



SARASOLA GORRITI, Silbia

Zuzenbide Administratiboko irakaslea
Zuzenbide Fakultatea
Euskal Herriko Unibertsitatea
Manuel de Lardizabal, 2
20018 Donostia
dabsagos@sd.ehu.es

BIBLID [1137-1951 (2003), 10; 23-55]

Sarrera eguna: 2003.02.05
Onarpen eguna: 2003.03.14

Hileta-zerbitzuen liberalizazioa udal-zerbitzu publikoen eremuan. Emakidaren bidezko kudeaketaren azterketa berezia

(The liberalisation of the funeral services in the area of the municipal public service. A study of their management through franchise)

Udalerriek ematen dituzten zerbitzu publikoen artean, hileta-zerbitzuak dira esanguratsuenetarikoak. Hileta-zerbitzuen eskaintza ohituraz monopolioan burutu da, baina, egun, liberalizazio-prozesuaren eraginez, merkatuan eskaintzen den zerbitzuen artean kokatzen da. Zerbitzuak udal-zerbitzu publikoa izaten darrai, baina jardueraren merkaturatzeak aldaketa sakonak eragin ditu bere kudeaketan. Zentzu honetan, zerbitzuaren irekierak arauketa egokia jasotzea galdatzen du.

Giltza hitzak: Hileta-zerbitzuak. Liberalizazioa. Emakida.

Entre los servicios que prestan los municipios destacan los servicios funerarios. Aunque se trata de un servicio que tradicionalmente se ha prestado en monopolio, en la actualidad, por influencia del proceso de liberalización, se presta en régimen de mercado. La actividad se mantiene como servicio público, pero su prestación en el mercado introduce cambios importantes en su gestión. En este sentido, la apertura del servicio exige la regulación del sector.

Palabras Clave: Servicios funerarios. Liberalización. Concesión.

Parmi les services rendus par les municipalités, on remarque les services funéraires. Bien qu'il s'agisse traditionnellement d'un monopole, actuellement, sous l'influence du processus de libéralisation, c'est devenu un service sous régime de marché. L'activité est maintenue comme un service publique, mais sa prestation dans le marché apporte d'importants changements dans sa gestion. Dans ce sens, l'ouverture du service exige le contrôle du secteur.

Mots Clés: Services funéraires. Libéralisation. Concession.



1. **Sarrera.** 2. **Hileta-zerbitzuen eraentza juridikoa liberalizazioaren aurretik:** 2.1. 7/1985 Legearen aurreko eraentza juridikoa. 2.2. 7/1985 Legean jasotako eraentza juridikoa. 3. **Hileta-zerbitzuen liberalizazioa:** 3.1. Liberalizazioaren aurrekariak. 3.2. Zerbitzuaren liberalizazioa. Edukia eta kritika. 3.3. Jardueraren eraentza juridikoa 7/1996 Errege Dekretu Legean. 3.4. 7/1996 Errege Dekretu Legearen garapena. Kataluniako 2/1997 Legea, apirilaren 3koa. 3.5. Hipotesi bat: emakida bidez kudeatutako hileta-zerbitzu liberalizatuak. 4. **Ondorioak.**

1. Sarrera

Hileta-zerbitzuak, XXI. mendearen atarian, udal-zerbitzu publikoak eta, beraiekin batera, udalerrien jarduera ekonomikoak azken hamarkadan izan duten bilakaeraren adibide esanguratsuenetarikoak dira.

Europako direktiben eta barne-politikan hartutako neurrien eraginez, zenbait udal-monopolio desagertzeko zorian daude. Joera honen adierazgarri, 7/1996 Errege Dekretu Legea, ekainaren 7koa da. Bere bitartez, hileta-zerbitzuak liberalizatu egin dira, Eraentza Lokalaren Oinarrien Legeak (aurrerantzean LBRL) arautzen dituen Legearen hainbat artikulua aldatuz. Ildo honetatik, hileta-zerbitzuen liberalizazioarekin, Europako zerbitzu publiko kontzeptua udal-administrazioan sartu da.

Zerbitzu hauen liberalizazioa mota honetako lehenengoetariko esperientzia izateak, guztiz interesgarria bihurtzen du bere azterketa. Zuzenezuzenean ukitzen du zerbitzu publiko lokalaren kontzeptua eta, zentzu honetan, oso baliagarria izan daiteke zerbitzu lokalaren etorkizunaren inguruan hausnartzeko.

Hileta-zerbitzuen merkaturatzeak, bere edukiagatik eta burutzeko jarraitu den prozeduragatik, balorazio desberdinak jaso ditu, batzuk aldekoak eta beste batzuk aurkakoak. Edozein kasutan, une honetan, liberalizazio honek suposatu duen aldaketa kualitatiboa azpimarratu nahiko nuke. Eman dena pauso ausarta izan da, ez bakarrik zerbitzu honek sozialki duen garrantziagatik, baita ere bere eduki ekonomikoagatik.

Liberalizazio honen lehenengo garapena Katalunian gertatu zen, non liberalizazioa egikaritzearen, hileta-zerbitzuak eraentzen dituen 2/1997 Legea onartu zen. Liberalizazioak ez du eraentza ez egotea suposatzen, beste mota batean eraentzea baizik, eta liberalizazio-prozedura hala moduz egin dadin bermatu behar da, batez ere hileta-zerbitzuak –nahiz eta liberalizatuta egon–, oraindik ere zerbitzu publikoak direlako. Gainera, aipaturiko liberalizazioa hasi baino ez

denez egin, Kataluniako Legea, hileta-zerbitzuen liberalizazioa egiteko jarrai daitekeen eredia izateaz gain, beste arloetan jazo daitezkeen antzeko prozesuetan kontuan edukitzeko aurrekaria izan daiteke.

Hileta-zerbitzuen azterketa hainbat ikuspuntutatik egin daiteke, hala nola historiko, soziologiko, filosofiko, kultural, juridiko edo artistikotik; izan ere, jaiotza bera izan ezik, ez dugu berarekin pareka daitezkeen fenomenorik aurkituko. Arlo juridikoan konkretuki, Hileta zuzenbidea errealitate plurala da. Heriotza ez da Zuzenbide administratiiboari bakarrik dagokion gaia; beste Zuzenbide adarretan ere eragina du, besteak beste Zigor zuzenbidean (hilobien kontrako ekintzak, ordena publikoaren alterazioak...), Merkataritza zuzenbidean (aseguru arazoak), Nazioarteko zuzenbidean (gorpuen toki-aldatzea), Gizarte segurantzaren, Kontsumo zuzenbidean edo Zuzenbide zibilean (gorpuen jabegoa, heriotza, hilobien eraentza juridikoa edo oinordetza). Are gehiago, Hileta zuzenbideak Zuzenbide administratiiboaren barnean gai asko ukitzen ditu: hirigintza, ingurumena, zehatzeko ahalmena, osasuna, udal parte-hartzea ekonomian eta administrazioen arteko harremanetan, besteren artean.

Egun, hileta-zerbitzuak aldaketa prozesu batean murgilduta daude, eta trantsizio honek hainbat arazo planteatzen ditu; alde zuzeneko hausnarketa sakon eta lasaia exijitzen duten zenbait arazo hain zuzen ere. Hileta-zerbitzuak, ohituraz, udal-zerbitzu kontsideratu dira, hau da, udal-zerbitzu publikoak, eta kasu gehienetan monopolioan ematen ziren. Zerbitzu hau liberalizatu egin zen 7/1996 Errege Dekretu Legearen bidez, PSOEek duela urte batzuk hasi zuen liberalizazio-prozesuarekin jarraituz.

Aurrekoa, Errege Dekretu Lege honen 23. artikuluan zehazten da, non hileta-zerbitzuen gaineko erreserba LBRLen 86.3 artikulua aplikazio-eremutik ezabatzen den. Baina liberalizazioaren ildotik egin den arauketa oso urria da, eta erreformak lege-hutsune garrantzitsuak sortu du. Errege Dekretu Legearen 22. artikulua zerbitzua liberalizatzen dela dio, baina jarduerak merkaturatzeak ez du eraentzarik egongo ez denik esan nahi. Aldiz, zerbitzuaren eskaintza bermatzeko, jarduera etorkizunean arautuko duen eraentza berria jaso behar da, eta gutxieneko printzipio batzuk beteko direla ziurtatu. Gauzak honela, liberalizazio-xedapenek arazo garrantzitsuak dakartzate, eta horrela nabarmendu dute bai doktrinak eta baita jurisprudentziak ere.

Hasteko, xedapen honen aplikazio-eremua eztabaidatzen da. Gaztelaniaz, hileta-zerbitzuen inguruko hiztegia plurala da: “servicios mortuorios”, “pompas fúnebres” eta “servicios funerarios”, kontzeptuak erabiltzen dira, besteak beste. Egitate honek eta legeria aplikatzerakoan sortzen diren kontzeptu-arazoez, jarduera kalifikatza

behartzen gaituzte, batez ere hileta-zerbitzuek liberalizazioaren ondoren zerbitzu publiko izaten jarraitzen duten edo ez zehaztearren.

Bestalde, jarduera bat zerbitzu publiko izendatu izanak, beste arlo batean eragiten du: jardueraren kudeaketa-motetan. Gai honi dagokionez ere, liberalizazioa burutzen duen arauaren edukia oso urria da, eta jarduera burutzeko udalerriek baimena galda dezaketela adieraztera mugatzen da. Baimena beraz nahibadakoa da, eta baimen honen inguruan galdera ugari sortzen da: baimen honek udalerrriaren kudeaketa ukatzen al du? Udal-kudeaketa onartzekotan, zein kudeaketa-mota erabil daiteke? Are gehiago, liberalizazioaren ostean, hileta-zerbitzuak emakiden bidez kudea al daitezke? Hau da, printzipioz, behin zerbitzua erreserba eremutik atera denean, bere eskaintza munizipalizatu ezin dela pentsa genezake. Baina egitate honek baztertu egiten al du hileta-zerbitzuak emakiden bidez eskaintzeko aukera? Galdera honek berebiziko garrantzia du, batez ere emakida, ohituraz, monopolioarekin lotutako kudeaketa-mota dela kontuan hartzen badugu.

Hala ere, hauek ez dira hileta-zerbitzuen kudeaketak sortarazten dituen kezka bakarrak. Aipaturiko liberalizazioak zuzenbide iragatzazko problemak ere planteatzen ditu. Udalerrri askotan hileta-zerbitzuak monopolioan eman dira, zuzenean edo zeharka, eta azken kasu honetan emakidan. 6/1997 Errege Dekretu Legea indarrean sartu zenean, emakida hauen existentzia arazotsua bihurtu zen, izan ere arau honetan ez baita aurreikusten zein den orain arte monopolioan jardun duten enpresa hauei aplikagarri zaien eraentza juridikoa. Estatuko legegileak sortu duen hutsunea betetzeko, autonomia erkidego batzuetan zenbait ekimen burutu dira. Gai honi dagokionez, interesgarriak izan daitezkeen xedapenak aurki ditzakegu Zuzenbide autonomikoan. Adibidez, Kataluniako 2/1997 Legea, apirilaren 3koa.

Esandako guztian oinarriturik, lan honen helburua egun hileta-zerbitzuei aplikagarri zaien eraentza juridikoa aztertzea da, batez ere hileta-zerbitzuen liberalizazioak eragindako aldaketa kontuan hartuta. Ekonomiako arlo honetan, botere publikoek parte hartzeko dituzten eskumenak eta partikularrek jarduera hauek burutzeko dituzten ahalmenak dira aztergai.

Asmo honekin, zerbitzu publikoen emakida ikertuko dut bereziki. Emakida, zerbitzu publikoak zeharka kudeatzeko tradizio handiko kudeaketa-mota da. Egun ere erabiltzen da, eta etorkizunera

begira oso baliagarria izan daiteke, nahiz eta horretarako, udalerrien egoera ekonomiko eta juridiko berrira egokitzearen, emakida historikoki bereiztu duen zenbait ukanbehar aldatu behar izan.

2. Hileta-zerbitzuen eraentza juridikoa liberalizazioaren aurretik

2.1. 7/1985 Legearen aurreko eraentza juridikoa

2.1.1. Zuzenbide konparatuan jarraitutako eredia

Hileta-zerbitzuen inguruan Europako Estatuetak ordenamendu juridikoek izan duten bilakaera antzekoa da. Hori dela eta, aipaturiko zerbitzuek Espainiako Zuzenbidean duten eraentza aztertu aurretik, interesgarria izan daiteke ondoko Estatuetan aurreikusten den eraentzaren aurrekariak, laburki bada ere, ezagutzera ematea.

Frantzia hileta-zerbitzuak hasiera batean elizak antolatzen zituen. Frantziako 1789ko Iraultzarekin, aurreko egoerarekin hautsi nahian, hilerriak nazionalizatu egin ziren, eta zerbitzua Estatuaren zerbitzu publiko bihurtu zen, bere prestaketa elizak burutzen bazuen ere. Honela, zerbitzuaren prestaketa hobetzeaz gain, Estatuak berebiziko garrantzia zuten baliabide ekonomikoak lortu zituen.

III. Errepublika garaian, 1904ko abenduaren 28ko Legeak hileta-zerbitzuen udal-monopolioa ezarri zuen. Zerbitzuak zuzenean edo emakiden bidez kudea zitezkeen, udalerriek askatasuna zutelarik bata edo bestea kudeatzeko¹.

Belgika izan zen, hala ere, 1896. urtean, zerbitzuaren udal-monopolioa eratu zuen lehenengoa. Hala ere, jarduera honetan Estatuak zituen ahalmenak ez ziren oso garrantzitsuak, eta bere parte-hartzea polizia-jarduerara mugatzen zen.

Italian, bestalde, 1903ko lege batek, udalerriek hileta-zerbitzuak monopolioan eman zezaketela deklaratu zuen.

Alemanian, aldiz, zerbitzuaren eskaintza zatituta zegoen, eta hileta-jardueraren inguruan lege desberdinak izan ziren zerbitzu bakoitzeko udal-monopolioak ahalbideratu zituztenak.

1. Hiri handienek (Paris, Lyon, Marsella Toulouse, Montpellier, Tours, besteak beste) zuzeneko kudeaketa hautatu zuten; besteek emakida. Gainera, udalerrien heren batek, PDG enpresari edo bere eskumeneko enpresa bati esleitu zieten zerbitzua. GARCIA DE COCA: *Liberalización de la actividad funeraria*, Zaragoza, 1998; 87. or.

Alemanian udal-monopolioen gaineko lege orokorra 1935. urtean eman zen.

2.1.2. Hileta-zerbitzuen eraentza juridiko moderna Espainian

Hileta zuzenbide modernoaren eraentza juridikoaren ardatz nagusiak bi izan dira: batetik, Eliza Katolikoaren eragina hilerrien eraentza juridiko eta funtzionamenduan eta, bestetik, osasun-legeriarekin izan duen harreman estua.

Hileta zuzenbidean, beste arloetan gertatzen den bezala –hala nola hezkuntza, osasuna eta ongizatean–, Estatuaren eta elizaren arteko harremanak erabakigarriak izan dira². XIX. mendearen erdialdera arte, ehorzketa gehienak elizetan egiten ziren; udal hilerriak oso berandu sortzeaz gain –lehenengo udal hilerria 1774. urtean eraiki zen, Cartagenako armategiko obretan lan egiten zuten esklabo mairuak lurperatzeko–, ez ziren begi onez ikusten³. 1849ko maiatzaren 12ko Errege Aginduak, berdintasun printzipioari bide ematearren, debekatu egin zuen ohitura hau –elizetan lurperatzeko ohitura alegia⁴–. Ez hori bakarrik; XIX. mendeko azken urteetan, hilerri munizipalekin batera, zerbitzua monopolizatzeke lehenengo ahaleginak egin ziren.

Bestalde, udal hilerrien eraikuntzan Estatuak eta elizak eskuduntzak partekatu zituzten. Hilerriak udalarenak izan arren konfesionalak ziren, eta honek ondorio larriak eragin zituen berdintasun printzipioa eta erlijio askatasunean. Hala, II. Errepublika amaitu ondoren, 1938ko abenduaren 10eko Legeak justuak eta bekatariak betidanik banatu zituzten hormak berreraikitzea agindu zuen⁵.

Zentzu honetan, 1949ko Nazio Osasuneko Legearen 33. Oinarriak, udalerrri guztiek hilerri katolikoa edukitzeko obligazioa deklaratu zuen. Udalerriek hilerri zibilak izan zitzaizketen, baina hilerri katolikoetatik banatuta.

1955eko Eraentza Lokaleko Legearekin (aurrerantzean LRL) aurrerapauso nabarmena

eman zen. Alde batetik, hilerriak zerbitzu publikoak zirela aitortu zuen eta, bestetik, ez zuen ehorzketen pluraltasuna aipatzen. Lege honen edukia arreta berezia merezi du, izan ere, Lege honek orain dela denbora gutxi arte indarrean egon den eraentza juridikoan izan duen eragina garrantzitsua izan baita. Bertan, bi tokitan aipatzen ziren hileta-zerbitzuak: udalerrien eskuduntzak arautzen zirenean, eta udal-zerbitzu publikoen eraentza juridikoa eta kudeaketa-motak aipatzen zirenean.

LRLko 101. artikulua 2. paragrafoak udalerrien jardura nagusiki zein helburutara zegoen zuzenduta adierazten zuen, horien artean hilerri eta hileta-zerbitzuak aipatzen zirelarik: “*La actividad municipal se dirigirá principalmente a la consecución de los siguientes fines: c)... cementerios y servicios fúnebres*”.

Xedapen honek ez zituen eskuduntzak esleitzen; udalerriak bete behar zituzten hainbat helbururen zerrenda baino ez zuen eskaintzen. Ez zuen, beraz, udalerriek bete behar zituzten gaien zerrenda itxia edo eskuduntza eskusiboak jasotzen. Aldiz, artikulua horretan, udalaren intereseko oso nabarmena zen gai multzoa adierazten zen, non udalerriei, interes horiei bide ematearren, nolabaiteko partaidetza ziurtatu behar zitzaien⁶.

Hurrengo artikulua (102 artikulua) udalerrri guztietan nahitaez eman behar ziren hainbat zerbitzu jasotzen zituen, hilerriak besteak beste. Ikus dezakegunez, hilerria edozein kasutan eman beharreko zerbitzua zen, nahiz eta eskuduntza guztiak ez izan udalerrienak⁷.

Bestalde, LRLa argitaratu zen une historiakoari men eginez, bertan jasotzen zen udal-jardura ekonomikoaren eraentza subsidiarotasun printzipioan oinarritzen zen. Ekimen pribatuak lehentasuna zuen, eta printzipio horren islan, zerbitzu publikoen eskaintza eta ekimen publikoa, ekimen pribatua nahikoa ez zenean bakarrik jarritzen zen martxan.

Hori horrela bazen ere, LRLak, 164 artikuluan, zenbait zerbitzu publiko munizipaliza zitez-

2. TOLIVAR ALASen ustez, hilerriak Espainiako historian zehar nagusi izan den intolerantziaren adierazgarri dira. Ikus *Dogma y realidad del Derecho mortuario español*, Madril, 1983; 56. or. eta “Los servicios mortuarios locales: cementerios y servicios funerarios...”; 1573. or.
3. TOLIVAR ALAS: *Dogma y realidad...*, 49. or. eta “Los servicios mortuarios locales...” In: MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Municipal II*, Madril, 1988; 1574. or.
4. Nahiz eta urte batzuk beranduago 1887ko uztailaren 18ko Errege Aginduak hainbat pertsonalitate salbuesten zituen hilerri arruntetatik, beteak beste, erregearen familia, artzapezpikuak, gotzainak eta monjeak.
5. Honen guztiaren salbuespena II. Errepublikako garaian jazotzen da. 1931ko Konstituzioaren 27. artikulua erlijio sinesmenetan oinarritutako bereizketa debekatzeko zuen. Artikulu honen garapenean, hilerriak arautzen zituen 1932ko urtarrilaren 30eko Legea eta bere Erregelamendua (1933ko apirilaren 8koa) onartuko ziren, non ez-bereizketa printzipioan oinarrituz, udalerrri bakoitzak bere jabegokoa eta herritar guztientzat komuna izango zen hilerria eduki behar zuela adierazten zen. Ikus TOLIVAR ALAS, L. *Dogma y realidad...*, aip.; 30-31 orr.
6. Hainbat autore dira iritzirik berdinekoak. Horien artean, LÓPEZ PELLICER: “Servicio público municipal y actividades particulares de interés público”, In: *Revista de estudios de la vida local*, 178 zkia., 1973; 285. or., eta J. MIR I BAGO. *El sistema español de competencias locales*, Madril, 1991; 190-192 orr. Kontrako iritzia mantentzen zutenen artean, hots, 101. artikulua benetako eskuduntzak esleitzen zituela, ALBI, F. *La crisis del municipalismo*, Madril, 1966; 471 or.
7. Zentzu berdinean, 102. artikulua eduki orokorra aztertzerakoan: MIR I BAGO, J. *El sistema español de competencias...* aip. ob; 193. or.



keela aurreikusten zuen, eta hauetako batzuk monopolioan kudeatu, ekimen publiko nahiz pribatua baztertuz (164.2 eta 166 art.ak). Azken kasu honetan aurkitzen ziren zerbitzuen artean “pom-pas fúnebres” izeneko hileta-zerbitzua aipatzen zen.

Horretaz gain, hileta-zerbitzuen tituluduna udalerrria izanik, berak aukeratu beharko luke kudeaketa-mota zuhurtziaz, izan ere zerbitzu publikoen kudeaketa udalerrriaren antolaketa-ahalmenaren barnean baitago. Baina ez zen hau izan Eraentza Lokalaren Legeak jarraitutako bidea. Bertan jasotakoaren arabera, munizipalizazio prozedura aurrera eramanez gero, zerbitzua zuzenean kudeatu beharko zen (LRLko 167 art. eta Udal Korporazioen Zerbitzuen Erregelamenduko 45 art. [aurrerantzean RSCL])⁸. RSCLeko 114.3 artikulua dioenaren aurka, munizipalizazioak zuzeneko kudeaketara eramaten gaituen heinean, 164 eta 167 artikulua bitartean aipatzen diren gaietan emakiden bitarteko kudeaketa ezinezkoa izango litzateke⁹. Honek guztiak murriztu egiten zuen udalerrien antolaketa-askatasuna, eta zerbitzuen kostua handitu. Gainera, zenbait kasutan, kudeaketa-mota hau oso zurruna izateaz gain, desegokia gerta zitekeen¹⁰.

Hileta-zerbitzuen bilakaera historikoan, honako gertaera garrantzitsua jazo zen hirurogeita hamarreko hamarkadan. 1978ko azaroaren 3an 1938ko Legea deseman zen, eta, honekin, ehorzketen pluraltasuna. Xedapen honetan, ehorzketetan bereizketak saihesteko neurriak hartzeaz gain, 1955eko Legeak egiten zuenaren antzera, hilerriak udalerrien gutxieneko zerbitzuak zirela aitortzen zen.

Lege honen eskutik, egun indarrean dagoen LBRLra ailegatzen gara. Dena dela, Lege honen azterketan murgildu aurretik, badago aztergai den beste puntu bat: Hileta zuzenbidean osasun-legeriak duen garrantzia.

Dakigunez, osasun-legeriak eragin zuzena izan du Hileta zuzenbidean¹¹. XX. mendearen hasierara arte, zerbitzu hau osasunkaitza kontsideratu da, eta jarduera arriskutsu, deseroso eta osasunkaitzen artean sailkatzen zen. 1916. urtean, jarduera hauek arautzen zituen erregelamendu berria argitaratu zen, eta desagertu egin zen hilerriaren aipamena. Gainera, arrazoi kulturalak

zirela medio, elizetan ehorzketa masiboak egitea debekatu zenean, kanposantuak, beste herrietan ez bezala, Paris edo Genevan adibidez, hiritik kanpo eraikitzen hasi ziren.

Ildo horretatik, osasun-arloan emandako zenbait arauk hileta-jarduera ukitzen du. 1944ko Nazio Osasunaren Legearen bitartez, 2569/1960 Dekretuak Hileta Osasunaren Erregelamendua onartu zuen¹². Erregelamendu hau hamalau urte beranduago deseman zen, gaur egun indarrean dagoen 1974ko Erregelamenduaren bitartez. Azken honi zor zaion arreta aurrerago eskainiko diot.

2.2. 7/1985 Legean jasotako eraentza juridikoa

2.2.1. Hileta-zerbitzuak udal-eskuduntzako zerbitzu publiko lokalak

Jakina denez, udalerriek hileta-zerbitzuen eskaintza eduki duten parte-hartzea garrantzitsua izan da. 7/1985 Legearekin, hots LBRLarekin, indartu egin da udalerrien esku-hartzea aipaturiko zerbitzuen eskaintza. Bertan, LRLean ezartzen ziren hainbat muga desagertzeaz gain –monopolioan antolatutako munizipalizatutako zerbitzua zuzenean kudeatu beharra adibidez–, udalerriek ekonomian parte hartzeko duten ahalmena indartu egin da, izan ere, Oinarrien Legeak jasotakoaren arabera, udalerriek, zerbitzu publikoak eskaintzeaz gain, jarduera ekonomikoan ekimen publikoa egikari dezakete. Azter dezagun, bada, eraentza berri honek hileta-zerbitzuen eskaintza duen eragina.

Hileta-zerbitzuak udal-eskuduntzako ohiko zerbitzu publikoak dira. Indarrean dagoen LBRLko 25.2 j artikulua dioenaren arabera, udalerriek, betiere Estatu zein autonomia erkidegoen legeriaren eremuan, eskuduntzak egikarituko dituzte gai jakin batzuetan, besteren artean hilerrietan eta hileta-zerbitzuetan [25.2. j) art.]. Horretaz gain, hurrengo artikulua lehengo paragrafoak, hots, 26.1 artikulua, udalerririk guztiak, beren kabuz edo elkar-turik, hilerri zerbitzua nahitaez eman behar dutela esaten du. Dena dela, xedapen hauek (25 eta 26. artikulua) ez dituztenez eskuduntzak esleitzen, legeria sektorialak zehaztu beharko du udalerriek hilerri eta hileta-zerbitzuetan dituzten eskuduntza

8. Hilerriak kudeatzeko, aldiz, gutxieneko zerbitzua zenez gero, ez zen munizipalizazio espedientea bete behar, baldin eta lehia askean ematen bazen (RSCL 42.2 art.). Zentzu honetan, ikus LÓPEZ PELLICER, J.A. “Servicio público municipal y actividades particulares de interés público...”; 284-284 orr.
9. Ikus LÓPEZ PELLICER, J.A. “Servicio público municipal y actividades...”; 285-288 orr.
10. Hori dela eta, irakasle batzuk munizipalizazioa eta zuzeneko kudeaketaren arteko lotura hausten saiatu ziren. Ikus GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, In: *Revista de Administración Pública* (aurrerantzean *RAP*), 17. zkia., 1955; 120. or. eta h
11. TOLIVAR ALASEk, osasun-hileta gizaldia bera bezain zaharra dela aitortu ondoren, polizia- jardueraren barnean sailkatzen du (*Dogma y realidad...*, 37. or.). “Polizia” kontzeptua hainbat alorretan aplikatu daiteke, eta ez du esanahi bateraturik; honela, jabetzaren polizia, ordena publikoaren polizia, polizia orokorra eta zerbitzu publikoaren polizia bereizten ditu. Lehenengoan, hots, jabetzaren poliziaren barnean, gorpua eta hilobien jabetzarekin zerikusia duten gaiak kokatzen ditu (39-41 orr.).
12. Manuel SEGURAREN *Derecho funerario* (Bartzelona, 1963) izeneko lanaren irakurketa.

zehatzak, nahiz eta hilerrien kasuan, udalerrien eskuduntza sendoago adierazten den, gutxieneko zerbitzuen artean jasota dagoelako.

Edozein izanik ere aipaturiko 25. eta 26. artikuluei buruz egiten den irakurketa, udalerriek interes zuzena daukate xedapen hauetan aipatzen diren gaietan. Interes lokalekoak direnez gero, Konstituzioaren 140. artikuluan aurreikusitako autonomia lokalari men eginez, udalerriek gai horietan eskuduntza dutela esan daiteke. Hala ere, eskuduntza horrek ez du eskuduntza eskusiboa izan beharrik, eta beste administrazio publikoak ere eskudunak izan daitezke gai hauetan.

Hileta-zerbitzuen kasuan hau horrela dela garaiz baieztatu zuen Konstituzio Auzitegiak, 1981eko otsailaren 2ko Epaian udal hileta-zerbitzuen gaineko eskuduntza partekatua dela adierazi baitzuen. Epai honetan 1944ko Osasun Legea aztertzen da, Estatuak hilerrien gainean dituen eskuduntzen harira.

Hileta-zerbitzuetan eskuduntzak, beraz, konpartituak dira, udalerriak badira ere ahalmen nagusiak dauzkan administrazio-atala. Hala ere, berdintasun printzipioa eta erlijio-askatasuna lurralde osoan betetzen direla bermatzearen, Estatuak eskuduntzak aldarrikatu ditu gai honetan, nahiz eta eskuduntza titulu horiek oso orokorrak izan. Horretaz gain, autonomia erkidegoek, lurralde antolaketan eta osasunan bereganatu dituzten eskuduntzak direla medio, gai honetan ere eskuduntzak dituzte, udalerriek hilerriak edukitzeko duten obligazioa salbuesteko autonomia erkidegoek duten ahalmena ahaztu gabe (LBRLko 26.2 art.).

2.2.2. Hileta-zerbitzuen kudeaketa

LBRLko 85. artikulua zerbitzu publiko lokalak udal-eskuduntzako helburuak betetzera zuzendutako zerbitzuak direla adierazten du. Zentzu honetan, hileta-zerbitzuak udal-eskuduntzako zerbitzuak direnez gero, ez dago eragozpenik aipaturiko zerbitzuak zerbitzu publiko lokalak direla esateko. Hori kontuan hartuta, hileta-zerbitzuen kudeaketak hainbat aukera eskaintzen ditu.

Lehenik eta behin, aipaturiko zerbitzuak, jarduera ekonomikoa osatzen duten heinean, partikularrek egikari ditzakete. Aldi berean, hileta-zerbitzuak udal-eskuduntzako zerbitzuak dira (LBRL 25. art. eta bereiziki 26. art.), hau da, zerbitzu publiko lokalak (LBRL 85. art.). Udalerriak, beraz, udal-zerbitzu publikoa antola dezake.

Zerbitzu publiko hau kudeatzearen, LBRLko 85. artikulua 3 eta 4. paragrafoek

kudeaketa-motak arautzen dituzte. Kudeaketa hau, printzipioz, lehia askean burutuko da, hots, ekimen pribatuarekin batera. Arau orokorra hileta-zerbitzuak, nahiz eta udal-eskuduntzako zerbitzu publikoak izan, eragile pribatuekin konkurrentzian ematea da. Arau orokor honek bazuen, hala ere, bere salbuespena; izan ere, duela denbora gutxira arte zerbitzu hau LBRLko 86.3 artikuluan erreserbatutako zerbitzuen artean kokatzen zen. LBRLko 86. artikulua azken paragrafoak honela zioen: *“Se declara la reserva a favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: servicios mortuorios”*.

Arazoa “funtsezkoak” ziren zerbitzuak zehaztea zen, hileta-zerbitzuen (*servicios mortuorios*) eduki konkretua zehazterakoan, zenbait kasutan monopolioan ematen ziren zerbitzuen eremua zabalegia zela zirudielako.

“Funtsezko zerbitzuak”, zehaztugabeko kontzeptu juridikoa da. Bere jatorria Konstituzioaren 128.2 artikuluan kokatzen da; ondorioz, Konstituzio Auzitegiari dagokio jarduerak kalifikazio hau merezi duen edo ez erabakitzea. Funtsezko zerbitzu hauek ez dira zerbitzu publiko kontzeptuarekin parekatzen. Zerbitzu publiko guztiak ez daude erreserbatuta; zerbitzu publiko guztiak ez dira funtsezko zerbitzuak. 128.2 artikuluko erreserbaren helburua ez da jarduera zerbitzu publiko deklaratzeko, bere kudeaketa eskusiboa ahalbideratzea baizik.

Toki-administrazioan, egoera antzekoa da. Zerbitzu publiko lokalak ez du LBRLko 86.3 artikuluan erreserbatutako zerbitzuen edukiarekin bat egiten. Zerbitzu publiko lokalak udal-eskuduntzen arabera zehazten diren bitartean, aipaturiko artikuluan erreserbatutako zerbitzuak ez dira nahitaez udal-eskuduntzakoak. Udal-zerbitzua funtsezkoa izateak kudeaketa mailan bakarrik eragiten du. Horrexegatik, 86.3 artikulua ez ditu “funtsezko zerbitzu publikoak” aipatzen, “funtsezko zerbitzuak” baizik.

Zerbitzu hauek izendatzeko “funtsezko” hitza erabili izanak kritikak jaso ditu. Batetik, ez dator bat LBRLk beste artikuluetan erabilitako hiztegiarekin, hala nola 26. artikuluan, non “gutxieneko” edo “nahitaezko” zerbitzuak aipatzen diren; bestetik, “funtsezkoak” diren zerbitzuen eduki materiala zehaztea ez da erraza.

Hileta-zerbitzuen kasuan, esaterako, zerbitzu publiko kontzeptua zabaltzearen ondorioz, monopolioan kudeatu dira, besteren artean, loreen salmenta, edo hilarrien instalazioa. Kasu hauetan, monopolioak neurritz kanpokoak dirudi, eta aldeni egiten da zerbitzu publikoaren eduki objektibotik. Hedapen honek, azkenean, monopolioaren aurkako iritzia sortarazi du¹³.

13. BERENGUER FUSTER. “Los servicios locales y la política de defensa de la competencia”, In: *Gaceta Jurídica de la C.E.*, 28. Buletina, azaroa, 1997; 8-9 orr. Frantzia antzeko arazoa planteatu zen, ikus BETTINGER, C.; LE CHATELIER, G.; LA PEYRE, M.: *Les nouveaux enjeux de la concession près les réformes de 1993/1995*, Paris, 1995; 64-65 orr.

GARCÍA DE COCAk beste adibide batzuk ipintzen ditu. Logroño, adibidez, monopolioa beilatoki eta errausketa-labeetara zabaltzen zen. Antzeko zerbitzu gertatu zen Leonen. Ikus GARCÍA DE COCA. *Liberalización de la actividad funeraria...*, 96. or. eta h.

Monopolioaren edukiarekin jarraituz, jardueraren lurraldearen aplikazio-eremua ere oso eztabaidatua izan zen. Eremu honek bi arazo planteatzen zituen. Batetik, zerbitzuaren emailak, ibilbidean, jarduera monopolioan kudeatzen zuten herriekin topatzen zirenean, eta bestetik, ehorzketa-enpresek udalerririk monopolizatutako eremua gainditzen zutenean.

Bigarren arazoaren irtenbidea, GARCÍA DE COCAREN ustez, Eraentza Lokalaren Testu Bateratuko 96. artikulua eskutik dator (aurreantzean TRRL), udal-esklusibitatea udalerrikaren biztanleen beharrak asetzera zuzenduta dagoelako. Aipatu dudan lehenengo arazoaren garrantzia ere handia izan zen, eta Auzitegi Gorenak eta Justizia Auzitegi Nagusiek makina bat epai eman zituzten gai honen harira.

Edozein kasutan, jarduera hauek monopolioan ematen zirenean, autonomia erkidegoko gobernu organoaren onespina behar zen (TRRL 97.2 art.). Honela, udalerriek horrela erabakitzen bazuten, eta autonomia erkidegoek beren onspina ematen bazuten, esklusibitatez, hau da, bestelako ekimen publiko zein pribatuak baztertuz, jardun zezakeen.

Laburbilduz, hileta-zerbitzuak, duela denbora gutxira arte, erreserbatutako funtsezko zerbitzuen artean kokaturik zeuden. Nahiz eta udalerrien titularitate esklusiboko zerbitzua ez izan, hauek hileta-zerbitzuak monopolioan kudeatzeko aukera zuten.

Erreserba teorikoki salbuespena bazen ere, praktikan arau orokorra bihurtu zen. Udalerririk askotan zerbitzu honen antolaketa municipalizatu egin zen. Udalerririk hauek, zerbitzu hauen antolaketa erabakitzerakoan, LBRLko 85.3 eta 4 artikuluan jasotako kudeaketa-motak erabil zitaketen. Hauetatik arrakastatsuenak kudeaketa zuzena eta emakidak ziren. Udalerririk gehienetan zerbitzuaren prestaketa emakidadun bati esleitzen zitzaion, edo, bestela, udalerririk berak ematen zuen zuzenean, patronatu baten bidez. Hori horrela izanik, erraz atzeman daiteke liberalizazioak udalerririk askotan izan duen eragina.

3. Hileta-zerbitzuen liberalizazioa

3.1. Liberalizazioaren aurrekariak

3.1.1. Zuzenbide komunitarioaren eragina hileta-zerbitzuen liberalizazioan

3.1.1.1. Aldez aurretiko baldintza: Zuzenbide komunitarioaren aplikazioa zerbitzu publikoen eremuan

3.1.1.1.1. Zerbitzu publikoaren sendotzea Europako Batasunaren ordenamendu juridikoan

Jakina denez, zerbitzu publikoa gizarte-komunitatearen oinarri sozialaren adierazgarri nabarmenatarikoa da. Europako Batasunaren helburu nagusia orain arte nagusiki ekonomikoa izanik, doktrinaren zati bat zerbitzu publikoak Europako eszenatokian bizirik iraungo ez zuenaren beldur zen¹⁴. Baina Santiago MUÑOZ MACHADOK dioen bezala, Europak ez du zerbitzu publikoak gorrotatzen, baizik eta lehiakortasun inguru batera egokitu nahi du¹⁵. Hala, gaur zerbitzu publikoaren desagerpena baztertuta dago. Doktrinaren gehiengoak kontsideratzen du zerbitzu publikoak, zenbait aldaketekin, bat egin dezakeela Zuzenbide komunitarioarekin.

Zerbitzu publikoak Europako eraikuntza prozesuan duen garrantziaren isla, Amsterdamgo Hitzarmenak bareraturatutako 16. artikulua berria da. Artikulu honek, Europako Hitzarmenaren 86.2 artikulua erabiltzen duen "interes ekonomiko orokorreko zerbitzua" kontzeptua errespetatuz, ez du aurreko eraentza juridikoa aldatzen ("*Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87...*"). Xedapen berriaren helburua zerbitzu publikoek Hitzarmenean duten kokapena hobetzea da. Zerbitzu publikoak Estatu kideetan duen garrantzia ez zeterren bat Hitzarmenak eskaintzen zion arreta eskasarekin. Hau horrela zela Europako Batzardeak ere sumatu zuen (Interes orokorreko zerbitzuei buruzko Komunikazioa, 1996ko irailaren 26koa), eta aipaturiko 16 artikulua erekin, zerbitzu publikoak Europako Batasunak duen garrantzia azpimarratu nahi izan da.

Zuzenbide komunitarioaren eskutik, zerbitzu publikoaren inguruko hainbat kontzeptu sortu dira: interes ekonomiko orokorreko zerbitzua (86.2 eta 16 art.), zerbitzu publikoa (73 art.), oinarriko zerbitzua eta balio erantsiko zerbitzua, zerbitzu unibertsala edo, gero eta gehiago erabiltzen den, Europako erkidegoaren interes orokorreko zerbitzua¹⁶. Beste

14. KOVAR, R. "Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée", In: *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 32 (2 eta 3) zkia., 1996; 215. or. eta h.

15. *Servicio público y mercado. I Los fundamentos. II. Las telecomunicaciones. III. La televisión. IV. El sistema eléctrico*, Madril, 1988; 40. or.

16. Europako Zuzenbidean kontzeptu honen erabilera nabarmena da. Europako Zerbitzu Publikoaren Gutunaren Proiektuak dioenez, 90.2 artikulua erabiltzen duen interes ekonomiko orokorreko zerbitzuak irekitzea aurkitzen da. Duela gutxi, Amsterdamen, 1997ko ekainean Europako Hitzarmenaren egindako aldaketan harira, Batzardeak Hitzarmenaren 3. artikuluan paragrafo berri bat sartzea proposatu zuen, Komunitatearen eskaintzen artean "interes orokorreko zerbitzuak sustatzea" aipatzearen. MARTÍNEZ LAGEREN iritziz, xedapen honek izaera komunitarioko zerbitzu publikoaren jatorria suposatuko luke. Ikus "El Tratado de Amsterdam y las reglas de la competencia", In: *Gaceta Jurídica de la C.E.*, 125. Buletina, 1997; 3. or.

hitzetan, zerbitzu publiko kontzeptua dibertsifikatu egin da, baina ez desagertu.

3.1.1.1.2. Monopolioa, salbuespenezko kasua

Europako Batasunak merkatu bakarreko bidea hartu du, eta dirudienez ez dago atzera egiterik. Eredu honen ardatz nagusia merkatu askea da –neoliberalismoa deritzona–; ondorioz, monopolioek salbuespenezko izaera dute eta gainera iragankorrak dira.

Zerbitzu publikoaren eta monopolioaren inguruan, Europako ordenamendu juridikoaren eraientza oso garrantzitsua da hileta-zerbitzuen liberalizazio-prozesua ulertzeko, eraientza horrek berebiziko eragina duelako egungo eta etorkizuneko zerbitzu publiko kontzeptuak izango duen bilakaeran.

Zerbitzu publikoa zentzu hertsian, hau da, monopolioan eskaintzen dena, Hitzarmenaren 86.2 artikuluan kokatzen da. Bertan, interes ekonomiko orokorreko zerbitzua arautzen da. Xedapen honetan ez da jardueraren subjektibitate publikoa aitortzen, Europako zuzenbidean titularitate publikoa ez baita zerbitzu publikoaren funtsezko ukanbeharra¹⁷. Kontzeptu honek Estatu kideen barne-zuzenbidean duen eragin zuzena kontuan hartuta, arazoa “interes ekonomiko orokorreko zerbitzuek” duten aplikazio-eremua zehaztean datza.

Zerbitzu publikoaren teoriak Europako zuzenbidean aurkitu duen oztopo handienetarikoa, Estatu kideek zerbitzu publikoa adierazteko erabiltzen duten hiztegi plurala da. Zentzu honetan, 86.2 artikulua “interes ekonomiko orokorreko zerbitzuek” kontzeptua erabiltzearen arrazoia, Frantzia eta Espainia bezalako Estatuak erabiltzen duten “zerbitzu publiko” kontzeptua saihestea da, Estatu hauetan kontzeptu honen aplikazio-eremua oso zabala delako.

Izaera ekonomikoa ez duten zerbitzuek aipaturiko kontzeptutik at gelditzen dira. Hala ere, SOUVIRON MORENILLAK dioen bezala, 86.2 artikulua aplikazio-eremutik kanpo geratzeak ez du esan nahi zerbitzu hauetan kompetentzia-arauen aplikazioa salbuesten denik. Salbuespen hau gerta daiteke, baina ez aipaturiko artikulua eraginez: batetik, bere izaera ez delako ekonomikoa eta, bestetik, jardueraren interes publikoagatik¹⁸.

Oro har, interes ekonomiko orokorreko zerbitzua konkurrentzian eman behar da; salbuespe-

neko kasutan, lehia askeak bere egitatea betetzea oztopatzen du, eta zerbitzua merkatutik at eman daiteke. Honela gertatzen da, esate baterako, Europako Hitzarmenaren 73. artikuluan, zerbitzu publikoko obligazioak betetzeak horrela exijitzen duenean. Bertan, garraio-zerbitzu publikoa lehiketa arauetatik kanpo gelditzen da.

Arazoa benetan konplexua da. Interes ekonomikoko zerbitzuek ohiko zerbitzu publikoak baino aplikazio-eremu zabalagoa duela onar daiteke –Estatuaren titularitate eskusibora eta monopolio-eremu lotuta dagoena, alegia–, baina edonola ere Hitzarmenaren lehiaketa-arauen aplikazioa salbuesteko Hitzarmenaren 86.2 artikuluan jasotako baldintzak bete behar dira.

Ildo honetatik, xedapen honen aplikazioak bi galdera planteatzen ditu: zein neurritaraino eragotzi behar den zerbitzuaren egitatea betetzea konkurrentzia-arauak ez aplikatzearen, eta nori dagokion egoera hau ematen den erabakitzea.

A. Lehenengo galderari dagokionez, Europako Erkidegoetako Auzitegiak hasieran egiten zuen irakurketa mugatuak eragindako zalantzak desagertu egin dira. Zerbitzu publikoen Europako Gutunaren Proiektuak jasotako baieztatuz, jurisprudentziak xedapen honen irakurketa ñabartu egin du¹⁹. Hala, 86.2 artikulua inguruan emandako epaiak aztertuz gero, jurisprudentzia gero eta malguagoa dela ikus daiteke, eta bertan jasotako salbuespena errentagarriak ez diren edukien prestaketa konpentsatzeko ere erabili izan da. Eta, hori guztia, autore batzuek esaten dutenaren aurka, azken hauek ez baitute onartzen salbuespeneko izaera duen xedapen baten irakurketa zentzu zabalean egiterik.

B. Bestalde, bigarren galderari erantzunez, garrantzitsua da konkurrentzia-xedapenen salbuespena deklaratzeko organo eskuduna zein den zehaztea, eta pisu handiko osagarri politikoa du. Arlo honetan, Estatu kideek Zuzenbide komunitarioaren arauketa mesfidantzaz begiratu dute, batez ere Frantzia bezalako Estatuak, non zerbitzu publikoak ukiezinak kontsideratzen diren. Zerbitzu publikoek Estatu hauetan duten tradizioari gehitu behar zaio egun botere publikoek ekonomian parte hartzeko duten tresna garrantzitsuenetarikoa izatea.

Hau horrela izanik, zerbitzu publikoek Estatuak Europako eraginetik at mantentzen

17. Aipaturiko 86.2 artikulua honela dio hitzez hitz: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.

18. *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada, 1998; 282. or.

19. Proiektu honetan aipaturiko salbuespenaren aplikazioa erraztu egiten da. Bertan, lehia arauak ez aplikatzeko ez da exijitzen arau hauek zerbitzuaren egitatea betetzea “galaraztea”; nahikoa da kompetentzia arauak egitate hori betetzea “oztopatzea”. COMISIÓN EUROPEA. “Proyecto de Carta europea de los servicios públicos (los servicios de interés económico general). Versión de 4 de febrero de 1994. Traducción y notas de J.A. García de Coca”, In: *RAP*, 136. zkia., 1995; 528. or.

duten eremua osatzen dute, gero eta txikiagoa den eremua hain zuzen ere. Hitzarmenaren zerbitzua ematen duen pertsonaren izaera ez da garrantzitsua, hau da, berdin da erakunde emalea publiko edo pribatua bada (Hitzarmenaren 295 art.). Gainera, Hitzarmenak, 3. artikuluan, zerbitzuen eskaintza askea aldarrikatzen du, betiere eskaintzak Estatu kideen arteko bereizketarik eragiten ez badu. Baina artikulua honek ez du ukitzen zerbitzu publikoen barne-zuzenbidea, nahiz eta, dagoeneko ikusi ahal izan dugun bezala, barne-erantzaren ere Zuzenbide komunitarioaren eragina gero eta nabarmenagoa den.

Hasiera batean, Hitzarmenaren 86. artikuluan oinarriturik, interes orokorreko zerbitzua zer zen erabakitzeke, Estatuak zuzentzia zutela esaten zen²⁰. Baina egoera aldatzen doa. Arlo konkretu batzuetan (hots, telekomunikazioetan) Europako Erkidegoetako Auzitegiaren eta Batzordearen eraginez, interes orokorreko zerbitzuaren edukia erabakitzeko ahalmena Estatu kideetatik Europako erakundeetara eskualdatu da. Honela, interes ekonomiko orokorreko zerbitzuak bete behar duen egitatearen gainean, aipaturiko Estatuaren zuzentzia desagertu egiten da, eta Batzordearen kontrola ezarri. Aldaketa hau oso garrantzitsua da. Orain arte Estatu kideak politika ekonomikoko arazoietan oinarritzen ziren zerbitzua interes ekonomiko orokorrekoa zela deklaratzeko; aurrerantz, deklarazio hori irakurketa juridiko baten arabera egingo da, hau da, legalitate-arazoa bihurtuko da; beraz, arazo ekonomikoetatik at²¹.

3.1.1.2. *Bodson* kasua

Zerbitzuaren liberalizazio-mugimenduak, neurri handi batean, Zuzenbide komunitarioan dauka bere jatorria. Europako Batasunaren helburu garrantzitsuenen artean ekonomikoa sortzea da. Horretarako, merkaturia indartu egin behar da, lehiakortasuna sustatu, eta Estatuaren parte-hartzea ekonomian arindu. Estatuak merkaturia jardun dezake, baina konkurrentzian; hots, pribilegiarik gabe.

Hori horrela izanik, Europako Hitzarmenaren eduki nagusia lehia askea bermatzen duten xedapenen osatzen dute. Edozein delarik jardueraren tituludunaren izaera juridikoa, publiko zein pribatua, Hitzarmenaren konkurrentzia arauak aplikatzen dira. Merkaturia jardunez gero, eragile publikoek merkatu-arauak errespetatu dituzte. Eragile publiko hauek gehienetan Estatu mailakoak dira, baina horrek ez ditu beste

mailatako eragileak baztertzeko, udal-mailakoak alegia. Hori da, hain justu ere, Europako Hitzarmenaren aplikazioak bermatzen duena, bereziki 81 artikulua eta hurrengoak.

Printzipioz, udal-jardueraren eremua lokala izanik, zaila izango da Zuzenbide komunitarioaren aplikazioa suertatzea, maila honetan ez direlako Europako interesak ukitzen. Baina hori guztia arau orokorra baino ez da. Gerta daiteke udal-jarduerak udal gaineko eragina izatea eta Europako interesak ukitzea.

Askotan, zerbitzua ezarri eta eskaintzeko azpiegitura finko eta garrantzitsuak behar dira, eta inbertsio handiak egin; jarduera burutzeko gutxieneko baldintzak enpresa gutxi batzuk baino ez dituzte betetzen, eta monopolioak sortzen dira praktikan. Honela gertatzen da, adibidez, bidaiarien udal-garraio zerbitzuan. Gai honetan DOMENACHEK "konkurrentziaren izozketa" hitza erabiltzen du²². Sektore honetan lizitazioak mugatuak dira, eragile ekonomikoaren kopurua txikia delako. DOMENACHEK "bake armatua" dagoela dio, eta honek garraio-sareen kudeaketa gardena oztokatzen du. Antzekoa gertatzen da beribilen aparkalekuak eraiki eta ustiatzeko esleitzen diren emakidekin, non enpresa-kontzentrazio handia dagoen.

Hileta-zerbitzuetan ere egoera hau ematen da. Askotan, eskusibitatez jarduten duten emakidatunek, aldi berean, hainbat udalerritako hileta-zerbitzuak kudeatzen dituzte. Horietako bat Europako Erkidegoetako Auzitegiara ailegatu zen, eta Auzitegiaren 6. aretoak 1988ko maiatzaren 4ko Epaia eman zuen, *Corinne Bodson S.A. Pompes Funebres des Regions Liberes*en aurka (30/1987 gaia), *Bodson* kasua izenarekin ezagutzen dena. Bertan, Europako Auzitegiak jarduera monopolistikoek Europako Konkurrentzia-zuzenbidearen aurka doazen edo ez aztertu zuen. Epaia honek azterketa berezia merezi du.

Dakigunez, Frantzia 1904ko Lege batek hileta-zerbitzuak municipalizatu zituen. Aipaturiko municipalizazioa Udal Kodearen 362-1 artikulua eta hurrengoak arautzen zituen. Xedapen hauetan udalerritako hileta-zerbitzuen kanpo-zerbitzuak esleitzen zitzaizkien (gorpuen garraioa, hileta-beribilak, hilkutxak, etab.), baina ez barne-zerbitzuak edo beste zerbitzu aske batzuk (marmoleria, loreak, etab.).

Epaian azaltzen denaren arabera, Frantzia 36.000 udalerritatik 5.000k (Frantziako

20. MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos. II. Las telecomunicaciones. III. La televisión. IV. El sistema eléctrico*, Madril, 1998; 201-202 orr.

21. DE LA QUADRA SALCEDO gogor kritikatu du egoera hau. Ikus *La liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Madril, 1995; 129. or.

22. "Metamorfosis de las relaciones contractuales en los transportes públicos urbanos. De la autoridad concedente a la autoridad organizadora y del concesionario al prestatario del servicio", In: *TTR. Revista del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*, 31 zkia., 1989; 56. or. eta h.

biztanleriaren %45ak) hileta-zerbitzuak emakiden bidez kudeatzen zituzten. Zentzu honetan, *Pompes Funèbres Générales* eta bere eskumene-ko enpresak 2.800 udalerritako emakidadunak ziren.

Testuinguru honetan, *Bodson* andreak hileta-enpresa bat ustiatzen zuen, *Michel Leclerc*-en frankizia baten bidez. Enpresa honek prezio merkeagoak eskaintzen zituen, hain justu ere *Pompes Funèbres Générales*-ek eta bere filialek eskaintzen zituztenak baino merkeagoak.

Charleville-Mézières-eko hiriak *Pompes Funèbres Générales* sozietatearen filial bati esleitu zion hileta-zerbitzua, eskusiboki. Egoera honetan, *Corinne Bodson* andreak hileta-zerbitzuak eskaini zituen aipaturiko udalerrian, eta zerbitzua-aren emakidadunak salaketa aurkeztu zuen bere aurka. 1987ko urtarrilaren 20ko Ebazpen baten bitartez, Frantziako Kasazio Auzitegiak aurrejudiziozko galdera batzuk planteatu zituen Europako Auzitegian, Europako Hitzarmenaren 37, 85, 86 eta 90. artikuluen inguruan, xedapen hauek udalmailako hileta-zerbitzuak kudeatzen dituen emakidekin bateragarriak diren edo ez jakitearren.

Guztira, hiru dira epai honetan aztertzen diren gaiak:

Lehenik eta behin, Europako Hitzarmenaren 37. artikulua aplikazio-eremua aztertzen da²³. Auzitegiak xedapen honek salgaien trukea arautzen duela deklaratu zuen, ez zerbitzuen monopolioak. Artikulu hau Estatu-erakunde baten bidez edo hirugarren bati emandako monopolio baten bidez. Baina ez da aplikatzen nazio-legeriak hileta-zerbitzuak udalerriei esleitzen dizkienean. Udalerriek zerbitzu hauek lehia askean eskaini ditzakete, zuzenean kudeatuz edo emakida bidez. Udalerririk ez duen emakidadunak nazio-lurraldearen zati garrantzitsu batera zabaltzea gerta daiteke; emakidadun hauek enpresa-talde berekoak izan daitezke eta, honela, salgaien trukean eragin, baina honek ez du zerikusirik udal edo nazio-agintarien portaerarekin, enpresen jokabideak eragiten baitu ondorio hori.

Behin 37. artikulua aplikazioa baztertu duenean, Auzitegiak enpresei zuzendutako arauen aplikazioa aztertzen du, hau da,

Hitzarmenaren 81 eta 82. artikuluetan jasotzen direnak. Enpresa publikoei, eskubide eskusiboak edo bereziak dituztenei, eta interes ekonomiko orokorreko zerbitzuak kudeatzen dituzten enpresei ere konkurrentzia arauak aplikatuko zaizkie, baina baldintza berezietan, 81. artikuluan jasotako baldintzetan alegia²⁴.

Aurrekoa zehaztearren, Europako Erkidegoetako Auzitegiak esaten du 81. artikulua ez zaiola aplikatzen udalerririk eta emakidadun den enpresa edo enpresa-taldearen arteko hitzarmenari. Bere objektua enpresen arteko akordioak dira, ez administrazioak eta enpresak ospatutako emakida kontratuak, eta ezta ere talde berdineko enpresek ospatutako hitzarmenak.

Enpresa-taldearen jokaera Hitzarmenaren 82. artikuluan araututakoaren arabera aztertu behar da. Hots: *“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (...)”*.

Europako Batasunak ez ditu nagusitasun-egoerak soilik debekatzeko, jarrera hauen abusua baizik, jokaera horrek Estatu kideen arteko merkataritza ukitzen duenean. Hau da, hain zuzen ere, kasu honetan aztertzen dena; izan ere, *Corinne Bodson* andreak, *Pompes Funèbres Générales* eta bere filialek eskaintutako prezioak abusuzkoak zirela salatzen baitzuen.

Frantziako Auzitegiak, lehenik eta behin, jarduera batek Estatu kideen arteko merkataritza noiz uki dezakeen azaltzen du. Horretarako, Auzitegiak dioenez, jarduerak merkatu komunaren kompetentzia egitura izan dezakeen eragina aztertu behar da; adibidez, merkatua banatzen duen edo ez ikertuz. Zentzu honetan, Frantziako barne Auzitegiak erabaki beharko du hileta-enpresen emakidek beste Estatu-erakundeekin inportatzen dituzten salgaietan edo beste Estatu-erakundeekin inportatzen dituzten enpresa-lehiakideetan eragina duen edo ez.

Bigarren, Europako Erkidegoetako Auzitegiak nagusitasun-egoera aztertzen du, eta egoera hau noiz ematen den azaltzen.

Nagusitasun-egoera dagoen edo ez erabakitzearen, barne Auzitegiak honako irizpide

23. Xedapen honek honela dio: *“1. Los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, de “iure” o “de facto”, directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios cedidos por el Estado a terceros”*.

24. Artikulu honek honako hau dio: *“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y en particular (...)”*.

hauek eduki ditzake kontuan: enpresa-taldearen merkatu-eremua, monopolioak emakidak konprentzen ez dituen ondasun eta zerbitzuetan duen eragina, taldearen egoera zerbitzuak emakidan kudeatzen ez diren udalerrietan, eta beste Estatu kideetan taldeak duen merkatu-eremua, enpresa-taldearen finantza baliabideak, etab.

Edozein kasutan, Europako Batasunak ez du nagusitasun-egoera soilik debekatzen; egoera honen abusua baizik. Hala, 82. artikulua, konkurrentzia aurkakoa izateko nagusitasun-egoera baten "abusua" exijitzen du. Xedapen honek, abusu hau noiz eman daitekeen arautzen du. Ildo honetatik, 82.2.a) artikulua zuzenak ez diren prezioak eskatzea aipatzen du ("*imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas*"). Prezioa, beraz, enpresari egotzi behar zaio.

Epai honetan, esan bezala, prezioak enpresari egotzi zaizkio, ez administrazioari (32. atala). Europako Erkidegoetako Auzitegiaren esanetan, udalerriek gehiegizko prezioak ezartzen badituzte, enpresak errefusatu egin ditzake, eta udalerrria 86.1 artikuluan deskribatutako egoeran aurkituko litzateke (33. atala).

3.1.2. Lehiaren Defentsarako Auzitegia

3.1.2.1. 1994ko Txostena

Espanian hileta-zerbitzuen liberalizazioaren aldeko ahotsak gehiengo baziren ere, liberalizazio honen alde erabakigarria izan da Lehiaren Defentsarako Auzitegiak burututako jarduera. Auzitegi honek oso garrantzitsua izan den txostena argitaratu zuen 1994. urtean. Txostenaren izenburua esanguratsua da: *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. Lan honetan Espainiako monopolio garrantzitsuenak aztertzen dira, beren liberalizazioa bideratzearen. Toki administrazioan, adibidez, garraio-zerbitzuak eta hileta-zerbitzuak aztertzen dira.

3.1.2.1.1. Monopolioaren arrazoiak

1994ko txostenean, hileta-zerbitzuen liberalizazioari zuzendutako kapituluaren barnean, Lehiaren Defentsarako Auzitegiak lehendabizi zerbitzuaren eraentza juridiko orokorra aztertzen du, LBRLn jasotako arauketa batik bat. Zerbitzu hau, bertan esaten denaren arabera, udalerrri gehienetan monopolioan kudeatzen zen eta

gutxiengoa zen, jarduera honetan ekimen publikoa eta pribatua ahalbideratzen zuten udalerriek.

Ildo honetatik, udalerriak monopolioa hautazera bultzatu zituen arrazoiak dira aztergai. Auzitegi honen iritziz, zerbitzu publiko hau nahitaezko zerbitzua izateak ez zuen monopolioa justifikatzen. Gutxieneko zerbitzua zenez gero, udalerrri bakoitzak hilerria eduki behar zuen, baina behar hau ekimen pribatuak bete zezakeen. Udal-obligazioko zerbitzua, ekimen pribatuak ematen ez bazuen sortzen zen. Beraz, edozein kasutan, monopolioa nahibadakoa zen.

Bestalde, arrazoi etikoak, hau da, heriotza unean familia eta lagunak nolabaiteko ahultasun egoeran aurkitzeak –buru-nahaste iragankorra aipatzen da– ez zuen ezta ere monopolioa justifikatzen.

Organo honen ustez, monopolioaren helburua ez zen zerbitzu merkeagoa eskaintzea; are gehiago, zerbitzu hau konkurrentzian eskaintzen zenean merkeagoa zen. Antza denez, finantza arrazoiak ziren, nagusiki, monopolioa justifikatzen zutenak.

Doktrinak ere arrazoi hauek guztiak aztertu zituen, eta aditu gehienak emaitza berdinetara ailegatu ziren. Udal-mailako hileta-zerbitzuen liberalizazioak eztabaida interesgarria piztu zuen. Hartutako erabakia benetan garrantzitsua izan zen, ez bakarrik zerbitzuak ekonomikoki duen garrantziagatik, baita ere, etorkizunari begira, beste (udal-) jarduera batzuk merkaturatzeko atea zabalik uzten zuelako. Unea berezia zen, bakoitzak gai honi buruz zuen iritzia aditzera emateko.

Hileta-zerbitzuak aztertu zituzten gehienak liberalizazioaren alde agertu ziren. Bere edukia kontuan hartuta, erreserba ez zen beharrezkoa; ez zen naturaz monopolioan eman beharreko zerbitzua. Zentzu honetan, erreserbaren helburua ekonomikoa izan zela dirudi. Udalerriak, iraganean eta egun ere, etengabeko krisi ekonomikoan murgilduta daude. Hori dela eta, Estatuak hileta-zerbitzuen ustia ketarekin errentagarritasun handiko zerbitzu baten monopolioa egikaritzeko aukera eskaintzen zien²⁵.

Bestalde, laster ikusi ahal izango dugun bezala, hileta-zerbitzuen eremua gero eta zabala da. Hileta-enpresek eskaintzen dituzten zerbitzuak, askotan, beste motatako enpresek eman ditzakete (aholkularitza legala, loreak, etab.). Honek ere, monopolioaren existentzia justifikatzea oztzatzen du.

25. Sektore honek urtean gutxienez 70.000 milioi pezeta mugitzen ditu. PÉREZ GÁLVEZek monopolioa arrazoi ekonomikoagatik hautatzen zela onartzen du, eta bere iritzia oinarritzeko Errege Dekretu Lege liberalizatzailearen zirriborroaren Zio Azalpena aipatzen du. Ikus "Liberalización de los servicios mortuorios..."; 52. or. eta *El sistema funerario en el derecho español...*; 84. or. eta h. eta 196-197 orr.

3.1.2.1.2. Ondorioa

Lehiaren Defentsarako Auzitegiak ondorio garbiak atera zituen egindako azterketatik. Erabiltzaileen ikuspuntutik, hileta-zerbitzuak hobeto eskaintzen ziren lehia askean, eta ez zegoen arrazoi erabakitzailerik monopolioaren alde. Egoera honetan, monopolioa ezabatu egin behar zen eta hileta-zerbitzuak LBRLko 86.3 artikuluko zerrendatik desagertarazi.

Edozein kasutan, erreserba ezean udalerriek zerbitzua eman zezaketen. Azken hau benean garrantzitsua da; izan ere, monopolio publiko baten ordezkari monopolio pribatua ezartzea arrisku-tsua izan baitaiteke. Zentzu honetan, Lehiaren Defentsarako Auzitegia, batetik, jarduera burutzeko baimena exijitzearen alde agertzen da, baimen erregelatuak eta zenbaki askekoak, eta bestetik, prezioak askatasunez ezartzea gomendatzen du.

3.1.2.2. Nagusitasun-egoeraren abusua

Jakina denez, Barne-zuzenbidean ere konkurrentzia arauen aplikazioa aldarrikatu da. Lehiaren Defentsarako Auzitegiak dioten bezala, botere publikoen jarduera konkurrentzia-arauen menpe aurkitzen da, nahiz eta aipaturiko jarduera eskubide eskusiboak dituzten enpresa publikoen bidez egikaritu. Esandakoa printzipio orokorra bada ere, Lehiaren Defentsarako Auzitegiak hileta-zerbitzuen harira emandako epaietan ere islatzen da²⁶.

Aipaturiko Auzitegiak ebatzi dituen gaien artean, hileta-zerbitzuen eskaintzak toki garrantzitsua du, eta asko dira gai honen inguruan Auzitegiak aztertu dituen lehiakortasunaren aurkako jarduerak. Udal-zerbitzu hauetan monopolioak izan duen garrantzia dela-eta, zerbitzuaren merkaturatzeak hainbat gatazka planteatu du. Lehiaren Defentsarako Auzitegiak ezagutu dituen jokabideak zerbitzuaren prezioaren ingurukoak dira gehienbat, baina, prezioaz gain, badaude nagusitasun-egoeraren abusua egon dela esatera bultzatu duten jokabide batzuk.

Zerbitzuaren tarifari dagokionez, dagoeneko ezagutzen dugu Europako Erkidegoetako

Auzitegiak *Bodson* kasuan aditzera eman zuen doktrina. Auzitegi honen ustez, zerbitzuaren prezioa enpresari egotzi behar zaio, azken honek udalerriak ezarritako gehiegizko prezioak errefusatzeko ahalmena duelako. Espainian, haatik, Lehiaren Defentsarako Auzitegiak aurkako iritzia eman du zenbait ebazpenetan. 1993ko urriaren 30eko Ebazpenean (325/92 espediente, EMORVISA), esaterako, Auzitegi honek dioenez hileta-entresak tarifen joera gehiegikeriaz aplikatzen duenean, ez du nagusitasun-egoeraz abusu egiten. Tarifen onarpena ez dago enpresaren esku, ordenantza batek finkatzen dituelako²⁷.

Hala ere, Lehiaren Defentsarako Auzitegiak dioten bezala, egoera hauetan bestelako arazoa planteatu daiteke. Askotan enpresa arautuak erakunde arautzaileari bere irizpideak ezartzen dizkio, eta honek zerbitzuaren eskaintza kalte dezake. Arrazoi honengatik, aipaturiko ebazpenean (1993ko urriaren 30eko Ebazpenean) bi boto partikular jasotzen dira. ALCAIDE GUINDO andrearen aburuz, bide honetatik, etorkizunean legez finkatutako prezioetan zailagoa izango da nagusitasun-egoeraren abusua egon dela erabakitzea. Horretaz gain, SORIANO GARCÍA jaunak erakunde arautzailea, kasu hauetan, araututako enpresaren eskuetan aurkitzen dela dio. Iruzur-egoera baten aurrean aurkitzen gara, eta aipaturiko iagoera EMORVISARI egotzi behar zaio²⁸.

1995eko maiatzaren 31ko Ebazpenean (112/95 espediente, Funerarias de Madrid) Lehiaren Defentsarako Auzitegia aurkako ondorio batera ailegatzen da. Arrazoa honako hau da: kasu honetan, hileta-zerbitzua kudeatzen zuen enpresa publikoak aplikatzen zituen tarifak enpresak berak onartzen zituen, nahiz eta gero udal-aurrekontuetan barneratzen ziren. Antzeko doktrina jarraitzen da 1996ko irailaren 6ko Ebazpenean (115/95 espediente, Madrileko Funerariak 3).

1999ko maiatzaren 25eko Ebazpenean (424/98 espediente, Funerarias Alcalá) Konpetentzia Auzitegiak udala zehatzen du prezio altuegiak ezartzeagatik. Horretarako, erreferentziako merkaturatu aztertzen du, hots, hilerriz-zerbi-

26. Ikus 1997ko abenduaren 30eko Ebazpena (361/95 espediente, Funerarias de Madrid 2) –non bere iritzia arrazoitzeko Europako Batzordearen Europako Erkidegoetako Auzitegiaren jurisprudentzia aipatzen den–, 1993ko irailaren 21eko Ebazpena (334/93 espediente, Lápidas Fuengirola), 1993ko urriaren 30eko Ebazpena (325/92 espediente, Funerarias de Vigo).
27. Tarifa hauek finkatzea udalaren eskuduntza da. Gainera, autonomia erkidegoen kontrola ez da tarifen zenbatekoa finkatzera zabaltzen, erkidegoen ikuskaritza monopolioa baimentzera mugatzen delarik. Edozein kasutan, udalak aipaturiko tarifak erabakitzeko duen boterea ere mugatua da, ezin delako zerbitzuaren egitateko kostua edo aurreikusten den kostua gaintu. Auzitegi Gorenaren 1996ko ekainaren 26ko (Ar. 7244) eta maiatzaren 3ko epaiak (Ar. 4282). Zentzu berdinean, ikus Asturiasko Auzitegi Nagusiaren 1999ko otsailaren 6ko (Ar. 4523) eta otsailaren 25eko epaiak (Ar. 377, 3. o.j.).
28. “En efecto, como explicita nítidamente este último fundamento, nos encontramos ante un caso de “captura del regulador”. Y consecuentemente, hay que rasgar el velo formal y entrar a través de la técnica del fraude para señalar que *no se trata de un supuesto de regulación en el que el ente regulado no tenga otra opción sino cumplir con las ordenes, instrucciones, mandatos y reglas del regulador. Antes bien, aquí se trata de que el propio ente regulado es el que a través de la captura impone las reglas del monopolio que el mismo disfruta*. Y, en mi opinión, nos encontramos ante un supuesto evidente de fraude en el que no basta acogerse al juego puramente formal de relaciones entre regulador y regulado, sino que *es preciso levantar ese velo aparente creado por la defraudación* y, yendo recto y por derecho al análisis del verdadero juego de relaciones económicas entre el supuesto regulador y el regulado, indicar que esa captura ofrece todos los indicios jurídicos para aplicar a la situación la tipificación de posición de dominio y, en su caso, posible abuso de la misma por parte del operador económico que verdaderamente impone las reglas del juego.

tzuei dagokienez, merkatu lokala, non aipaturiko enpresak merkatua menperatzen duen. Auzitegiak prezioak aztertzen ditu inguruan objektu berdineko establezimenduak eskatzen dituztenekin alderatuz, eta gehiegizkoak direla ondorioztatzen du²⁹.

Baina, esan bezala, Espainiako Lehiaren Defentsarako Auzitegiak nagusitasun-egoeren abusuaren beste adibide batzuk ezagutu ditu ehozketa-zerbitzuak ustiatzen dituzten enpresen aldetik. 2001eko urriaren 9ko Ebazpenean (502/00 espedientea, Madril 3), EMSFM (*Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.*) udal enpresa zehatzen da, bere nagusitasun-egoera gehiegikeriaz erabiltzeagatik, hilerri zerbitzuak kontratatzerakoan alde zuzenetik enpresa pribatu batekin jardun zutenak diskriminatuz. Udal enpresak ordutegi desberdinak aplikatzen zizkien aurretik enpresa pribatuarekin kontratatzen zutenei, eta, horretaz gain, zenbait zerbitzu azken hauei bakarrik ordainarazten zizkien.

2001eko ekainaren 20ko Ebazpenean, Lehiaren Defentsarako Auzitegiak enpresa berberaren aurka jarritako salaketa aztertzen du (EMSFM alegia), Madrilen legezkotasun osoz eraturako ehozketa-enpresei beilatoki zerbitzuak ukatzeagatik. Oraingo honetan, arau-hausterik ez zela egon ondorioztatu zuen Auzitegiak. Hala ere, Auzitegiaren esanetan, monopolioan jarduten duten enpresek, nahiz eta beren nagusitasun egoeraz ez baliatu, lehiakortasuna mantentzeko erantzukizun berezia daukate, eta modu garden eta orekatuan jardun behar dute.

2000ko martxoaren 8ko Ebazpenean, Espainiako Ehozketa-Elkarteak (*Asociación Funeraria de España -AFUES*) EMSFM entitatearen aurkako salaketa jarri zuen, informazio pribilegiatua merkatu-arauak urratzeko erabiltzen zuela argudiatuz. Aipaturiko udal-enpresa, Madrilen hiltzen direnen judizio-tokialdatzeak egiten zituen bakarra zen, eta AFUESek egitate hori ondorengo ehozketa-zerbitzuak bereganatzeko erabiltzen

zuela zioen. Auzitegiaren ustez, hemen ere ez da konkurrentziaren aurkako jokabiderik ematen.

1999ko irailaren 28ko Ebazpenean (440/98 espedientea, Funerarias Tenerife), Auzitegiak Santa Cruz de Tenerifeko *Pompas Fúnebres* elkarte eta zenbait ehozketa-enpresa zehatzen ditu. Kasu honetan, konkurrentziaren aurkako jokabidea zainketa-jarduera emateko txanda errokorrak antolatzean datza eta elkartutako enpresei tarifa baten gomendioa ezartzean.

1997ko abenduaren 23ko Ebazpenean (404/97 espedientea, Servicios Funerarios de Madrid) merkatuen banaketa eta nagusitasun-egoeraren abusua zehatzen dira³⁰.

3.1.3. Frantziako eredua

Hileta-zerbitzuen merkaturatzean, Europako zuzenbidearekin batera, erabakigarria izan da Frantzian zerbitzu hauek izan duten bilakaera. Frantzian zerbitzu publikoak pisu handiko erakundeak dira. Hemen Administrazio-zuzenbidearen sorrera eta bilakaera historiokoa zerbitzu publikoei lotuta dago. Horregeatik, zerbitzu publikoa legeriak eta jurisprudentziak gehien jorratu duen gaia dugu. Arlo zehatz honetan, Frantziaren eta Espainiaren arteko gertutasun fisiko eta kulturala dela medio, Frantziako Zuzenbideak Espainian duen eragina ukazina da. Horrela izan da iraganean eta badirudi, oraindik ere, horrela dela.

Frantzian hileta-zerbitzuek bizi duten bilakaera historikoa aztertu denez, une honetan liberalizazioaren aurrekari zuzenak baino ez ditut azalduko.

Joan den mendeko laurogeiko hamarkadan, hileta-zerbitzuen arauketa aldatzeko hainbat proposamen egin ziren. Proposamen batzuk monopolioaren aldekoak ziren; beste batzuk, liberalizazioaren aldekoak. Lehenengoan artean

29. 1997ko abenduaren 30eko Ebazpenean (361/95 espedientea, Funerarias Madrid 2) udal- enpresa mistoa, arrazoizkoak ez diren prezioak ezartzeagatik. Proporziorik gabeko prezioen igoera da, baita ere, 1997ko martxoaren 14ko Ebazpenean zehatzen den jokabidea (381/96 espedientea, Funerarias de Cataluña).

30. Lehenengoari dagokionez, honela dio Auzitegiak: "La consecuencia de tales acuerdos se puede resumir de la siguiente forma: en dos tanatorios y en el cementerio sur de Madrid existen mesas de contratación dependientes de AEPYM a las que los empleados de la EMSFMSA dirigen a los familiares de los fallecidos que desean contratar los servicios de ornamentación de lápidas y sepulturas. En esas mesas se reciben los encargos y con unas hojas en las que consta el nombre de una Asociación inexistente, como es la de "Asociación de Marmolistas Nuevo Arte Funerario de Madrid", figuran los datos del encargo que luego se reparte entre los distintos miembros de AEPYM por orden alfabético. En estas circunstancias las contrataciones resultan sumamente dificultosas para quienes no pertenezcan a AEPYM, máxime cuando tienen ciertos inconvenientes tanto para poder ofrecer sus servicios a los familiares de los fallecidos como para realizar su trabajo en los cementerios si no abonan un canon que ha sido impuesto como consecuencia del acuerdo entre EMSFMSA y AEPYM. Por todo ello, cabe concluir que tales conductas suponen un control de la producción y un reparto del mercado, conductas declaradas prohibidas por el artículo 1.1.b) y 1.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia, de cuyas conductas son autores la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid y la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid". Bigarren jokabideari dagokionez, honako hau azpimarra daiteke: "Por todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir que nos encontramos ante un precio privado, abusivamente impuesto a los marmolistas por la EMSFMSA a cambio de hacer algo tan escasamente aceptable como la supervisión de la actuación de los marmolistas y la defensa de sus derechos, actuaciones que asume la EMSFMSA. Es decir, y expuesto de otra forma, la EMSFMSA cobra un canon para dar cobertura a las actuaciones anticompetitivas de una Asociación que actúa como un cártel de reparto de mercado, cobertura que consiste en impedir que los operadores ajenos al cártel puedan desarrollar sus servicios en los cementerios gestionados por la EMSFMSA o bien puedan ofrecer sus servicios a los clientes en los tanatorios de ésta, porque ésta es la realidad aunque se quiera encubrir con términos más neutros tales como "supervisar los trabajos" o "defender los derechos".

1980ko *Aubert* txostena azpimarra daiteke. Bertan monopolioaren aldeko iritzia azaltzen zen, hileta-zerbitzuen prestaketa baitzen kritikatzeko zena, ez zerbitzuaren titularitatea. Monopolioaren alde ere beste proposamen batzuk egin ziren, hala nola, Solange Troisier diputatuak 1970eko urtarrilaren 15ean aurkeztutako lege-proposamena, 1971ko maiatzaren 4ko proposamena, eta Michel Rocard sozialistak 1980ko ekainaren 26an aurkeztutakoa.

Eskubide eskusiboen desagertzea aldarrikatzen zuten proposamenen artean, 1989ko txosten bi nabarmen ditzakegu: *Rapport sur l'organisation du service des pompes funèbres* izeneko agiria eta 1990eko otsailean idatzitako txostena.

Aurrekari hauekin, Frantziako 1993ko urtarrilaren 8ko Legeak jardueraren liberalizazioa burutu zuen. Bere bitartez, hileta-zerbitzuak merkaturatu egiten dira, eta zerbitzua ez da aurrerantzean udal-monopolioa izango. Horretaz gain, jardueraren kalifikazioa ere aldatu egin da. Hileta-zerbitzuak ez dira zerbitzu publiko bezala kalifikatzen, “zerbitzu publikoko egitekoa” baizik (*misión de servicio público*). Egiteko honek, adibidez, baliabide ekonomikoak ez dituztenei zerbitzua doan ematea ahalbidetzen du. Kasu honetan ere jarduera enpresa pribatu batek ematen du, baina udalerririk betebeharrak ezartzen dio. Zerbitzua egikaritzeko, hala ere, administrazio-kontrola ez da desagertzen. Administrazio-prozedura bat aurreikusten da aurretiko kontrola egikaritzen den subjektuaren gaitasuna aztertzeko eta zigorrik arau-hausteak zehatzeko. Legegileak, liberalizazio honek zekarren aldaketa nabarmena zela ikusirik, aldi baterako neurriak hartu zituen.

3.2. Zerbitzuaren liberalizazioa. Edukia eta kritika

Azaldutako osagai guztien eraginez, eta Europako ereduak kontuan hartuta, 7/1996 Errege Dekretu Legeak, ekainaren 7koak, Fiskalizaerako neurriak, eta Jarduera Ekonomikoaren Sustapen eta Liberalizazio-neurriak arautzen dituenak, hileta-zerbitzuak liberalizatu zituen³¹.

3.2.1. Kontzeptuen mugaketa

Hileta-zerbitzuen eremuan, beharbada ohitura handiko zerbitzua delako, Espainiako legeriak

erabiltzen duen hiztegia ez dago bateratua. Zerbitzu hauek aipatzerakoan, edo hobeto esanda, heriotzaren inguruan eskain daitezkeen zerbitzuak arautzerakoan, legegileak kontzeptu desberdinak erabiltzen ditu. Udal-eskuduntzen eremuan, LBRLko 25.j) artikuluan “hilerriak” (“cementorios”) eta “hileta-zerbitzuak” (“servicios funerarios”) aipatzen dira, 26. artikuluan “hilerriak”, eta 86.3 artikuluan, berriz, “servicios mortuorios” kontzeptua.

Liberalizazioa burutzen duen Errege Dekretu Legeak mantendu egin du hiztegi pluraltasun hau: 22. artikuluan “servicios funerarios” izeneko kontzeptua erabiltzen du, eta 23. artikuluan, aldiz, “servicios mortuorios”. Hots, liberalizatzen direnak 25.j) artikuluko zerbitzuak dira (“servicios funerarios”); erreserbatik kanpo gelditzen dena, ordea, 86.3 artikuluko zerbitzuak dira (“servicios mortuorios”).

Oro har, hileta-zerbitzuen barnean bi zentzu bereizten dira:

a) Hileta-zerbitzuak zentzu hertsian –gaztelaniaz “servicios funerarios” edo “pompas fúnebres”–. Hauek udalerririk heriotzaren inguruan eskain ditzaketen zerbitzuak adierazten dituzte, hilerriak alde batera utzita.

b) Legediak “servicios mortuorios” deritzena. Azken hauek hileta-zerbitzuak eta hilerriak osatzen dituzte. Hots, hileta-zerbitzuak zentzu zabalean.

Horretaz gain, legegileak eta doktrinaren gehiengoak “servicios funerarios” eta “pompas fúnebres” izeneko zerbitzuen esanahia bateratu egiten dute³². “Pompas fúnebres” hitzak pisu handia izan badu ere, egun bere erabilera gutxitu egin da. LBRLk, adibidez, ez dio kontzeptu honi aipamenik egiten.

Aurreko legerian, “pompas fúnebres” hitza zentzu hertsian ulertzen zen, hots, hileta-zerbitzuen barnean bereiz zitezkeen zenbait zerbitzu bakarrik, hala nola, gorpuaren garraioa. Egia esan, Espainiako legeriak ez du inoiz bere edukia zehaztu. ALBik 1924ko irailaren 15eko Errege Agindu batek emandako definizioa jasotzen du: “*ostentación, exhibición y vanidad manifestada en la mayor riqueza de los féretros, carrozas, coronas, orquestas, etc., con que se*

31. 1996ko ekainaren 8ko BOE, 139 zkia. Okerren zuzenketa: 1996ko ekainaren 18ko BOE. 1996ko ekainaren 20ko Ebazpenaren bidez konbalidatuta. Aipaturiko xedapena Errege Dekretu Lege bidez onartu zen, eta honek bere konstituzionalitatearen inguruko eztabaida piztu zuen, bere bitartez herritarren eskubideak (enpresa-askatasuna konkretuki) murrizten zirelako. Ikus FERNÁNDEZ FARRERES: “Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: Defensa de la competencia, precios y servicios municipales”, lan kolektiboan *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Madril, 1996; 215-220 orr.

32. GARCÍA DE COCAk parekatu egiten ditu “pompas fúnebres” eta “servicios funerarios” kontzeptuak. Biek nekropoli aurreko zerbitzuak adierazten dituzte, hilerriak salbu. Ikus *Liberalización de la actividad funeraria...*; 15. or. eta h. eta “La liberalización del sector mortuario...”; 469. or. Iritzi berdinekoak dira, GARCÍA DE COCAren esanetan, Lehiaren Defentsarako Auzitegia eta Auzitegi Gorena (ikus 17. orrian aipatzen dituen epaiak). Ildo honetan, ikus PÉREZ GÁLVEZ, J.F. “Liberalización de servicios funerarios: empresas funerarias...”, 261. or.

adornan los sepelios, pero que nunca podrá estimarse como tal... la mayor o menor concurrencia al acto del elemento eclesiástico". Ondoren, ALBIk, aurreko xedapena kontuan hartuta, Auzitegi Gorenak emandako beste definizioa azaltzen du: "las pompas fúnebres se refieren a la conducción y traslado de cadáveres aún dentro de los cementerios -pero no el régimen específico de estos últimos- en cuanto signifiquen ostentación y lujo"³³.

Laburbilduz, hileta-zerbitzuak zentzu hertsian ez ditu hilerriak barneratzen. Ildo honetatik, gai honetan dagoen definizio ezak sortzen duen nahasketa gainditzeko, Katalunian 2/1997 Legeak, apirilaren 3koak, Kataluniako hileta-zerbitzuak arautzen dituenak, hileta-zerbitzuen (servicios funerarios) edukia zehazten du 4.1 artikuluan³⁴.

Ikus dezakegunez, xedapen honetan ez dira hilerriak aipatzen. Are gehiago, hileta-zerbitzuen zentzu hertsian hau existitzen dela LBRLko 25.1.j) artikulua baieztatzen du, non udalerrien eskuduntzen artean "cementerios" eta "servicios funerarios" bereiztuta aipatzen diren.

Hilerriak, bestalde, nahitaezko edo gutxieneko zerbitzuak dira udalerriz guztietan (LBRL 26.1.a) art.). Hilerriak, liberalizazioa jazo aurretik, erreserbatuta zeuden; erreserbatutako gutxieneko udal-zerbitzu publikoa zen³⁵. Egun, udalerriz gutxieneko zerbitzua izan arren, erreserbatik kanpo dago.

Esandakoaren ildotik, beste arazo bat planteatzen da: hileta-enpresaren definizioa eta bere eginkizunen zehaztapena. Araudiak ez du hileta-enpresaren definiziorik jasotzen. FAJARDOK UREÑAK sozialki gehien erabiltzen diren irizpideen arabera zehazten du bere edukia: "Empresa que, debidamente autorizada, se encarga de las actividades de manipulado y transporte de cadáveres y restos, organización de actos y tramitación de documentación, y suministro de féretros y otros elementos materiales hasta el destino final del cadáver o restos"³⁶.

Egun, enpresa hauek bete behar dituzten ukanbeharrak Estatu zein autonomietako legeriek arautzen dituzte. Estatuko Hileta Osasunaren Polizia arautzen duen Erregelamenduaren 43. artikulua (aurrerantzean RPSM) hileta-enpresek eduki behar dituzten baliabideak definitzen ditu:

- a) "Personal idóneo suficiente, dotado con prendas exteriores protectoras.
 - b) Vehículos para el traslado de cadáveres, acondicionados para cumplir esta función.
 - c) Féretros y demás material fúnebre necesario.
 - d) Medios precisos para la desinfección de vehículos, enseres, ropas y demás material.
- En ningún caso podrán las empresas funerarias utilizar material que no reúna buenas condiciones de conservación y limpieza"³⁷.

Osasun Poliziako obligazioen betetzea ere hileta-enpresaren betebeharren barnean dago. Enpresak erantzuten du Osasun Poliziako obligazioak betetzeaz. RPSMk enpresak hilkutxen horniketa eta garraioaz arduratzea bakarrik exijitzen du, baina autonomia erkidegoetako legeriak, hileta-enpresen obligazioak jasotzen ditu, hala nola Asturias, Errioxa eta Katalunian. Azken kasu honetan jasotzen den xedapenak aurrerago dira aztergai³⁸.

Bestalde, oro har, hileta-enpresak honako gaien ardura hartzen du bere gain: gorpuen tokialdatze eta maneilua, ospakizunen antolaketa, agiri izapidetza eta hilkutxen eskaintza. Hala ere, azken urte hauetan argitaratutako legeriek hileta-enpresen erantzukizuna handitzen dute eta betebeharrak batzuen inposaketa aurreikusten. Zerbitzu publikoaren edukia enpresak bermatuko du, zeina aipaturiko betebeharren erantzule bihurtzen den. Enpresek legez ezarritako obligazioak dituzte, eta ondorioz enpresariak erantzuten dute hauek betetzeaz.

Esan bezala, azken urte hauetan legegileak arreta berezia jarri du hileta-enpresen eraentza juridikoa arautzerakoan. Erkidegoetako legerian, adibidez, erabiltzaileen eskubidearen aldeko zenbait betebeharrak aurreikusten dira.

33. ALBI, F. *Tratado de los modos de gestión...*; 212. or.

34. "La actividad de los servicios funerarios comprende las siguientes funciones: a) Informar y asesorar sobre el servicio. b) Suministrar el féretro, que debe tener las características que correspondan según el servicio de que se trate, y urnas cinerarias y de restos, en su caso. c) Realizar las prácticas higiénicas necesarias en el cadáver, colocarlo en el féretro y transportarlo desde el lugar de defunción hasta el domicilio mortuorio, si procede, y hasta el lugar de destino final mediante un vehículo de transporte funerario autorizado. d) Realizar la gestión de los trámites administrativos preceptivos para todo el proceso hasta el entierro o incineración, de conformidad con la normativa aplicable, y para la inscripción de la defunción en el Registro Civil. e) Realizar las prácticas sanitarias en el cadáver. f) Prestar los servicios de Sanatorio, en condiciones físicas adecuadas para el velatorio".

35. Irakasle batzuek ez zuten begi onez ikusten hilerriak erreserbatuta egotea. DE LA CUÉTARA eta MÉNDEZ LIMAK, adibidez, hilerrien gaineko erreserba nahasketa baten fruitu zela diote. Legegileak "servicios mortuorios" eta "pompas fúnebres" hitzak nahastu zituen, eta hilerriak erreserbatu. DÍAZ LEMAREN ustez, aldiz, okerra beste puntu batean datza: erreserba ez da beharrezkoa, hilerrien ustiaketa ekonomikoa ezin delako burutu. Bere iritziz, hilerriak ezin dira konkurrentzian kudeatu. Ikus GARCÍA DE COCA: *Liberalización de la actividad funeraria...*; 25. or. eta h.

36. *Legislación Funeraria*, Granada, 2000; 51. or.

37. Araudi autonomikoari dagokionez, ikus Kataluniako 2/1997 Legearen 6. art.

38. FAJARDO UREÑA: *Legislación funeraria...*; 77. or.

Katalunian, 2/1997 Legearen 3.1 artikulua, erabiltzaileen eskubideak jasotzen ditu³⁹. Eskubide hauek obligazioak dira hileta-enpresa-erentzat eta horrela baieztatzen du aipaturiko artikulua 2. paragrafoak⁴⁰.

Bide honetatik, hileta-zerbitzuen ohiko jarduerak gaintuz, azken urte hauetan “hileta-aholkularitza” aurreikusten da hileta-enpresek eman behar dituzten zerbitzuen artean. Katalunian, 2/1997 Legeak, zerbitzuen erabiltzaileek dituzten eskubideen artean, aholkularitza jasotzeko eskubidea aitortzen du (3.1.c) art., eta enpresak eskaintzen dituen zerbitzuen katalogoa ezagutzeko eskubidea (3.1.d)⁴¹.

3.2.2. Liberalizazioaren eremua

3.2.2.1. Hileta-zerbitzuen merkaturatzea. Erreserba lokalaren desagerpena

Liberalizazioak jarduera baten merkaturatzea suposatzen du. Bere bitartez, aurrerantzean, eremu horretan eragile pribatuak jarduera burutu ahal izango dute.

7/1996 Errege Dekretu Legeak bi xedapenen bitartez egiten du aipaturiko liberalizazioa. Lehenengoak, hau da, 22. artikulua, jarduera liberalizatu egiten dela deklaratu du. Artikulu honetan, jarraian, liberalizazioaren ondorengo eraentza juridikoa zehazten saiatzen da, liberalizazioak ez baitu arauketa eza suposatzen:

“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 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”.

Bigarren xedapena 23. artikulua da, non zerbitzua erreserbatik at gelditzen dela adierazten den: “*Se modifica el apartado 3 del artículo 86, suprimiendo la mención ‘servicios mortuorios’*”.

Egun ez dago hileta-zerbitzuen gaineko jarduera ekonomikoa mugatzen duen xedapenik. Eremu honetan, askeak dira jarduera publikoa (LBRL 86. art. eta TRRL 96. art.) eta pribatua. Arlo honetan enpresa-askatasuna dago, betiere hirigintzako arauak ezartzen dituzten mugak kontuan hartuta, non mota honetako ekipamenduak ezartzeko eremu mugatuak finka daitezkeen.

Bestalde, dakigunez, LBRLko 86.3 artikuluan xedatutakoaren arabera, autonomia erkidegoek erreserbatutako zerbitzuen zerrenda zabal dezakete. Hori dela eta, Tomas FONT i LLOVETek galdera interesgarria planteatu du. Autonomia erkidego batek hileta-zerbitzuak erreserbatzeko nahia adieraz dezake, 86.3 artikuluko bigarren paragrafoak eskaintzen dion aukera erabiliz. Tomas FONTek dioen bezala, hileta-zerbitzuetan aukera hori ezin da egikaritu, gai honetan autonomia erkidegoen ahalmena mugatua delako. LBRLk, “beste” zerbitzu batzuk erreserba daitezkeela dio. Hau da, Estatuko legegileak –erreserbatzeko edo liberalizatzeke– arautu ez dituen beste zerbitzu batzuk⁴². Estatuak eman du bere irizpidea hileta-zerbitzuei dagokienez, eta autonomia erkidegoak lotzen ditu.

3.2.2.2. Hileta-zerbitzuaren “zerbitzu publikotasuna”⁴³

Liberalizazioa jardueraren ekimenari dagokion fenomeno denez gero, ez ditu udal-eskuduntzak ukitzen. Legegileak ere horrela ulertu du, eta hileta-zerbitzuen liberalizazioak ez du LBRLko 25 edo 26 artikuluetan zerbitzu hauei buruz jasotako eraentza juridikoa aldatu. Xedapen hauek bere baitan jarraitzen dute.

Norbaitek pentsa dezake liberalizazio honen ondorioz hileta-zerbitzuek zerbitzu publiko lokalak

39. 3.1 artikulua erabiltzaileen eskubideen zerrenda jasotzen du: “a) *Recibir los servicios en condiciones de respeto a la intimidad, la dignidad, las convicciones religiosas, filosóficas o culturales y al dolor de las personas afectadas.* b) *Tener acceso al servicio en condiciones básicas de igualdad, de forma que la falta de recursos económicos no pueda constituir un impedimento.* c) *Recibir el asesoramiento imprescindible para garantizar el proceso correcto hasta la inhumación o incineración del cadáver.* Este asesoramiento, en todo caso, también debe incluir la información sobre los trámites legales a seguir y sobre los requisitos y prácticas sanitarias exigibles según la normativa de policía sanitaria mortuoria. d) *Tener acceso a un catálogo de las prestaciones que pueden contratarse con las entidades prestadoras de los servicios funerarios, con indicación detallada de las características de estas prestaciones y los precios aplicables.* e) *Ser consultados sobre el proceso de elaboración de las normas de ordenación de la actividad, y participar en el mismo.* f) *Tener la garantía de que estos servicios se mantienen en las condiciones sanitarias que requieren.* g) *Tener la garantía de la continuidad de las prestaciones.* h) *Poder elegir libremente a la empresa funeraria.* i) *Los demás derechos definidos por el resto de normativa que sea de aplicación, y los reconocidos por las ordenanzas y reglamentos municipales.*”

40. “Las entidades prestadoras de los servicios funerarios debe asumir la gestión de las funciones a que se refieren las letras a, b, c y d del apartado 1, y no pueden condicionar su prestación a la contratación de actividades complementarias. También pueden gestionar las demás funciones establecidas en el apartado 1, y otras prestaciones complementarias, de acuerdo con las costumbres locales”.

41. Zerbitzu publikoen gutunen antzeko katalogoak dira. Ikus Kataluniako 209/1999 Dekretuko 27. art.

42. Ikus “1997: Estado del Gobierno local”, In: *Anuario del Gobierno local. 1997*, Madril, 1997; 30. or.

43. “Zerbitzu publikotasuna” duela urte batzuk erabili nuen kontzeptua da, telebistaren eraentzari buruz idatzi nuen lan batean. Orduan oso baliagarria gertatu zitzaizkan jarduera zerbitzu publiko bezala kontsidera genezakeela adierazteko. Egun, asko dira zerbitzu publikoak diren edo ez eztabaidatzen diren jarduerak. Eztabaida horretan, non jarduera horiek zerbitzu publikoaren ezaugarriak dituzten edo ez aztertzen den, “zerbitzu publikotasun” kontzeptuak askotan egoera azaltzen lagun gaitzake.

izateari utzi diotela. Ildo honetan, Errege Dekretu Legeko 23. artikulua aipaturiko zerbitzuak erreserbatik at uzten dituen bitartean, 22. artikulua hileta-zerbitzuek zerbitzu publiko bezala zuten kalifikazioa deuseztu egiten duela uler dezake. Irakurketa honen arabera, hilerriek bakarrik jarraituko zuten zerbitzu publiko izaten (LBRLko 26.1.a art.), hauek ez baitira "servicios funerarios" hitzaren barnean sartzen (LBRL 25.j art.).

Baina ez dirudi hau denik 1997ko legegilearen asmoa. Liberalizazioaren helburua hileta-jardueren konkurrentzian murgiltzea da, eta honek ez du jarduera zerbitzu publiko izatea oztopatzen. Are gehiago, zerbitzu publiko lokalak, printzipioz, lehia askean ematen dira, erreserba salbuespena delarik.

Legegileak argi adierazten du hileta-zerbitzuak eta hilerriak zerbitzu publiko lokalak direla. Honela izango ez balitz, legegileak espresuki adierazi beharko luke aldaketa⁴⁴. Liberalizazioak hilerrien eraentza juridikoan eragin du. Hilerria, aurreko eraentzan udal-zerbitzua izateaz gain, erreserbatua zegoen⁴⁵; egun erreserba hori desagertu egin da, baina liberalizazioak ez du kasu honetan bere "zerbitzu publikotasuna" ukitu. Udalerraren gutxieneko zerbitzua izaten jarraitzen du, hau da, udalerririk nahitaez eman behar duen zerbitzua, dispensa ezean.

Hileta-zerbitzuek, beraz, hilerriak barne, zerbitzu publiko izaten jarraitzen dute. Horrela izan da ohituraz, eta horrela izango da legegileak kalifikazio hau espresuki aldatzen ez duen bitartean⁴⁶. Are gehiago, 7/1996 Errege Dekretu Legea ondoren onartutako toki-administrazioko zenbait arauk, hileta-zerbitzuak zerbitzu publiko izaten jarraitzen dutela baieztatzen du. Hala nola, Aragoiko Administrazio Lokaleko Legeko 44.a) eta 42.2j) artikuluek, Gaztela-Leongo Eraentza Lokala arautzen duen 1/1998 Legeko 21 eta 20.1.g) artikuluek, eta Galiziako Administrazio Lokaleko Legeko 81.a) eta 80.2.j) artikuluek.

Auzitegi Gorenak hileta-zerbitzuak zerbitzu publikoak direla aitortu du behin baino gehiagotan ere. 1999ko apirilaren 19ko Epaia (Ar. 4173) esanguratsua da⁴⁷. Auzitegiaren ustez, zerbitzu publikoa zentzu hertsian uler daiteke. Zentzu honetan, zerbitzu publikoa den jarduera, nahiz eta ekimen pribatuak eskaini, ezin da Konstituzioko 38. artikulua barnean kokatu eta, ondorioz, ez zaizkio Europako Batasunaren Hitzarmenaren

konkurrentzia arauak aplikatzen. Nahitaezko zerbitzuak direnez gero, administrazioak tarifak ezartzeko edo mugatzeko duen ahalmena merkatu-arauetatik kanpo gelditzen da:

"(...) los servicios de pompas fúnebres constituyen un *servicio público ineludible* cuya prestación viene atribuida a los Ayuntamientos por el artículo 25.2 j) de la Ley de Bases del Régimen Local, siquiera en la actualidad ya no sean susceptibles de municipalización con carácter monopolístico (artículo 22 del RDley 7/1996). En estas condiciones y sin negar que, habiendo *asumido su prestación empresas de carácter privado*, dejen de poder reconocerse las determinadas notas (competencias entre las mismas, finalidad de obtención de lucro, posibilidad de ofrecimiento de un abanico variable de servicios) que son propias del régimen de mercado comercial, *no cabe considerarlos clasificados en la categoría de productos o servicios sometidos a los principios de libertad de empresa, defensa de la productividad y economía de mercado que proclama el artículo 38 de la Constitución*" (1. o. j.).

Irizpide honen aplikazio-eremua zehazterakoan, Auzitegi Gorenak aitortzen du oinarri zerbitzuak bakarrik gelditzen direla konkurrentzia arauetatik kanpo. Eredu honetatik at, enpresa-askatasuna eta merkatu-arauak aplikatuko dira. Gutxieneko zerbitzuak kontsideratzen ez diren jardueretan enpresa-askatasuna aplikatzen da eta, ondorioz, prezioa askea da.

"No obstante, y rebasados los límites de los que deben ser considerados como *servicios básicos* (mínimos, para respetar la terminología empleada en dicho precepto) en el campo de las prestaciones funerarias que con carácter obligatorio determina el artículo 25.2 j) de la Ley 7/1985, servicios que han de ser de decorosa entidad, ajustada al nivel económico y cultural de la época en que se ofrezcan, se *impone evidentemente el respeto al principio de libertad de empresa que proclama el artículo 38 de la Constitución* expresamente invocado por las Asociaciones demandantes, con la ineludible consecuencia de admitir la libre fijación de precios de aquellos servicios funerarios de más ostentosa entidad que voluntariamente pueden desear concertarse" (3. o.j.).

Laburbilduz, Auzitegi Gorenak, epai honetan, hileta-zerbitzuak, nahiz eta liberalizatuta

44. Liberalizazio Errege Dekretu Lege honek espresuki esaten du hiltzeak ez direla aurrerantzean gutxieneko zerbitzuak izango. Errege Dekretu Legearen 24. artikulua LBRLko 26.1.c) artikulua aldatzen du, eta hiltzeak bere eremutik kanpo gelditzen dira.
45. Gainera, erreserbatutako zerbitzua izateak zenbait kritika jaso zituen. Duela gutxi GARCÍA DE COCAk erreserba hori finantza arrazoiengatik bakarrik erabaki zela esan du. GARCÍA DE COCA: *La liberalización de la actividad funeraria...*; 26. or. eta h.
46. Ikus TORNOS MAS, J. "Ordenació sectorial, autoritzacions reglamentades i servei públic en el Reglament d'obres, activitats i serveis", FONT I LLOVETek koordinatutako honako lanan: *Dret local. Ordenances, activitats i serveis públics*, Bartzelona, 1997; 420. or.
47. 1999ko ekainaren 17ko (Ar. 5479, 2 o.j.) eta 1997ko azaroaren 12ko Epaiek ere (Ar. 8457, 5 o.j.) zerbitzu publikoa dela onartzen dute. Ildo honetatik, ikus Gaztela-Leongo Auzitegi Nagusiaren 2001eko apirilaren 5eko Epaia (Ar. 745, 2. o.j.). Epai honetan, zerbitzu publikoa izaten jarraitzen duela esateaz gain, bere kudeaketa udalerririk (adibidez mankomunitateen bitartez) edo partikularrek buru dezaketela adierazten da.

egon, zerbitzu publikoak direla esaten du. Liberalizazioak ez du eraginik izan 25. artikuluan; hileta-zerbitzuak udal intereseko gaia direnez gero, udalerriek nolabaiteko eskuduntza eduki behar dute beren gain. Auzitegi Gorenak, hala ere, beharbada guztiz zuzena ez den ondorio bat ateratzen du planteamendu honetatik. Lehendabizi, 25. artikuluan derrigorrezko edo gutxienerako zerbitzuak aitortzen direla ematen du aditzera. LBRLn jasotakoaren arabera, gutxienerako zerbitzu hauek 26. artikuluan jasotzen dira —ez 25. artikuluan—, eta azken honetan hilerriak aurreikus- ten dira, baina ez hileta-zerbitzuak (“servicios funerarios”); 25.2.j) artikulua, bestalde, hileta-zerbitzuak aipatzen ditu, baina zentzu hertsian, eta ez ditu hilerriak konprenitzen.

Horretaz gain, Auzitegiak, aipaturiko epaian, hileta-zerbitzuak merkaturuan ezin direla eskaini adierazten du. Dakigunez, 25 eta 26. artikulua udal-eskuduntzen eremua finkatzera zuzenduta daude. Lehenengoak interes lokaleko zenbait gai aipatzen ditu; bigarrenak nahitaez udalerriek eman behar dituzten zerbitzuak. Zerbitzu hauen guztien eskaintza, printzipioz, lehia askean burutuko da, eragile publiko nahiz pribatuek dutelarik ekimena. Ekimen hau da, hain zuzen ere, liberalizazioak babestu nahi duena⁴⁸.

Bestalde, ekimenaren inguruko eztabaidak alde batera utzirik, zerbitzu publikoen aplikazio-eremua aztertu behar da. Auzitegi Gorenak zerbitzu publiko kontzeptu berriak ezagutzen ditu (hala nola, zerbitzu publikoko obligazioak eta zerbitzu unibertsala). Ildo honetatik, Auzitegiak, merkaturaren legeak salbuetsi ditzakeen zerbitzu hauek gero eta gutxiago direla dio, egungo ekonomia, kultura eta gizarte-mailak exijitzen dutenarekin bat eginez. Eremu mugatu honetan, zerbitzu publikoa izateak jardueraren prezioa administrazioak finkatzea ahalbideratzen du, Konstituzioaren 38. artikulua aplikazioa murrizten.

Hori horrela izanik, arazoa hemen bestelakoa da. Hileta-enpresak, hau da, hileta-zerbitzu (publikoak) eskaintzen dituzten enpresak, zerbi-

tuen eskaintza zabaltzen ari dira. Aurrerago hileta-zerbitzu publikoak kontsideratu ditugun jardue- rez gain, beste zerbitzu batzuk eskaintzen dituzte, eta azken hauen edukia funtsezko zerbitzuen eremua gainditzen du. Baina bereiztu egin behar dira biak, merkataritza jarduera hauei ezin zaiela- ko zerbitzu publikoen eraentza propioa aplikatu eta merkatu-ekonomiaren printzipioen aplikazioa saihestu. Ildo honetatik, Auzitegi Gorenaren azken epaiek hileta-zerbitzuak lehia askean eman behar direla azpimarratzen dute, beren zerbitzu publikoko izaeraren gainetik.

Esandakoak, Zuzenbide komunitarioaren eraginez erabiltzen hasi den teknika berri bat apli- katzera behartzen gaitu. Egun, “zerbitzu publikoko obligazioen” eta “zerbitzu publiko unibertsalen” eskutik, zerbitzu publikoaren aplikazio-eremua murrizten ari denean, hainbat sektoretan (teleko- munikabideetan eta posta zerbitzuetan, esatera- ko) “oinarrizko zerbitzuak” eta “zerbitzu osagarriak” bereizten dira.

Hileta-zerbitzuetan, zerbitzu gehituak edo osagarriak gero eta garrantzi handiagoa dute. Hauen prestaketak inbertsio ekonomiko garrantzi- tsuak egitea exijitzen du baina, behin ezarriz gero, beren ustiaketa errentagarria da⁴⁹. Arazoa plante- atzen da zerbitzu osagarriak ezartzeko zerbitzu publikoen inguruko abantailak edo arau propioak erabiltzen direnean; izan ere, bide honetatik finan- tzaketa pribilegiatua lortu daiteke, konkurrentzia arauak urratuz⁵⁰.

3.3. Jardueraren eraentza juridikoa 7/1996 Errege Dekretu Legean

3.3.1. Jardueraren arauketa

Jarduera liberalizatu denean, botere publi- koek zerbitzua arautu behar dute. Aurrerantzean kudeaketa eskusiboa debekatuta egoteak ez du jardueraren arauketa oztopatzen. Are gehiago,

48. Gai honi buruz Auzitegi Gorenak eman dituen azken epaietan nolabaiteko aldaketa somatzen da. Hala, 2002ko apirilaren 3 eta 20ko Epaietan ez da adierazten hileta-zerbitzuak zerbitzu publikoak direnik. Epai hauetan jarduera, liberalizazioaren ondorioz, lehia askean eman behar dela azpimarratzen da. Auzitegi Gorenak monopolioaren desagertzea sortzen dituen ondorio ekonomikoak azaltzen ditu.

49. PÉREZ GÁLVEZek (*El sistema funerario...aip..*) arreta handiz aztertu ditu Espainiako udalerrri garrantzitsuenetako hileta-enpresek ematen dituzten mota honetako zerbitzuak. Madrilen, adibidez, honako zerbitzu hauek aipatzen ditu: “*acondicionamiento y tratamiento sanitario de los cadáveres; amortajamiento o vestición de cadáveres; suministro de féretros, ataúdes, arcas y urnas, para cadáveres, restos, cenizas y entierros; servicio de coches fúnebres y organización del acto social del entierro; servicio público de capillas ardientes o depósito de cadáveres; suministro de flores, coronas y coches para coronas; servicio de túmulos, cámaras mortuorias, catafalcos, enlutamiento y ornatos fúnebres; traslado de cadáveres y restos fuera del término municipal, dentro del país o al extranjero; trámite de diligencias para las verificaciones médicas, particulares y oficiales, de los cadáveres, y para el registro de la defunción y autorización de la sepultura, así como agenciado y despacho de éste siempre que se le autorice; servicios ordenados por la autoridad judicial competente, pudiendo repercutir su importe, liquidado con arreglo a las tarifas en vigor; todos aquellos actos, diligencias y operaciones de prestación directa, por gestión o que sean propios del servicio funerario, ya por costumbre o tradición ciudadana, ya por exigencias o hábitos que se introduzcan en el desarrollo de aquél*”. Zentzu honetan, Zuzenbide konparatuan benetako bitxikeriak aurki ditzakegu. Frantziar, adibidez, izapideak erraztu eta aholkuak eskaintzen dituen zerbitzua ere eskaintzen da, laguntza psikologikoa, nahigabea arintzeko deiak kontrata daitezke, etab. Japonian multimediaz egindako hiletak eskaintzen dira (190. or.). PÉREZ GÁLVEZek Europako beste Estatuetan ehoketa- enpresek eskaintzen dituzten zerbitzuak ere aztertzen ditu. Ikus aipaturiko lanaren 192. or. eta h.

50. Arazo honetaz aurrerago mintzatuko naiz, Kataluniako araudiaren azterketaren ildotik, non jarduera osagarriak eta hauek eragin ditzaketen lehiakortasunaren aurkako jarrerak arautzen diren.

hileta-zerbitzuek udalerrri askotan monopolioan egikaritu izanak, modu berezian exijitzen du arauketa hau. Jarduerak udal-zerbitzu publikoa izaten darrai, eta honek, azken finean, erantzukizun publikoa suposatzen du.

Oro har, hileta-zerbitzuen prestaketak indarrean dagoen legeria sektoriala bete behar du. Arlo honetan, garrantzi berezia du bai Estatuko eta baita autonomia erkidegoetako osasunari eta garraioari buruzko legeriak⁵¹.

Liberalizazio-xedapenek udalerrrien arauketa aurreikusten dute. Hala, 7/1996 Errege Dekretu Legearen 22. artikulua udalerrriek hileta-enpresei baimena exiji diezaieketela aurreikusterakoan udal arauketa ahalbideratzen du. Zentzu honetan, legegileak jardueraren eraentza juridikoaren zehazpena udalerrietara igortzen duela esan daiteke.

Bidalketa honen zentzua eztabaidatua da. Batzuen ustez, hutsune handia sortzen du, beste batzuen iritziz ez. FERNÁNDEZ FARRERESek ez du uste hutsunerik dagoenik, RPSMa eta autonomia erkidegoek emandako arauak bete behar direlako edozein kasutan⁵².

Edozein dela ere bere zentzua, udal arauketa arauketa aurreikuspena egon badago. Udal ordenantzek hileta-zerbitzuak arau ditzakete; udalerrriek osasun-baldintzak zehaz ditzakete eta jarduera burutzeko lortu behar den baimena arautu. Baina ahalmen hau mugatua da. Arau orokorra askatasuna da. Udalerrriak zerbitzua arau dezake enpresak legeak galdatutako baldintzetan eskaintzen duela ikuskatzearen, baina arauketan ezin ditu proportziorik gabeko baldintzak ipini jarduera burutzeko, legegileak aurreikusitako ukanbeharrak neurrigabekeriaz exijituz⁵³.

Bestalde, udal-arauketa, jakina denez, nahibadakoa da; ondorioz, ez da udalerrri guztietan onartuko. Hau da, baimenak eskatzen ez dituen udalerrriak arauketa ez egitea erabaki dezake. Kasu honetan, Estatuko zein erkidegoko legeria sektoriala izango da jardueraren eraentza osatzen duena.

Beste ordenamendu juridikoetan ez dago arauketa askatasun hau. Frantziako Zuzenbidean, udalerrriek erregelamenduak emateko ahalmenaz gain, hileta-zerbitzuak arautzen dituen nazio-mai-

lako erregelamendua dago, 1999ko maiatzaren 9an onartutako 95-653 Dekretua.

Kataluniako legegileak ere arreta berezia eskaini dio arazo honi. Liberalizazioak sortutako segurtasun eza gainditzeko, Generalitateak hileta-zerbitzuen ordenantza onartu zuen (1996ko abenduaren 19ko Probintziako Aldizkari Ofiziala, 304 zkia.)⁵⁴. Ondoren, Kataluniako 2/1997 Legea argitaratu zen, hileta-zerbitzuen liberalizazioa arautzeko, eta bertan udalerrriek hileta-zerbitzuak arautzeko erregelamendua onartzeko obligazioa dutela ezarri zen. Aurrerago azalduko dudan bezala, xedapen honen konstituzionalitatea eztabaidatua da. Are gehiago, Generalitateko Gobernu Sailak, aipaturiko erregelamendua onartzen ez duten udalerrriek aplikatu behar duten ordeko erregelamendua prestatuko duela adierazten du 2. azken xedapenean, eta, agindutakoa betetzeko, Generalitateak, 209/1999 Dekretuan, aipaturiko ordenantza supletoria arautu zuen.

Udalerrriak, zerbitzua arautzerakoan, jardueraren “zerbitzu publikotasuna” hartu behar du abiapuntutzat. Hala, hileta-zerbitzua zerbitzu publikoa denez, udalerrriek ezin dute beren ikuskaritza-ahalmenen egikaritza bertan behera utzi. Zentzu honetan, arrisku handiena, monopolio publikoaren ordeko monopolio pribatua ezartzean datza, adibidez, aseguru konpainien monopolioa⁵⁵. Badaude, hala ere, beste arrisku batzuk.

Udalerrriek, jarduera arautzerakoan, ordura arte jardun duten enpresei lehentasuna eman diezaiekete. Horretarako hainbat bide daude. Erabiliena, jarduera burutzeko baimena lortzeko enpresa jakin batzuk bakarrik betetzen dituzten baldintzak exijitzea da. Praktika hau guztiz legez kontrakoa da. Are gehiago, Auzitegiek behin baino gehiagotan adierazi dute udalerrriek jarduera burutzeko galdatutako baldintzak neurrigabeak direla. Gai honi buruz ondorengo atalean jardungo dut. Aurretik, hileta-zerbitzuen gaineko baimenaren eraentza juridikoa aztertuko dut.

3.3.2. Jarduera burutzeko baimena

Jakina denez, liberalizazioa ezartzen duen Errege Dekretu Legearen 22. artikulua jarduera burutzeko udal-baimena eskatu beharra aurreikusten du. Ez du baimenen erabilera nahitaez ezartzen; parte-hartze teknika honen erabilera

51. Hiletaren inguruan egun indarrean aurkitzen den Estatuko eta autonomia erkidegoetako legeriaren berri edukitzeko, ikus FAJARDO UREÑA, J.A. *Legislación Funeraria*, aip.

52. “Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: defensa de la competencia, precios y servicios municipales...”; 245. or.

53. Udalerrriak ezin du, ezta ere, ordenantza bidez jardueraren egikaritza kautelarki debekatu aipaturiko ordenantza onartu bitartean. Eskaintzaren askatasun lehentasuna du eta, ondorioz, debeku hau guztiz legezkontrakoa da, konkurrentzia urratzen duelako. Ikus Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiaren 2000ko otsailaren 4ko Epaia, Ar. 1925, 3 o.j.

54. ESQUERDA I ROSET, J.M. “La reglamentació dels serveis funeraris”, In: *Quaderns de Dret Local*, 14 zkia., 1997; 4. or.

55. PÉREZ GÁLVEZ: *El sistema funerario...*; 1999. or.

nahibadakoa da, eta udalerrien esku dago exijitzea⁵⁶. Egoera honek harridura sor dezake, batez ere aurreko erregimena udalerrri askotan gutzitz kontrakoa izan dela kontuan hartuta, hots, municipalizazioa. Are gehiago, jarduera zerbitzu publikoa denez gero, ezingo litzateke, printzipioz, administrazio publikoen inolako parte-hartzerik gabe eskaini.

Esan dudan bezala, baimen honek arautua eta mugagabea (*numerus apertus*) izan beharko du; ondorioz, ezarritako baldintzak betetzen dituzten enpresa guztiei eta gorpuen garraioa egiteko baliabide materialak dituen guztiei eman behar zaie⁵⁷. Hala ere, azken baldintza honek ("*y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres*", Errege Dekretu Legearen hitzetan) baimena zuhurtzizkoa bihurtzen du, ez baita aipatzen baliabide horien ezaugarriak zeintzuk diren⁵⁸.

Baimenaren edukia da, hain justu ere, arazorik gatazkatsuena. Jarduera burutzeko baimenak galdatzen dituen ukanbeharren inguruko mugak arazoak planteatu ditu. Askotan, proportziorik gabeko galdakizunek nagusitasun egoeren abusua dakarte, eta konkurrentzia arauak urratzen dira. Gai honi buruz jurisprudentziak eman dako doktrina honela laburbildu daiteke:

a) Hileta-zerbitzua eskaintzen duen enpresak arau orokorrek aurreikusten dituzten baldintzak betetzen baditu (garraioak, osasuna, jarduera arriskutsuak, osasunkaitzak, kaltegarriak eta jasangaitzak arautzen dituztenak, etab.), objektiboki jarduera burutzeko gaitasuna dauka, eta udalerrriak ezin izango dio jardueraren egikaritzea ukatu. Zerbitzua liberalizatua dagoenez gero, hura ezarri eta eskaintzeko askatasuna dago, eta aipa-

turiko baldintzak betetzen dituen enpresa orok eman dezake zerbitzua, edozein dela ere bere jarduera burutzen duen udalerrria (2000ko abenduaren 23ko epaia, 3. o.j.⁵⁹, 1999ko apirilaren 3ko Epaia, Ar. 1886, 6. o.j., eta Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiko 1999ko maiatzaren 20ko Epaia, Ar. 1853, 3. o.j.⁶⁰).

b) Udal-baimena araudian aurreikusitako gutxieneko baldintzak galdatzera mugatu behar da. Hileta-zerbitzua liberalizatua izan denez gero, ez du, aurrerantzean, ohiko zerbitzu publikoa osatzen. Eskaintza lehia askean burutu behar da, eta hileta-zerbitzuak emateko baliabideak dituzten enpresek hileta-zerbitzuak eman ahal izango dituzte. Ildo honetatik, udal-ordenantzak gutxieneko ekipamendu eta pertsonalak exiji ditzake, baina inolaz ere ez jarduera burutzeko legezko baliabideak dituzten enpresei jarduera burutzea debekatu (Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiaren 1999ko maiatzaren 20ko Epaia, Ar. 1853, 3. o.j. eta urtarrilaren 14ko Epaia, Ar. 94, 4. o.j., non Bilbo eta Donostiako udalen hileta-zerbitzuak arautzen dituzten ordenantzak aztertzen diren).

c) Jarduera baimentzearen, oinarrizko zerbitzuaren edukia hartu behar da kontuan. Udalak ezin ditu eduki osagarriak exijitu jarduera baimentzeko. Ikus, zentzu honetan, 2000ko abenduaren 23ko Epaia (5. o.j.), non Auzitegiak udalerrriak galdatutako baldintzak gehiegizkoa direla aitortzen duen. Gainera, aztertzen den jardueraren edukia kontuan hartuta, Auzitegiaren aburuz ez da beharrezkoa ezohiko ikuskaritarik; izan ere, osatzen dituen jarduera gehienak partikularrek burutu baititzakete administrazioaren parte-hartzerik gabe. Ikus dezakegunez, udalerriek arau dezaketen gaien eremua mugatua da, zerbitzuen eskaintza askatasunak ahalmen honen hedapena baldintza-

56. Baimenaren izaera nahibadakoa dela konfirmatzen dute, besteak beste, PÉREZ GÁLVEZ, J.F. "Fomento y liberalización de la actividad económica..."; 165. or.; MARTÍN DE HIJAS, J.L.; RIVAS CLEMOT, J. "Cementerios y servicios funerarios", In: BALLESTEROS FERNÁNDEZ Y CASTRO ABELLA (koor) *Derecho local especial*, I. liburukia, Madril, 1997; 776. or.; GARCÍA DE COCA: *Liberalización de la actividad funeraria...*; 134. or. eta h.
57. Lehiaren Defentsarako Auzitegiak egindako gomendioa jarraituz, ikus *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Madril, 1994; 188. or.
58. MARTÍN DE HIJAS, J.L.; RIVAS CLEMOT, J. aip. lana; 776. or. Frantzian, 1993ko urtarrilaren 8ko Legeak jarduera burutzeko bete behar den prozedura arautzen du. Bertan, enpresak bete behar dituen baldintzak jasotzen dira, eta ez-betetze kasuetan ezarriko diren zehapenak. Ikus GARCÍA DE COCA: *Liberalización de la actividad funeraria...*; 134. or.
59. "En efecto, libertad de prestación de servicios implica entre otras cosas libertad de establecimiento y posibilidad efectiva de realizar los mismos en régimen de plenitud y de igualdad con independencia del lugar o municipio en que se desarrollen y en que el empresario esté establecido siempre que cumpla los requisitos objetivos considerados legalmente necesarios para el desarrollo de esta actividad por razones de interés o servicio público compatibles con dicha libertad, como pueden ser las de policía mortuoria o sanitaria en relación con las características peculiares de cada municipio o la suficiencia de los medios necesarios para su transporte. Por ello imponer la obligación de obtener una autorización expedida por el Ayuntamiento de Guadalajara que está condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones o requisitos que implican ante todo el establecimiento del empresario en Guadalajara con unos locales y requisitos de instalación, así como de medios personales y materiales que pudieran resultar apropiados para Guadalajara ciudad, además de una importante fianza o aval a fin de garantizar una solvencia económica y las eventuales consecuencias sancionadoras del incumplimiento de un régimen jurídico, que se convierte en poco más o menos que de sujeción especial, implica establecer unas *restricciones a la concurrencia o libre competencia tales que hacen inviable la misma para empresas legalmente habilitadas para este tipo de servicios (...)*".
60. "Ahora bien esos requisitos que habilitarán a la empresa de que se trate, la prestación del servicio, no pueden ser requeridos con criterios cuantitativos que impidan a una empresa que cuenta con los medios necesarios para actuar ejercer la actividad, máxime cuando ni el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974, ni el Decreto del Gobierno Vasco de 6 de octubre de 1992 imponían dichas exigencias, tal como se desprende de los artículos 17 y ss. de éste último, y es que el ejercicio de las competencias en materia sanitaria es independiente del volumen de equipamiento de las empresas sin que pueda invocarse aquella para justificar tales exigencias cuantitativas, cuyo cumplimiento por otra parte y a la vista de la cifra de defunciones que se manejan dejaría el mercado reducido a la actividad de un número muy reducido de empresas lo que resulta incompatible con un sector liberalizado, de donde resulta la disconformidad a derecho del Capítulo II en cuanto impone exigencias cuantitativas para el ejercicio de la actividad de manera contraria al art. 22 del RDley 7/1996".

tzen duelako. Zentzu honetan, duela urte batzuk Lehiaren Defentsarako Auzitegiak mota honetako jokabideak aurreikusi zituen, eta baimenak arautuak eta zenbateko mugagabekoak izan zitezela gomendatu zuen bere txostenean⁶¹.

d) Hileta-zerbitzuen prestaketa ezin zaie egoitza udalerrian duten enpresei erreserbatu. Baimena baldintzak betetzen dituzten guztiei eman- go zaie, edozein dela ere beren egoitza edo jarduten duten lur-eremua. 1999ko apirilaren 3ko Epaian (Ar. 1886, 7. o.j.) arazo hau aztertzen da, eta salatzten du jarraitutako irizpideak ez dituela legez ezarritako baldintzak betetzea kontuan hartzen:

“Ese precepto, en fin, no respeta los criterios de objetividad de requisitos y de otorgamiento de las autorizaciones que impone el artículo 22.2 del Real Decreto-ley desde el momento en que no establece o fija ninguno, sino que la otorga anticipadamente en función de una preexistente licencia municipal, y lo deniega de antemano a empresas que, con sede en terceros municipios, pueden cumplir con mejores condiciones de toda índole para la prestación de los servicios mortuorios que las predeterminadas por la ordenanza del modo que ha quedado expuesto”.

Hileta-zerbitzuak burutzeko udalerriek aurreikus ditzaketen baimenekin jarraituz, ondoren baimenaren izaera juridikoa aztertuko dugu, hemen ere eskakizun honen ingurukoan zalantzak sortzen baitira. Dakigunez, baimen honek ez du Legeak aurreikusitako beste baimenen galdakizuna ukitzen. Bestalde, baimena nahibadakoa denez, zenbait herritan ez da exijituko. Ondorioz, egin daitekeen galdera honak hau da: zein da baimen honek duen helburua?

Ikus ahal izan dugun bezala, Auzitegi Gorenaren esanetan, udal baimenak gutxienekoa besterik ez du jaso behar. Udalerriak hileta-osasuna edo garraioa arautzen duten xedapenek jasotako baldintzak gogortzen baditu, baimenak enpresa-askatasuna oztopatu ahal izango du. Beraz, udalerriak ezin izango ditu berrikuntza handiak aurreikusi bere ordenantzetan.

Dirudienez, udalerrriaren baimena hileta-enpresak legeriak aurreikusitako osasun, garraio eta bestelako baldintzak betetzen dituela ziurtatzera zuzenduta dago. Zentzu honetan, udal-baimena garraio-legeriak hileta-enpresei exijitzen dien baimena lortzearren udalerriek eman behar duten txostena ordezkatzeko erabili daiteke⁶².

Bestalde, aipaturiko baimenaren izaera juridikoa ere eztabaidatua da. Aztertzen ari garen baimena, zerbitzu publikoko edo polizia-jarduerako baimena da. Beste hitzetan, baimena mugaketa teknika soila da ala jarraipeneko harremana sortzen du baimenduaren eta udalaren artean? Baimendutako jardueraren edukia kontuan hartuta (zerbitzu publikoaren eskaintza, alegia), zerbitzu publikoko baimena dela kontsidera dezakegu. Honen alde argudia daitezke ez bakarrik jardueraren kalifikazio juridikoa, baizik eta baita ere baimenduari ezarritako obligazioak. Legegilea, eta batez ere legegile autonomikoa (Kataluniako Legegilea), hileta-enpresaren erantzukizun juridikoa zehazten saiatu da. Nahiz eta subjektiboki ohiko zerbitzu publikoa ez izan, jarduerak zerbitzu publikoaren ezaugarri objektiboak bete behar ditu, eta hori horrela bermatzea botere publikoei dagokie⁶³.

Hileta-enpresek dituzten obligazio hauek ez dira osasun edo garraio-gaietara mugatzen. Erabiltzaileen eskubideen inguruko arazoak, baliabide teknikoak, gutxieneko zerbitzuak, erabiltzaile eta hileta-enpresaren eskubide eta betebeharrak, udalerrriaren erantzukizuna, ordainketa motak, ikuskatu eta zehatzeko ahalmenak dituzte objektutzat, besteak beste, eta hauek betetzen direla ziurtatzeko udalerriak dira gertuen aurkitzen diren administrazio-atala.

Ildo honetatik, (zerbitzu publikoko) baimen hauek administrazio-kontrola ahalbideratuko lukete, udalaren kontrola hain zuzen ere. Kasu haue- tan, “zerbitzu publiko birtual” edo “inpropioekin” gertatzen denaren antzera (hala nola, farmaziak eta taxiak), baimenak harreman jarraitua sortuko luke (gaztelaniaz *tracto sucesivo*) eta administra- zio-kontrola jarduera burutzen den bitartean egi- karitu ahal izango zen.

61. Gai honen inguruan, honela dio Auzitegi Gorenak 1999ko apirilaren 3ko Epaian (Ar. 1886. 6. o.j.): “Partiendo de tal planteamiento de principios, no cabe sostener como razonable y ponderada la exigencia de haber de contar el establecimiento funerario que vaya a iniciar su actividad en Logroño con aquellas dependencias de preparación de cadáveres y salas de tanatorio, que reflejan los apartados b) y c) del artículo 8 de la Ordenanza municipal combatida. Y no lo es por cuanto, constituyendo la base y esencia del servicio funerario la recogida del cadáver del lugar del óbito y su traslado para su inhumación o cremación a donde proceda, *siendo, por el contrario, eventuales, accesorios o esencialmente superfluos, los servicios de tanato-praxia o tanatoestética o de vela del cadáver en dependencias ajenas a las del lugar del fallecimiento o del domicilio, ha de ser la garantía de la prestación del servicio esencial en las condiciones legales exigibles la que debe determinar la concesión de la licencia de la actividad, y no la posibilidad de ofertar prestaciones que no dejan de ser puramente coyunturales o de conveniencia y aun de simple ornato u ostentación*. Esto podrá contar en orden a un mejor posicionamiento del empresario entre la competencia, pero no puede determinarse como condición insoslayable para la prestación de los servicios mortuorios”.

62. FAJARDO UREÑA: *Legislación funeraria...*; 196. or.

63. Dena dela, gai honetan ez dago adostasunik. PÉREZ GÁLVEZek, zentzu honetan, adierazten du baimen honek ez duela eskubide berririk ematen; subjektuek alde aurretik duten eskubidearen egikaritzaz ahalbideratzen du. Polizia-jardueraren barnean kokatzen ditu, beraz, irakasle honek aipaturiko baimenak, eta kritikatu egiten ditu zerbitzu publikoko obligazioak dituzten jarduera pribatua dela ziurtatzen duten korrante doktrinalak. Bere ustez, polizia-jarduera soila da, eta arauak galdatutako ukabeharrak betetzen guztiei eman behar zaie aipaturiko baimena. Ikus *El sistema funerario...*; 188-189 orr. eta “Liberalización de servicio funerarios...”; 269. or. eta h.

Baimenaren kontzeptua aldakorra da. Zerbitzu publikoaren bilakaerak ohiko baimen kontzeptua aldatu du, eta zenbait kasutan ez da erraza baimenaren eta emakidaren artean desberdintzea. Nolanahi ere, baimenek zerbitzu publikoak ukitzen dituztenean sor ditzaketen ondorio jarraitu hauek jurisprudentziak ere antzeman ditu funtsezkoa den beste zerbitzu baten azterketaren harira (Auzitegi Gorenaren 1999ko ekainaren 21eko Epaia, Ar. 5375, 3. o.j.)⁶⁴.

3.3.3. Hileta-garraioaren eraentza juridikoa

3.3.3.1. Eraentza orokorra

Hileta-zerbitzuen inguruan egikaritzen diren jardueren artean, garraioak arreta berezia merezi du.

“Hileta-garraioak” hainbat esanahi ditu. Oro har, gorpua gidaetzea edo ehorzketa arrunta gainditzeko duen tokialdatzea adierazten du; hots, bizilekuaren eta udalerrri berdinean kokatutako hilerriaren arteko garraioa⁶⁵.

Enpresa pribatuek azkar sumatu dute hileta-garraioa errentagarritasun ekonomiko handiko jarduera dela. Arrazoi horrexegatik, alor honetan ematen den konkurrentzia oso gogorra da, eta enpresa-kontzentrazioa gero eta nabarmenagoa da.

Zerbitzu hauen eskaintza igotzen doa. Egun, heriotza gehienak erietxeetan gertatzen dira, eta horrek nahitaez gorpua garraiatzera behartzen du. Heriotzen %25-30 bakarrik jasotzen dira familiaren egoitzan⁶⁶. Gaixotasun-prozesuak gero eta konplexuagoak dira, eta gaixok zainketa bereziak behar dituzte. Etxebizitza arruntak askotan ez daude egungo tratamenduak emateko prestatuta, eta egungo bizitza erritmoak, lanaren

antolaketak batez ere, gaixoak erietxeetara bidaltzea bultzatzen du. Ondorioz, heriotza uneak etxeetatik aldentzen dira eta hileta-garraioen erabilera areagotu egin da.

Hileta-garraioaren eraentza juridikoak arlo desberdinak ukitzen ditu. Lehenik eta behin, Estatuko garraioa arautzen duen legeria aipatu behar da: nagusiki 6/1987 Legea, eta Lege hau garatzen duen 1211/1990 Errege Dekretu Legea. 1136/1997 Errege Dekretu Legeak, aipatutako azken xedapenaren edukia aldatu zuen.

Bestetik, hileta-garraioei osasun-arloan emandako arauak ere aplikatzen zaizkie: Estatuko Osasun Lege Orokorra, 1986ko apirilaren 25eko Legea, eta Hileta Osasunaren Polizia arautzen duen 1974ko Erregelamendua. Gai honetan autonomia erkidegoek eskuduntzak dituztenez gero, garraio-zerbitzua eskaintzen den eremua kontuan hartu behar da, eskuduntza duen autonomia erkidegoaren lur eremua gainditzeko duenean bakarrik aplikatuko baita Estatuko araudia.

Zenbait autonomia erkidegotan hileta-garraioa arautu dute. Euskal Herrian hileta-garraioaren osasunari buruzko legeria hiru xedapenek osatzen dute nagusiki: 8/1997 Legeak, ekainaren 26koak, Euskal Herriko Osasuna Antolatzen duenak; 267/1992 Dekretuak, urriaren 6koak, garraioaren osasun-baldintzak arautzen dituenak; eta azken hau aldatzen duen 130/1997 Dekretuak, ekainaren 3koak.

3.3.3.2. Lehiaketa arazoak

Esan bezala, 16/1987 Legearen garapenean, irailaren 28ko 1211/1990 Errege Dekretu Legea eman zen, non, besteak beste, hileta-garraioa arautzen den⁶⁷.

64. “Sin embargo, esta Sala no puede compartir la referida tesis del Ayuntamiento. Al respecto es decisivo tener en cuenta que la prestación del servicio privado del suministro de aguas bajo el régimen de autorización hace que *no estemos ante uno de los supuestos en que las autorizaciones administrativas se agotan en sí mismas por limitarse a remover un obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente*, lo que normalmente supone que una vez otorgada una autorización administrativa la autoridad que la dictó no tenga por qué llevar a cabo un seguimiento de la actividad del particular. Por el contrario estamos ante una autorización de las denominadas por la doctrina de *tracto continuo, en virtud de las cuales las potestades administrativas no se agotan con la sola emanación del acto de autorización otorgada al particular*. En casos como el presente es claro que el Ayuntamiento no puede válidamente en Derecho desentenderse de la *prestación de un servicio tan esencial como el suministro domiciliario de aguas, aunque dicho servicio se encuentre prestado por los particulares*. Así se deduce claramente de nuestro ordenamiento jurídico, siendo oportuno tener presente que a tenor del artículo 1.4^º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales el Ayuntamiento puede imponer que se efectúe debidamente la prestación del servicio por los particulares, y el propio artículo 17.1 del Reglamento de Servicios otorga potestades para aprobar las tarifas, fijar las condiciones técnicas y determinar las modalidades de prestación así como las garantías de interés público y las sanciones aplicables, amén de la revocación de la autorización si procediera”.

65. FAJARDO UREÑA: *Legislación funeraria...*; 111. or.

66. PÉREZ GÁLVEZ: *El sistema funerario...*; 213. or.

67. Errege Dekretu honen 139. artikulua honela zioen: “1. El *transporte funerario* deberá ser realizado por Empresas de pompas fúnebres legalmente establecidas y *autorizadas por los correspondientes Ayuntamientos*, teniendo la consideración de transporte privado complementario. 2. Los vehículos con los que se realice el transporte funerario deberán cumplir los requisitos técnicos, sanitarios y de antigüedad que por Orden conjunta de los Ministros de Sanidad y Consumo, y de Transportes, Turismo y Comunicaciones se determinen. Deberán, en todo caso, respetarse las normas vigentes de policía mortuoria. 3. 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. *Dichas autorizaciones habilitarán para realizar cualquier transporte, independientemente del recorrido del mismo, hasta el lugar en que se realice el enterramiento o se conduzca el cadáver, 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 dicha limitación*. 4. Sin perjuicio de la potestad tarifaria de la Administración competente, los precios de los servicios de transporte funerario estarán sujetos a la normativa de precios comunicados o declarados”.

Ikus dezakegunez, xedapen honen arabera, baimena eraginkorra izateko, zerbitzuaren jatorria enpresak egoitza duen udalerrian aurkitu behar da. Arau honek hiri handietako hileta-zerbitzuko enpresen mesedean jokatzeko zuzen. Gainera, xedapen honek monopolioa sortzen duen eta, arrazoi honengatik, hainbat aldiz ailegatu zen Auzitegi Gorenaren eskuetara⁶⁸.

Aipaturiko 211/1990 Erregelamendua 136/1997 Errege Dekretu Legearen 158. artikulua aldatu zuen, eta osagarri pribatuko garraio-baimenak nazio eremukoak direla aitortu. PÉREZ GÁLVEZek xedapen honek 139.3 artikuluko bigarren paragrafoan aurreikusitakoa ukitzen zuen edo ez aztertu zuen⁶⁹. Hileta-garraioa izaera pribatuko osagarria da eta, 158. artikulua aplikatzen zaio. Baina, aldi berean, OCHOA MONZÓk zioen bezala, garraio berezia da, eta zentzu honetan, baimen berezia eska daiteke hura burutzeko, hots, 139.3 artikuluko baimena.

Egun, eztabaida hau gaindituta dago. 927/1998 Errege Dekretu Legeak, maiatzaren 14koak, 16/1987 Legearen Erregelamenduaren 139. artikulua aldatu zuen. Errege Dekretu Lege berriaren helburua (927/1998 Errege Dekretuaren helburua, alegia), hileta-zerbitzuak 7/1996 Errege Dekretu Legearen bitartez izan zuen liberalizazioari egokitzea zen⁷⁰.

Xedapen honen bitartez, 139. artikulua hiru aldaketa jasan ditu.

a) Batetik, aurrerantzean ez da beharrezkoa izango udalerrien baimena jarduera burutzeko; izan ere, baimen hau nahibadakoa da 6/1997 Errege Dekretu Legearen arabera.

b) Bestetik, garraiorako beharrezkoak diren baldintzak betetzen direla ikuskatzea, Estatu edo autonomia erkidegoari dagokio, ez udalerrinari.

c) Eta, azkenik, ezabatu egiten da egoitza ez duten udalerrietan jarduteko muga.

Eraentza honetan sakontzeko, 1999ko ekainaren 17ko Epaia joko dugu (Ar. 5479). Epaia hau, Hileta Zerbitzuen Nazio Patronatuak (PANASEF) 927/1998 Errege Dekretu Legearen aurka jarritako helegitearen ondorioz ematen da. Epaia honetan, Auzitegi Gorenak udalerriek hileta-enpresak ez dituztela nahitaez baimendu behar esaten du, udal baimena nahibadakoa delako⁷¹. Beraz, udalak, aurreko orrietan azaldutakoaren ildotik, ez badu baimenaren eskakizuna aurreikusen, ezin dio lege-baldintza guztiak betetzen dituen enpresari jarduera burutzeko eskubidea ukatu (1997ko azaroaren 12ko Epaia, Ar. 8457, 6 o.j.). Liberalizazioak ez ditu jarduera burutzeko beharrezkoak diren beste baimenak ukitzen, hala nola, 139.3 artikuluan jasotakoa⁷².

68. Kasu nabarmenenak 1988ko ekainaren 17ko Epaian aztertzen dira. 1997ko ekainaren 17ko Epaia (Ar. 6093 eta 6092), aldiz, aipaturiko xedapenaren alde agertu ziren eta honek doktrinaren gehiengoaren aurkako kritikak eragin zituen. Ikus OCHOA MONZÓ, Josep: *La actualización del Derecho mortuario y la liberalización...*; 1998. or. eta h. eta PÉREZ GÁLVEZ: *El sistema funerario...*; 258. or. eta h.

69. PÉREZ GÁLVEZ: *El sistema funerario...*; 262. or.

70. Honela dio artikulua honek bere idazkera berria: 1. "El transporte funerario deberá ser realizado por empresas de pompas fúnebres legalmente establecidas, teniendo la consideración de transporte privado complementario. 2. En la realización de los servicios de transporte funerario deberán respetarse las normas vigentes de policía mortuoria, debiendo cumplir los vehículos todos aquellos requisitos técnicos y sanitarios que, en su caso establezcan los Ministerios de Industria y Energía y de Sanidad y Consumo. 3. *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, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 157, cuando resulten aplicables, y de los previstos en el apartado anterior, previa propuesta o informe vinculante realizados por el Ayuntamiento en que hayan de domiciliarse las autorizaciones.* Dichas autorizaciones habilitarán para realizar cualquier transporte funerario, independientemente del recorrido del mismo, hasta el lugar en que se realice el enterramiento o se conduzca el cadáver".

71. "La norma impugnada tiene por finalidad, como en su preámbulo se expresa, "dar cumplimiento a la liberalización establecida en la materia por 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". Conforme al artículo 22 del mismo, el establecimiento de un régimen de *autorización municipal previa no es preceptivo*, abriéndose la posibilidad de Ayuntamientos en donde sea permitida la realización de servicios fúnebres sin esa autorización, lo que justifica la supresión efectuada en relación con ella en la nueva redacción del precepto. Sin embargo, esto no supone, ni una anárquica prestación del servicio por todo tipo de empresas, pues, como en el mismo precepto se dice, sólo podrán realizarlo las legalmente establecidas, *ni un atentado a las competencias municipales señaladas en el artículo 25.2 j) de la Ley de Bases del Régimen Local, porque el ejercicio de las mismas viene determinado, tanto por la decisión del Ayuntamiento de someter el servicio a previa licencia, como de liberar de ella a las empresas que actúen en su territorio*" (2. o.j.).

72. "Esto no significa que la norma permita, pese a lo alegado por la parte recurrente, que se pueda desvincular el transporte funerario del total servicio funerario, ni que se pueda realizar por empresa que no sea de pompas fúnebres, pues, configurado este tipo de transporte por la norma en cuestión como "privado complementario", participa de las características que para ellos describe el artículo 102.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres: "los que se llevan a cabo, en el marco de su actuación general por empresas o establecimientos, cuyas finalidades principales no son de transporte, como complemento necesario o adecuado para el correcto desarrollo de las actividades principales que dichas empresas o establecimientos realizan". Es claro que la liberalización del sector no podía llegar a tales extremos porque hubiera supuesto desnaturalizar el carácter unitario que el servicio funerario tiene.

No obstante, esta interdependencia de los distintos componentes que integran el servicio funerario no impide un cierto tratamiento específico de uno de ellos, que es el transporte, no sólo por la incidencia que sobre él tiene la materia de policía mortuoria, sanitaria y de seguridad vial y circulatoria, como por las competencias que otras Administraciones ejercen en el campo del transporte en general, del que el funerario forma parte. De aquí que esté plenamente justificada *esa otra autorización que para el mismo se establece en el apartado tercero del artículo 139 y que tiene por objeto comprobar que se cumplen los requisitos antes mencionados, así como los que el artículo 157 del Reglamento indica para los transportes privados complementarios, en la medida en que sean aplicables al transporte funerario.*

En esta autorización queda plenamente garantizada la autonomía municipal del Ayuntamiento, ya que interviene en la misma mediante su propuesta o informe vinculante, que el precepto establece. Sin que de él se infiera que sean precisas nuevas autorizaciones, ya que aquella habilita para todo el recorrido del transporte hasta el lugar en que se realice el enterramiento o se conduzca el cadáver, como lo expresa el último párrafo del artículo 139" (2. o.j.).

Laburbilduz, tokialdatze arruntak ez du baimenik galdatzen, baina hileta-garraioa burutzeko administrazioaren baimena lortu behar da alde aurretik. Hileta-garraioak "garraio pribatu osagarria" osatzen du, eta burutzeko baimena behar da. Baimen hau ematea Estatuaren edo autonomia erkidegoen osasun-administrazioaren eskuduntza da. Baimena emateko, enpresa helbideratuko duen udalerrriak aldeko proposamena edo txosten loteslea igorri behar du. Zentzu honetan, jarduera arautu duen udalerrriak, udalerrriaren baimena txosten hau oinarritzeko erabil dezake. Beste kasuetan, udalak aldeko txostena eman behar du, horretarako enpresak beharrezkoak diren baldintzak betetzen dituela ziurtatuz.

Liberalizazioaren ondoren emandako epai askotan aztertzen da hileta-garraioaren eraientza. Gai honi buruz, autonomia erkidegoetako Auzitegi Nagusiek emandako doktrina benetan aberatsa da. Udalerrri askotan hileta-garraioa egiteko udal baimena exijitzen da, eta horrela aurreikusten dute udal-ordenantzetan. Garraio enpresek, zenbait kasutan, ordenantzen aurkako helegitea tartearatu dute, beren edukia liberalizazioaren aurka doala argudiatuz.

Hileta-garraioak kutxen horniketa, gorpuak jasotzea eta kudeaketa jarduerak bakarrik barnertzen ditu. Hori horrela izanik, baimenak, zenbait kasutan, proportziorik gabeko eskakizunak gordetzen ditu. Enpresak, baldintza horiek betez gero, garraioa edozein tokitan egiteko baimendurik daude⁷³.

3.4. 7/1996 Errege Dekretu Legearen garapena. Kataluniako 2/1997 Legea, apirilaren 3koa

3.4.1. Legearen aurkezpena

Jakina denez, Estatu mailan 6/1997 Errege Dekretu Legeak eragindako liberalizazioak hutsune nabarmena sortu zuen zerbitzuaren arauketan. Ez bakarrik Zuzenbide iragankorraren ikuspuntutik sortzen zituen arazoengatik; liberalizazio-legea oso urria zen, eta bertan jasotako eraientza juridikoa osatu beharra zegoen.

Aipaturiko osaketa, Estatuak edo autonomia erkidegoek buru zezaketen, azken hauek

eskuduntzak eduki baititzakete gai honetan (Konstituzioaren 148.1.21 art.)⁷⁴.

Kataluniako legegilea azkar ohartu zen sektorea arautzeko beharraz, eta 2/1997 Legea, apirilaren 3koa, argitaratu zuen, hileta-zerbitzuak arautzen dituena. Lege honen edukia oso interesgarria da. Batetik, liberalizazio-legearen ondoren argitaratzen den lehenengoa da, eta balio handiko berrikuntzak barnertzen ditu; bestetik, Lege hau argitaratzen den unean, zerbitzu publikoaren teoria nahiko garatuta aurkitzen da, bai legerian eta baita jurisprudentzian eta doktrinan. Arrazoi honengatik, Lege honetan zerbitzu publikoari dagozkion kontzeptu berriak erabiltzen dira, batez ere Europako Zuzenbidearen eraginez sortutako kontzeptuak. Zerbitzu publikoa udal-eskuduntza eta erantzukizunari dago lotuta, eta zerbitzuaren erabiltzailearen eskubideak eta egoera juridikoa zehazten dira. Zerbitzu publikoa zentzu objektiboan hartzen da, eta erabiltzailea, hiritarra baino gehiago, kontsumitzaile bezala agertzen da.

Hileta-zerbitzuen liberalizazioa abiapuntutzat hartuz, Lege honen helburu nagusiak bi dira: hileta-zerbitzuetan botere lokalek dituzten eskuduntzak finkatzea, eta hileta-zerbitzuak emango dituzten erakundeek bete behar dituzten gutxieneko baldintzak ezartzea.

3.4.2. Hileta-zerbitzuen kalifikazio juridikoa

Aurreko orrietan, Estatuako 6/1997 Liberalizazio Errege Dekretu Legea aztertzerakoan, hileta-zerbitzuek oraindik ere zerbitzu publiko izaera dutela ondorioztatu da. Kataluniako 2/1997 Legeak, ordea, kalifikazio hau ñabartu egin du.

Halaxe da, Legearen 1. artikulua hileta-zerbitzuak "interes orokorreko funtsezko zerbitzuak" direla aitortzen du⁷⁵.

Xedapen honetan zerbitzu publikoa zentzu objektiboan hartzen da. Helburua zerbitzuaren eduki objektiboa bermatzea da, edozein dela ere zerbitzua ematen duen pertsona edo entitatearen izaera juridikoa.

Administrazioak hileta-zerbitzua eman dezake⁷⁶, baina baita enpresa publiko edo enpresa pribatu batek ere⁷⁷. Hala, zerbitzu publikoaren

73. Gaztela-Mantxako Auzitegi Nagusiaren 2001eko urtarrilaren 2ko Epaia (Ar. 787, 5 eta 6. o.j.), 2000ko abenduaren 23ko Epaia (Ar. 2310), eta Balearretako Auzitegi Nagusiaren 2000ko apirilaren 14ko Epaia (Ar. 887, 4 eta 5. o.j.).

74. Ikus hileta-garraio eta osasun-arloetan autonomia erkidegoek emandako araudia: FAJARDO UREÑA: *Legislación funeraria. Aspectos legales y gestión documental...*; 28. or. eta h.

75. "Los servicios funerarios tienen la condición de *servicio esencial de interés general*, que puede ser prestado por la *Administración, por empresas públicas o por empresas privadas*, en régimen de *concurrencia* en todos los casos". Zentzu berdinean, ikus 209/1999 Kataluniako Dekretuaren 3. artikulua.

76. 1974ko RPSMk dio 10.000 biztanle baino gehiago dituzten udalerrietan hileta-enpresa bat egon behar dela (42 art.).

77. Honela dio Legeak 7.5 artikuluan: "*Los ayuntamientos pueden constituir empresas mixtas, con capital o gestores privados, a fin de prestar los servicios funerarios. Para la constitución de estas empresas, es necesario cumplir los requisitos establecidos en la legislación de régimen local con esta finalidad. Lo establecido en el presente artículo también es de aplicación a las empresas mixtas.*"

eskaintza, nahiz eta administrazio publikoak edo enpresa publiko batek burutu, merkaturatu egiten da, eta konkurrentzia-arauen menpe egikaritu beharko da aurrerantzean (ikus 7.1 art. ere).

Zuzenbide komunitarioan gertatzen den bezala, Lege honetan ez da ohiko “zerbitzu publiko” kontzeptua erabiltzen. Bere ordean, “*servicio esencial de interés general*”, hots, Europako Hitzarmenaren 86.2 artikuluko kontzeptu hurbila dena (“interes ekonomiko orokorreko zerbitzua”) jasotzen da. Hileta-zerbitzua funtsezko zerbitzua da (“esencial”), eta interes orokorrekoa.

Nire ustez, zerbitzua “funtsezkoa” izateak ez du zerbitzuaren eduki materiala ukitzen. Zerbitzu publiko kontzeptu berrien eraginez, argi dago bere eremu objektibo edo materiala murrizten ari dela baina, kasu honetan, zerbitzua “funtsezkoa” dela esatean, bere garrantzia handia dela adierazi nahi da, ez bere edukiak funtsezkoak edo behar-beharrezkoak diren prestazioak bakarrik barneratuko dituenik.

Bestalde, Kataluniako Legeak, aipaturiko Hitzarmenak ez bezala, ez du jardueraren izaera ekonomikoa aipatzen. Nire ustez aipamen hau ez zen beharrezkoa, bai liberalizazioaren aurretik eta baita liberalizazioaren ondoren ere zerbitzu honen izaera ekonomikoa nabarmena zelako.

Legeak erabiltzen duen kontzeptua, “interes orokorreko funtsezko zerbitzua” alegia, egun nahiko jorratuta dago, eta liberalizazio-testuinguru batean bere erabilerak ez gaitu ustekabea hartu. Hala ere, zer dela-eta baztertu du legegileak ohiko “zerbitzu publiko” kontzeptua? LBRLren aldatetaren ondoren zerbitzu hau erreserbatik kanpo gelditu da, baina edozein kasutan zerbitzu publiko lokala izaten darrai; are gehiago, hilerriak gutxieneko edo derrigorrezko zerbitzuak dira. Horrek guztiak oinarritzko legeria osatzen du, eta legegile autonomikoak ezin du ukatu.

Kataluniako legegileak, gainera, zerbitzua udal-eskuduntzako dela esaten du behin eta berriro. Adibide gisa, 2/1997 Legearen 2.1 artikuluan udal-eskuduntza eta erantzukizuna aldarrikatzen ditu⁷⁸.

Honek, hileta-zerbitzuak zerbitzu publiko lokalak direla frogatzen du; izan ere, udal-eskuduntzako jarduera oro, LBRLko 85.1 artikuluan jasotakoari jarraituz, zerbitzu publiko lokala baita. Are gehiago, 2/1997 Legeak administrazioak zerbitzu publiko hau eskaintzeko erabil ditzakeen kudeaketa-motak aipatzen ditu, eta eraentza lokal orokorrak zerbitzu publikoak kudeatzeko aurreikusten dituen kudeaketa-motetara bidaltzen gaitu (9.1 art.)⁷⁹.

Beraz, nahiz eta hileta-zerbitzuak zerbitzu publiko lokalak direla ez esan zuzenean, Legeak jasotzen duen eraentza juridikoan nabarmen da zerbitzu publikoen tratamendua ematen zaiela. Kataluniako legegilea oso zuhurra izan da, zuhurregia beharbada. Zerbitzu publikoak monopolioarekin lotzeko arriskua igerri du, hots, kudeaketa eskusiboarekin. Egundorria ez bada ere, egia da historian zehar bi kontzeptu hauen arteko lotura oso estua izan dela. Aurrekari horiek kontuan hartuta, legegileak, dirudienez, gaizki-ulerduak egon ez daitezten, “zerbitzu publiko” kontzeptua baztertu eta bere ordean “interes orokorreko funtsezko zerbitzua” kontzeptua erabiltzea erabaki du.

Esandakoaz gain, kontzeptu honen erabilerak jardueraren edukian eragiten du. Edozein dela ere zerbitzu publikoaren eskaintzaz arduratuko dena, Legeak jardueraren edukia zerbitzu publikoaren ezaugarri objektiboak beteko dituela ziurtatu nahi du. Zerbitzuaren unibertsaltasuna gorde behar da (ikus aipaturiko 2.1 eta 3.2 art.ak) eta zerbitzu publikoaren printzipio objektiboen ematea bermatu. Hau da, azken finean, arauketaren helburua⁸⁰.

Unibertsaltasuna bermatzearen, Legeak eragile ekonomikoei zenbait obligazio –“zerbitzu publikoko obligazioak” nire ustez– ezartzen dizkie, zerbitzua pertsona guztiek jasotzen dutela ziurtatzearen. Legeak, 4. artikuluan, hileta-enpresei gutxieneko zerbitzuen prestaketa ezartzen die (zerbitzuari buruzko informazioa eman, hilkutxa eskaini, gorpuaren garbiketa, garraio zerbitzua eman, administrazio-izapideez arduratu lurperaketa edo errausketa egin arte). Zerbitzu hauen eskaintza ezin da beste jarduera osagarrien kontratazioaren menpe utzi⁸¹.

78. “Los municipios son la administración *competente* en materia de servicios funerarios y son *los responsables* de garantizar su existencia y prestación a *toda la colectividad local*”. Zentzu berdineran, 3.4 artikulua honela dio: “Los derechos establecidos en el presente artículo deben ser garantizados por los municipios y, si procede, por los consejos comarcales y deben ser respetados por las entidades prestadoras de los servicios funerarios. Los vecinos y vecinas pueden exigir su efectividad en los términos establecidos en la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña”.

79. “La gestión de los servicios funerarios puede ser ejercida por el ayuntamiento, por cualquiera de los *medios de gestión de los servicios* que establece la legislación de régimen local, a través de una mancomunidad o consorcio o en convenio con otras administraciones públicas”.

80. 2.2 art.: “Los municipios, en el marco de la presente Ley, la legislación sanitaria y de régimen local, gozan de potestad para la regulación de los servicios funerarios, a fin de asegurar la efectividad de los *principios de universalidad, accesibilidad, continuidad y respeto de los derechos de las personas usuarias*”. 3.2 art.: “Las empresas autorizadas a prestar el servicio funerario deben depositar en el correspondiente ayuntamiento la información actualizada sobre prestaciones y precios, que puede ser consultada por cualquier persona interesada”.

81. 2/1997 Legearen 4.2 art. Eduki osagarri hau ezagutzeko, aipaturiko 209/1999 Kataluniako Dekretura jo dezakegu. Xedapen honen 13. artikuluan hileta-zerbitzuen edukia zehazten den bitartean, 14. artikuluan beste jarduera osagarriak aipatzen dira: kapera irekia, loreak eta sinadura mahaia, orogariak, eskelak, eliza-izapideak, errausketa, etab. Aipaturiko 14. artikulua 3. paragrafoak dioenez, jarduera osagarriak ezin dira erabili hileta-zerbitzuak konprenitzen dituen funtzioen betetzea baldintzatzeko. Horrela gertatuz gero, abusuzko jokabidea emango zen.

Kontsumo-gizartean gizakiok jasotzen ditugun zerbitzuen maila gero eta konplexuagoa da. Merkatuak, iraganean errentagarriak ez ziren zerbitzuei prezioa ipini die, eta merkatal-trafikoan integratu. Heriotzaren inguruan ematen diren zerbitzuak garrantzitsuak izan badira ere, egun, eskaintza gehitzen doa. Lortu dugun kalitate-mailak bizitzaren azken une hauek ere ukitzen ditu, eta eskaintza berri honen helburua une hauek ahalik eta erosoena izatea denez gero, erraz barneratu dira gure ekonomian. Hileta-zerbitzuen funtsezko ohiko edukiaz gain, enpresek askotan zerbitzu gehigarriak eskaintzen dituzte, hala nola beilatokiak eta errausketa-labeak. Baina zerbitzu hauek konkurrentzian eman behar dira edozein kasutan, eta ezin dira oinarrizko zerbitzuekin nahastu; izan ere, azken hauek funtsezko jarduerak konprenitzen baitituzte, eta beren prezioak ere "zerbitzu publikotasunaren" adierazgarri izan behar du.

Are gehiago, konkurrentzia ez da zerbitzua eskaintzerakoan soilik kontuan hartu behar den printzipioa. 209/1999 Kataluniako Dekretuan, non hileta-zerbitzuen ordeko ordenantza arautzen den, lehia askea hileta-zerbitzuen eskaintzak bete behar dituen printzipio objektiboen artean aurreikusten da⁸².

Azkenik, unibertsaltasun hau bermatzeko ere, enpresak udalerriko biztanle guztiei eskaini behar die zerbitzua⁸³. Legeak dioen bezala, balia-bide ekonomikoak ez dituztenei zerbitzua dohain eskainiko zaie. Betebehar honek "zerbitzu publiko obligazioa" osatzen du⁸⁴.

Baina, enpresez gain, zerbitzua udalerrriak ere eman dezake, unibertsaltasun printzipioaren betetzeak horrela galdatzen duenean. Egoera hauetan, aurrekontu publikoek jardueraren finantzaketa subentziona dezakete (9.2 art.)⁸⁵.

3.4.3. Hileta-zerbitzuetan parte hartzeko teknikak Kataluniako araudian. Arauketa eta baimena

Jakina denez, 2/1997 Legeak, liberalizazio-ari bide ematearren, zerbitzua arautzea erabakitzen du. Zentzu honetan, Kataluniako legegileak polizia-jarduera eremuko hainbat tresna aurreikusten ditu: kontrol eta polizia-neurriak⁸⁶.

Legeak garrantzi berezia ematen dio zerbitzuen ikuskaritzari. 11. artikulua dio hileta-zerbitzua Generalitatea eta toki-administrazioaren organo eskudunen ikuskaritzapean aurkitzen direla, instalazioak, langileak eta berbilak, jarduera hau burutzeko eskatzen diren baldintzak guztiak betetzen direla ziurtatzearen. Neurri hauek guztiak hiletaren osasun-polizia arautzen duten xedapenetan, erregelamendu edo ordenantzetan aurreikusiko dira (1.2 art.).

Horretaz gain, udalerriek, Legea garatuz, zerbitzua arautzeko ahalmena dute (2.2 art.). Ez hori bakarrik. Legea urrutirago doa, eta aipaturiko ahalmena arrezagutzeaz gain, udalerriek hileta-zerbitzuak arautzeko ordenantzak argitaratzeko obligazioa dutela adierazten du⁸⁷.

Baina Katalunian, Estatuko beste udalerrietan gertatzen den bezala, udal-antolaketa urria da. Administrazio-atal honetan, askotan, ez dago arauketa aurrera eramateko beharrezkoa den antolakuntza edo langile teknikorik. Lan hau erraztearren, eta legegilearen aginduz, Generalitateak hileta-zerbitzuen erregelamendua onartu du, eta ordenantza propioa onartzen ez duten udalerrietan aplikatuko da. Gauzak honela, doktrinaren gehiengoak azken xedapen hau Konstituzioak aitortutako autonomia lokalaren aurka doala behin eta berriro esan badu ere, Kataluniako Generalitateak 209/1999 Dekretua onartu zuen, uztailaren 27koa, *Reglamento que*

82. "Los servicios funerarios tienen la condición de servicio esencial de interés general, que se prestará de acuerdo con los siguientes principios: a) Universalidad, b) Accesibilidad, c) Continuidad, d) Respeto de los derechos de las personas usuarias, e) *Libre concurrencia*". Ideia hau xedapen berdinarekin 10.g) artikuluan baieztatzen da, non erabiltzaileek zerbitzua emango duen erakundea hautatzeko duten eskubidea aitortzen den.
83. 3.3 art.: "Los servicios funerarios autorizados a llevar a cabo sus actividades en un municipio no pueden denegar el servicio para las personas difuntas cuyo domicilio mortuario esté en el mismo término municipal".
84. "A fin de garantizar el principio de universalidad y acceso a los servicios funerarios, los ayuntamientos pueden otorgar la autorización a las empresas que son titulares de los mismos a condición de que presten los servicios *gratuitamente o de forma bonificada* a las personas que, de acuerdo con las indicaciones de los servicios sociales municipales, los requieran por falta de *medios económicos propios, o en los casos en que así sea acordado por la autoridad judicial*. Estas prestaciones forzosas deben ser distribuidas por el ayuntamiento entre las empresas funerarias que operan en el término municipal, de forma proporcional a la facturación de cada una de ellas" (7.1.d art.).
- Kataluniako 209/1999 Dekretuak arreta berezia jartzen dio zerbitzu hauen eskaintza eta finantziarioari. Zerbitzuaren edukia eta onuradun diren pertsonen ezaugarriak zehazten dira. Aipaturiko Erregelamenduan, gainera, obligazio honen kostua enpresen artean ordaintzea aurreikusten da, eta zerbitzua hauen artean finantzatzeko jarraituko diren irizpideak finkatzen dira (ordainketa eta konpensazio sistema).
85. Aipaturiko 209/1999 Kataluniako Dekretuan, udalerriek aipaturiko zerbitzua subsidiarioki emango dutela esaten da 5. artikuluan, enpresa baimendurik ez dagoenean. Ondorengo xedapenean, 6 artikuluan, udalak zerbitzua eman dezakeela esaten du, zerbitzu publiko bezala. Hala ere, subsidiariotasun printzipioari egiten zaion aipamena esanguratsua da, bere esanahia ekimen pribatua ordezkatzeko delako.
86. Polizia arauen betetzea bermatzeko, legegileak administrazioaren zehatzeko ahalmena arautzen du, eta 12 eta 13. artikuluetan administrazio-zehapenak aurreikusten ditu. Aipaturiko 209/1999 Dekretuan, ikus 61 art. eta h.
87. "Los ayuntamientos deben regular, mediante una ordenanza o un reglamento, el régimen al que deben someterse los servicios funerarios, en el marco de lo establecido en la presente Ley y el resto de la legislación aplicable". Lege hau onartu aurretik argitaratutako ordenantzak, sei hilabeteko epean egokitu behar dira Legearen edukira (2. xedapen iragankorra).

regula, con carácter supletorio, los servicios funerarios municipales izenburupean.

Bestalde, Legearen 6. artikulua hiletaren enpresek eduki behar dituzten baliabideak arautzen ditu (hala nola antolaketa eta langileak, baimendutako beribilak, hilkutxak eta bestelako materiala, garbiketa eta desinfekzio tresnak). Eraentza honetan oinarrituta, udal-ordenantza edo erregelamenduek zerbitzuaren kalitate edo enpresak bete behar dituzten gutxieneko baliabideak finka ditzakete⁸⁸.

Hileta-zerbitzuak emateko, enpresak udal-erriaren baimena lortu behar du. Baimen hauen ezaugarri nagusiak Legearen 7. artikuluan aurreikusten dira: baimenak arautuak izan behar dira eta konkurrentzian esleituko dira⁸⁹; enpresak jardueraren egikaritzarako Legeek galdatzen dituzten baldintza guztiak betetzen direla ziurtatu behar du; udalak fidantzak ezar ditzake zerbitzua jarraipenez eskaintzen dela bermatzearen⁹⁰, eta zerbitzu publikoko obligazioak ezar ditzake⁹¹.

3.5. Hipotesi bat: emakida bidez kudeatutako hileta-zerbitzu liberalizatuak

3.5.1. Zerbitzu publikoen emakidaren eraentza juridikoa Zuzenbide Komunitarioan⁹²

3.5.1.1. Zuzenbide Komunitarioaren aplikazioa zerbitzu publikoen emakidetan

Zuzenbide Komunitarioak kontratu publikoak arautzen baditu ere, araudi honetan ez dira emakidak aipatzen. Baina honek ez du esan nahi Zuzenbide Komunitarioak emakidak arautzen ez dituenik. Ordenamendu Komunitarioaren helburua merkatu komunaren funtzionamendu egokia bermatzea denez gero, zerbitzu publikoen emakidaren arauketa, merkatu honetan eragin dezakeen heinean, Europako erakundearen eskumenekoa da. Hala, emakidaren eduki ekonomikoa dela eta, Europako interes eremuaren barnean kokatzen da.

Emakiden esleipen prozedurari buruz, Zuzenbide Komunitarioak ez ditu oraindik ere arau zehatzak eman. Hutsune honen aurrean, hainbat Estatu kidek ondorioztatu zuen aipaturiko Zuzenbidea ez zaiela emakidei aplikatzen. Estatu hauek kontsideratzen zuten zerbitzu publikoak Zuzenbide Komunitariotik at gelditzen zirela. Bide honetatik, emakidak Estatuaren subiranotasun-eremua mantentzea ahalbideratzen zuen, jardueraren eremu honetan Europako erakundearen parte-hartzea saihestuz⁹³. Arazoa, hala ere, konplexuagoa da, eta ezin da Zuzenbide Komunitarioaren aplikazioa hain erraz ukatu.

3.5.1.2. Europako Batasunaren Hitzarmenaren aplikazioa eta nagusitasun-egoeraren abusua

Emakida eta liberalizazioaren arteko harremana aztertzeko, Zuzenbide Komunitarioak kontratu honi buruz argitaratutako arauak aztertu behar dira. Zerbitzu publikoen emakida, jardueraren ekonomikoa osatzen duen heinean, merkatuaren funtzionamendu egokia bermatzen duen Europako Hitzarmenaren aplikaziora menderatuta dago, hau da, zerbitzuen eskaintza askera, zirkulazio askatasunera, eta konkurrentzia arautzen duten xedapenetara.

Europako Hitzarmenak ez du Estatuak emakidak erabiltzeko duten askatasuna mugatzen, baina emakidaren erabilerak ez du ordenamendu Komunitarioa urratu behar. Bereziki, emakidadunak honako komunitate-printzipio hauek errespetatu behar ditu: nazionalitate arrazoia-egitea bereizketak egitea debekatzen duen printzipioa, (12.1 art.), zerbitzuen prestaketa-arauak eta establezimendu-askatasuna (43 art. eta h.), lehiaketa-arauak (81 art. eta h.), eta 86 artikulua.

Emakida kontratuei kompetentzia arauak aplikatzea ez baita erraza. 81. artikuluari dagokionez –non merkatu komuna mugatu, oztopatu edo faltsutu dezaketen akordioak, erabakiak eta praktikak debekatzen diren–, doktrinak aho batez deklaratu du artikulua hau ez zaiela emakidei aplikatzen, “enpresen arteko” akordioei bakarrik aplikatzen zaielako⁹⁴. Hala ere, emakidadunen

88. Udalerriek beilatoki zerbitzuak ere exiji diezazkiekete enpresei. Hala ere, ukan behar hauek zerbitzuaren kalitatearen helburuekin arrazoitu beharko dira, eta heriotza indizearekin proportziokoak izan behar dira, hileta-enpresen arteko konkurrentzia askatasuna errespetatuz (6.3 art.). 209/1999 Dekretuan ikus 20. artikulua eta h.

89. Legegileak espresuki jaso du baimenen esleipena arautzerakoan lehia askea errespetatu beharra. Berez baimena arautua denez gero, konkurrentzia eta berdintasun printzipioari egiten zaien aipamena ez litzateke beharrezkoa izango. Edozein kasutan, ageria da, berriro ere, lehiakortasun-printzipioak zerbitzu honetan duen garrantzia.

90. Fidantza hau nahitaezko zerbitzuen prestaketa eta zehapenen betetzea ziurtatzeko aurreikusten da. Horretaz gain, fidantzak enpresak zerbitzua emateari uzten diorean erantzungo du.

91. Kataluniako 209/1999 Dekretuak baimenaren ezaugarriak, edukia eta esleipen-prozedura arautzen ditu. Ikus 16 art. eta h.

92. Gai honi buruz ikus nire lana: SARASOLA GORRITI, Silbia. *La concesión de servicios públicos municipales. Estudio especial de las potestades de intervención*, Oñati, 2003, 105 orr. eta hurrengoak.

93. MAMELIK dioenez, Italia eta Frantzia bezalako Estatuak izan dira, emakiden erabileraren bitartez, Zuzenbide Komunitarioaren aplikazioa saihesten saiatu direnak. Ikus *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milan, 1998; 421. or.

94. Honela diote BAZEX (“La concession de service public et le Traité de Rome”, In: *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, 1992; 64. or.), eta DELVOLVÉK (“La concession de service public et Droit communautaire. Rapport de synthèse”, In: *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, 1992; 115-116 orr.).

artean ospatutako akordioak konkurrentzia faltsutzen dutenean, 81. artikuluko arauak aplikagarriak dira⁹⁵.

Hitzarmenaren 82. artikulua, aldiz, bete-betean aplikatzen zaie emakidadunei⁹⁶. Emakidak emakidaduna egoera menperatzaile batean jar dezake, eta ondorioz Hitzarmenaren 82. artikulua aplikagarria izan daiteke. Kasu honetan, emakidadunek frogatu beharko dute jarduera monopolioan egikaritzean ez dutela Zuzenbide komunitarioa urratzen. Emakidadun enpresak jarrera menperatzailean aurkitzen dela jakiteko jarraitu beharreko izapideak, dakigunez, aurrerago aztertutako Europako Erkidegoetako Auzitegiaren 1988ko maiatzaren 4ko Epaian finkatzen dira (*Bodson* kasua, C-33/87, *Rec.* 1988-5).

Jarrera menperatzailearen abusua sor dezakeen hainbat jokabide mota dago. Hala nola, eskatu ez diren zerbitzuak ematea, prezioak proportziorik gabe igotzea, zerbitzuaren edukia mugatzea erabileraren kaltean, inbertsioak ez egitea, edo emakidaren edukia gainditzen duten jarduera osagarriak burutzea, emakidak hirugarrenek merkatu batean buru ditzaketen jarduerak egikaritzea erreserbatuz⁹⁷.

82. artikulua inguruan, 1998ko ekainaren 18ko Epaia azpimarratu behar da, C-266/96, *Corsica Ferries France S.A. vr. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto de Genova Coop.* eta beste batzuk (*Rec.*, 1998-6). Bertan esaten den bezala, emakidadunak legeak emandako monopolioaz gozaten duenean eskubide eskusiboa du, eta egoera menperatzailean aurkitzen da, hots, 82. artikulua aipatzen duen egoeran. Hau horrela dela hainbat epaik baieztatu du, adibidez 1998ko ekainaren 25eko Epaiak (C-203/96), 1991ko apirilaren 23ko Epaiak, *Höfner* eta *Elser* (C-41/90), 1991ko ekainaren 18ko Epaiak, *ERT* (C-260/89), 1991ko abenduaren 10eko Epaiak, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90) eta 1998ko otsailaren 12ko Epaiak, *12 Raso* eta beste batzuk (C-163/9). Baina jarrera menperatzailea ez doa, berez, Zuzenbide komunitarioaren aurka. Jarrera honen abusuzko erabilera da Hitzarmenaren 82. artikulua urratzen duena.

Edozein kasutan, Epaia honetan defendatutako doktrina nahiko eskuzabala da. Beste epai

batzuek diote eskubide eskusiboen bidez egoera menperatzailea gehiegikeriaz erabiltzeko arrisku soila Zuzenbide komunitarioaren aurka doala.

Lehiaren mugaketak Estatuko xedapen batean badauka bere jatorria, Hitzarmenaren 86.1 artikulua aplikatzen da⁹⁸.

Artikuluaren bigarren paragrafoa, urraketa- jatorria emakidadun baten jokabidean aurkitzen denean aplikatzen da. Dakigunez, bertan, Hitzarmenaren lehiaketa-arauen aplikazioa salbuestea ahalbideratzen da.

Xedapen hau ezinbestekoa da emakidak Zuzenbide komunitarioan duen eraentza juridikoa ulertzeko. Arau hau zuzeneko nahiz zeharkako kudeaketa motei aplikatzen zaie. Ez hori bakarrik, beste parte-hartze tekniketara ere aplikatu daiteke, hala nola, baimenei. Beraz, zerbitzuen emaleek Hitzarmenaren konkurrentzia arauak aplikatu behar dituzte, betiere aplikazio honek ez badu bere eginkizuna betetzea oztopatzen.

Laburbilduz, salbuespen honen aplikazioak, Zuzenbide komunitarioaren aplikazioak alegia, honako baldintza hauek exijitzen ditu:

a) Enpresak interes ekonomiko orokorreko zerbitzua kudeatu behar du.

b) Konpetentzia-arauen aplikazioak enpresak esleituta duen eginkizuna betetzea "galarazi" behar du ("*impedir*").

c) Zerbitzuak ez du komunitateko trukearen garapena ukitu behar.

3.5.1.3. Europako Hitzarmenaren printzipioen aplikazioa

Esan dugun bezala, zerbitzu publikoen emakidei Europako Hitzarmenaren printzipioak aplikatzen zaizkie. Europako Batzordeak, Komunikazio batean, printzipio hauek zehaztu ditu: Emakidei buruzko 2001eko apirilaren 29ko Komunikazioa (DOCE C 121 2001eko apirilaren 29koa)⁹⁹, non ez bereizketa, berdintasuna, gardentasuna, elkarrekiko onarpena (gaztelaniaz "reconocimiento mutuo") eta proportzionalitatea aipatzen diren¹⁰⁰.

95. ALONSO SOTO, R. "Los poderes públicos y la libertad de competencia (Análisis del artículo 90 del Tratado de la Comunidad Europea)", In: *Comunidad Europea Aranzadi*, 5. zkia.; 33. or. Hau da, hain zuzen ere, 1998ko ekainaren 18ko Epaian aztertutako kasua, C-266/96, *Corsica Ferries France S.A. vr. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto de Genova Coop. arl* eta beste batzuk (*Rec.*, 1998-6).

96. *Almelo* C-393/92 aip. Epaian (36. atala eta h.). Bertan esaten da emakidak ez dakarrela automatikoki nagusitasun-egoeraren abusua, baina Auzitegiak dioen bezala, emakidaduna nagusitasun-egoera duen enpresa-talde baten kide bada, abusu hau gerta daiteke.

97. RAMAJOLI, M. "Concessioni di pubblico servizio e Diritto comunitario..."; 585. or. eta h., eta DELVOLVÉ, P. "La concession de service public..."; 116-117 orr.

98. "Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive".

99. Ikus Komunikazio honen proiektua, 1999ko otsailaren 24koa.

100. Europako Erkidegoetako Auzitegiak printzipio hauen aplikazioaren harira egindako azterketan sakontzeko: MATTERA, A. "La communication interprétative de la Commision..."; 277. or. eta h.

Beraz, emakiden kasuan, Europako Zuzenbideak esleipen-prozedura arautu ez duenez gero, Zuzenbide komunitarioaren printzipioek balio handia dute. Egun, kontratu hauen osoko arauketa Estatu kideei dagokie PIÑAR MAÑAS eta HERNÁNDEZ CORCHETEK dioten bezala¹⁰¹, baina, *lege ferenda*, komenigarria litzateke Zuzenbide komunitarioak emakiden esleipena arautzea, esleipen-prozedurak konkurrentzia ez urratzea bermatzearen.

3.5.2. Zerbitzu publikoen emakidaren kontzeptua Zuzenbide komunitarioan

3.5.2.1. Zerbitzu publikoen emakidaren kontzeptua egun

Europako erakundeek ez dute emakidaren eraentza juridikoa arautzen duen direktibarik argitaratu. Europa mailan, kontratazio publikoa arautzen duten xedapenek zeharka bakarrik aipatzen dute emakida. Hala, herri-lanen direktibetan emakida kontratuen esleipena arautzen da, eta zerbitzu-kontratu publikoak arautzen dituzten direktibak argitaratzerakoan zerbitzu publikoen emakidak arautzea ere planteatu zen. Baina badirudi emakiden eraentza juridikoa konplexuegia dela, eta kontratu honen arauketa oraindik ez da burutu.

Gaia konplexua da, emakidak Estatu kideetan ezaugarri desberdinak dituelako. Frantzia da emakida gehien erabiltzen duen Estatua. Honek arazoak sortu ditu, Zuzenbide komunitarioak erabiltzen duen emakida kontzeptua Frantziakoa baino zabalagoa baita¹⁰². Are gehiago, Estatu batzuetan emakida ez da existitzen (Alemanian adibidez¹⁰³), eta beste batzuetan, nahiz eta jasota egon, ez da asko erabiltzen (ipar Estatuak eta saxoiak)¹⁰⁴. Testuinguru honetan, erraz antzeman daiteke zaila dela emakidaren definizio bateratua ematea.

Bestalde, emakidaren esleipen-prozesuak enpresen arteko lehia ahalbideratzen duen arren, bere kudeaketa ohituraz monopolioan egin da, eta honek zuzenean ukitzen ditu ordenamendu juridiko komunitarioaren ardatz nagusiak.

Baina hauek ez dira sortzen diren arazo bakarrik. Izaera formaleko arazoak ere sortzen

dira emakidak arautzeko aproposa den iturri juridikoa zehazterakoan: iturri idatziak edo jurisprudentzialak soilik, 95. artikuluko edo 86.3 artikuluko bidea erabiliz, etab.¹⁰⁵

Horretaz gain, emakidak, kontratu publiko batean oinarritzen bada ere, aurrerago azaldu dudana bezala, izaera bikoitza duela kontsidera daiteke.

Zuzenbide komunitarioan, bikoiztasun honetan, emakida zerbitzu publikoen kudeaketa-mota izateak lehentasuna du. Arazoa honako hau da: batetik, emakidak eskubide eskusibo baten esleipena suposatzen du eta, bestetik, botere publikoen pribilegioen egikaritzea. Kontzepzio honen adibide gisa, Kontseiluaren 93/38/CEE direktibaren 2.3 artikulua aipa daiteke. Bertan honela definitzen dira eskubide eskusiboak:

“Resulten de una autorización otorgada por una autoridad competente del Estado miembro de que se trate, en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto la reserva del ejercicio de una de las actividades definidas en el apartado 2 a una o más entidades”.

Definizio honen ildotik, eskubide eskusiboak hiru ezaugarri ditu:

a) Estatu kideen botere publiko eskudunen baimena galdatzen du. Baimen hau, gainera, legez araututako prozedura jarraituz eman behar da. Zentzu honetan, prozedura hau komunitatearen arauketatik at gelditzen da.

b) Komunitateari, aldiz, aipaturiko baimenaren ondorioak interesatzen zaizkio, hau da, jarduera jakin batzuk burutzeko sortzen den “erreserba”.

c) Erreserba honek jarduera konkretu batzuren gaineko ekimena gordetzen du, baina ez du bazterten jarduera hori hainbat eragile publikoen bidez burutzea.

Barbara MAMELI iritzi berdinekoa da. Bere ustez, zerbitzu publikoen emakidaren kontzeptu komunitarioa bi zentzutan uler daiteke¹⁰⁶:

a) Emakidaren edukia zerbitzu publikoa kudeatzea bada, hau da, botere publikoei estuki

101. “El contrato de obras en el ámbito de los sectores excluidos...”; 104. or.

102. Ikus DUBOS, J.F. “La concession de services publics français dans l’espace juridique européen”, In: *International*, martxoa, 1993; 37. or.; eta AUBY, J.F. “La delegation de service public: Premier bilan et perspectives”, In: *Revue de Droit Public*, 4 zkia., 1996; 1095. or. eta h.

103. MARCOU, G. “Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l’ouverture à la concurrence”, In: *Revue Française de Droit Administratif*, 11 zkia., 1995; 479. or. eta h.

104. BRECHON-MOULÈNES, C. “Rapport introductif”, In: *La concession de service public face au droit communautaire...*; 2. or.; DUBOS, J.F. “La concession de services publics français dans l’espace juridique européen...”; 37. or.

105. Zentzu honetan, AUBYk emakidaren eraentza juridiko bereziak hiru jatorri eduki ditzakeela kontsideratzen du: “salbuetsitako sektoreen” eraentza (“sektore bereziak”), 86.3 artikuluan oinarritutako direktibak eta, azkenik, komunitateko politika bereziak. Ikus “Perspectives d’évolution de la concession de service public...”; 99. or.

106. *Servizio pubblico e concessione...*; 468. or.

lotuta dagoen jarduera, Zuzenbide komunitarioak ez du kudeaketa-mota honengatik interesik adierazten.

b) Emakidaren edukia interes ekonomiko orokorreko zerbitzu baten kudeaketa bada (Hitzarmenaren 86.2 artikuluko salbuespena), Hitzarmenaren konkurrentzia arauak eta Europako Erkidegoetako Auzitegiak adierazitako printzipioak izango dira aplikagarri.

Bestalde, nahiz eta Europako Erkidegoetako Auzitegiaren jurisprudentziatik ezin den emakidaren kontzeptu bakarra ondorioztatu, zerbitzu publikoen emakida eta botere publikoen jardueraren arteko lotura antzeman daiteke.

Berriro ere, kontratazio publikoari buruzko direktiben aplikazioa salbuesten duten kasuak zehazterakoan sortzen diren kezka eta zalantzek zerbitzu publikoen emakidaren ezaugarriak zehaztera bultzatu dute. Gehienetan, Estatuak aipaturiko direktibak ez direla aplikatzen arrazoi-tzen saiatzeko dira. Jurisprudentzia hau aztertu ondoren, emakidaren bi ezaugarri ondorioztatu daitezke: a) emakidadunari erantzukizun publikoak eskualdatzen zaizkio, eta b) emakidadunak botere publikoaren egikaritzan parte hartzen du.

3.5.2.2. Emakidaren kontzeptu kontraktuale-rantz

Esandakoari kalterik sortu gabe, Zuzenbide komunitarioan emakidaren kontzeptua aldatzen ari dela sumatzen da. Kontratazio publikoari buruzko komunitate politiken esku, Europako erakundeek igarri dute emakida oso tresna baliagarria izan daitekeela merkatu bakarra ezartzeko eta, bide honetatik, emakida Europako garatze prozeduran kontuan hartzen hasi da¹⁰⁷.

Egun une garrantzitsu batean aurkitzen gara, non emakida eskubide eskusiboa baino gehiago dela argi geratu den.

Europako erakundeek antzeman dute bere arauketa beharrezkoa dela. Honela dio Europako Batzordeak. Organo honek hutsune hau bete beharra dagoela esan du, eta emakidan guztientzat komunak izango diren printzipio batzuk onartzeko konpromisoa hartu du. Batzordeak emakida arautzen ez duten direktibak aldatzeko asmoa

adierazi du¹⁰⁸. Erakunde honek eman duen azkeneko pausoa, argitaratu duen 2001eko apirilaren 29ko Komunikazio interpretatzailea da¹⁰⁹. Bertan, emakidaren izaera kontraktuala hartzen da aintzakotzat. Emakida egintza ofiziala da non:

“Una autoridad pública confía a un tercero –ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero– la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que este tercero asume el riesgo de explotación en su mayor parte” (2.4 atala).

Kontzeptu honetatik at gelditzen dira aginte publikoaren egikaritzan suposatzen duten jarduerak edo administrazioaren barnean ematen diren harremanak. Ikus dezakegunez, definizio hau Espainiako Zuzenbidean erabiltzen denaren antzekoa da. Administrazio publikoen kontratu Legearen 155.1 artikuluan (aurrerantzean LCAP) jasotako definizioan honako hau irakur dezakegu¹¹⁰.

3.5.2.3. Zerbitzu publikoen emakidaren kudeaketa monopolistikoa Zuzenbide komunitarioan. “Geometria aldakorrek emakidak”¹¹¹

Zerbitzu publikoaren bilakaeraren eraginez, Europako zerbitzu publikoen emakidak zenbait aldakuntza jasan behar ditu. Merkatu-arauak urratzen ez dituen zerbitzu publiko kontzeptua lor dezakegu, baina, hori lortu ondoren, kudeaketa-mota konkretuak lehia askea oztopatzen badu, egindako bidea alferrikakoa izango da, batez ere kudeaketa honek monopolio publikoa dakarrenean¹¹².

Zerbitzu publiko kontzeptua aztertzerakoan azaldu dudan bezala, zerbitzuaren osagai subjektiboa alde batera gelditzen ari da, eta bere ordean eduki objektiboa garrantzia irabazten doa. Osagarri objektibo honek nagusiki bi arlo ukitzen ditu: jardueraren unibertsaltasuna eta konkurrentzia-arauak.

Hori guztia zerbitzu publikoen kudeaketa-motetara zabal daiteke. Hautatutako kudeaketa-motak kompetentzia-arauak ukitzen ez dituen bitartean, ordenamendu juridiko komunitarioak ez du interes handirik adieraziko jardueragatik,

107. BRECHON-MOULÈNES: “Rapport introductif...”, 4-7 orr.

108. 1998ko martxoaren 11ko Batzordearen Komunikazioa: *La contratación pública en la Unión Europea*, COM (1998) 143 amaiera.

109. Ikus Komunikazio honen proiektua, 1999ko otsailaren 24koa.

110. “La Administración podrá gestionar *indirectamente*, mediante contrato, los *servicios de su competencia*, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen *ejercicio de la autoridad* inherente a los poderes públicos”.

111. TRIANTAFYLLOU irakasleak Zuzenbide komunitarioaren eraginez zerbitzu publikoen emakidak jasan behar dituen aldakei buruz hitz egiteko erabiltzen du kontzeptu hau. TRIANTAFYLLOU: “Évolutions de la notion de concession de service public sous l'influence de droit communautaire. A l'occasion de l'arrêt du 12.12.96 de la CJCE, British Telecom”, In: *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, zkia. 411, 1997; 558. or. eta 564. or. eta h.

112. MAMELI, B. *Servizio pubblico e concessione...*; 398. or.

Zuzenbide komunitarioak emakidengatik duen benetakoa interesaz azken honen eta monopolioaren arteko harremanari baitago lotuta.

Badirudi, hala ere, lotura hau eztabaidan jarri dela. Batetik, emakida esleitzerakoan konkurrentzia bermatuta dago (konkurrentzia sarreran); bestetik, jarduera eskaintzerakoan eragileen arteko lehia –mugatu– ahalbidera daiteke.

3.5.2.3.1. Konkurrentzia esleipenean

Europako agintariek ez dute, oraindik ere, zerbitzu publikoen emakiden esleipen-prozedura arautu. Hala ere, Europako Batzordeak zerbitzu publikoen emakiden aldeko apustua egin du, hauek merkatu-eragileen arteko lehiakortasuna sustatzen duten lehiaketa prozeduren bidez esleitzen direlako, zerbitzuaren kalitate eta errentagarritasuna hobetuz¹¹³. Frantzian, azken honi, zerbitzu publikoen delegazioaren inguruan *oligopole competitiv* deritzo¹¹⁴.

3.5.2.3.2. Konkurrentzia jardueraren egikaritzean

Jarduera egikaritzean konkurrentzia zentzu desberdinetan uler dezakegu. Emakidadunak jarduera kontratuan aurreikusitako moduan burutu behar du, gehiegikeriaz jardun gabe. Baina, konkurrentzia honen adibide garrantzitsuena, emakidaren egikaritzea eskusibitate gabe burutzea ahalbideratzen duena da.

Frantziako Zuzenbidean, BETTINGER, LE CHATELIER eta LA PEYREk, emakida konkurrentziarekin bateragarria den eskusibitatea ahalbidertzen duela diote¹¹⁵. Teoria ekonomikoak dioenaren arabera, enpresa batek, egoera honetan bere jarra menperatzailea gehiegikeriaz erabiltzeko joera du –prezioak igotzen adibidez–, baina aldi berean, emakidadunak ez dauka askatasunik zerbitzuaren truke edozein prezio eskatzeko.

Zerbitzua eskaintzerakoan, konkurrentzia bermatzeko hainbat bide jarrai daitezke:

a) Zerbitzu berbera emakidadun desberdinek emanez.

Hau da, hain zuzen ere, Europako Erkidegoetako Auzitegiak 1994ko apirilaren 27ko *Almelo* Epaian aztertzen duena (C-393/92, *Rec.*,

1994-4.), non Herbeheretako argi-indarraren kudeaketa aztertzen den. Estatu honetan argi-indarraren ekoizpena lau enpresen bitartez egiten da. Enpresa hauek beste enpresa komun baten akziodunak dira (*Samenwerkende Elektriciteits-Productiebedrijven NV* izenekoa). Energiaren banaketa erregio eta udal-mailan egiten da, erregio-enpresen bidez, eta, azken hauek, udalerriarren eremuko enprese bantzen diete energia (udalerriarren jabetzako enpresak), eta zenbait kasutan kontsumitzaileei. Kasu honetan, Auzitegiak onartzen du *Almelo* izeneko udalerrian jarduten zuen enpresak (*Energiebedrijf Ijsselmij NV*) ez zuela eskubide eskusiboa (31. atala).

b) Hirugarrenei sarean sartzeko eskubidea arrezagutzen, zerbitzua azpiegitura komun baten bidez edo zatitua eskaintzen denean. BRECHON-MOULÈNEsek formula hau aztertu du. Bere ustez, modalitate hau arriskutsua da. Zerbitzuaren eduki nagusia eta osagarria bereiztu behar dira, eta bereizketa hau egitea ez da erraza, zerbitzuaren finantzazioan eragin handia eduki dezakeelako¹¹⁶.

c) Udal-zerbitzua kudeatzen duen emakidadunarekin batera, jarduera ekimen pribatuak baimenez bidez kudeatuz. Hau da, hain justu ere, hileta-zerbitzuak emateko lan honetan proposatzen den bidea.

3.5.2.3.3. Udal-zerbitzu publikoen emakida Zuzenbide komunitarioan

Emakida kontzeptuak Zuzenbide komunitarioan eduki duen bilakaerak zuzenean eragiten du udal-emakidetan. Zuzenbide komunitarioaren eraginez, emakidak monopolioan kudeatzen direnean konkurrentziaren aurka doazela ikusirik, emakida merkatu-arauak beren osotasunean errespetatzen dituzten beste baliabide batzuk aplikagarri ez direnean bakarrik erabili behar dela pentsa daiteke¹¹⁷.

Bestalde, udal-zerbitzu publikoen egikaritzea ere Zuzenbide komunitarioaren menpe aurkitzen da. Ondorioz, Hitzarmenaren konkurrentziarauek aplikazioaren inguruan esandako guztia emakida bidez kudeatzen diren udal-zerbitzu publikoei aplikatzen zaie. Aurrekoa, betiere, muga batekin. Europako konkurrentzia-arauak emakidek merkatu komuna ukitzean dutenean aplikatzen dira; arrazoi honengatik, udal-emakida gehienak komunitateko konkurrentzia-arauetatik at egikaritutako direla esan dezakegu.

113. Batzordearen 1996ko azaroaren 27ko Komunikazioa: *Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones sobre el futuro*, COM (96) 583 amaiera. Ikus ere Europar Batzordearen Liburu Berdea: *Red de Ciudadanos. Cómo aprovechar el potencial del transporte público de viajeros en Europa*, Brusela, 1995eko azaroaren 25ekoa, COM (95), 601 amaiera, 95. atala. Aipaturiko azken agiri honen laburpenean, Batzordeak emakidak erabiltzeko formulak sustatuko dituela esaten da. Agiriak Frantzia bezalako Estatuetan emakiden erabilera izan duen arrakasta azpimarratzen du (93. atala eta eranskina). Ikus ere 2000ko apirilaren 29ko zerbitzu publikoen emakidei buruzko Komunikazio interpretatzailea. DOCE C 121 2000ko apirilaren 29koa (2000/C 121/02)... aip.

114. MAMELI. *Servizio pubblico e concessione...*; 522. or.

115. BETTINGER; LE CHATELIER; LA PEYRE. *Les nouveaux enjeux de la concession...*, 75-76. orr.

116. BRECHON-MOULÈNES. *Ibidem*, 11. or. eta h.

117. BERENQUER i REGUANT. "La influencia dels principis comunitaris en els serveis locals i seva recepció en el Reglament d'obres, activitats i serveis", In: FONT i LLOVET (zuzendaria). *Dret local. Ordenances, activitats i serveis*, Bartzelona, 1997, 531. or.

3.5.3. Emakidaren egokitasuna hileta-zerbitzuen kudeaketarako liberalizazioaren ondoren

Ikus ahal izan dugun bezala, emakida lokalaren eta monopolioaren arteko nahitaezko lotura hautsi egin da. Haustura honen bitartez, pixkanaka zerbitzu publikoaren merkaturatze-prozesua antola daiteke. Zerbitzu publiko eta jabari publiko-ko emakidaren arteko desberdintasun nabarmena, administrazioak, zerbitzuen emakidaren kasuan, jardueraren edukia duen interes berezian datza. Nahiz eta zerbitzua liberalizatuta egon, interes honek administrazioaren ikuskaritza eta zuzendaritza-ahalmenak mantentzea gomendatzen du. Baina esandakoak ez du adierazten ekimen pribatuarenganako mesfidantzarik. Aldiz, saihestu nahi dena erabiltzaile eta kontsumitzaileen segurtasun falta da, batez ere liberalizazioaren ondorengo lehenengo uneetan, non arauketa ezak hutsune nabarmenak sor ditzakeen.

Testuinguru honetan, zerbitzua emakiden bidez kudeatzea gomendagarria izan daiteke. Zerbitzua liberalizatzen denean jarduera arautu behar da, besteak beste, aurreko monopolioaren ordeztu izatera pribatuko monopolioa ezar ez dadin eta erabiltzaileak babesik gabe gera ez daitezten. Helburu hauek guztiak lortzea oso zaila da Estatuko legegileak hileta-zerbitzuen kasurako 6/1997 Errege Dekretu Legeak aurreikusi duen arauketa eskasarekin. Legegilea ekimen pribatuari sarrera ematera mugatu da, zerbitzuaren eskaintza merkatu-legeen esku utziz. Muga bakarra, zentzu honetan, udalerriek egin dezaketen arauketan aurkitzen da. Udal mailako kudeaketak, gainera, beste motatako arazoak sor ditzake. Adibidez, lehen aipatu den bezala, jarduera burutzeko proportziozkoak ez diren baldintzak betetzea inposatzen direnean.

Emakidak, honela burututako liberalizazioaren ondorio negatiboak gaintzera lagun gaitzake. TRIANTAFYLLOUK ere emakida jarduera progresiboki merkaturatzeko erabil daitekeela defendatzen du, eta eredu hau jarraitzen duten hainbat adibide jasotzen du¹¹⁸. Aipaturiko irakasleak, *concession dominante concurrence* eredu aipatzen du, non batetik eragile nagusia dagoen –gehienetan aurretik jarduera monopolioan ematen zuena–, zeinek merkatuaren zati garrantzitsuena kontrolatzen duen, eta bestetik “eragile sateliteak”. Azken hauek pixkanaka sartzen dira merkatuan.

Formula honek honako hau ahalbideratzen du:

Lehenengo, municipalizatuta zegoen udalerrietan, zerbitzuaren eskaintza pixkanaka merkatura egokitzen da.

Bigarren, Zuzenbide iragankorreko arazoak gaindi ditzake. Liberalizazioa burutu zenean emakida asko indarrean zeuden. Legegileak, ordea, ez zuen arazo hau aurreikusi. Beraz, irtenbide bat irudikatzen ez bada, emakida hauen iraungipen eraentza arautu beharko da.

Katalunian, hileta-zerbitzuen liberalizazioaren garapenerako onartu zen 2/1997 Legean, xedapen iragankorrak aurreikusten dira. Bertan, ordura arte eremu honetan jardun duten hileta-enpresei beraien eginkizunean jarraitzeko aukera ematen zaie. Horretarako, urte beteko epea ematen zaie jarduera 2/1997 Legean aurreikusitako baldintzetara egokitzeko (2. xedapen iragankorra).

Frantzian ere, liberalizazioak planteatzen zuen arazo hau aurreikusirik, 1993ko urtarrilaren 8ko Legeak (CGCT –eko 2223-44 L art.), monopolio konkurrentziara pasatzeko eraentza aurreikusi zuen. Legeak, zerbitzua zuzenean kudeatzen bazen (*régie*), bost urteko egokitzapen epea finkatzen zuen, eta emakidan kudeatzen bazen hiru urtekoa. Hori guztia, kontratuaren alde-bakarreko deuseztapenak, kontratistaren errurik gabe gertatzen denean, sortzen duen kalte-galeren ordainketa saihesteko.

Arazoa, liberalizatu ondoren jarduera uztea nola kalifikatzen den erabakitzean datza (hots, LCAP 168.b) artikuluko erreskatea edo desjabetzapena) eta liberalizazio-unean zerbitzua ematen duten enpresen aldeko kalte-galeren ordainketarako eskubidean¹¹⁹. GÓMEZ-FERRER MORANTEk, adibidez, desjabetzapen kasua dela defendatzen du, eta, ondorioz, indemnizatu egin behar dela dio. NIETO GARCÍAK, aldiz, ez du desjabetzapen-kasua denik onartzen. Desjabetzapen-izaera duen egintza legegilea dela mantentzen du, eta bere kasuan indemnizatu beharko dena. Kalte-ordaina jasotzeko eskubidea ez da, beraz, automatikoki sortuko.

Horretaz gain, jarduera zerbitzu publikoa denez gero, administrazioak bere eskaintzaren erantzukizuna mantentzen du.

Azkenik, udalerriek zerbitzuaren tarifak finkatzea ahalbideratzen du, eta dirulaguntzak ematea erabaki dezake emakidaren finantza orekak horrela galdatzen duenean¹²⁰. Dirulaguntza hauek

118. Ikus “Évolutions de la notion de concession de service public...”, 561. or.

119. ESQUERDA ROSET. “La reglamentación dels servei funeraris...”; 6. or. FERNÁNDEZ FARRERESentzat zerbitzuaren ezabapena gertatzen da eta, zentzu honetan, kalte-galera ordaindu beharko liriateke. Ikus “Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: defensa de la competencia, precios y servicios municipales...”; 241. or.

120. ESQUERDA ROSET. “La reglamentación dels servei funeraris...”; 7. or.

ez dute konkurrentzia ezabatuko. Sozial arloko kontsiderazioekin lotuta daudenez, Erromako Hitzarmenaren 86.2 artikulua erekin bateragarriak kontsidera daitezke¹²¹.

Esandakoa laburbilduz, emakiden bidez kudeatutako hileta-zerbitzu liberalizatuak, zerbitzua emakidadun desberdinek eskaintzea ahalbideratuko luke (emakida pluraltasuna) edo merkatu askean jardun beharko lukeen emakidadun bati esleitzea. Eta, horrek guztiak, jarduera zerbitzu publikoa definitzen duen ukanbeharrak betetzearen mesedean eragiten du.

4. Ondorioak

Hileta-zerbitzuak, ohituraz eksklusibitatez emandako udal-eskuduntzako zerbitzuak dira. Are gehiago, errentagarritasun handiko zerbitzuak dira. Hori dela eta, bere liberalizazioa esanguratsua da, izan ere, jarduera hau, bere edukia kontuan hartuta, ez baita nahitaez monopolio naturala osatzen dutenatarikoa, eta argi dago bere prestaketa eksklusibitatez arrazoi finantzieroengatik soilik erabakitzen zela.

Zerbitzu hauen liberalizazioa erabaki garrantzitsua da. Batetik, beste zerbitzu lokalak eskaintza merkaturatzerako bidea irekitzen duela eta, bestetik, zerbitzu publikoaren ezaugarriak monopolioa eta ekimen publikoa osatzen ez duten beste tresnen bidez lortzeko ahalegina ordezkatzeko duelako.

7/1996 Errege Dekretu Legearen bidez burututako liberalizazioak hileta-zerbitzua arauketaren esku uzten du. Baina honek ez du jarduera zerbitzu publiko bezala kalifikatzea galarazten. Jarduera honek zerbitzu publikoa osatzen du, erreserbatik at aurkitzen den zerbitzu publikoa alegia. Ondorioz, botere publikoek zerbitzuaren gaineko erantzukizuna mantentzen dute. Erantzukizun hau udal-arauketan isla daiteke, non hileta-enpresaren betebeharrak, jardueraren ezaugarriak eta erabiltzaileen eskubideak aurrei-

kus daitezkeen. Nahiz eta legeria sektoriala indarrean egon –osasuna eta garraioa arautzen duena batez ere–, udalak jarduera arautzeko ahalmena du, eta bere “zerbitzu publikotasuna” bermatzeko oso interesgarria izan daiteke udal-mailako eraentza.

Nahiz eta aipaturiko Errege Dekretu Legeak baimena aurreikusi arauketaren teknika bezala, zerbitzu publiko izaten jarraitzen duenez, udalerriek hileta-zerbitzuak eman ditzakete, horretarako udalerrien legeriak –LBRLk batez ere– aurreikusten dituen zerbitzu publikoaren kudeaketa-motak erabiliz.

Ildo honetatik, hileta-zerbitzuen kudeaketarako bereziki aproposa izan daitekeen kudeaketa-mota daukagu gure artean: zerbitzu publikoaren emakida. Behin emakida eta monopolioaren arteko ezinbesteko lotura gainditu denean, korporazioak hileta-zerbitzuen eskaintza hainbat emakidaduni esleitzen diezaioke. Honela, jardueraren gainean, hots, zerbitzu publikoaren gainean, udal-ikuskaritza eta erantzukizuna bermatzen dira, eta, aldi berean, zerbitzuaren merkaturatzea. Emakida esleitzerakoan bermatzen den konkurrentzia alde batera utzita, emakida hau denbora berdinean eta toki berean emakidadun desberdinei esleitzeko aukerak daude, eta honek, zerbitzuaren merkaturatzea pixkanaka egitea ahalbideratuko luke.

Emakida, gainera, Zuzenbide iragaitzako arazoak gainditzeko lagungarri izan daiteke. 6/1997 Errege Dekretu Legeak ez du *vacatio legis*-ik aurreikusten, eta honek Konstituzioak bermatutako segurtasun juridikoa zalantzan jartzen du, zerbitzuaren erabiltzaileen eskubideak ukituz.

Edozein kasutan, hileta-zerbitzuak liberalizatu egin dira. Aurrerantz, beren kudeaketa erabiltzaileen mesederako izan dadin tresnak bilatzean datza gure lana. Zentzu honetan, emakiden bidez kudeatzeko hemen egiten den planteamendua proposamen apal bat baino ez da. Denborak esango digu liberalizazioaren erabakia eta exekuzioa zuzenak izan diren edo ez.

121. Zentzu berdinean, ikus GÓMEZ-FERRER MORANT, ESQUERDA ROSETek aipatuta: *Ibidem.*, 8. or.