto de nuestro estudio, en concreto, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con la finalidad de suspender los efectos de los 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 (por el que se aprobaba la Ordenanza general de prestación de servicios funerarios, cementerios y crematorio).

²³ El transporte fúnebre terrestre por carretera mediante tracción mecánica tiene la consideración normativa de transporte privado complementario de viajeros de carácter especial, según se desprende del juego combinado de los artículos 62 y 66 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, del artículo 139.1

rizaciones habilitarán para realizar cualquier transporte, independientemente del recorrido del mismo, hasta el lugar en que se realice el enterramiento o se

del Reglamento de Ordenación de 1990 y del artículo 6.2.º de la OM de 22 de febrero de 1988, que consideraba esta actividad como transporte público, calificación esta última, en este punto concreto, derogada por el Reglamento de 1990.

Básicamente el ejercicio de la actividad de transporte fúnebre se condiciona a la obtención de la licencia correspondiente a los denominados servicios de la clase C), es decir, los «Especiales o de abono», otorgada por el municipio, según establece, el artículo 20 del Reglamento ya citado en anterior anotación, nacional de los servicios urbanos e interurbanos de transportes en automóviles ligeros (RD 763/79, de 16 de marzo) y el párrafo 2.º del artículo 6 de la arriba citada OM de 22 de febrero de 1988. La Disposición Adicional cuarta del Reglamento de 1979 y el artículo 6.º de la OM de 1988 establecen que los vehículos destinados a los servicios funerarios deberán obtener la licencia de la clase C), la cual no se expedirá hasta tanto se le haya concedido la correspondiente autorización técnico sanitaria por el *Ministerio de Sanidad y Seguridad Social*.

Estas licencias de la clase C) se están otorgando en unas condiciones en la práctica diaria cercanas a la arbitrariedad, en no pocos casos, de la que pueden derivarse, caso de no obtenerse finalmente la licencia, elevados perjuicios económicos derivados de la exigencia normativa de adquirir en propiedad los vehículos o ser arrendados en *leasing* (al margen de los desembolsos derivados de la concertación de las pólizas de seguros y carrozamiento), puesto que los vehículos deben figurar inscritos en tales condiciones en la Dirección General de Tráfico, según disponen los artículos 30 del Reglamento de 1979 y el artículo 7.1.b) de la citada OM de 1988, precepto que ahora resulta aplicable al transporte fúnebre debido a su condición de transporte privado desde la entrada en vigor del Reglamento de 1990. Por otro lado, debe también subyugarse la fijación de unas exacciones manifiestamente abusivas, en algunos supuestos, para la obtención de estas licencias.

Añade el artículo 18 del Reglamento de 1979, de forma sorprendente, que los titulares de licencias para servicios de la clase C) no podrán prestar éstos sin ser propietarios (o arrendados en régimen de *leasing*) de tres vehículos automóviles, como mínimo, con las licencias correspondientes que habrán de solicitar conjuntamente y con arreglo al procedimiento señalado en el artículo 10 de este Reglamento. En las Entidades Locales superiores a un millón de habitantes el número mínimo de vehículos será de diez. No obstante, la Disposición transitoria cuarta, en su inciso tercero, dispone, lógicamente, que estos requisitos cuantitativos no serán exigibles a los titulares de licencias otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta disposición.

Estos requisitos mínimos carecen de cualquier justificación y son manifiestamente desproporcionados para pequeños y medianos núcleos de población y deben ser derogados, aunque también es cierto que en la práctica no son pocos los municipios que han optado sencillamente por no exigirlos, siendo suficiente con acreditar la propiedad o el arrendamiento en régimen de *leasing* de un vehículo (incumplimiento que, en ocasiones, es de pura lógica al otorgarse las licencias previo concurso público en el que se convocan un número inferior al mínimo).

Posteriormente es necesaria la correspondiente tarjeta de transporte concedida por la Comunidad Autónoma, como hemos indicado en el cuerpo del texto, que la denegará en el caso de no disponer previamente de la licencia clase C).

Sobre el régimen jurídico de este tipo de transporte puede consultarse el artículo de J. F. PÉREZ GÁLVEZ, «Fomento y liberalización...», *cit.*, págs. 174 y ss. Algunas consideraciones de carácter muy general sobre el régimen jurídico de este tipo de transporte pueden verse también en L. TOLLIVAR ALAS, *Dogma y realidad del Derecho mortuario español*, IEAL, Madrid, 1983, págs. 206 y ss.; J. A. RÁZQUIN LIZARRAGA, *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 418 y J. M. DÍAZ LEMA, *Los Monopolios locales*, *op. cit.*, págs. 65-66 (en nota núm. 62).

El sometimiento a autorización administrativa previa de la actividad de conducción de cadáveres es habitual en el Derecho comparado, aunque, por lo general, con mayores dosis de racionalidad. Así, por ejemplo, en los Derechos belga y francés, *vid.* J.-M. LEBOUTTE, *Les funèrailles et sépultures*, Livre Orange, 6, ed. J. Vanden Broele, Brugge, 1986, 10.º ed., pág. 28; X. WAUTELET, «Le Droit administratif des

conduzca el cadáver, si bien el servicio deberá tener su origen en el municipio en que la empresa de pompas fúnebres tenga su sede²⁴, a no ser que se trate de municipios en los que no existan Empresas de pompas fúnebres o de supuestos de catástrofes o siniestros extraordinarios, en cuyo caso no existirá dicha limitación».

El origen de tan extraña previsión no era otro que la protección contra la competencia que podrían sufrir los monopolios fúnebres de los grandes núcleos de población, sobre todo, Madrid y Barcelona, por parte de empresas domiciliadas en núcleos de población cercanos o simplemente colindantes.

Sobre la base de tal precepto se produjo un doble efecto positivo-negativo, anverso y reverso, en realidad, de la misma moneda: sólo la empresa gestora del monopolio podía prestar el servicio de traslado de las personas fallecidas en ese municipio al de inhumación o imposibilidad de intervención de empresas no domiciliadas en el término municipal de defunción.

Con anterioridad a esta ocurrencia administrativa las empresas domiciliadas fuera del término municipal podían efectuar el correspondiente traslado, puesto que el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria únicamente condicionaba esta posibilidad a la obtención de la correspondiente previa autorización administrativa de la *Jefatura Provincial de Sanidad* o de la Comunidad Autónoma más tarde (lo que no siempre era fácil obtener debido a las dificultades arbitrarias que planteaban, principalmente, las *Jefaturas Provinciales*), sin mención alguna al domicilio de la empresa.

transports funèbres», *Mouvement Communal*, núms. 10 y 11/1993, pág. 468 y J.-F. AUBY y S. RIALS, *Votre commune...*, op. cit., pág. 54.

En cuanto al transporte internacional debe estarse, entre otras disposiciones, a los artículos 34 a 39 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria; a los Acuerdos internacionales de Berlín de 10 de febrero de 1937 y al hecho en Estrasburgo el 26 de octubre de 1973, ratificado por nuestro Estado el 5 de febrero de 1992 (BOE de 13 de mayo de 1992), del que han sido signatarios los Estados miembros del Consejo de Europa y la OM de 30 de septiembre de 1986, que liberaliza esta actividad (arts. 1.11.º y 2). Existen otras disposiciones de alcance más limitado, como, por ejemplo, el Reglamento relativo al transporte intra-Benelux de restos mortales.

²⁴ Importantes dudas hermenéuticas plantea, debido a la ausencia de rigor jurídico por parte del redactor de la norma, el término sede, concepto metajurídico. El término correcto debe ser domicilio social, de contorno absolutamente preciso, puesto que según el artículo 6 del TRLSA, es aquél en que la sociedad fija el centro de su efectiva administración y dirección o en donde radique su principal establecimiento o explotación (véanse además los artículos 24 del Código de Comercio y 4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

La ausencia de rigor se sorprendente si se tiene presente que el domicilio social es un concepto fundamental para el Derecho, como ha puesto de manifiesto, por ejemplo, el profesor A. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «Denominación y domicilio social», en la obra colectiva *Derecho de sociedades anónimas*, vol. 1º (La Fundación), Madrid, 1991, Civitas, págs. 235 y ss.

La codicia administrativa provocó la reacción de determinadas empresas domiciliadas en municipios colindantes o próximos al municipio de Madrid, recurriendo la disposición y solicitando la suspensión de los efectos normativos del precepto con base en lo dispuesto en los artículos 122 y ss. de la LJ.

2. Su suspensión cautelar

Como indicamos, este Auto del Tribunal Supremo ha significado, en palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, «un hito en la historia de nuestro contencioso-administrativo». El Supremo resolvió señalando que la ejecución del artículo 139.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre había de ocasionar evidentes perjuicios de muy difícil, por no decir imposible, reparación a las empresas afectadas, mientras que por el contrario la suspensión de la ejecución no producía ningún perjuicio al interés público (Fundamento 2.º). A mayor abundamiento, ya que el razonamiento anterior sería suficiente para acceder a la suspensión, el Tribunal indicó que existía una apariencia de buen derecho, derivada de la ausencia de cobertura legal de la disposición recurrida, todo ello, sin prejuzgar la decisión que sobre el fondo se pronunciase en su día (también Fundamento 2.º).

La suspensión acordada por el Auto provocó una solución muy liberal, puesto que desde ese momento podía realizar el servicio, si así lo deseaba la familia, cualquier empresa funeraria, incluso la que no estaba domiciliada ni en el lugar de inhumación ni en el del domicilio del difunto.

A este respecto, resulta bien ilustrativo el contenido del f.j. núm. 7 de la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 5 de marzo de 1996, donde se refiere a los principios que debieran inspirar un precepto como el artículo 139.3, en definitiva, la regulación del transporte fúnebre: «Dicha cobertura no se la presta, desde luego, la Ley 16/87, de Ordenación de los Transportes Terrestres inspirada en principios claramente contrarios al criterio restrictivo de la Ordenanza Municipal. Efectivamente, su Exposición de Motivos se refiere precisamente al *respeto en todo caso al sistema de mercado y al derecho de libertad de empresa*, como pautas de su regulación de la actividad de transporte. Su artículo 22 dispone que *conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Constitución (...) el marco de actuación en que habrán de desarrollarse los servicios y actividades del transporte es el de economía de mercado, con la obligación de los poderes públicos de promover la productividad y el máximo aprovechamiento de los recursos*, añadiendo, en fin, su artículo 49 que, *como regla general, la oferta de transporte se regirá por el sistema de libre concurrencia*».

3. La última y desafortunada respuesta del Tribunal Supremo

La Sentencia de 17 de junio de 1997, que cierra, al menos temporalmente, el debate del conflicto de traslado en el sector fúnebre, se aparta de la doctrina que con anterioridad había sentado el propio Tribunal Supremo y de varias sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia, como ha quedado expuesto.

El fallo trae causa del recurso contencioso administrativo n.º 2015/90, interpuesto contra el ya citado RD 1211/90, de aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre. Además de la Administración demandada han comparecido como coadyuvantes, entre otras, la Empresa Mixta de Servicios Mortuorios de Vigo, S.A. (*EMORVISA*), la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid (*EMSF, S.A.*) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras.

La Sentencia va acompañada de un voto particular formulado por el magistrado D. Óscar González González, al que se adhieren D. Fernando Cid Fontán y D. Segundo Menéndez Pérez.

A) *Los argumentos del fallo*

El contenido del pleito gira básicamente en torno a la legalidad del artículo 139.3 del RD 1211/1990, por lo que concentraremos nuestra atención sobre esta cuestión, aunque el escrito de demanda contiene otro tipo de alegaciones que presentan una importancia secundaria²⁵. Además, como indica la Sentencia, la impugnación se circunscribe únicamente a una parte del párrafo 3.º, que transcribimos: «(...) si bien el servicio deberá tener su origen en el Municipio en que la empresa de pompas fúnebres tenga su sede, a no ser que se trate de Municipios en los que no existan empresas de pompas fúnebres o de supuestos de catástrofes o siniestros extraordinarios, en cuyo caso no existirá esta limitación» (f.d. 6.º).

El demandante impugna esta parte del precepto, básicamente, por carecer de cobertura legal en la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre; por vulnerar lo dispuesto en los artículos 4.3 y 49 del propio texto legal; por la lesión de los derechos fundamentales de intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 CE) y por violar la libertad de empresa (artículo 38 CE), la protección de los consumido-

²⁵ Como lo reconoce el propio fallo en los Fundamentos de Derecho 2.º y 3.º, «En el escrito de conclusiones (...) la impugnación se centra en el artículo 139.3 de la disposición general impugnada (...) la impugnación del artículo 139.3 del Reglamento, que en realidad es el núcleo básico de la demanda».

res (art. 51 CE) y la libertad de circulación de personas y bienes en el territorio español (art. 139 CE). Como argumento *ex post* se invoca el ya citado RD-L. 7/1996 de liberalización. Por otro lado, el demandante argumenta que el Reglamento ha sido dictado en fraude de ley, «aunque sin concretar en dónde se encuentra ese comportamiento fraudulento» (f.d. 2.º). Es de imaginar que la parte recurrente se refiere, como hemos indicado, a que la disposición fue dictada con el exclusivo fin de proteger a los monopolios locales, reiteramos que hoy ya extinguidos, de la competencia de las empresas cercanas o colindantes al municipio donde ejercían los derechos exclusivos²⁶.

En relación a la ausencia de cobertura legal el Tribunal la descubre en los artículos 62 y 66 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre. Ya anotamos, en efecto, que el transporte fúnebre terrestre por carretera mediante tracción mecánica tiene la consideración normativa de transporte privado complementario de viajeros de carácter especial, según se desprende, entre otros, de los artículos 62 y, sobre todo, del 66.2 de la Ley de Ordenación.

El párrafo 3.º del artículo 62 dispone: «Son transportes privados aquellos que se llevan a cabo por cuenta propia, bien sea para satisfacer necesidades particulares, bien como complemento de otras actividades principales realizadas por empresas o establecimientos del mismo sujeto, y directamente vinculados al adecuado desarrollo de dichas actividades». Por su parte, el artículo 66.2 prescribe: «Son transportes especiales, aquéllos en los que por razón de su peligrosidad, urgencia, incompatibilidad con otro tipo de transporte, repercusión social, u otras causas similares están sometidos a normas administrativas especiales, pudiendo exigirse para su prestación conforme a lo previsto en el artículo 90 una autorización específica.

La determinación concreta de los transportes de carácter especial, así como el establecimiento de las condiciones específicas aplicables a cada uno de los mismos, *se realizará en las normas de desarrollo de la presente Ley*. En todo caso se considerarán transportes especiales el de mercancías peligrosas, productos perecederos cuyo transporte haya de ser realizado en vehículos bajo temperatura dirigida, el de personas enfermas o accidentadas y el funerario.»

²⁶ Añade el Tribunal en el f.d. 3.º: «En verdad resulta pintoresca la invocación que se hace al fraude de ley en justificación de la petición de anulación del Reglamento, ya que si aquél supone un acto que se acoge a la protección de una norma que está dada para una determinada finalidad y que el autor del fraude pone al servicio de otra diferente, evitando así la aplicación de la norma defraudada, no se alcanza a ver en este caso y, por supuesto, la demanda no suministra claridad, cuál era la finalidad espuria que se perseguía con la promulgación del Reglamento y cuál era la norma que se pretendía defraudar».

En consecuencia, la Sala considera que el Reglamento está provisto de la suficiente cobertura legal, sobre todo, a la vista de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 66 de la Ley.

Se pregunta, en un segundo momento, si la parte del párrafo precitado de ese Reglamento ejecutivo ha vulnerado los límites formales y sustanciales a que está sujeta la potestad reglamentaria. A este respecto, la sentencia indica que no toda habilitación legal significa, obviamente, una cobertura legitimadora de todo lo que disponga la disposición administrativa de desarrollo. Con cita expresa de jurisprudencia del propio Tribunal a este respecto señala que «(...) al tratarse de una norma complementaria en un doble sentido: de una parte, habrá de incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrolla, y por otra parte no podrá incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida por la norma superior» (f.d. 7.º). A partir de este momento, como se comprende, nos adentramos en el núcleo básico argumentativo y en el examen que realiza la Sala del resto de alegaciones de la parte demandante.

Los argumentos que a partir de este momento desarrolla la sentencia son de doble naturaleza, jurídicos y económicos.

En relación con los jurídicos, señala, en primer lugar, que el artículo 139.1.º del Reglamento dispone que *el transporte funerario deberá ser realizado por Empresas de pompas fúnebres legalmente establecidas y autorizadas por los correspondientes Ayuntamientos* y que el inciso primero del párrafo 3.º añade que *las correspondientes autorizaciones de transporte privado para la realización de transporte funerario serán otorgadas por el Estado o, en su caso, por la correspondiente Comunidad Autónoma, previa propuesta o informe vinculante realizados por el respectivo Ayuntamiento una vez constatado por éste el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 157 y de los previstos en el punto anterior*. De lo anterior se desprende que el transporte fúnebre no tiene un carácter aislado, sino que debe ser puesto en relación con el resto de actividades que integran el negocio, como es lógico a la vista de su carácter complementario, «corriendo a cargo del Ayuntamiento la valoración sobre si la empresa, al margen de las estrictas normas de transporte, cumple con las prescripciones sanitarias y las normas de policía mortuoria a que se deja hecha referencia» (f.d. 8.º).

La conclusión del Supremo a partir de aquí cae por sí sola: «(...) sólo puede posibilitar un control adecuado de aquellas empresas que han sido autorizadas dentro del término municipal y que, por consiguiente, es el Ayuntamiento que concedió la autorización para el ejercicio de la actividad (fúnebre), quien puede controlar y, en su caso, exigir el cumplimiento de la normativa aplicable a

las actuaciones que son previas al estricto servicio de conducción del cadáver» (f.d. 8.º).

Considera, en segundo lugar, la Sala que tampoco existe vulneración de los artículos 18, 19 y 51 de la CE y «En verdad que sólo un extremado afán de defensa, por otra parte muy loable, puede justificar la invocación que se hace a los artículos 18, 19 y 51 de la norma fundamental, ya que la limitación que se impugna en nada violenta los citados derechos (...)» (f.d. 11.º). La sentencia considera que un control administrativo que excluye a unas empresas determinadas de poder ejercer una actividad en un municipio no violenta la libertad de residencia y circulación, emitiendo análoga consideración en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar²⁷. Por último, la limitación impuesta no vulnera el artículo 51 por no repercutir en la seguridad, salud y legítimos intereses económicos de los consumidores, al contrario, viene «(...) exigida por las razones de control sanitario y de policía mortuoria» (f.d. 11.º).

Tampoco existe vulneración del artículo 139.2 de la CE, para lo que el Supremo se acoge a la doctrina sentada por el TC en diversas Sentencias (37/1981, 88/1986 y 64/1990), según las cuales las limitaciones a esta libertad económica son constitucionalmente admisibles siempre que no tengan por finalidad obstaculizar de forma intencionada la circulación de bienes y personas y guarden relación y sean proporcionales respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (f.d. 11.º).

El último argumento de carácter jurídico se dedica al análisis de la posible violación de la libertad de empresa. Para el Supremo, con apoyo entre otras en su Sentencia de 28 de octubre de 1988 «(...) el derecho a la libertad de empresa debe acomodarse a la norma específica que regula la actividad a que se contrae, siempre, por supuesto, que las limitaciones que se impongan no tengan un carácter irrazonable, no sean arbitrarias y sí justificadas por la índole de la actividad y la entrada en juego de otros intereses dignos de protección, como ocurre en el caso que ahora nos ocupa y de acuerdo con lo que se deja razonado» (f.d. 12.º).

En cuanto a los argumentos de carácter económico se desarrollan en el Fundamento noveno. A pesar de su extensión, su expresividad aconseja su reproducción: «Son también sólidos datos de índole económica y financiera los que le suministran apoyo. Es indudable que las empresas funerarias radicadas en un

²⁷ «La libertad de residencia y circulación tiene un carácter individual, personal y no se ve deteriorada por el hecho de que una determinada empresa por razones de control administrativo, no pueda actuar en un determinado término municipal. El derecho a la intimidad personal y familiar, hay que pensar que es de los familiares o personas próximas al fallecido, tampoco se ve perturbada por la circunstancia de que aquéllos tengan que utilizar los servicios de una determinada empresa» (f.d. 11.º).

determinado municipio contribuyen con el pago de sus impuestos y tasas al sostenimiento de los gastos públicos de aquél. Por otra parte, en los últimos años el sector dedicado al servicio mortuario ha experimentado sensibles modificaciones, en razón de cambios sociales y culturales, que exigen importantes inversiones para la adecuada prestación del servicio, financiados por las empresas instaladas en el municipio concreto que tiene la obligación legal de prestar el servicio, bien se haga éste en régimen de municipalización (antes de la reforma) o de concurrencia. El hecho de que empresas radicadas en otros términos municipales puedan realizar el transporte funerario desde otro en que no están instaladas, supondría un notable perjuicio para las que han realizado o contribuido a las inversiones y gastos de las instalaciones necesarias para la total prestación del servicio. Esta permisividad a ultranza que se pretende por la empresa recurrente, que pone en cuestión incluso los principios de la competencia leal, rompería el equilibrio financiero de las empresas radicadas en el municipio de origen que, para realizar sus inversiones, han tenido en consideración la intensidad de la demanda a satisfacer.»

En consecuencia, y a la vista de estos argumentos, el fallo desestima el recurso interpuesto contra el RD 1211/1990.

B) Impugnación de sus argumentos

Nos referiremos, en primer término, a los argumentos de carácter jurídico esgrimidos por el fallo y, en segundo término, a los económicos o financieros.

Ya hemos puesto de manifiesto, en primer lugar, que el origen del párrafo objeto de litigio no fue otro diferente que la protección de los monopolios locales. Resulta sorprendente, con independencia de la mayor o menor fortuna del demandante a la hora de desarrollar su alegación relativa al fraude de ley, que el Supremo considere ajustada a Derecho una disposición administrativa dictada para una situación jurídica que ya no existe, habida cuenta que, como hemos señalado, su única finalidad fue salvar o incrementar la cuenta de resultados de las empresas gestoras de los monopolios locales fúnebres ya inexistentes. La subsistencia de este párrafo en el ordenamiento jurídico beneficiará ahora, sobre todo, a las empresas municipales públicas concurrenciales fúnebres en que se han transformado las antiguas empresas públicas gestoras del extinguido monopolio local.

En segundo lugar, insistimos, que el término *sede* es un concepto metajurídico por relación a lo dispuesto en el Derecho mercantil, y fuente de importantes conflictos (a buen seguro primará implantaciones ficticias de empresas funerarias) e insalvables dudas hermenéuticas. Causa asombro que una expre-

sión tan imprecisa como huérfana de apoyo legal pueda desempeñar un papel como el que le asigna el reglamento.

En tercer lugar, la Sala desprecia los contundentes argumentos desarrollados en anteriores pronunciamientos jurisprudenciales sobre estos conflictos. Ya expusimos que, por ejemplo, el Tribunal Supremo resolvió anteriores controversias aplicando lo dispuesto en los artículos 164 y 181 de la LRL de 1955 (hoy sustituidos por los artículos 12.1. de la LRBRL y 109 del TRRL) y el artículo 46.1.c) del RSCL. Es decir, la actividad prestacional local reservada debía contraerse al término municipal. Cuando la municipalización, además, por las circunstancias que fuesen, afectase a varios términos municipales, debía ser acordada por todos ellos. De manera que, según esta asentada doctrina jurisprudencial, si se impedía a una empresa domiciliada fuera del término municipal sometido a monopolio acudir a prestar el servicio de traslado fúnebre a terceros municipios se extendían indebidamente los efectos del derecho exclusivo, produciendo una municipalización *de facto* (Sentencia ya citada de 8 de noviembre de 1988).

Obviamente, esta respuesta jurisprudencial no es inaplicable, *mutatis mutandis*, por el hecho de haber sido suprimidos los servicios públicos locales fúnebres, pues sería absurdo alcanzar en una situación de libre mercado un resultado a la postre más restrictivo en términos de libertad que cuando existían los monopolios. En realidad y en esencia, la situación que ahora avala el Supremo no será muy distinta que la a la sazón condenada municipalización *de facto*.

En cuarto lugar, la sentencia salva la ausencia de cobertura legal en último término a través de las remisiones que la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre²⁸ realiza a la regulación administrativa de los denominados transpor-

²⁸ La Sala no tiene en cuenta, por supuesto, los principios generales que la propia Ley de Ordenación del Transporte señala como inspiradores de la regulación del transporte en nuestro ordenamiento jurídico, como, por el contrario denuncia el voto particular: «Congruentemente con ello el artículo 40.3 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, señala que en el marco del principio de unidad de mercado, los poderes públicos habrán de buscar la armonización de las condiciones de competencia entre los diferentes modos y empresas de transporte, tenderán a evitar situaciones de competencias desleal y protegerán el derecho de libre elección del usuario y la libertad de gestión empresarial. Añade el artículo 12 que, conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Constitución, el marco de actuación en el que habrán de desarrollarse los servicios y actividades de transporte es el de economía de mercado, limitando la actuación pública en los transportes de titularidad privada a las funciones de policía y fomento. Por su parte, el artículo 49 establece, como regla general, que la oferta de transporte se regirá por el sistema de libre concurrencia (...) No puede pretenderse que estos principios sean de aplicación supletoria, para el caso de ausencia de normas, pues al margen de su carácter directivo que de su denominación pudiera deducirse, su imposición inmediata deriva no sólo de la propia Constitución, sino de la redacción que ha utilizado la Ley, que los regula en términos tales como promoverán, se sujetará, se regirá, todos ellos referidos al transporte» (f.d. 2.º del Voto particular).

tes especiales y del propio texto reglamentario objeto de impugnación ²⁹. En efecto, señala la Sala que el transporte fúnebre es una actividad que forma parte (complementaria y accesoria) de la actividad fúnebre, y más ampliamente de la mortuoria, y que, por tanto, debe ser contemplada en el marco de la regulación de esas actividades. Del Reglamento objeto de impugnación acude a lo dispuesto por el párrafo 1.º del artículo 139 y el inciso primero del párrafo 3.º, que disponen: «El transporte funerario deberá ser realizado por Empresas de pompas fúnebres legalmente establecidas y *autorizadas por los correspondientes Ayuntamientos* (...) Las correspondientes autorizaciones de transporte privado para la realización de transporte funerario serán otorgadas por el Estado o, en su caso, por la correspondiente Comunidad Autónoma, *previa propuesta o informe vinculante realizados por el respectivo Ayuntamiento*.

Pues bien, y al margen de las interesantes enseñanzas que se extraen, como veremos, del Derecho comparado, nada en esa regulación autoriza una restricción como la contemplada en el artículo 139.3.º.

Los párrafos entresacados del artículo 139 se están refiriendo, únicamente, a que corresponde al municipio, sin mayores especificaciones, y no a otra Entidad territorial, como dejamos anotado, el otorgamiento de la licencia correspondiente a los denominados servicios de la clase C), es decir, los «Especiales o de abono», según establece, el artículo 2.º del Reglamento, ya citado, nacional de los servicios urbanos e interurbanos de transportes en automóviles ligeros (RD 763/1979) y el párrafo 2.º del artículo 6 de la arriba anotada OM de 22 de febrero de 1988. La Disposición Adicional cuarta del Reglamento de 1979 y el artículo 6.º de la OM de 1988 establecen que los vehículos destinados a los servicios funerarios deberán obtener la licencia de la clase C). Pero extraer de aquí, como hace la sentencia, que sólo es posible «(...) un control adecuado de aquellas empresas que han sido autorizadas dentro del término municipal y que, por consiguiente, es el Ayuntamiento que concedió la autorización para el ejercicio de la actividad, quien puede controlar y, en su caso, exigir el cumplimiento de la normativa aplicable a las actuaciones que son previas al estricto servicio de conducción del cadáver», constituye una pura creación jurisprudencial desmentida por la realidad cotidiana en cientos de municipios españoles ³⁰.

²⁹ La Sala también se refiere a lo dispuesto por la Ley General de Sanidad y el artículo 25.2.j) de la LRLRL. A poco que se conozcan estas disposiciones pronto se comprende que poco o nada tienen que ver, ni directa ni indirectamente, con la restricción impuesta por el artículo 139.3 del RD al que nos referimos.

³⁰ A este respecto señala el Voto particular: «La mayor dificultad para la Administración en exigir a las empresas de pompas fúnebres no domiciliadas el cumplimiento de las prestaciones establecidas por la normativa de policía sanitaria y mortuoria —tanatopraxia, embalsamamiento, cajas especiales, gestión administrativa, civil y sanitaria—, no es razón para justificar la lesión a los principios que sirven de apoyo al transporte funerario. Estas empresas no están exentas de respetar tales normas (...). En cualquier caso, la infracción de aquéllas será corregida por la Administración, que velará para que así se haga, al margen de los

En efecto, ya hemos indicado, que con anterioridad a lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 139 y también después de su suspensión cautelar por el Supremo, las empresas domiciliadas fuera del término municipal podían efectuar el correspondiente traslado, puesto que el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria únicamente condiciona tal actividad a la obtención de la correspondiente autorización administrativa de la *Jefatura Provincial de Sanidad* o de la Comunidad Autónoma más tarde (lo que, es cierto, no siempre era fácil obtener por la resistencia arbitraria, sobre todo, de las *Jefaturas Provinciales*), siendo indiferente el domicilio de la empresa funeraria.

Para despejar las posibles dudas y para mayor comodidad del lector reproducimos lo dispuesto por el artículo 29 del RPSM, que como vemos no contiene la más mínima referencia al domicilio de la empresa de pompas fúnebres que realiza el traslado: «En todo caso de traslado de un cadáver, la *Jefatura Provincial de Sanidad*, cumplidos todos los requisitos, extenderá la autorización correspondiente.

Siempre que se tenga conocimiento del traslado de un cadáver sin dicha autorización se dará cuenta a las autoridades judiciales y sanitarias correspondientes.

La autorización habrá de solicitarse mediante instancia dirigida a la *Jefatura Provincial de Sanidad*, a cuyo territorio corresponda el domicilio mortuorio en la que se hará constar el cumplimiento de los requisitos que en cada caso se exigen en los artículos anteriores.

El *Jefe Provincial de Sanidad*, por telegrama oficial, comunicará directamente la autorización al Alcalde de la localidad de llegada, cuando sea dentro de la propia provincia, y a través del Jefe provincial de cualesquiera otras provincias, cuando se trate de un traslado interprovincial.»

A mayor abundamiento, algunas Comunidades Autónomas (Castilla y León, Madrid y Cataluña, por ejemplo), en ejercicio de las competencias de desarrollo normativo y ejecución en materia de Sanidad e Higiene, en el marco de la legislación básica, han procedido, acertadamente a nuestro modo de ver, a liberalizar el traslado, suprimiendo la necesidad de autorización administrativa para el traslado de cadáveres dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, a través de la sencilla técnica de extensión del concepto de sepelio ordinario³¹.

escollos, impedimentos u obstáculos que tenga que salvar para lograrlo» (f.d. 4.º).

³¹ Véanse los Decretos 246/1991, de 8 de agosto, relativo a determinados aspectos del Régimen de Traslados de Cadáveres, (BOCYL de 14 de agosto de 1991); 26/1991, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria y Mortuoria de la Comunidad de Madrid y Decreto 304/1903, de 7 de julio,

Las razones que abonan esta liberalización, también presente en Tratados internacionales y en otros ordenamientos jurídicos nacionales, son la mejora de las vías de comunicación, los avances sanitarios en general y la demostrada inocuidad de este tipo de transporte en condiciones normales para la salud y seguridad públicas. Estas circunstancias contrastan, en cambio, con las desfasadísimas preocupaciones higienistas que muestra la sentencia en el Fundamento de Derecho octavo.

En definitiva, el aseguramiento de los intereses públicos presentes en el transporte fúnebre pueden ser perfectamente colmados, como así ha venido siendo tradicionalmente, por el municipio del domicilio del difunto.

A la vista de lo expuesto, a nuestro juicio, el artículo 139.3 excede las funciones propias de una norma complementaria al incluir una previsión que no es estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida por la norma superior.

Por último, la norma vulnera libertades consagradas en nuestro texto constitucional. El transporte funerario en cuanto transporte privado no está sometido a más limitaciones que las que se deriven de la policía y la dispensación de ayudas (art. 12 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre). Las exigencias derivadas del mantenimiento del orden público pueden, desde luego, determinar la imposición de una previa habilitación administrativa para el ejercicio del transporte fúnebre, como exige el Derecho español y en general el Derecho comparado. Ahora bien, los intereses públicos que debe salvaguardar la actividad administrativa de policía no imponen la exclusión *a priori* del acceso a la actividad de transporte fúnebre a aquellos agentes económicos domiciliados en un término municipal distinto al en que tiene su origen el convoy fúnebre. ¿Cuál puede ser, en definitiva, el interés general de especial importancia que puede legitimar una limitación tan intensa y extensa de las libertades de empresa y libre circulación? Sencillamente, no existe. Unas supuestas exigencias de policía, en fin, encubren aquí simplemente medidas proteccionistas y anticompetitivas, bien ajenas al campo propio de la actividad administrativa de policía.

En cuanto a los argumentos de corte económico que esgrime el fallo, carecen de cualquier apoyo legal (la sentencia no hace referencia alguna a norma que otorgue cobertura a semejantes juicios). Nuestro Tribunal Supremo considera, nada menos, que entre sus funciones se halla la de velar por la salud económica y financiera —de por sí excelente en la mayoría de los casos, dicho sea circunstancialmente— de unas determinadas empresas (las ubicadas en muni-

sobre traslados de cadáveres en Cataluña, que contempla algunas excepciones.

cipios que cuentan con grandes centros hospitalarios) en perjuicio de otras radicadas en términos municipales distintos, despreciando los serios perjuicios económicos que para la competencia y el usuario genera su decisión ³².

IV. LA RESPUESTA DEL DERECHO COMPARADO

Ofrecemos en este apartado las respuestas que en el Derecho comparado se han ofrecido a los diversos conflictos que hemos analizado, sin limitarnos, por consiguiente, a los conflictos de traslado.

1. Bélgica

El primer Estado de nuestro entorno, a la vista de la documentación que manejamos, en el que se atribuyó el monopolio de la conducción de cadáveres a los municipios es Bélgica (donde tenía la consideración de servicio público, por herencia francesa, aunque en Francia de titularidad estatal desde el Primer Imperio hasta la III República), a pesar de que hubiese que esperar hasta 1882 para que el Tribunal Supremo zanjase las dudas que subsistían sobre la cuestión. Jurisprudencia anterior había reconocido el monopolio municipal basándose en las disposiciones de la primera Ley Municipal belga de 30 de marzo de 1836 (arts. 78 y 90 *in fine*) y en una Ley de 31 de diciembre de 1854 que completó la anterior (*arrêts* de 6 de junio de 1853 y 2 de febrero de 1854) ³³.

El ámbito material del monopolio belga se contrae exclusivamente, a la vista de lo dispuesto por las ya citadas vieja Ley municipal, la complementaria de 1854, los pronunciamientos jurisprudenciales y, ahora, por la Ley de 20 de julio de 1971 sobre funerarias y sepulturas (*Mon.* de 3 de agosto de 1971) ³⁴, al traslado del cadáver (siempre que no haya sido incinerado) y a la cremación (art. 1 de la Ley de 1971), sin que el monopolio pueda suministrar otros acce-

³² El Voto particular adelanta alguno de esos perjuicios: «(...) las empresas de los pueblos económicamente dimensionadas en proporción al número de óbitos producidos en relación a los habitantes, verán restringidas sus previsiones con este impedimento, al propio tiempo que los allegados al fallecido no tendrán la posibilidad de acudir a los servicios de las funerarias afincadas en su entorno, que por su proximidad, amistad o afición, podrían ofrecerles precios más ventajosos. Se les impone coactivamente un servicio al que no pueden sustraerse, si desean enterrar a su familia en el lugar de su residencia» (f.d. 3.º).

³³ Vid. A. GIRON, *Dictionnaire de Droit administratif et de Droit public*, vol. IIº, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1885, pág. 261; A. MACAR, *Les institutions communales de la Belgique*, ed. Vaillant-Carmanne, Liège, 1932, pág. 329 y R. WILKIN, *Commentaire de la Loi communale*, vol. Iº (arts. 1 à 83), Bruxelles, Bruylant, 1947, pág. 568.

³⁴ Vid. J.-M. LEBOUTTE, *Les funérailles et sépultures*, Union des Villes et Communes belges, Bruxelles, 1972, pág. 9.

sorios fúnebres, como el féretro, salvo petición expresa de la familia. El derecho exclusivo se limita, por lo tanto, a procurar el material indispensable (el coche fúnebre) y el personal necesario para el traslado (conductor, porteadores, etc.)³⁵. No existe a diferencia de lo que se piensa en España una conexión jurídica necesaria entre lo principal (la conducción del cadáver) y accesorio (prestación de suministros fúnebres).

En relación con el ámbito territorial, pronto se percibieron en Bélgica las intolerables consecuencias de las respuestas tradicionales. Se señaló, en este orden de cosas, que sería realmente abusivo, por vulnerar el principio de territorialidad (si éste es correctamente interpretado) y contrario a la decencia y al debido respeto a los muertos, que las Autoridades locales impusiesen a los transportes en tránsito el uso de sus medios de traslado y personal o, alternativamente, el pago de la tasa prevista³⁶.

La solución ha sido expeditiva: el derecho exclusivo sobre la conducción de cadáveres únicamente puede ejercerse por el municipio cuando el transporte de los restos mortales comienza y finaliza sobre su territorio. Fuera de este supuesto la actividad está despublicada, lo que determina la ausencia de conflictos en tránsito y de traslado³⁷.

No obstante, los municipios establecieron una tasa para compensar el *lucro cesante* que se producía cuando la familia que debía realizar un traslado no hacía uso de las prestaciones que, en régimen concurrencial, le ofrecía la Entidad local, tasa que, con buen criterio, ha sido suprimida por la Ley de 28 de enero de 1975 (*Mon.* de 4 de septiembre de 1975).

2. Francia

La Ley de 28 de diciembre de 1904 atribuyó a los Municipios la posibilidad de monopolizar el servicio exterior de pompas fúnebres (ya indicamos que, con anterioridad, desde el Primer Imperio, era un servicio público, aunque de titu-

³⁵ X. WAUTELET, «Droit administratif...», *cit.*, págs. 467, 470 y 536.

³⁶ Sobre todo lo expuesto véase la interesante circular emitida por el Gobernador de la Provincia de Hainaut el 9 de noviembre de 1922 (publicada en la *Revue communale de Belgique* de 1923, pág. 21); J.-M. LEBOUTTE, *Les funérailles et sépultures*, Union des Villes et Communes belges, *op. cit.*, págs. 59-60 y 79-80; X. WAUTELET, «Droit administratif...», *cit.*, págs. 468-469 y R. WILKIN, *Précis du Droit Communal*, Bruxelles, Bruylant, 1947, pág. 313 y *Commentaire de la Loi communale*, *op. cit.*, pág. 568.

³⁷ Vid. J.-M. LEBOUTTE, *Les funérailles et sépultures*, *op. cit.*, pág. 28 y X. WAUTELET, «Droit administratif...», *cit.*, pág. 468.

laridad estatal), norma que fue posteriormente codificada en el Código Municipal³⁸.

Por lo que hace a su alcance material era -puesto que el servicio público ya ha sido suprimido- muy parecido al tradicional español. El artículo L. 362-1 del Código Municipal lo limitó al transporte del cuerpo después de ser colocado en el féretro, al suministro de los vehículos fúnebres, féretro, paños fúnebres exteriores de la casa mortuoria y el suministro de bienes y personal necesario para la ejecución de las inhumaciones, exhumaciones y cremaciones. Destacadamente quedaron fuera del servicio público los tanatorios, aunque constituyan un complemento natural del servicio público, como lo ha declarado el Consejo de Estado en la decisión 316-650 de 1 de julio de 1976. Existe abundante jurisprudencia que ha delimitado con precisión, a su vez, el alcance material de cada una de estas prestaciones, frenando la desmesurada tendencia a la expansión que la actividad monopolizada experimentó bajo el régimen del servicio público estatal. Lógicamente, más allá del servicio exterior monopolizado (marmolería, floristería, etc.) reinaba la libertad de empresa.

En cuanto a los conflictos territoriales, expuso la profesora VIEL que en teoría no cabían los conflictos de monopolios, pues cada municipio era titular de derechos exclusivos únicamente sobre su término, de manera que no cabía ejercer dos monopolios al tiempo sobre el mismo objeto. No obstante, como sabemos, sí que son posibles los conflictos desde el momento en que la inhumación o cremación del cadáver se efectúa en un término municipal diferente al del fallecimiento.

Para evitar inaceptables trasiegos en los conflictos en tránsito se arbitró otra solución igual de inaceptable, consistente en abonar el usuario al titular del derecho exclusivo eludido un canon por renunciar a su ejercicio, con el intolerable efecto de pagar dos veces el mismo trayecto³⁹.

³⁸ Vid. ampliamente la tesis doctoral de la profesora M.-T. VIEL, *Droit funéraire et gestion des cimetières*, Berger-Levrault, París, 1991; F. GRIVAZ, «La Loi du 28 décembre de 1904 sur les pompes funèbres», *RDP*, 1905, págs. 418 y ss.; J.-F. AUBY y S. RIALS, *Votre commune...*, *op. cit.*, págs. 13 y ss. y 72 y ss.; J. HARDY, «L'avenir du monopole communal des pompes funèbres», *Rev. Adm.*, 1991; G. SÉBASTIEN, «La fin du monopole communale des pompes funèbres: vers un nouveau droit funéraire?», *Sem. Jur.*, 1993, núm. 38; N. RAINAUD, «Service public et pompes funèbres» *RDP*, 1992, núms. 1-3; S. RIALS, «La difficile réforme du service extérieur des pompes funèbres», *Rev. Adm.*, 1980, núm. 196; C. DAVAL, «Commentaire de la Loi n.º 92-32 du 8 janvier 1993 portant l'abandon du monopole communal du service extérieur des pompes funèbres», *AJDA*, 1993/2, etc.

³⁹ Vid. M.-T. VIEL, *Droit...*, *op. cit.*, págs. 110-111 y Ch. CADIOT y P. PELLAS, «Vers de nouveaux modes de règlement des conflits de monopole de Charybde en Scylla», *AJDA*, 1986, pág. 166.

Para evitar en Francia entre otros problemas los conflictos en tránsito y de traslado y facilitar que las familias pudiesen escoger un servicio fúnebre próximo, toda vez que aproximadamente el 60 por 100 de los decesos se producen en un medio hospitalario alejado de las raíces del difunto, se incluyó de forma sorprendente —en una norma de transferencia de competencias— la Ley 86-29 de 9 de enero de 1986⁴⁰ un precepto (incorporado al Código Municipal en el primer inciso del artículo L. 362.4.1) con la intención de flexibilizar —abrir una brecha— el ámbito de actuación de los monopolios locales, permitiendo a la familia dirigirse sólo a un servicio público local o una empresa privada. Establecía este precepto —ya ha sido derogado por la Ley de supresión del monopolio— que cuando el municipio de defunción fuese diferente al del domicilio del difunto y/o del municipio de inhumación o cremación, el encargado de contratar el servicio podía dirigirse para la contratación del ámbito material monopolizado, al Monopolio, en su caso, del lugar del fallecimiento (siguiendo las reglas clásicas del monopolio, con el riesgo del conflicto de derechos exclusivos) u optar por la elección de un servicio público o empresa privada, en defecto de publicación, del domicilio o del lugar de inhumación o cremación del difunto. Naturalmente si el municipio de fallecimiento y del domicilio coincidían con el de inhumación o cremación la regla no se aplicaba⁴¹. De manera que en relación con el suministro del féretro, si no coincidían los municipios de fallecimiento, domicilio y/o inhumación o cremación, las familias podían optar por el Monopolio del lugar de fallecimiento o adquirirlo en el municipio del domicilio y/o inhumación o cremación. En este último supuesto, cabían, a su vez, dos posibilidades, dependiendo si en el lugar de elección había o no servicio público. De haberlo, su elección era obligada, en caso contrario, podía, lógicamente, optarse por cualquier empresa privada.

⁴⁰ Vid. Ch. CADIOT y P. PELLAS, «Vers de nouveaux modes de règlement des conflits de monopole de Charybde en Scylla», *cit.*, pág. 166; P. PELLAS, «D'une des difficultés d'application de l'article L. 362-4-1-1 du Code des communes: les délégations ponctuelles. Après l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon... Une victoire à la Pyrrhus?», *Quot. jur.*, núm. 137, 8 de diciembre de 1986, pág. 4; N. RAINAUD, «Service public...», pág. 515; P. A. FERLAL, «1904-1994. 90 ans d'évolution du service public local des pompes funèbres», *Annuaire des Collectivités locales 1994*, Litec, París, 1994, págs. 67 y ss.; J. HARDY, «L'avenir...», *cit.*, pág. 101; G. SÉBASTIEN, «La fin...», pág. 368; C. DAVAL, «Commentaire...», *cit.*, pág. 122 e L. IMBERT, «Police municipale», *JCA*, n.º 43, pág. 6.

La Ley introdujo otro tipo de modificaciones en la regulación de la actividad fúnebre que no es necesario especificar para el propósito básico de nuestro comentario.

⁴¹ Vid. M.-T. VIEL, *Droit...*, *op. cit.*, págs. 117 y ss.; R. VIDAL, *Guide pratique de législation funéraire*, Librairies Techniques, 4.ª ed., París, 1985, en especial, el suplemento de puesta al día de 1 de julio de 1990, págs. 9-10; Ch. CADIOT y P. PELLAS, «Vers de nouveaux modes...», *cit.*, pág. 166; P. A. FERLAL, «1904-1994. 90 ans...», *cit.*, págs. 67 y ss.; P. PELLAS, «D'une des difficultés...», pág. 4; S.-C. BOUZELY, «L'évolution du secteur des pompes funèbres», *Rev. Adm.*, 1986, págs. 599-600; P. BERTCHON, «La Loi n.º 92-23 du 8 janvier 1993 relative à la législation dans le domaine funéraire», *Actualité Législative Dalloz*, 1993 (cahiers núms. 21 y 22), pág. 242 y G. SÉBASTIEN, «La fin du monopole...», *cit.*, pág. 368.

Por lo que respecta al transporte del cuerpo, concurriendo las condiciones que desataban la aplicación del precepto y no acudiendo la familia al monopolio local, en su caso, del lugar de defunción, podía dirigirse al servicio público o empresa privada, en su ausencia, del lugar del domicilio o de inhumación o cremación.

La norma fue criticada desde todos los puntos de vista imaginables, calificándose a grandes rasgos como una reforma fracasada. Se señaló, por ejemplo, que sus inconvenientes excedían ampliamente las ventajas que reportaba, no superando el test del principio de proporcionalidad en sentido estricto y que únicamente sería útil si las familias conocían su complicado funcionamiento. Se argumentó también que contribuía a reforzar las posiciones de dominio de algunas empresas concesionarias. Los defensores de este servicio público arguyeron que incitaría el incremento de prácticas venales o que en algunos casos la libertad significaría una importante pérdida de beneficios para los monopolios locales («*Bon nombre de convois concernant des personnes domiciliées ou souhaitant être inhumées sur le territoire d'une commune autre que celle de l'implantation de l'établissement hospitalier pourraient échapper au service des pompes funèbres de la commune du lieu du décès*»). Por último, se detectaron implantaciones físicas ficticias de empresas funerarias en muchos municipios con la finalidad de beneficiarse de las nuevas posibilidades de prestación del servicio⁴².

Tras la aprobación de la Ley de 8 de enero de 1993, y finalizado el período transitorio, el sistema fúnebre francés se desenvuelve en un marco de libertad regulado, regulación que, dicho sea de paso, está dotada de una gran perfección técnica⁴³. Este marco regulatorio no recoge limitaciones a la libertad correlativas a las dispuestas por el artículo 139.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley de ordenación del transporte terrestre.

⁴² La cursiva en Ch. CADIOT y P. PELLAS, «Vers de nouveaux...», pág. 167; M.-T. VIEL, *Droit...*, op. cit., págs. 121-122; P. PELLAS, «D'une des difficultés...», cit., págs. 4 y ss.; P. A. FERAL, «1904-1994. 90 ans...», cit., págs. 67 y ss. y J.-F. AUBY, «Les conditions d'exercice du monopole communal des pompes funèbres», *RFDA*, núm. 5, 1989, págs. 921 y ss.

⁴³ La Ley de liberalización de 1993 ha sido desarrollada por varios Decretos: 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 administrativa para el ejercicio de la actividad), 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.

3. Italia

En Italia, por último, en relación con el ámbito material, la jurisprudencia italiana (por ejemplo, Tribunal de Casación en sentencias de 27 de julio de 1939 y 1 de junio de 1943) parte de que el carácter del monopolio es excepcional y, consecuentemente, su alcance debe ser restrictivo. Se considera que el núcleo de la prestación consiste en la conducción o traslado del cadáver, resultando accesorio el resto de bienes y servicios, de manera que a las empresas fúnebres privadas no se les puede prohibir, aun en los supuestos de existencia de monopolio local fúnebre, la posibilidad de suministrar cualquiera de ellos, incluido el féretro. En consecuencia, es ilegítimo el acuerdo de la Corporación municipal imponiendo a los habitantes la obligación de adquirir el féretro del monopolio, pudiendo los particulares exigir la correspondiente indemnización por daños. Se admite, no obstante, pacíficamente que el municipio pueda efectuar estas prestaciones en régimen concurrencial⁴⁴.

También se ha planteado en este Estado conflictos en relación con el alcance territorial del transporte fúnebre. Su solución es tan deficiente como la respuesta que ofrece nuestro Tribunal Supremo a los conflictos de traslado. En los supuestos de penetración circunstancial en un territorio sometido a derecho exclusivo o inhumación o cremación de un cuerpo fallecido en otro término se ha adoptado la deficiente y clásica solución de abonar una tasa fija a cambio de la supuesta renuncia al ejercicio del derecho exclusivo (art. 19.3 del dpr de 10 de septiembre de 1990).

⁴⁴ Vid. F. G. CAPUTO, «Funebri (servizi)», *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 1969, págs. 241 y ss. y V. BRUSCHI y P. PANETTA, *Nuovo ordinamento di polizia mortuoria*, Sepel, Bologna, 1991, págs. 223 y ss.

