

Recurso 114/2016

SENTENCIA NUMERO 311/19

En Palma de Mallorca, a de quince octubre de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, don Francisco Javier Canabal Conejos, Magistrado en Comisión de Servicios del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, los autos del recurso del procedimiento ordinario número 114/2016, interpuesto por la mercantil [REDACTED] representada por la Procuradora de los Tribunales doña [REDACTED], contra la resolución del Ayuntamiento de Santa Eulalia Des Riu de 18 de julio de 2016 requerimiento de resolución de contrato. Ha sido parte demandada el Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu, representado por la Procuradora de los Tribunales doña [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la mercantil [REDACTED] se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado contra la citada desestimación, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazada para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando se:

- 1.- Anule o deje sin efecto la resolución del Ayuntamiento demandado de fecha 18 de julio de 2016.
- 2.- Declare que la empresa [REDACTED] está desempeñando en el local sito en el Cementerio nuevo de Santa Eulalia del Rio actividades que exceden de la única actividad

permitida en dicho local, esto es, la actividad de crematorio y ello con el consentimiento del Ayuntamiento demandado.

3.- Declare que el desempeño de las actividades referenciadas en el punto anterior, las que exceden del objeto del contrato, suponen una modificación del contrato suscrito entre la administración demandada y la entidad [REDACTED].

4.- Condene a la administración demandada a iniciar el procedimiento tendente a resolver el contrato suscrito con la entidad [REDACTED] y la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes o, subsidiariamente, condene a la administración a comunicar a la concesionaria que únicamente se puede ejercer la actividad de cremación y actividades complementarias a ésta, excluyendo la de inhumación, exhumación, tanatoplastia, velatorio, catering, venta de urnas y ataúdes y cualquier otra actividad que no sea de la cremación y complementaria a esta.

SEGUNDO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu contestó a la demanda mediante escrito en los que solicitó la desestimación del recurso.

TERCERO.- Habiéndose recibido el pleito a prueba se practicó la admitida con el resultado obrante en autos y, tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia.

En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales. Se fijó la cuantía del recurso en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación de la resolución del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 18 de julio de 2016 por la que entiende que [REDACTED] puede prestar servicios funerarios en el municipio de Santa Eulària siempre que cumpla con los requisitos del artículo 57 del Decreto 105/1997, sin perjuicio de que los locales ubicados en el municipio en los que desarrollen tales actividades deban someterse a la Ley 7/2013 de actividades.

Dicha resolución se fundamenta en un informe jurídico de 7 de junio de 2016 que manifiesta lo siguiente:

“1. Estamos ante una concesión administrativa de dominio público en tanto que otorga a un sujeto determinado el derecho temporal de usar privativamente una parte del dominio público municipal, sin que ésta implique la prestación de un servicio público.

2. Pese a la exclusión de las concesiones demaniales operada por la legislación en materia de contratos del sector público, ésta constituye una fuente normativa complementaria de ineludible referencia, sin perjuicio de los supuestos en que sea de obligada aplicación.

3. Las concesiones sobre dominio público deben conferirse en la medida en que sean compatibles con el destino primario de la dependencia demanial y con ella satisfagan además un interés público, pues toda concesión debe estar al servicio del interés general por mandato constitucional.

4. El sistema concesional en el ámbito funerario tiene un marcado carácter finalista, buscando que el propio ejercicio por el concesionario de su derecho, obviamente provechoso para él, suponga un beneficio para el bien y su destino.

5. Para determinar las actividades que ampara el título concesional (los usos admitidos en el Crematorio e instalaciones complementarias) debemos examinar las instalaciones mínimas y sus usos fijados tanto por la normativa de sanidad mortuoria, el mínimo que dispone el PCAP y el PPT, y deben además ajustarse a la oferta presentada.

6. A los efectos de determinar las actividades principales y las actividades complementarias que podrán suponer una modificación del título concesional, debemos tener en cuenta que el título concesional debe interpretarse ponderando la satisfacción del interés público perseguido, y los principios de concurrencia y no discriminación que rigen la contratación pública.

7. Sentado que el uso primario de la dependencia demanial de acuerdo de acuerdo con el interés público perseguido es la cremación e instalaciones complementarias al cementerio y ésta de acuerdo con la normativa, se debe lleva a cabo en lugares que deben contar con las salas de

velatorio y exposición de cadáveres, debemos concluir que debe admitirse que puedan ofrecerse los servicios de velatorio al estar vinculadas a las instalaciones objeto de concesión.

8. En cuanto a la tanatopraxia, que se define como métodos técnicos destinados a la conservación y adecuación del cadáver, al tratarse de un servicio que requiere una sala destinada a la realización de prácticas sanitarias sobre cadáveres, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 105/1998, y considerando que la concesión cuenta con un local para prácticas de autopsia para cumplir con las exigencias legales de instalaciones mínimas en el cementerio municipal, podemos concluir, con remisión al cumplimiento de la normativa técnica, que las actividades de tanatopraxia se encuentran dentro del objeto de la concesión al estar prevista en el título concesional y la normativa de aplicación una instalación que cumple con los requisitos para el desarrollo de la actividad, en ambos casos con carácter de mínimo exigible.

9. Si [REDACTED] pretende vender ataúdes, prestar servicio de flores, los recordatorios, facilitar los libros de firmas, organizar ceremonias religiosas o laicas en parroquias, esquelas, vestimenta del difunto, redes sociales, libros de apoyo y condolencias online, debe obtener la licencia o suscribir la correspondiente declaración responsable de empresa de servicios funerarios (cuya copia se adjunta como ANEXO I) pero no puede entenderse que la prestación de estos servicios deba llevarse a cabo en la concesión de dominio público, puesto que cualquier empresa que cumpla con los requisitos del artículo 57 del Decreto 105/1998 puede prestar servicios funerarios en Santa Eulària sin tener que contar con un local.

10. Por todo ello, tras el examen de la normativa de aplicación, fundamentalmente el Decreto 105/1998, el PCAP y el PPT que rigen la concesión de dominio público, podemos concluir que las instalaciones autorizadas (crematorio e instalaciones complementarias en el cementerio) determinan los usos que de las mismas puede dar la concesionaria, y examinados éstos, [REDACTED] no está llevando a cabo una modificación del título concesional por cuanto el uso primario de la dependencia demanial -de acuerdo con el interés público perseguido- es la prestación de los servicios funerarios a los que habilitan las instalaciones, y no única y exclusivamente la cremación, tal y como se prevé en la propia cláusula 2 del PPT que exige que la distribución espacial permita la

definición como mínimo de los usos de sala de autopsias, de introducción, de crematorio, visitantes, recepción y sala de exposición, aseos visitantes y personal, y almacén”.

SEGUNDO.- La mercantil recurrente señala que lo que está haciendo la empresa adjudicataria es modificar unilateralmente el objeto del contrato de la concesión demanial, beneficiando a la concesionaria del servicio de incineración. Modificación que supone una alteración de los elementos esenciales del contrato suscrito con el Ayuntamiento y que, en consecuencia, debería conllevar a la resolución del mismo, motivo por el que se interesó que se requiriese a dicha entidad para que se abstuviera de desempeñar en el local sito en el Cementerio Nuevo de Santa Eulalia toda actividad distinta a la de crematorio y, subsidiariamente, que se resolviese el contrato suscrito con aquella por modificación de los elementos esenciales del mismo.

Indica que la administración demandada está consistiendo y facilitando una competencia totalmente desleal ya que está permitiendo que en la sala de autopsia se realice la actividad de tanatoplastia (cobrando por ello una tarifa no reflejada en el pliego ni en el contrato); en la sala de exposición se realice la actividad de velatorio (cobrando por ello una tarifa no reflejada en el pliego ni en el contrato); en la sala de recepción y de exposición se realice la actividad de catering y venta de urnas y ataúdes (cobrando una tarifa por ello no reflejada en el pliego ni en el contrato por lo que estaría infringiendo los artículos 105 y ss de la Ley de Contratos de Sector Público.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu se opone a la demanda señalando que concurre pérdida de objeto del recurso ya que al interponerse el recurso jurisdiccional, que fue el día 8 de julio de 2016, la entidad actora tenía noticia de la firmeza de la anulación del contrato que da pie a la pretensión que ahora postula en este recurso a raíz de la inadmisión por el Tribunal Supremo del recurso de casación preparado por [REDACTED] Es más, al interponerlo tenía conocimiento que el Pleno de la Corporación por mí representada, en sesión celebrada en 29 de junio de 2017 había procedido a la ejecución de la Sentencia que acordó la anulación del contrato. Por consiguiente, ya al interponerse este recurso jurisdiccional la

anulación del contrato había privado a la controversia en el suscitada de cualquier interés o utilidad real, procediendo la finalización del recurso por "pérdida de objeto".

Subsidiariamente, opone la litispendencia pues si de lo que se trata es de cuestionar la situación interina en la que se halla la entidad [REDACTED] tras la anulación del contrato que le fue adjudicado, opera la excepción de litispendencia respecto al procedimiento en que fue declarada tal anulación y que actualmente está en ejecución. También opone la existencia de prejudicialidad administrativa.

En cuanto al fondo, opone que el objeto del contrato como una concesión administrativa de una parcela de dominio público para la instalación de una sala crematorio, determina que no nos hallamos ante un contrato de gestión de servicio público y que recae sobre una actividad liberalizada. Indica que las actividades funerarias y de crematorio no están previstas como servicio público por lo que habrá que estar al art. 84.3 LPAP, en cuanto dispone que las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de la misma ley, existiendo una legislación especial en materia de dominio público funerario plasmada en el Decreto 105/1997, de 24 de julio, que aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria de esta Comunidad Autónoma, que regirá la concesión

CUARTO.- A la vista de la alegaciones del Ayuntamiento, en principio se debe señalar que en puridad de conceptos no concurre la carencia sobrevenida del objeto pues lo que se impugna es un desestimación presunta que no ha sido anulada ni en sentencia ni en la pieza de ejecución por lo que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico.

La denominada carencia sobrevenida de objeto se regula en el art 22 de la LEC y resulta de aplicación al orden contencioso-administrativo - ATS de 30 de abril de 2015 (Rec. 2252/2013) y 11 de mayo de 2015 (Rec. 2260/2013). Conforme a dicha norma cuando "por circunstancias sobrevenidas a la demanda.... dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial efectiva

pretendida, porque se haya satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones.... o por cualquier otra causa,... se decretará... la terminación del proceso”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid STS de 15 de junio de 2015, casación 1762/2014) contempla como modo de terminación del proceso la pérdida o desaparición sobrevenida del objeto o presupuesto procesal que se produce con la desaparición o eliminación del acto o disposición impugnada. Así, “ad exemplum”, la sentencia de 15 de abril de 2009 (rec. de cas. 1470/2005), se pronuncia sobre la procedencia de declarar terminado el recurso contencioso-administrativo por pérdida sobrevenida del objeto, cuando se haya producido la declaración de nulidad del acto administrativo por sentencia firme con posterioridad al planteamiento del recurso contencioso-administrativo, ya que resulta superfluo mantener la controversia jurídica.

El Tribunal Supremo viene aceptando un modo de terminación del proceso contencioso-administrativo no previsto específicamente en los artículos 74, 75 y 76 de la LRJCA, singularmente el de pérdida del objeto, que no entiende igual al de la satisfacción extraprocésal, en casos como el presente.

Así el Auto de 16 de julio de 2015 (casación 11/2014) señala “La Ley de Enjuiciamiento Civil atempera el rigor del principio de “perpetuatio iurisdictionis” porque contempla que las circunstancias sobrevenidas tengan incidencia en el proceso cuando la innovación priva de interés legítimo a las pretensiones formuladas “por haber sido satisfechas extraprocésalmente o por cualquier otra causa” (artículo 413, apartados 1 y 2 de la LEC en relación con el artículo 22 de la misma Ley). Para que la pérdida sobrevenida de objeto surta su efecto en este orden jurisdiccional nuestra jurisprudencia exige que ha de ser completa, por las consecuencias que su declaración comporta, al determinar la clausura anticipada del proceso, tal como resulta de la regulación contenida en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por eso, como ya señaló el Tribunal Constitucional en la STC 102/2009, (FJ 6º y Fallo), hemos dicho que la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el art. 22 LEC, supletoria de nuestra LRJCA (D. final 1º), se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la

pretensión ejercitada, y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso. Y así, en fin, en la misma STC 102/2009 el Tribunal Constitucional se declara que para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa".

QUINTO.- Tampoco cabe hablar de la existencia de litispendencia. La STS de 2 de julio de 2013 indica al respecto lo siguiente: "(...) la finalidad de la litispendencia es tanto evitar la eventual existencia de fallos contradictorios entre sí, como el agotamiento en un primer proceso de la necesidad de protección jurídica de las partes litigantes. Dicho en otros términos, la excepción de que se trata impide a las partes del proceso pendiente incoar otro que tenga un objeto idéntico.

(...) Señala la sentencia de este Tribunal, de 15 de enero de 2010, para la apreciación de la cosa juzgada es exigible la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan, 2) misma causa de pedir, causa petendi, o fundamento de la pretensión y 3) igual petitum o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada.

El proceso contencioso administrativo, como lleva poniendo de manifiesto esta Sala desde la citada Sentencia de 5 de febrero de 2001, posee un elemento identificador peculiar en la litispendencia (y de la cosa juzgada): la disposición, el acto o actuación de la Administración objeto de las pretensiones, de forma que si en el proceso posterior se impugna un acto distinto del que se enjuicia en el proceso anterior, no se produce el efecto excluyente de la litispendencia".

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016 (cas. 3302/2014) requiere la apreciación estricta de la concurrencia de una triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir que no se produce en el supuesto de autos.

SEXTO.- Ahora bien, aunque se lo denomina incorrectamente en su escrito de contestación como prejudicialidad homogénea, lo cierto es que el Capítulo IV del Título IV de la LJCA principia el régimen jurídico de la ejecución de las sentencias con el artículo 103, donde, después de recoger en su número primero el principio general consagrado por el artículo 117.3 CE, en cuya virtud "El

ejercicio de la potestad jurisdiccional en tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan", dispone en su número segundo, en la línea marcada por el artículo 18.1 LOPJ, que "Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignent". Con ello queda fijado, sin ningún género de duda, el principio rector de toda ejecución, la norma primaria que dice cómo deben ejecutarse las sentencias dimanantes de los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo: dichas resoluciones han de ser cumplidas en la forma y términos que las mismas consignent, es decir, en sus propios términos, como preceptúa el precitado artículo 18.1 LOPJ.

En este orden de cosas, resulta igualmente obligado dejar sentado que todo acto administrativo tendente a ejecutar lo decidido y resuelto en Sentencia debe entenderse sometido de manera absoluta al Juez de la ejecución. De esta forma, el ejercicio de la actividad administrativa sobre la relación de fondo enjuiciada en el pleito está vinculado, condicionado, por la decisión judicial, de tal modo que toda actividad de la Administración posterior tendente o dirigida a dar oportuna ejecución a la decisión judicial ya no va a ser emanada como ejercicio de una potestad administrativa, sino como manifestación de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. La actividad administrativa, se dice, ya no es "facultad", sino "obligación", y no es ya una manifestación de la potestad o competencia administrativa sometida a la Ley, sino de un deber de contenido en la Sentencia y exigido por el funcionamiento del sistema.

En este sentido se pronuncia la STC 160/1991: "En el presente caso no estamos, por tanto, ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas conforme a Derecho. Se trata, pues, de ejecución de Sentencias -y no de actos administrativos-, que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (art. 103 L.J.C.A.), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos

declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la Sentencia (STC 67/1984)".

Es precisamente por ello que deba entenderse, en aplicación del artículo 109 de la LICA, que toda cuestión relativa a la ejecución y toda actividad administrativa ulterior llevada a cabo por la Administración deben llegar a conocimiento del Juez de la ejecución. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999, rec. 30/1995, ya advirtió que "es claro que los actos dictados en el proceso de ejecución de una sentencia firme deben ser combatidos en el trámite incidental correspondiente del proceso en que se dictó la sentencia que mediante ellos se ejecuta, deduciendo las peticiones adecuadas ante el órgano jurisdiccional que conoce y resuelve de la ejecución. No resulta admisible por ello la interposición de recursos contencioso-administrativos sucesivos frente a tales actos ya que, de admitirse, dilatarían indefinidamente el cumplimiento de lo ya ejecutado". En parecido sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de septiembre de 2004, rec. 5457/2001, razonando que "en el ámbito del proceso de ejecución los actos que se dicten, están bajo el control del órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución objeto de ejecución".

Ello es así aun cuando la Sentencia se hubiese limitado a confirmar el acto administrativo en su día impugnado (Sentencia desestimatoria del recurso contencioso- administrativo), pudiendo a tal efecto citarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2002, rec. 6851/1999, 24 de julio de 2003, rec. 4138/2001, 20 de octubre de 2008, rec. 5719/2006, 9 de febrero de 2010, rec. 2843/2008, 19 de julio de 2011, rec. 2007), y 8 de febrero de 2016, rec. 3590/2014.

Dicho de otra forma, en lo que ahora interesa destacar, las posibles extralimitaciones en la ejecución de sentencias deben ser objeto de control en la propia fase de ejecución y no a través de un recurso contencioso-administrativo al margen de ese procedimiento de ejecución, pues solo el Juez o Tribunal, a quien corresponda la ejecución de la sentencia, es competente para resolver cuantas cuestiones se puedan suscitar en relación con la misma, resultando inadmisibles las acciones

ejercitada contra los actos administrativos de ejecución (del acto confirmado judicialmente) al margen del proceso de ejecución.

Lo que no resulta admisible es la interposición de recursos contencioso-administrativos autónomos frente a aquellos actos de la Administración dirigidos a dar recta ejecución a lo decidido y resuelto en el oportuno procedimiento judicial.

Este criterio, recogido, entre otras, en las SSTSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2018 (recurso 992/2017) y 13 de marzo de 2019 (recurso 125/2018), es igualmente aplicable a supuestos como el de autos en los que la falta de actividad de la administración en ejecución de una Sentencia, en el fondo la resolución que se impugna conlleva ese alcance, permite la continuidad de una actividad ejercida en función de un contrato de adjudicación a [REDACTED] que ha sido anulado por Sentencia nº 67/2016, de fecha 19 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma, y confirmada en apelación por la Sentencia nº 458, de 14 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, anulación que conlleva el cese inmediato de dicha actividad, cese cuyo alcance debe establecer aquel Juzgado que acordó dicha anulación por lo que lo correcto es decretar la falta de competencia funcional de este órgano judicial para el conocimiento de la pretensión dirigida contra la resolución del Ayuntamiento, debiendo la parte plantear su cuestión ante dicho Juzgado para que por éste se pronuncie sobre la pretensión anulatoria de la actora en relación con la misma, y todo ello en aras de salvaguardar y hacer efectiva la tutela judicial a que tiene derecho la recurrente.

SÉPTIMO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos, pese a desestimarse el recurso no procederá la condena en costas de la parte recurrente habida cuenta el alcance de esta Sentencia ya que su pretensión no se resuelve en el fondo.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil [REDACTED]
[REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales doña [REDACTED]
contra la resolución del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 18 de julio de 2016 en los
términos fijados en esta Sentencia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que frente a la misma cabe
recurso de apelación.

