



MGM

Dependencia tramitadora: Área de Medio Ambiente y Servicios Municipales.
Expediente: Reglamento de Cementerios y Servicios Funerarios.

En cumplimiento del artículo 35.3, apartado d), del Reglamento Orgánico del Excmo. Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, por la Asesoría Jurídica se emite el siguiente informe jurídico, preceptivo y no vinculante:

ANTECEDENTES

El expediente objeto de informe contiene la siguiente documentación: propuesta del Concejal Teniente de Alcalde de Medio Ambiente y Servicios Municipales de fecha 9 de diciembre de 2013; e informe propuesta resolución emitido el día 4 de febrero de 2014 por el Área de Medio Ambiente y Servicios Municipales, elevando propuesta a la Junta de Gobierno Local a efectos de que eleve propuesta al Excmo. Ayuntamiento Pleno para la aprobación del "Reglamento de los Cementerios y Servicios Funerarios Municipales del Excmo. Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Examinada la nueva propuesta de Ordenanza en relación al marco normativo de aplicación en la materia, se efectúan las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.- Los cementerios y las actividades funerarias² son competencia propia y obligatoria de todos los municipios, artículos 25.2, letra k) y 26.1, letra a), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Actualmente³ están conceptuados como bienes de dominio público, destinados a servicio público, que son inalienables, inembargables e imprescriptibles, artículo 132 de la Constitución, artículos 4 y 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (en adelante, también RBEL).

¹ Significa que la Asesoría Jurídica emitió el día 20 de abril de 2010 el informe con referencia nº 018/2010 en expediente relativo a la aprobación de "Ordenanzas Municipales de Cementerios Municipales de San Cristóbal de La Laguna". Desconocemos la tramitación subsiguiente del expediente.

² Advirtase el cambio operado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que ha dado nueva redacción al artículo 25 de la Ley 7/1985, sustituyendo "cementerios y servicios funerarios" por el de "cementerios y actividades funerarias". El cambio resulta significativo si tenemos en cuenta que desde el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, se han liberalizado los servicios funerarios, artículo 22, modificando el artículo 25 de la Ley 7/1985, suprimiendo del artículo 85.3 la mención "servicios mortuorios".

³ Generalizados a partir de la Eustración por razones sanitarias, hasta no hace mucho eran regulados considerando su carácter ligado a la religión católica. Desde la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de enterramientos en cementerios municipales, los enterramientos se realizarán sin discriminación por razones de religión, practicándose los ritos funerarios según lo dispuesto por el difunto o la familia.

La regulación a la que están sometidos adolece de una gran dispersión normativa consecuencia de su consideración de patrimonio público y servicio público, habida cuenta que a las anteriores hay que añadir la normativa relacionada a continuación:

A nivel estatal, entre otra:

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en lo que resulte de aplicación,

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo artículo 42 atribuye a los municipios, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones, el control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria,

- Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de enterramientos en cementerios municipales,

- Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. En particular el artículo 60 prevé los derechos y deberes de los Ayuntamientos,

A nivel autonómico, entre otra:

- Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias. El artículo 47 establece como competencia municipal el control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria,

Con carácter general, significar las Ordenanzas y Reglamentos están sujetos al principio de jerarquía normativa, artículo 51.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resultando nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, de conformidad con el artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Asimismo, el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, prohíbe que las Ordenanzas y Reglamentos aprobados por las Entidades locales en la esfera de su competencia, contengan preceptos opuestos a las leyes,

Segundo.- Por lo que se refiere a la tramitación del expediente señalamos:

1º.- En consideración a la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa de Cementerios Municipales y otros servicios funerarios, no existe pronunciamiento alguno en el expediente en cuanto al impacto normativo que tenga en aquella la aprobación del Reglamento propuesto,

2º.- No consta el preceptivo informe exigido por el artículo 61 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, para la aprobación de Reglamentos de régimen interior de cementerios municipales,

3º.- Considerando las previsiones del Título III, referido al derecho funerario, en especial la duración de la concesión del derecho funerario, y Título V, relativo a las obras e instalaciones particulares, deben incorporarse en el expediente los informes de los Servicios u órganos competentes en la materia, tales como la Gerencia Municipal de Urbanismo, el Área de Obras e Infraestructuras y el Servicio de Hacienda y Patrimonio del Área de Hacienda y Servicios Económicos, en su caso, en orden a determinar si dichos preceptos se ajustan a la normativa vigente,

Tercero.- Examinado el proyecto de "Reglamento de los Cementerios y Servicios Funerarios Municipales del Excmo. Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna"⁴, emitimos las siguientes consideraciones jurídicas:

1. Exposición de Motivos: Corregir la cita del precepto 25.2, letra j), de la LBRL, ya que los cementerios y las actividades funerarias son competencia municipal en virtud de la letra k) del mismo artículo.

2.- Artículo 1. Fundamento legal: Corregir la cita del artículo 25 de la LBRL. Significar que las competencias y habilitaciones deberían contenerse en la parte expositiva del Reglamento, de conformidad con el apartado 1. letra c) de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

3.- Artículos 3. Gestión del servicio: La cita de normas debe entenderse a la versión consolidada, de forma que debería eliminarse cualquier referencia a las leyes que modifican a otras, y por tanto el inciso "modificada por la ley 11/1999, de 21 de abril" relativo a la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril. En cualquier caso el precepto resulta superfluo al referirse a la obligatoriedad del servicio público, ya previsto en la Exposición de Motivos.

4.- Artículo 4. Competencias: También resulta redundante la relación, por otro lado potestativa que indica el "podrá", de las competencias municipales. La competencias municipales son determinadas por ley básica, y en caso de enumerarse en Reglamentos y Ordenanzas debe constar en el expediente informe que motive atribuciones competenciales a los municipios. En cualquier caso debería reconsiderarse la redacción del precepto resultando suficiente señalar que el municipio desempeñará todas aquellas que tenga atribuida por ley, a efectos de evitar la petrificación normativa en el Reglamento que en su caso se apruebe.

5.- Artículo 5. Principios en la prestación del Servicio de Cementerio: Los principios generales⁵ del Derecho son informadores del ordenamiento jurídico, según establece el artículo 1 del Código civil, y como tales funcionan como parámetros de interpretación del Derecho, en especial en relación con los valores constitucionales. Lo que se significa a la vista de todos⁶ los

⁴ Señalamos también algunas erratas como son: en la Exposición de Motivos, tercer párrafo, suprimir "un", y en el párrafo sexto "y" antes de "derechos y deberes"; artículo 14. 2, sustituir "a la" por "al"; artículo 17, eliminar números al final del apartado 2; artículo 21.1, sustituir "Reglamento" por "Ordenanza".

⁵ Los catedráticos don Eduardo García de Enterría y don Tomás Ramón Fernández, en el Curso de Derecho Administrativo, en su decimosexta edición, páginas 105 y 106, afirman que "Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Fern no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica (...) y que (...) son (...) fórmulas técnicas del mundo jurídico, no simples creencias morales, o, menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas."

⁶ El artículo 5 del Reglamento predica como principios del servicio de cementerio "1. La consecución de la satisfacción del ciudadano. 2. Intentar paliar el sufrimiento de los familiares y allegados de los subyacentes vinculados a la prestación del servicio. 3. La sostenibilidad actual y futura del Servicio de Cementerio, incluida la sostenibilidad financiera. 4. La consecución de la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio cuya realización estará basada en la ética y el respeto requeridos. 5. La realización profesional de sus trabajadores y el mantenimiento de su seguridad y salud laboral. 6. Contribuir al cambio de mentalidad de la sociedad respecto al tratamiento de la muerte, mediante actuaciones de ámbito paisajístico-urbano, urbanístico, social y cultural. 7. Contribuir a la visión del buen hacer del gobierno del Ayuntamiento en el Municipio para sus ciudadanos. 8. Contribuir a la sostenibilidad local y la salud de los ciudadanos".



principios previstos en el precepto, sin perjuicio de que algunos podrían considerarse invaden la esfera personal y privada de los solicitantes del servicio.

Consideramos que los dos artículos precedentes deben ser suprimidos, o en su caso, reconsiderar la redacción e incluirlos en la parte expositiva del Reglamento, ya que de lo contrario la inclusión en la parte dispositiva de la norma les conferiría la naturaleza jurídica de ser directamente aplicables como normas jurídicas; en especial los principios de gestión enunciados, que no se compatibilizan con el carácter objetivo que debe representar toda manifestación del Derecho.

6.- Título II. De la organización y servicios. Artículos 8-13: En estos preceptos se incluyen normas relativas a las funciones administrativas del personal adscrito al servicio y cuestiones de organización de su prestación. Las primeras resultan propias de otros instrumentos de organización y ordenación del empleado público, por lo que deben motivarse tales previsiones en el Reglamento.

7.- Título III. Del derecho funerario. Artículos 14-43.

- El artículo 15 del Reglamento, relativo a la constitución del derecho, refiere que el derecho funerario *"se adquiere, previa solicitud del interesado, mediante el pago de derechos (...). En caso de falta de pago (...) se entenderá no constituido, y de haberse practicado previamente la inhumación en la unidad de enterramiento, el Servicio de Cementerios estará facultado, previo cumplimiento de las disposiciones sanitarias aplicables, para la exhumación (...) y su traslado a (...)".*

La jurisprudencia ha venido considerando que el carácter de dominio público de los cementerios municipales determina que la adquisición de derechos sobre sepulturas y nichos ha de ser considerada como concesión administrativa municipal, y por tanto otorgada conforme la normativa patrimonial, en especial que no pueden otorgarse por plazo superior a 75 años según la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 93.3, de carácter básico según la Disposición Final segunda). Los derechos sobre dichos bienes no son susceptibles de propiedad privada, de forma que las comúnmente llamadas "concesiones a perpetuidad" en todo caso facultan a su titular a conservar los restos en el nicho o sepultura por la duración de la concesión. Por todas, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fechas 31 de diciembre de 1986 y 28 de septiembre de 2001. Recordar que su origen como concesiones a perpetuidad es similar a la prevista para la histórica legislación de aguas⁷.

⁷ La Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911 establecía, entre otros sistemas, la ejecución de las obras por el Estado con auxilio de los particulares, con posterior entrega de la propiedad de las obras con otorgamiento de una concesión «perpetua», al establecer el artículo 5 que *"(...) las obras pasarán a ser propiedad exclusiva de los propietarios o comunidades de regantes que hubiesen garantizado los auxilios, una vez que los hagan efectivo, pero el Gobierno, conservando siempre la facultad de inspeccionarlas, podrá confiar a aquellas su explotación y conservación en el momento que lo juzgue conveniente. Al pasar las obras a ser propiedad de los propietarios o comunidades, se expedirá a su favor el correspondiente título de concesión a perpetuidad, en que conste la aportación del Estado en concepto de subvención".* El Consejo de Estado en Dictamen del año 1914 concluyó que siempre que los textos legales hablaban de una propiedad sobre un bien de dominio público había que concluir en que solo se podía referir a la concesión por tiempo limitado. También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse, al señalar que la concesión a perpetuidad es incompatible con toda una evolución normativa que comenzaría con la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y seguiría, en el ámbito específico de las aguas, con lo previsto en la Ley de Aguas de 1986, que limita las concesiones a un plazo máximo de 75 años y que prevé la transformación de las anteriores perpetuas en estas con plazo máximo (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012).

Si partimos de la premisa de los cementerios como un bien demanial adscrito a un servicio público, cuya utilización se establece en base a la figura jurídica de la concesión administrativa, debemos entender que los derechos funerarios derivan directamente del acto administrativo de la concesión, sin perjuicio de la liquidación de la tasa correspondiente, que no constituye por sí sola la concesión. De hecho la "Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa de Cementerios Municipales y otros servicios funerarios" prevé en el artículo 15, apartado 13), que "El pago de esta tasa no confiere, por sí sólo, derecho a la prestación de los servicios funerarios solicitados o a la utilización efectiva de bienes e instalaciones del cementerio, o a la concesión de licencias o derechos funerarios, de que se trate." Y es que además en el supuesto de inhumación, la falta de pago no genera por sí sola el efecto de exhumación del cadáver, restos o cenizas a enterramiento común, cremación o incineración (adviértase que ello podría implicar la exigencia de daños morales a los responsables), debiendo seguirse el procedimiento contradictorio⁸ legalmente previsto, sin perjuicio del procedimiento tributario que al efecto prevea la norma para la recaudación voluntaria o ejecutiva de la tasa. En su caso, el artículo 32.2 del Reglamento debe adaptarse a las previsiones de las normas en materia de recaudación y las Ordenanzas que se hayan dictado al efecto.

- Los artículos 17 y 21 a 24 regulan la titularidad del derecho y su transmisión inter vivos y mortis causa.

En primer lugar, destacar que según el artículo 17 la transmisión inter vivos únicamente puede realizarse a favor de una sola persona física, mientras que en la transmisión mortis causa se reconoce la posibilidad de varios titulares. Deben explicarse las razones legales que fundamentan y justifican tal diferenciación.

El artículo 18 atribuye a los titulares del derecho funerario, entre otros, la "ordenación en exclusiva de las inhumaciones, exhumaciones (...)" y la "determinación en exclusiva de los proyectos de obras y epitafios (...) que deberán ser en todo caso autorizadas por el Servicio de Cementerios". El primero estará sujeto en todo caso a autorización sanitaria según el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, sin perjuicio de las que resulten por orden judicial⁹. En el segundo la aprobación de proyectos de obras están atribuidos a la Junta de Gobierno Local como órgano de contratación (Disposición Adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), órgano que lo ha delegado a favor del Director General Delegado de Obras e Infraestructuras, mediante acuerdo adoptado en su sesión ordinaria celebrada el día 27 de diciembre de 2011, en urgencias, punto 1. En todo caso el Reglamento puede prever la autorización previos los informes favorables que en su caso deba emitir el Servicio de Cementerios.

El artículo 22 dispone que la transmisión del derecho funerario debe acreditarse mediante documento fehaciente ante el Servicio de Cementerios, significar que no puede considerarse a estos efectos cualquier documento en el que consten las circunstancias de la transmisión, ya que con independencia de que se trate de una transmisión inter vivos o mortis causa, en ambos casos de donación o sucesión, respectivamente, la legislación civil exige escritura pública. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos administrativos cuyo cumplimiento exige la transmisión de la concesión (artículo 98.1 Ley 33/2003, de carácter básico), la donación requiere escritura pública y aceptación del donatario, requisitos esenciales

⁸ En concordancia con los artículos 30.3 y 31.3 del Reglamento que regulan la extinción del derecho por falta de pago.

⁹ Aunque tales previsiones están reguladas en el artículo 93 del Reglamento, el artículo 18 no se refiere a tales excepciones.



para su eficacia según el artículo 633 del Código civil, como así recuerda el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia nº 972/1993, de 25 de octubre, versando sobre contratos de donación para el uso de suelo en cementerio municipal, concluyendo que "(...) las donaciones realizadas por doña (...) a cada una de las litigantes han de reputarse inexistentes si no haberse otorgado en escritura pública como con carácter de esencialidad establece el art. 633 del Código Civil para la donación de bienes inmuebles (...)", por lo que debemos reputar como requisito *ad solemnitatem* la formalización de la donación en escritura pública. Lo mismo para la transmisión mortis causa, ya sea por testamento o abintestato (artículo 744 Código civil).

Por otro lado, el artículo 24 del Reglamento configura la transmisión mortis causa con mayor amplitud que por actos inter vivos, al no establecer en aquella las limitaciones en relación a terceros distintos del cónyuge, ascendiente y demás previstos. El artículo 23 impone como requisito en la cesión por actos inter vivos a terceros que se trate de unidades de enterramiento construidas por titulares y transcurridos diez años desde el alta de las construcciones, mientras que el artículo 24 relativo a la transmisión mortis causa no señala limitación o requisito alguno, sin que conste fundamento legal que ampare la diferencia de trato entre ambas transmisiones.

8.- Artículo 45. Inscripciones y objetos de ornato: El precepto exime de responsabilidades al Ayuntamiento de las sustracciones que puedan producirse de objetos de la unidad de enterramiento, útiles de trabajo o cualquier otro.

Es de considerar que la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas opera en caso de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, artículo 139 de la Ley 30/1992, siempre que concurren de modo indisponible los requisitos legalmente exigibles y conforme al procedimiento establecido, artículos 142 y 143, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Es normativa reservada al Estado por el artículo 149.1.18 de la Constitución, y por tanto, no cabe la exención automática de responsabilidades, ya que para determinar, en su caso, la inexistencia de responsabilidad patrimonial, deberá tramitarse el oportuno expediente.

9.- Título VIII. Régimen sancionador:

- En el artículo 53 del Reglamento debe eliminarse la referencia al Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos, sustituyéndola por el Título IX, sobre la potestad sancionadora. En cualquier caso el mencionado Título viene a regular los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador, por lo que el precepto debe complementarse con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, aplicable en el supuesto de defecto de normativa sectorial específica¹⁶.

- Artículo 54, que señala al Alcalde como órgano competente para imponer las sanciones: Las reglas competenciales vienen previstas en las normas básicas, de forma que el órgano

¹⁶ Entendemos que los redactores del Reglamento contuvieron que no existe normativa sectorial que contenga un régimen sancionador que permita el ejercicio de la potestad sancionadora con sujeción a la reserva de ley, de forma que las infracciones y sanciones que puedan prevase en las ordenanzas locales deben estar previamente previstas como tales por una ley, artículo 139 de la Ley 30/1992. En defecto de normativa específica, podrán establecerse infracciones y sanciones de conformidad con los criterios del citado Título XI de la Ley 7/1985.

competente para la resolución de los procedimientos sancionadores se regirá por lo dispuesto en la normativa vigente en la materia. El precepto es contrario a la normativa, ya que actualmente dicha atribución está reservada a la Junta de Gobierno Local de conformidad con el artículo 127¹¹ de la LBRL, al atribuirle el ejercicio de la potestad sancionadora, si bien el precepto prevé la excepción de que por ley esté atribuida a otro órgano. La mencionada competencia es delegable, artículo 127.2 LBRL, pero deberá hacerse por el órgano titular originario de la competencia mediante el correspondiente acto, no por el Excmo. Ayuntamiento Pleno a través de instrumento normativo.

- Tipificación de infracciones: Con carácter general, y congruente con lo expresado, debería revisarse el catálogo de conductas sancionables e incluir aquellas, si así se considera, correlativas al incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidas en el Reglamento, en cumplimiento del artículo 139 de la LBRL, así como los criterios previstos en el artículo 140 de la LBRL. Además debe suprimirse la cláusula genérica prevista en la letra d), ya que nuestro ordenamiento jurídico es contrario a la tipificación residual de infracciones y sanciones.

10.- Disposición Adicional Primera: Debe suprimirse o reconsiderarse su redacción¹², en cumplimiento del artículo 103 de la Constitución. En todo caso el Derecho Administrativo es el propio y específico de las Administraciones Públicas. Reiteramos lo expresado al comienzo del informe, entendiendo que la sujeción al Derecho -Administrativo, Civil, Penal o Social- no es materia dispositiva ni corresponde su determinación al rango de una Ordenanza Municipal.

11.- Disposición Final Primera. Entrada en vigor: Se sugiere la siguiente redacción, más acorde con la normativa vigente: *"Conforme a lo dispuesto en los artículos 56.1, 65.2 y 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, el acuerdo de aprobación definitiva del presente Reglamento se comunicará a la Administración del Estado y a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. Transcurrido el plazo de 15 días desde la recepción de la comunicación, el acuerdo y el Reglamento se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife y entrará en vigor al día siguiente de su publicación."*

El presente informe se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho y se emite sin perjuicio de los restantes trámites preceptivos en el procedimiento del expediente de referencia, procediendo la remisión del expediente al Área gestora para su tramitación sucesiva conforme a lo legalmente previsto.

En San Cristóbal de La Laguna, a 20 de febrero de 2014

Asesor Jurídico

Marta González Martín



Director de la Asesoría Jurídica

Ceferino José Marrero Farfán

¹¹ Artículo 127. Atribuciones de la Junta de Gobierno Local. *"1. Corresponde a la Junta de Gobierno Local: (...) B) Ejercer la potestad sancionadora salvo que por ley esté atribuida a otro órgano."*

¹² *"Disposición Adicional Primera. Los actos y acuerdos del Servicio de Cementerios, en el ejercicio de sus funciones, se regirán por el Derecho Administrativo."*

Handwritten marks or scribbles in the top right corner.

