



T. S. J. CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID AUTO: 00884/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN
Sala de lo Contencioso-Administrativo
VALLADOLID
Sección 3ª

N35300 C/ ANGUSTIAS S/N N.I.G: 47186 33 3 2011 0100365

NOTIFICADO
28-09-11

PIEZA SEPARADA DE SUSPENSION/OTRAS MEDIDAS 0000320 /2011
0001 PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000320 /2011

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De FUNERARIAS LEONESAS S.A.

LETRADO JUAN MUÑIZ BERNUY

PROCURADOR FRANCISCO JAVIER STAMPA SANTIAGO

Contra MANCOMUNIDAD MUNICIPAL DE SERVICIOS FUNERARIOS Y
CEMENTERIO, SERFUNLE, SERFUNLE, S.A.

LETRADO ANTONIO FERNANDEZ POLANCO, PABLO SILVAN OCHOA

PROCURADOR JOSE LUIS MORENO GIL, MARIA HENAR MONSALVE RODRIGUEZ

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO
Doña MARÍA ANTONIA DE LALLANA DUPLÁ
Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ
Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a dieciséis de septiembre de dos mil once.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado el siguiente

AUTO NÚM. 884/11

En la pieza separada de medidas cautelares del **recurso núm. 320/11** interpuesto por **la entidad mercantil Funerarias Leonesas S.A.**, representada por el Procurador Sr. Stampa Santiago y defendida por el Letrado Sr. Muñiz Bernuy, contra **Acuerdo de 9 de noviembre de 2010 de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad de Servicios Funerarios SERFUNLE, que aprueba la modificación de los precios públicos funerarios**, siendo parte demandada **la Mancomunidad Municipal de Servicios Funerarios y de Cementerio Serfunle**, representada por el Procurador Sr. Moreno Gil y defendid por el Letrado Sr. Fernández Polanco, con intervención de **la entidad mercantil Serfunle S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Monsalve Rodríguez y defendida por el Letrado Sr. Silván Ochoa, sobre suspensión cautelar del acuerdo impugnado.

Ha sido **ponente** el Magistrado don Francisco Javier Pardo Muñoz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se ha interesado mediante otrosí digo del escrito de demanda la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos impugnados y, en concreto, de los descuentos para los supuestos de contratación masiva.

SEGUNDO.- Formaza pieza separada de medidas cautelares mediante Diligencia de Ordenación de 11 de abril de 2011, se dio traslado a la partes demandadas, quienes se opusieron a la misma mediante escritos de fechas 29 de abril y 7 de junio de 2011.

TERCERO.- En la tramitación de este incidente se han observado, sustancialmente, los requisitos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se pretende por el recurrente la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos impugnados y, en concreto, de los descuentos para los supuestos de contratación masiva, alegando que la aplicación de dichos descuentos haría perder la finalidad legítima del recurso, no perjudicando la suspensión los intereses generales ni los de la propia Mancomunidad; que dado que las aseguradoras contratan la mayoría de los servicios funerarios que se prestan tanto en la provincia de León como en el resto del territorio nacional –al estar muy extendido el seguro de decesos- la aplicación de los descuentos desvían los servicios funerarios de las compañías de seguros (60 o 70% del total) hacia un mismo proveedor, que es la Mancomunidad a través de la mercantil Serfunle, S.A., empresa que tiene encomendada la gestión de los servicios funerarios de la Mancomunidad, condenando al cierre al resto de las empresas funerarias; que para compensar las pérdidas que la reducción del precio con mucha probabilidad se están causando, se incrementa la tarifa regular y general del precio público de forma que el resto de operadores del sector no puede facturar a las aseguradoras a los mismos precios que SERFUNLE -no viéndose obligadas éstas a reintegrar el descuento, ni los particulares con derecho a reclamar el exceso- desapareciendo la finalidad del recurso, quien además tiene la ventaja de trabajar con dinero público y con el presupuesto de los Ayuntamientos mancomunados, pudiendo permitirse este comportamiento temporal hasta que se elimine la competencia; que la suspensión no sólo no causa perjuicios sino que genera beneficios tanto para la Mancomunidad como para los particulares; que en cuanto a la apariencia de buen derecho es la propia ley la que prohíbe los descuentos y la propia Sala la que los ha negado, pudiendo ser estudiada en otro orden jurisdiccional la reiteración en su comportamiento ilegal por la Mancomunidad; y que se compromete a constituir la caución que se le exija, pudiendo ser

considerada como suficiente ante la ausencia de perjuicios la cantidad de 1.000 €.

La entidad mercantil Serfunle S.A., se opone a la medida cautelar alegando que no concurre ninguno de los requisitos para su adopción; que no existe apariencia de buen derecho habida cuenta que los acuerdos impugnados se refieren a la fijación de los precios en un sector –el de los servicios funerarios- que desde el Decreto-Ley 7/1996 está liberalizado, rigiéndose por el principio de libre competencia y concurrencia independientemente de la naturaleza pública, privada o mixta de sus prestadores, dejando de tener tales servicios la condición legal de servicios públicos, pasando a ser servicios básicos o de interés general, pero no de necesaria titularidad pública, cuyo corolario es la posibilidad de fijar libremente la política comercial que más convenga a los intereses de las empresas que participen en el mercado, independientemente de su estatuto jurídico; que el hecho de que la Mancomunidad –entidad pública participante mayoritaria de la mercantil- haya tramitado un procedimiento público para la fijación de los precios que, como máximo, puede aplicar Serfunle, S.A., no implica ni la *re-publicatio* de los servicios ni que los mismos dejen de prestarse en régimen de concurrencia competitiva, lo que permite a la mercantil aplicar los descuentos que estima oportunos en cada caso para lograr la optimización del beneficio –también de las compañías aseguradoras- que tiene derecho a percibir tanto el socio público como privado, privando la suspensión de los descuentos poder competir en condiciones de igualdad en un mercado liberalizado, favoreciéndose así a la empresa demandante; que el precedente judicial anulado por esta Sala ha sido sustituido por el actualmente en vigor, encontrándose la sentencia recurrida en casación; que respecto a la inexistencia de periculum in mora, no es admisible que la recurrente pretenda configurar un régimen competitivo ad hoc, en la que ella pueda desarrollar su actividad con plena libertad, sujetando a la demandada a todo tipo de restricciones, no existiendo ningún obstáculo legal para que la actora desarrolle la política comercial que estime adecuada para incrementar su cartera de clientes, teniendo en todo caso carácter económico, susceptible de ser resarcido, los eventuales perjuicios que pudieran irrogarse por la no suspensión; que, por el contrario, la suspensión causa un inmediato y evidente perjuicio a los dos socios de la mercantil en la medida en que podría llegar a perder determinados clientes al no poder ofertar a los mismos los precios que estime conveniente en función de su volumen de contratación, así como a las compañías aseguradoras beneficiarias de los descuentos y, en último término, a los propios asegurados, viéndose afectado el interés general concretado en el mantenimiento de un régimen de competencia efectiva en el mercado de los servicios funerarios; y que es insuficiente la caución ofrecida de 1000 €, ridícula, que no cubriría los perjuicios derivados de la medida cautelar, no debiendo ser inferior a seis millones de euros.

Asimismo la Mancomunidad Municipal de Servicios Funerarios y de Cementerio (Serfunle) se opone a la medida cautelar dando por reproducidos los alegatos de la mercantil Serfunle, S.A., recordando la doctrina jurisprudencial sobre medidas cautelares de disposiciones generales, y entendiendo que no se trata de establecer descuentos – como en el supuesto anulado, y recurrido en casación, por la Sala sino de establecer dos tipos de tarifas, para cliente individual y para el operador que facilita contrataciones en masa, todo ello en el marco de un mercado liberalizado en el que se pueda competir en condiciones de igualdad, no habiéndose acreditado los perjuicios económicos –que podrían ser resarcidos- que la actora invoca, pretendiéndose claramente que la Mancomunidad pierda a los grandes clientes en beneficio de la recurrente como única prestadora de los servicios funerarios, al margen de Serfunle, en León, siendo los únicos terceros perjudicados las propias aseguradoras y sus asegurados; y que la suspensión produciría perjuicios graves para el interés público en la prestación de un servicio que la propia Ley conceptúa como público y básico, en beneficio sólo de un competidor, debiendo en su caso fijarse la cuantía de la caución en función de la posible pérdida de clientela y el prudente arbitrio del Tribunal.

SEGUNDO.- Señala la STS de 24 de julio de 2008 que *"la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:*

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia-sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3)".

Asimismo, la SSTs de 14 de octubre de 2005 y 8 de mayo de 2008 señalan que *"De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, debemos destacar, ahora, dos aspectos: En primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado periculum in mora como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.*

En relación con el citado primer aspecto, así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998", y añade que "La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada".

Como hemos señalado en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003 "la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen".

Por otro lado, y en relación con la suspensión de disposiciones generales, el ATS de 13 de noviembre de 2007 recuerda que *"en cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, tal y como hemos señalado en la reciente sentencia de 10 de octubre de 2007, con referencia al Auto de 11 de octubre de 2005, "la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido la especial relevancia del interés público en general en relación con la adopción de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de disposiciones generales, en cuanto persiguen el establecimiento de un nuevo régimen jurídico, aún cuando ello no exime de la debida ponderación de las circunstancias concurrentes.*

Como hemos dicho en el Auto de 8 de octubre de 2.004, la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público, como ha recordado esta Sala en Autos de 17 de octubre de 1.996, 8 de julio de 1.998, 22 de febrero de 1.996 y 17 de septiembre de 1.993, en los que se fijan los criterios jurisprudenciales de directa incidencia en el tema examinado en relación con la suspensión de disposiciones de carácter general, destacando que, en principio, existe un indudable interés público en la aplicación inmediata de unas normas que se promulgan para integrarse en el ordenamiento y ser cumplidas por todos los afectados, por lo que la valoración del interés público adquiere un singular relieve cuando está en juego la efectividad de una disposición general, pues ha de entenderse preponderante el público interés, ya que la vigencia de la misma está revestida de un indudable interés público, lo que impone que, salvo circunstancias verdaderamente excepcionales, ello requiera el mantenimiento de la vigencia de la disposición reglamentaria impugnada.

En el mismo sentido el Auto de 7 julio de 2.004 de esta Sala ha declarado que es doctrina constante de la misma que cuando se impugnan disposiciones generales, es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la naturaleza de la disposición general, exija la ejecución, salvo evidencia de perjuicios irreversibles, porque en tal caso contiene la disposición general una ordenación de amplio alcance y lo normal sería que no se accedería a la suspensión, dejando sin efecto temporalmente aquella disposición general impugnada, puesto que ello sí constituiría un grave perjuicio del interés público cuando el daño derivaría más de los actos de ejecución que de la propia disposición general", y la STS de 17 de julio de 2008 que "la jurisprudencia de esta Sala no impide la suspensión de una disposición general, a tenor de lo dispuesto en el artículo 129.2 y 130.1 de la LJCA, que expresamente aluden a la suspensión cautelar de la vigencia de las normas reglamentarias.

Tan solo exige, como hemos señalado en Sentencia de 3 de julio de 2007, un <<especial cuidado con que ha de adoptarse tal medida cautelar a un producto de la Administración cuyo fin o cuya función es la de incorporarse al ordenamiento jurídico para pasar a formar parte de él y regir en consecuencia, como normativa que se entiende acomodada al conjunto de ese ordenamiento, la pluralidad indeterminada de situaciones jurídicas incursas en su ámbito de aplicación>>”, >>”, recordando el ATS de 14 de diciembre de 2007 que en esta materia la doctrina jurisprudencial “asume como prioritario el interés general o público implícito en las disposiciones generales, interés que sólo cede o se pospone ante posibles perjuicios acreditados, no hipotéticos, y que de tenerse por ciertos efectivamente frustrarían la finalidad legítima del recurso o impedirían la efectividad de la Sentencia, lo que descarta, en principio, los intereses resarcibles económicamente dada la solvencia que se predica de las distintas Administraciones”; el ATS de 10 de febrero de 2009 que “en auto de 29 de abril de 2000: “Cuando nos enfrentamos con la suspensión de una disposición general que, aparte de su rango formal de Decreto, contiene una ordenación de amplio alcance subjetivo, es difícil establecer los límites de los perjuicios que puedan ocasionarse al interés general si se acordara la suspensión; o a la recurrente, si no se acordara, mientras dura el proceso judicial; de aquí que, en principio, salvo que de una forma clara y evidente puedan producirse atentados irreversibles al derecho proclamado, en cuyo caso habría que acordar la suspensión si el interés general no sufriera perjuicio con ello, lo normal será que no se acceda a dejar sin efecto temporalmente la disposición impugnada, por considerar que esto constituye un grave perjuicio al interés público”. Y en auto de 17 de septiembre de 2001: “...La suspensión de disposiciones generales ha de ser enfocada con la máxima cautela sin pretender atribuir a los razonamientos de fondo de la pretensión principal, que todavía no han podido ser contradichos por la Administración, un valor decisorio a la hora de adoptar tan excepcional medida.... Cualesquiera que sean las respetables opiniones doctrinales en contrario, lo cierto es que la medida cautelar de suspensión de una norma reglamentaria no cabe que sea adoptada de manera automática en aras de una supuesta tutela judicial efectiva, convirtiendo en habitual la paralización de la efectividad de lo reglamentado con la única excusa de un posible éxito de la demanda de anulación en su día”; ó el ATS de 22 de diciembre de 2010 “el carácter sumamente restrictivo de la jurisprudencia en relación con la suspensión de disposiciones generales y el ya mencionado interés público generalmente asociado al mantenimiento de su vigencia hasta tanto no recaiga decisión sobre el fondo”.

TERCERO.- Como hemos visto, la actora funda su pretensión cautelar invocando las consideraciones contenidas en nuestra Sentencia de 13 de septiembre de 2010 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1008/09 interpuesto por la aquí

solicitante contra las modificaciones de los Acuerdos Reguladores de los Precios Públicos aprobados por la Asamblea de Concejales de La Mancomunidad Municipal de Servicios Funerarios y de Cementerio de León, San Andrés de Rabanedo y Vilaquilambre, SERFUNLE, en sesiones de 22 de noviembre de 2007 y 24 de enero de 2008, sentencia que declaró la nulidad de pleno derecho del apartado 5 del artículo 6º, sobre Administración y cobro, respecto de los servicios de incineración de cadáveres y suministro de accesorios ("Se faculta al Consejo de Administración de Serfunle para que pueda autorizar descuentos sobre las Tarifas recogidas en el artículo 4º anterior a las empresas que con habitualidad concierten la prestación de servicios de incineración con Serfunle"), y del apartado 6 del artículo 6º, también sobre Administración y cobro, respecto de la prestación de servicios funerarios ("Se faculta al Consejo de Administración de Serfunle para que, por causas justificadas, de las que dejará constancia en el expediente que al efecto se tramite, realice descuentos sobre los precios públicos que se recogen en el artículo 4º del presente Acuerdo Regulador"), quedando ambos apartados sin contenido. En la motivación de dicha sentencia, no firme por recurrida en casación, entre otros particulares decíamos:

"Sobre la imposibilidad de establecer descuentos sobre los precios públicos. Nulidad de pleno derecho.

El artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, citado como fundamento de su posición por la Mancomunidad demandada, establece que "1. *El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada*", y que "2. *Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiera*".

Por su parte, el también citado por la Mancomunidad demandada artículo 45.3, en su versión original vigente hasta el 14 de julio de 1998, de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales –hoy derogada por el RDL 2/2004– establecía en igual sentido que "*Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo de los límites previstos en los dos apartados anteriores; en estos casos y cuando se trate de los precios públicos a que se refiere el apartado 1 anterior deberán consignarse en los presupuestos de la Entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante, si la hubiese*".

Por último, el artículo 25.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, de modo análogo, señala que "*Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público*

que así lo aconsejen, podrán señalarse precios públicos que resulten inferiores a los parámetros previstos en el apartado anterior, previa adopción de las previsiones presupuestarias oportunas para la cobertura de la parte del precio subvencionada".

Así las cosas, la demanda no puede sino correr suerte totalmente estimatoria pues definidos los precios públicos ex artículo 24 de la Ley 8/1989 como *"las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados"*, y estableciendo el artículo 43 del texto refundido de 2004 que *"Estarán obligados al pago de los precios públicos quienes se beneficien de los servicios o actividades por los que deban satisfacerse aquéllos"* –y en igual sentido el artículo 44 de la Ley de Haciendas Locales de 1988-, bien se comprende:

a) Que el debate litigioso es ajeno por completo a la cuestión, no discutida, sobre la competencia –propia o por delegación- de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad en orden a la aprobación de los Acuerdos impugnados.

b) Que los descuentos sobre las tarifas o precios públicos a que se refieren los párrafos impugnados no encuentran amparo en ningún precepto legal, infringiendo al mismo tiempo la obligación de pago (íntegro) que incumbe al beneficiario del servicio; es evidente que una cosa es que por razones legalmente previstas –*"sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen"*- los precios públicos puedan fijarse por debajo del coste del servicio prestado o de la actividad realizada, y otra que, una vez fijados –superando o no dicho límite-, puedan establecerse descuentos o bonificaciones para singulares beneficiarios (a determinar, *"empresas que con habitualidad concierten la prestación de servicios de incineración con Serfunle"* respecto de los servicios de incineración de cadáveres y suministro de accesorios, y *"por causas justificadas"* respecto de la prestación de servicios funerarios), previsión contraria al ordenamiento jurídico, sin olvidar además que la invocada finalidad de fomentar el uso de la incineración, aliviando los problemas de espacio en el cementerio de León, parece podrían justificar la fijación de un precio público inferior al coste del servicio, pero, claro está, para todos los beneficiarios, lo que coadyuvaría aún más si cabe a la consecución de dicha finalidad pero sin violación de la general obligación de pago que a los beneficiarios incumbe sin excepción.

c) Que ninguna relevancia ostenta el alegato sobre la supuesta mayor transparencia del órgano ahora encargado de concretar el beneficiario del descuento pues, aparte de lo ya dicho sobre la ilegalidad del descuento en sí mismo considerado, no se trata de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad –órgano, como hemos dicho, que aprobó la modificación pero que no es el que efectúa los descuentos- sino de un órgano colegiado de una entidad mercantil. Y

d) Que, en fin, no es acertada la mención en la contestación a la demanda a los motivos de beneficencia, o a las entidades benéficas, motivos o entidades que no guardan relación alguna, ni se mencionan, en los párrafos objeto de la presente impugnación”.

Por otro lado, en nuestra Sentencia de 15 de abril de 2011 dictada en el recurso contencioso-administrativo 388/2010 interpuesto también por la ahora solicitante de la medida cautelar, declaramos la nulidad radical del artículo 4º.I.I.I del Acuerdo de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad Municipal para la Prestación de Servicios Funerarios y de Cementerio en los Municipios de León, San Andrés del Rabanedo y de Villaquilambre (SERFUNLE) de fecha 6 noviembre 2009 (publicado en el BOP de León número 243, de 28 de diciembre de 2009), en lo referido a los complementos de servicio A, B y C, con imposición de las costas procesales a la demandada, sentencia en la que tras recordar lo dispuesto en el Decreto 16/2005, de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León define en su art. 22 los Servicios funerarios ("1.- Los servicios funerarios tendrán la consideración de servicios básicos para la comunidad y podrán ser prestados por las Administraciones Públicas, por empresas públicas, mixtas o privadas, y en régimen de concurrencia competitiva ") y el art. 23 las prestaciones de las empresas funerarias ("Las empresas funerarias deberán asumir la prestación de los siguientes servicios: 1.- Informar y asesorar sobre sus servicios. 2.- Efectuar la recogida, conducción y traslado de cadáveres. 3.- Suministrar el féretro, caja de restos o urna cineraria. 4.- Prestar los servicios de velatorio y de tanatorio, propio o concertado. 5.- Aplicar las técnicas y prácticas de tanatopraxia. 6.- Realizar cualquier otra función, actividad y servicio propio o complementario de la actividad funeraria de acuerdo con los usos y costumbres del lugar"), y en el Decreto 79/1998, de 16 de abril, por el que se regula el Derecho a la Información y los Derechos Económicos de los usuarios de servicios funerarios impone, que en su art. 3 dispone la información al público obligatoria, entre la que se incluye que «Los servicios funerarios no están condicionados a un número mínimo o a un tipo de prestaciones concretas u obligatorias» y «Esta empresa no impone servicios considerados como mínimos, básicos u obligatorios que no estén previamente establecidos en una norma», dijimos que la *"política de precios selectiva que practica la demandada es precisamente lo que ha prohibido y anulado, taxativamente, nuestra STSJ, de 13 de septiembre del 2010"*, ó que *"Otro tanto ha certificado la mancomunidad el 25 enero 2011, sorprendiendo al tribunal que se certifique la práctica de descuentos a fecha enero de 2011 cuando nuestra sentencia de 13 septiembre 2010 taxativamente lo prohibía. Es también significada la "justificación" de la práctica de estos descuentos, pretendiendo ahora plantear la naturaleza privada de los precios. En todo caso, ese informe, donde se permite realizar las consideraciones jurídicas que tuvo por convenientes en relación con la naturaleza de los servicios prestados, y la naturaleza jurídica de*

SERFUNLE SA, reitera la posibilidad de aplicar descuentos, en abierta desobediencia a lo fallado por este Tribunal. Huelga decir que no es lo mismo la prestación de un servicio funerario mancomunado que un servicio funerario netamente libre y propio del ámbito privado".

Frente a ello, la Mancomunidad demandada y la mercantil mixta Serfunle, S.A., que gestiona el servicio, se oponen a la medida cautelar haciendo valer el alegato de que en materia de Servicios Funerarios se liberalizó su prestación y se suprimió la consideración de los servicios mortuorios como servicios esenciales reservados a las Entidades Locales, todo ello según lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, en cuya virtud *"Se liberaliza la prestación de los servicios funerarios. Sin perjuicio de lo anterior, los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente, de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fijen el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias, los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres. Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector.*

Los prestadores de servicios funerarios que obtengan de cualquier Ayuntamiento la autorización a que hace referencia el párrafo anterior, conforme a los criterios en él expresados, podrán realizar en todo el territorio español la actividad asociada a sus funciones principales consistente en el traslado de cadáveres, cumpliendo en cada caso los requisitos establecidos en las normas de policía sanitaria mortuoria aplicables".

Ahora bien, el hecho de que desde 1996 la prestación de los servicios funerarios se haya liberalizado en el sentido de que hayan dejado de considerarse como servicios esenciales reservados a las entidades locales, no puede obviar en el caso que nos ocupa: 1) que los servicios funerarios litigiosos –que incluyen la gestión y administración de los cementerios municipales existentes en el territorio de la Mancomunidad- son prestados por la propia Mancomunidad Municipal, constituida precisamente para la prestación y gestión de los servicios funerarios y de cementerio por parte de los tres Ayuntamientos mancomunados, por más que dicha prestación se efectúe a través de una empresa mixta con participación mayoritaria de la misma; y 2) que el objeto del recurso no es determinada política comercial de una empresa sino el Acuerdo de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad Serfunle, adoptado en sesión celebrada el día 9 de noviembre de 2010, por el que se aprobó la modificación de los acuerdos reguladores de determinados precios públicos, es decir, un acuerdo municipal

respecto de la fijación de un precio público, debiendo significarse lo siguiente:

a) La singular analogía entre la vía selectiva de descuentos de precios en su momento anulada por la Sentencia no firme de esta Sala de 13 de septiembre de 2010 –que se aplicaba a las “empresas que con habitualidad concierten la prestación de servicios de incineración con Serfunle”-, y la actual vía de establecer dos tipos de tarifas –inferior para “Servicios de contratación masiva”, entendiéndose por tal cuando el número de los mismos iguala o excede de 20-, nos permite mantener la vigencia –sin perjuicio del recurso de casación- de los argumentos contenidos en nuestras sentencias determinantes de la anulación de los acuerdos impugnados. Además, la propia estrategia de la Mancomunidad municipal consistente en ir modificando sucesivamente los precios públicos –*desactivando* la nulidad de los Acuerdos ya declarada judicialmente, caso de que se confirmara en casación-, aunque manteniendo la filosofía del descuento a determinados solicitantes de los servicios, obliga a la actora a recurrir de continuo y a solicitar la suspensión cautelar de su ejecutividad como única forma eficaz de poner fin a dicha inadmisibles maniobra.

b) Es evidente que la pérdida de clientela que para la actora puede suponer la inferior tarifa que la Mancomunidad pretende aplicar a las aseguradoras –contratantes del 60 ó 70%, en apreciación de la solicitante no contradicha eficazmente por las demandadas; “grandes clientes”, dice la Mancomunidad- conlleva inequívocamente perjuicios económicos susceptibles de provocar –por mor de la importancia de aquella contratación- situaciones de difícil reparación, sin que de la suspensión de la doble tarifa se derive perjuicio alguno para el interés público ya que, no existiendo riesgo de que los servicios funerarios dejen de prestarse, las aseguradoras seguirán o no contratando con quien estimen oportuno pero ya sin la distorsión que la doble tarifa del precio público –que lo sigue siendo- supone para el mercado. Y

c) En definitiva, insistimos, la voluntaria conducta desplegada por la Mancomunidad, cambiando el tenor literal de los precios públicos en función de las decisiones judiciales adversas, pero manteniendo su filosofía discriminadora, se erige en el presente caso como argumento determinante del otorgamiento de la medida cautelar de suspensión por ser ésta el único remedio eficaz de que dispone la recurrente para poner fin a dicha estrategia, sin que, por otro lado, las demandadas hayan justificado, siquiera mínimamente, los supuestos perjuicios que habrían de derivarse de la suspensión, pues mientras los descuentos a las aseguradoras reconducen a éstas a su contratación con SEFUNLE –hecho no discutido y fundamento del descuento-, con el consiguiente perjuicio para la recurrente, su desaparición no ha de suponer necesariamente la pérdida para la Mancomunidad de tal clientela, quedando el mercado a la libre

competencia por más que los precios públicos, que lo siguen siendo, hayan de estar sometidos a la normativa que les es propia, normativa aplicada hasta ahora por esta Sala, como ya se ha expuesto, todo lo cual nos lleva a fijar una fianza en la cuantía sugerida por la solicitante de 1.000 €.

CUARTO.- No se aprecia la concurrencia de ninguna de las circunstancias reguladas por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la condena en costas.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad solicitada por la representación procesal de **la entidad mercantil Funerarias Leonesas S.A.**, respecto del particular del Acuerdo de 9 de noviembre de 2010 de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad de Servicios Funerarios SERFUNLE, que aprueba la modificación de los precios públicos funerarios, relativo a los descuentos para los supuestos de contratación masiva, previa constitución de fianza por la solicitante de 1.000 €, sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

Llévese testimonio de esta resolución para su unión a los autos principales.

Contra la presente resolución cabe recurso de súplica en el plazo de CINCO DÍAS ante esta misma Sección.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos. Sres. anotados al margen. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.