

INFORME DE REGULACIÓN

<u>Nº Informe:</u>	IR 28/2017
<u>Norma:</u>	Ordenanza de servicios funerarios de Barcelona
<u>Fecha Informe:</u>	10 de mayo de 2017

1. PRELIMINAR

1.1. Antecedentes

El presente documento constituye el Informe de Regulación de la nueva Ordenanza de servicios funerarios de Barcelona (en adelante, la Ordenanza), aprobada inicialmente por la Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona el pasado 22 de marzo, y ha sido emitido por la *Autoritat Catalana de la Competència* (en adelante, ACCO) en fecha 10 de mayo de 2017, en base a las competencias atribuidas por la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la ACCO (en adelante, Ley 1/2009).

El objeto del documento es analizar si la nueva Ordenanza de servicios funerarios introduce restricciones a la competencia y, si este es el caso, evaluar si las mismas se adecuan a los principios de necesidad y proporcionalidad, y al resto de principios de una buena regulación económica desde el punto de vista de la competencia.

Se trata de un informe *ex-ante*, emitido con anterioridad a la aprobación definitiva de la nueva Ordenanza por parte del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, y dentro del periodo de información pública abierto como consecuencia de su aprobación inicial.

Este documento se basa en el análisis del texto de la Ordenanza aprobado inicialmente, disponible en la página web del Ayuntamiento de Barcelona¹, así como a la consulta de la normativa y de algunos documentos públicos sobre la materia.

1.2. Competencias de la ACCO

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC), define el contenido material del derecho de la competencia y tiene en cuenta el sistema plural de organismos de la competencia derivado del marco competencial de la Constitución Española. En el ámbito catalán, el Estatuto de Autonomía de Catalunya, aprobado por la Ley orgánica 6/2006, del 19 de julio, establece, en el artículo 154, las competencias de la Generalitat en el ámbito de la promoción y

¹ <http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/ca/tramitacio-de-lordenanca-de-serveis-funeraris-de-lajuntament-de-barcelona>

defensa de la competencia. El desarrollo de este precepto se encuentra en la Ley 1/2009.

El artículo 2.4 de la Ley 1/2009 establece las funciones de la ACCO². Estas se pueden clasificar en dos grandes ámbitos que son: defensa de la competencia y promoción de la competencia. Las actividades de fomento y promoción de la competencia tienen como objetivo propiciar un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas. La elaboración de este Informe de Regulación forma parte, pues, de las competencias que ostenta la ACCO, de conformidad con el objeto que la propia Ley 1/2009 le reconoce en el artículo 2.1 y de las funciones que tiene atribuidas según los artículos 2.4 y 8.1.b) de la misma Ley.

1.3. La evaluación del impacto competitivo de la regulación

Las administraciones públicas intervienen en la economía cuando, en ejercicio de su potestad normativa, producen disposiciones que regulan la actividad económica. Esta intervención pública mediante la creación de regulación económica se justifica por la existencia de fallos de mercado o por la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos. Sin embargo, esta intervención en algunos casos puede obstaculizar el desarrollo de las actividades objeto de regulación; cuando eso sucede nos encontramos frente a una intervención limitadora de la competencia en un sector de actividad determinado que hará falta justificar y motivar³.

El análisis de competencia que se expone a continuación se ha realizado sobre la base de los principios básicos internacionalmente aceptados para establecer una regulación eficiente y favorecedora de la competencia:

- (1) Principio de necesidad y proporcionalidad (justificación de la restricción)⁴
- (2) Principio de mínima distorsión (justificación de los instrumentos utilizados)⁵
- (3) Principio de eficacia⁶
- (4) Principio de transparencia⁷

² Artículo 2.4 de la Ley 1/2009: “La Autoridad Catalana de la Competencia, de acuerdo con el Estatuto y la legislación en materia de competencia, ejerce las funciones de instrucción y resolución de los expedientes sobre los diversos asuntos derivados de la defensa de la competencia; en el ámbito de la promoción de la competencia, las funciones de informe de regulación, que consisten en informar –ex ante o ex post- sobre la adecuación de la regulación y la actuación sectoriales a los principios de libre competencia, y las funciones de análisis que comprenden, entre otras, la investigación de los diversos sectores económicos, por lo que respecta a las situaciones contrarias a la competencia y la elaboración y la difusión de estudios relacionados con la competencia. Asimismo, ejerce las funciones de arbitraje” (el subrayado no consta en el original).

³ La OCDE ha configurado y hecho público un juego de herramientas para la valoración de la competencia conformado por 3 volúmenes (Principios, Guía y Manual de operaciones): <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>

⁴ El principio de necesidad implica que toda norma que introduzca restricciones a la competencia debe venir precedida de una definición de sus objetivos y de una clara justificación de la introducción de las restricciones (existencia de una relación de causalidad entre la restricción a la competencia y la consecución del objetivo).

El principio de proporcionalidad pretende evitar que los instrumentos en los que se materializa la restricción supongan sólo una mejora relativa o marginal en términos de bienestar social pero que, al mismo tiempo, generen un grave daño a este debido a las importantes restricciones a la actividad económica que imponen.

⁵ El principio de mínima distorsión implica que, entre los instrumentos posibles para alcanzar un objetivo determinado, se debe escoger aquel que suponga la mínima afectación negativa a la competencia.

⁶ El principio de eficacia supone la capacidad de la norma de alcanzar los objetivos o efectos que se desea.

(5) Principio de predictibilidad⁸

La ACCO ha asumido estos principios como orientadores de su actuación en la elaboración de Informes de regulación y los ha incorporado en su *Metodología para Evaluar el Impacto Competitivo de las normas (EIC)*⁹.

La tarea de evaluación del impacto competitivo consta, básicamente, de tres etapas:

- (i) Identificar las principales restricciones a la competencia que contiene la norma.
- (ii) Analizar si las restricciones a la competencia introducidas están justificadas para la consecución de los objetivos que persigue la norma, según los principios de necesidad y proporcionalidad, y el resto de principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia.
- (iii) En el caso de que las restricciones estén justificadas, comprobar, aplicando el principio de mínima distorsión, que no existen alternativas menos restrictivas de la competencia que permitan alcanzar el objetivo deseado.

Una vez acreditada la existencia de una restricción a la competencia en el punto (i), habrá que distinguir si se trata de restricciones prohibidas¹⁰ o bien evaluables. En caso de tratarse de restricciones evaluables, se procederá a llevar a cabo las fases (ii) y (iii). La no superación de las etapas (ii) y /o (iii) comportará la recomendación, por parte de la ACCO, de no establecer o bien de suprimir aquella restricción. El objetivo final es, pues, evitar la introducción de restricciones innecesarias o desproporcionadas en el funcionamiento de los mercados, obteniendo una regulación más eficiente desde el punto de vista de la competencia, sin renunciar a las finalidades públicas perseguidas por la norma.

2. EL MERCADO DE LOS SERVICIOS FUNERARIOS

2.1.El proceso de liberalización de los servicios funerarios: marco normativo

Con el fin de analizar la Ordenanza aprobada inicialmente se debe tener en cuenta la diversidad de normas, tanto estatales como autonómicas, que se han adoptado a lo largo de los últimos casi 20 años, periodo en el cual se ha producido un proceso de liberalización progresivo del sector de los servicios funerarios.

En este sentido, hay que recordar que hasta la aprobación del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (en adelante, RDL 7/1996), los servicios

⁷ El principio de transparencia implica la existencia de transparencia y claridad en el marco normativo, en el proceso de elaboración de las normas y en su ejecución.

⁸ El principio de predictibilidad comporta ofrecer a los operadores un marco estable y sólido, sin incertidumbres, que les proporcione seguridad jurídica.

⁹ Se trata de la Metodología de Evaluación del Impacto Competitivo de las normas que la ACCO aplica, principalmente en la elaboración de los Informes de Regulación, sin perjuicio que también la pueda aplicar en los informes que realice sobre la actuación de las administraciones públicas. La Metodología se puede consultar en el sitio web de la ACCO (<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-limpacte-competitiu-de-les-normes>)

¹⁰ Por ejemplo, pueden ser restricciones prohibidas aquellas contrarias a normas de rango superior o a las prescripciones de normas comunitarias. Asimismo, hay que recordar que las restricciones a la competencia que se introduzcan a las normas deberán disponer de una cobertura suficiente en una norma con rango de ley, de conformidad con el artículo 53.1 de la CE, en relación con el artículo 38 de la CE.

funerarios estaban reservados a las entidades locales, que los prestaban en régimen de monopolio. Esta situación encontraba amparo legal en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que declaraba la reserva a favor de las entidades locales de determinados servicios “esenciales” (artículo 86.3), entre los cuales figuraban los servicios mortuorios.

El RDL 7/1996 liberalizó la prestación de los servicios funerarios, en el sentido que suprimió la consideración de los servicios mortuorios esenciales reservados a las entidades locales, pero, en cambio, permitió que los ayuntamientos sometieran a autorización la prestación de estos servicios (artículo 23). Esta autorización se estableció con carácter reglado y de *numerus apertus*, en el sentido que se debía conceder a todo el solicitante que reuniera los requisitos para obtenerla.

En Catalunya, se adoptó la Ley 2/1997, de 3 de abril, sobre servicios funerarios (en adelante, Ley 2/1997). En esta ley se definían los servicios funerarios como servicio esencial de interés general y establecía que podían ser prestados tanto por la Administración, como por empresas públicas y privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos (artículo 1). Asimismo establecía, sólo en el caso de las empresas privadas, la necesidad de obtener una autorización del municipio en el cual se quisieran prestar los servicios funerarios.

La Ley 2/1997 estableció unos principios generales que los ayuntamientos debían respetar a la hora de elaborar sus ordenanzas o reglamentos reguladores, en ejercicio de sus competencias, del otorgamiento de las autorizaciones para prestar estos servicios¹¹. En este sentido, la ley, en su redacción inicial, dio cobertura legal al establecimiento de requisitos relativos al personal, vehículos, féretros y otros medios indispensables. También estableció que las normas locales podían exigir a las empresas funerarias la prestación del servicio de tanatorio (con un número de salas determinado), disponer de un local propio al término municipal, y previó que el transporte del cadáver sólo podía ser realizado por una empresa autorizada en el municipio de origen (lugar de defunción) o en el municipio de destino (lugar de inhumación o cremación).

Posteriormente, a nivel estatal, se aprobó la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad (en adelante, Ley 24/2005) que estableció un sistema de autorización municipal única con eficacia en todo el territorio estatal para realizar la actividad de traslado de cadáveres (artículo 23, de carácter básico). Mediante este sistema, la autorización concedida por cualquier ayuntamiento era título habilitante suficiente para realizar el traslado de cadáveres y, por lo tanto, cualquier empresa autorizada podía llevar a cabo esta actividad.

Poco tiempo después, en diciembre de 2006, tuvo lugar la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios). Esta norma impuso un nuevo marco regulatorio para las actividades de servicios, incluidos, por lo tanto, los servicios funerarios, el cual propugna el establecimiento de regímenes de control administrativo *ex post*, una vez la actividad ya se ha iniciado, en lugar de controles *ex ante* que actúan como barreras de entrada, a menudo innecesarias y/o desproporcionadas. Así pues, según este nuevo marco, el establecimiento de

¹¹ Para el caso de los municipios sin Ordenanza o reglamento de servicios funerarios propios, se adoptó el Decreto 209/1999, de 27 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento, con carácter supletorio, de los servicios funerarios municipales.

regímenes de autorización es excepcional, y sólo podrá establecerse si este régimen obedece a razones imperiosas de interés general (principio de necesidad) y si cumple con los principios de no discriminación, proporcionalidad y mínima distorsión. Adicionalmente, se establecen una serie de requisitos prohibidos, que no se pueden exigir en ningún caso a los prestadores de servicios (ya sea para acceder a la actividad o bien para ejercerla) y respecto del resto de requisitos, estos también tienen que respetar los principios mencionados.

De vital importancia para una plena liberalización de los servicios funerarios resulta el principio relativo a la eficacia territorial de las autorizaciones establecido en la Directiva de Servicios, en base al cual la obtención de una única autorización debe permitir la realización de todas las actividades en cualquier punto del territorio nacional¹².

A nivel estatal, la Directiva de Servicios fue transpuesta, principalmente, mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009), y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios (en adelante, Ley 25/2009)¹³.

La Ley 17/2009, norma básica de carácter transversal (y, por lo tanto, aplicable también a los servicios funerarios) prevé, siguiendo la línea impuesta por la Directiva de Servicios, que cualquier medida que suponga una limitación en el acceso o ejercicio a una actividad de servicios como, por ejemplo, un régimen de autorización, debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general, debe ser proporcionada y no discriminatoria. Respecto de la eficacia territorial de las autorizaciones obtenidas, la misma dispone que *“cualquier prestador establecido en España que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional”* (artículo 4.2).

Finalmente, en Catalunya se adoptó el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que modificó, entre otras normas, la Ley 2/1997 con el fin de adaptarla a las prescripciones de la Directiva mencionada.

Así pues, la versión actual de la Ley 2/1997, con redactado vigente desde el año 2010, reconoce la eficacia, a todo el territorio catalán, de la autorización de la actividad de transporte funerario y de las funciones que le son asociadas (suministrar el féretro y realizar las prácticas higiénicas en el cadáver), así como de la gestión de los trámites

¹² Artículo 10.4 de la Directiva de Servicios: *“La autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite en una parte específica del territorio”*.

¹³ La Ley 25/2009 modificó diversas normas estatales, con rango de ley, a las prescripciones de la Directiva de servicio. Respecto de los servicios funerarios, la Disposición adicional séptima de esta ley estableció que, en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, el Gobierno del Estado debía realizar un estudio sobre los servicios funerarios y proponer los cambios normativos necesarios para garantizar la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios, así como para impulsar la eliminación de otros obstáculos derivados de la normativa vigente. En cumplimiento de esta disposición, en junio de 2010, se hizo público el Estudio sobre los servicios funerarios en España, elaborado por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Sanidad y Política Social. Parte de las recomendaciones de este Estudio se concretaron en el Proyecto de Ley de servicios funerarios, aprobado por el Consejo de Ministros de fecha 17 de junio de 2011, el cual delimitaba las condiciones y requisitos a los cuales se debían someter los prestadores de servicios funerarios, y eliminaba buena parte de las restricciones injustificadas que todavía, a día de hoy, dificultan el acceso y ejercicio de la actividad. Aun así, el Proyecto de Ley estatal de servicios funerarios decayó como consecuencia de la finalización de la legislatura.

administrativos preceptivos. Por este motivo, la ley prevé que la empresa funeraria debe obtener sólo la autorización del municipio donde está establecida, y no en aquellos donde quiera realizar sus actividades.

Asimismo, permite que las ordenanzas y reglamentos municipales sigan estableciendo requisitos mínimos relativos a los medios materiales y personales de estas empresas, pero tales requisitos sólo se podrán exigir con la finalidad de garantizar la calidad del servicio. Adicionalmente, estos requisitos deberán ser proporcionados y respetar la libre competencia. Finalmente, y como hecho destacable, la Ley 2/1997 elimina la posibilidad de exigir a los operadores la prestación del servicio de tanatorio y disponer de un local propio en el término municipal, de manera que desaparece la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan exigir estos requisitos vía ordenanzas o reglamentos municipales.

2.2. Funcionamiento del mercado de los servicios funerarios

Aunque el sector de los servicios funerarios ha sido objeto de importantes reformas normativas encaminadas a alcanzar la plena liberalización del mismo, la introducción de competencia en este mercado ha producido unos efectos todavía muy escasos.

Diversos factores explican esta realidad. En primer lugar, se puede afirmar que, en términos generales la normativa municipal no ha recogido de manera adecuada estas reformas normativas e, incluso, ha mantenido determinados aspectos que eran radicalmente contrarios a las mismas. Si bien en aplicación del principio de jerarquía normativa todas las novedades legislativas anteriormente mencionadas son directamente aplicables en el caso de conflicto con una norma municipal contraria, una de las claves de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia es contar con un marco normativo claro y preciso que otorgue plena seguridad jurídica a los operadores económicos. Por lo tanto, disponer de una normativa municipal plenamente adaptada y sin contradicciones es, pues, de vital importancia y el primer paso para disfrutar de un marco regulador procompetitivo.

Ahora bien, el déficit de competencia en este segmento de actividad también es debido a las características propias del mercado, aspecto que ha sido analizado en numerosas ocasiones por esta y otras autoridades de competencia¹⁴. En concreto, se pueden mencionar los siguientes factores:

- Por lo que respecta a la demanda, esta es relativamente estable y con una baja elasticidad respecto del precio, dado que se trata de una demanda forzosa, de primera necesidad, que se produce, en muchas ocasiones, de forma imprevista y que requiere una decisión rápida, en un momento de máxima emotividad. Al mismo tiempo, la falta de experiencia a menudo supone que la decisión de compra se tome sin información previa sobre estos servicios y, por comodidad, buscando un proveedor que ofrezca un servicio integral.

Todos estos aspectos hacen que los usuarios no comparen ofertas de diferentes prestadores de servicios funerarios, que el poder de negociación de

¹⁴ Por ejemplo, el documento, elaborado el año 2007, por la anterior Dirección General de Defensa de la Competencia, [Estudio sobre la competencia en el sector de los servicios funerarios en Cataluña](#); el informe, de 28 de junio de 2010, de los ministerios de Economía y Hacienda y de Sanidad y Política Social, [Estudio de los servicios funerarios en España](#), y el documento elaborado por la ACCO, el año 2011, [Observaciones sobre la incidencia que podrían tener determinadas medidas en el nivel de competencia de los servicios funerarios](#).

los prestadores del servicio sea alto, y que a menudo la asimetría informativa suponga (i) que no tenga lugar realmente una libre elección de la empresa funeraria y que (ii) se trate de una demanda inducida por el ofertante, que incluye servicios que posiblemente la familia del difunto no desearía contratar.

Además, el hecho de que una parte de la población cuente con una póliza de seguro de deceso, provoca que a menudo sea la compañía aseguradora la que escoge la empresa funeraria que prestará los servicios funerarios sin que el consumidor y/o usuario haga uso de su derecho a escoger empresa prestamista de este servicios.

- Por lo que respecta a la oferta, está muy atomizada ya que la mayor parte de las empresas del sector son pequeñas y medianas empresas, de carácter familiar, que operan en áreas geográficas muy concretas. En cada área hay un alto grado de concentración de la oferta, pues en muchos municipios existen sólo uno o dos operadores.

Junto con estas empresas de carácter local, cada vez es más fuerte la presencia de grandes operadores como Mémora Servicios Funerarios o, en el caso de Catalunya, Àltima Serveis Funeraris Integrals. Se trata de operadores con capacidad económica elevada y que han llevado a cabo de manera sistemática procesos de adquisición de pequeñas empresas funerarias locales.

Finalmente, no se puede olvidar que los escasos efectos de la liberalización en este sector han sido también consecuencia del comportamiento de los operadores económicos incumbentes que, en muchas ocasiones, se han resistido a la introducción de competencia en este mercado. En este sentido, es público y notorio que en numerosos casos operadores del sector funerario han sido sancionados, desde la perspectiva de defensa de la competencia, por desarrollar prácticas anticompetitivas.

En cualquier caso, se considera especialmente necesaria la existencia de una competencia efectiva en el mercado, de manera que el cliente o usuario de los servicios funerarios pueda realmente hacer efectivo su derecho a escoger tanto (i) la empresa funeraria que desea como (ii) las prestaciones concretas que quiere contratar, a un precio que sea fruto del juego de la libre competencia.

Establecida la necesidad de que los servicios funerarios se presten con mayores niveles de competencia que lo que está sucediendo actualmente, hay que abordar su regulación a nivel municipal, la cual debe fundamentarse básicamente en los postulados de la Directiva de Servicios¹⁵ y su transposición a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley estatal 17/2009 consistentes en facilitar el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios.

En este sentido, estas normas priorizan los controles *a posteriori* de las actividades, una vez ya se han iniciado, con el fin de evitar que los controles administrativos se conviertan en barreras en la entrada de nuevos operadores innecesarias y/o desproporcionadas. De esta manera, sólo se contempla el establecimiento de

¹⁵ Hay que tener presente que las previsiones sobre el libre establecimiento y sobre la libre prestación de servicios que contiene la Directiva de Servicios tienen unos efectos positivos evidentes sobre las condiciones de competencia en los mercados afectados. Por lo tanto, hay una coincidencia entre las finalidades de la Directiva de Servicios y la promoción de la competencia que impulsa la ACCO, por lo que respecta a la voluntad de eliminar obstáculos injustificados en el acceso y ejercicio de las actividades económicas.

controles previos, como es el caso de los regímenes de autorización administrativa, en supuestos muy excepcionales: sólo cuándo este obedezca a razones imperiosas de interés general y cumpla, además, con los principios de proporcionalidad y mínima distorsión.

Respecto de los servicios funerarios, la Ley 2/1997, incluso después de la modificación a la que fue objeto el año 2010 para adaptarla a la Directiva mencionada, somete el inicio de la actividad a la obtención de una autorización municipal. Así, el artículo 7.2 de la Ley 2/1997 establece que *“las empresas privadas de servicios funerarios deben obtener la autorización del ayuntamiento del municipio donde están establecidas”*. Así pues, los ayuntamientos pueden regular la obtención de estas autorizaciones.

Una vez obtenida la autorización (o, en otros casos, satisfechas las exigencias determinadas por las leyes con el fin de acceder a una determinada actividad, que pueden ir desde la no intervención hasta la exigencia de efectuar una comunicación previa y/o declaración responsable), esta autorización es válida en todo el territorio español y permite, por lo tanto, llevar a cabo todas las actividades incluidas en los servicios funerarios, en este caso, en cualquier otro municipio, sin que se puedan imponer vía Ordenanza requisitos que condicionen o dificulten el ejercicio de la actividad en un municipio en concreto.

Adicionalmente, habrá que evaluar los requisitos o condiciones que se exijan para la obtención de las autorizaciones administrativas que se establecen. En este sentido, aunque una autorización administrativa para ejercer una actividad sea por sí misma una restricción, justificada o no, a la competencia, esta lo será en menor o mayor grado en función del tipo de requisitos exigidos. Por lo tanto también estos requisitos, en tanto que restricciones a la competencia que suponen una barrera de entrada en el mercado, deben cumplir determinadas condiciones:

1. No pueden ser discriminatorios, deben estar justificados por una razón imperiosa de interés general y no ir más allá de lo que resulte necesario (ser proporcionados).
2. Adicionalmente, deben ser claros e inequívocos, objetivos, transparentes y accesibles, y deberán haber sido hechos públicos con suficiente antelación.

3. ANÁLISIS DE LA ORDENANZA DE SERVICIOS FUNERARIOS DE BARCELONA

3.1. Consideraciones previas sobre el carácter altamente restrictivo de la competencia de la Ordenanza de servicios funerarios de Barcelona de 1997

Tal como se ha visto en este documento, el sector de los servicios funerarios ha sido objeto de importantes reformas normativas que han tenido por objeto la plena liberalización del mismo; no obstante, esta liberalización ha producido unos efectos muy escasos y, en general, se ha considerado como deficiente el actual nivel de competencia existente en este mercado.

Como hemos señalado en el apartado anterior, y hemos repetido en diversas ocasiones¹⁶, uno de los motivos o factores que en opinión de la ACCO pueden explicar esta realidad es que, en general, la normativa municipal no ha recogido de manera adecuada estas reformas normativas. No obstante, también hay que reconocer la tarea de aquellos ayuntamientos catalanes que, a lo largo de los últimos tiempos, han reformado, o han iniciado los trámites para hacerlo, las respectivas ordenanzas y reglamentos municipales con el fin de adaptarlos al nuevo marco legal y eliminar aquellos aspectos injustificadamente restrictivos de la competencia.

Este es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Barcelona, de especial relevancia tanto por el elevado número de servicios funerarios que se prestan a la ciudad como por el hecho de que cuenta con una ordenanza de servicios funerarios muy restrictiva de la competencia, la cual probablemente ha dificultado la implantación de nuevos operadores y, por lo tanto, no ha contribuido a modificar la actual situación oligopolística del mercado de los servicios funerarios en Barcelona. Evidentemente, no es el único motivo que explica este déficit de competencia en el mercado ya que, como hemos señalado, también es debido tanto a las características propias del mercado como del comportamiento de los operadores ya presentes en el mismo.

La Ordenanza reguladora de los servicios funerarios de Barcelona de 1997 (en adelante, Ordenanza de 1997), vigente hasta que se apruebe definitivamente la Ordenanza objeto de análisis en este documento, se caracteriza pues por contener importantes restricciones a la competencia contrarias, además, al actual marco legal de la actividad, como:

- Establecimiento de un régimen de autorización administrativa para cualquier operador que quiera prestar los servicios funerarios en la ciudad.
- Obligación de prestar el servicio de tanatorio.
- Establecimiento de determinados requisitos de solvencia económica (capital mínimo o garantía de 600.000 €) y profesional (un mínimo de 5 años de experiencia en el ejercicio de la actividad) con el fin de poder ejercer la actividad en Barcelona.
- Exigencia de determinados requisitos de medios personales y materiales, especialmente los relativos a las instalaciones de tanatorio, por ejemplo:
 - Mínimo de 12 salas de velatorio.
 - Almacén de féretros, con sitio para almacenar ataúdes y urnas, con un stock mínimo para cinco días de mortalidad media en Barcelona.
 - Oratorio con una capacidad mínima de 100 personas sentadas.
 - Local para el estacionamiento de los vehículos de visitantes con una capacidad mínima para 100 vehículos y ubicado en el mismo edificio del tanatorio o en una zona anexa o inmediata.

¹⁶ Ved, por ejemplo, la [Guía para la adecuación de las ordenanzas y reglamentos municipales sobre servicios funerarios en términos de competencia](#), publicada por la ACCO en julio de 2016.

- Almacén general, adicional al almacén de féretros, con capacidad para un stock mínimo de 200 ataúdes.
- Reserva de la actividad de transporte funerario a favor de los operadores autorizados en Barcelona, cuando se trate de la conducción del cadáver dentro del término municipal, o a favor de las autorizadas en Barcelona o en el municipio de origen o destino, cuando se trate de la conducción o traslado de Barcelona hacia otros municipios y viceversa.
- Reserva de los servicios de suministro de féretros, urnas y acondicionamiento sanitario a favor de los operadores autorizados en Barcelona cuando el lugar de defunción esté ubicado en esta ciudad.

En términos generales, todos estos aspectos desaparecen en la Ordenanza aprobada inicialmente el pasado 22 de marzo de 2017 por la Comisión de Presidencia, Derechos de Participación y Seguridad y Prevención del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona. Por otra parte, se aumentan las previsiones relacionadas con la transparencia en la actuación de los operadores de servicios funerarios así como aquellos aspectos vinculados a los derechos de los consumidores y usuarios de los mismos.

La nueva regulación de los servicios funerarios en Barcelona, como ya ha sucedido en otros municipios de Catalunya, supone la adaptación de esta normativa a los postulados de la Directiva de Servicios y la normativa de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, tarea pendiente desde el año 2010.

3.2. Análisis de aspectos concretos de la Ordenanza de servicios funerarios de Barcelona

Con carácter previo al análisis de determinados aspectos de la nueva ordenanza, la ACCO quiere destacar positivamente la tarea llevada por este Ayuntamiento de Barcelona a la hora de modificar la ordenanza de servicios funerarios de 1997, actualmente vigente. Esta nueva ordenanza supone una mejora sustancial de la actividad pues se adecua, en términos generales, tanto al nuevo marco legal de la actividad, derivado básicamente de las modificaciones operadas en la Ley 2/1997 como consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva de Servicios, como a los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia. Eso implica la eliminación, de la regulación de los servicios funerarios en la ciudad, de elementos altamente restrictivos de la competencia que, como hemos señalado, habrían dificultado tanto el acceso como el ejercicio de la actividad de servicios funerarios en Barcelona.

A continuación se exponen aquellos aspectos de la Ordenanza aprobada inicialmente que la ACCO considera que, desde una óptica estrictamente de política de competencia, deberían objeto de revisión y, en su caso, mejora por parte del Ayuntamiento de Barcelona:

(1) Autorización municipal

El artículo 7.2 de la Ley 2/1997 establece que *“las empresas privadas de servicios funerarios deben obtener la autorización del ayuntamiento del municipio donde están establecidas”*. Este redactado fue introducido en la ley el año 2010 y, siguiendo los

principios de la Directiva de Servicios, suponía la eliminación del amparo legal al hecho que se exigiera la autorización a todas las empresas que quisieran prestar los servicios en un determinado municipio y que obligaba, por lo tanto, a obtener una autorización en cada uno de los municipios en los cuales se quisiera actuar.

Hay que tener presente que, desde una óptica de competencia, una autorización para poder acceder a un mercado y prestar los servicios constituye una barrera de entrada. En consecuencia, el régimen de intervención administrativa previsto inicialmente en la Ley 2/1997 era muy restrictivo de la competencia, pues limitaba considerablemente la entrada de nuevos operadores y favorecía la aparición de monopolios locales, incluso habiendo desaparecido la reserva de estos servicios a favor de los ayuntamientos.

Respecto de este régimen de intervención administrativa de la actividad de servicios funerarios, el artículo 9 de la nueva Ordenanza dispone que *“las empresas privadas deben obtener la autorización del Ayuntamiento de Barcelona para poder prestar servicios funerarios en la ciudad de Barcelona”* (apartado 1º). Asimismo, en el apartado 2º del mismo artículo se afirma que *“las empresas habilitadas en otros municipios del Estado para prestar servicios funerarios, que no dispongan de establecimiento permanente en la ciudad de Barcelona, pueden ejercer la actividad de prestación de servicios funerarios sin necesidad de solicitar al Ayuntamiento de Barcelona el otorgamiento de la autorización referida en el punto anterior, sin perjuicio del cumplimiento en aquello que les corresponda de la presente ordenanza y del resto de normativa aplicable”*.

En opinión de la ACCO, habría que modificar el redactado del artículo 9 en relación con dos aspectos:

- a. Por una parte, el apartado 1º establece que los operadores que quieran prestar los servicios funerarios en Barcelona deben obtener la correspondiente autorización municipal. Sin embargo, tal como se ha puesto de manifiesto, de conformidad con el marco legal vigente de la actividad, sólo están sometidas a esta obligación las empresas que quieran establecerse (en el sentido de ejercer el derecho de establecimiento) en un determinado municipio (artículo 7.2 de la Ley 2/1997), pero no para prestar sus servicios. Probablemente se trate de una cuestión de redactado, ya que en el propio preámbulo de la Ordenanza se reconoce que sólo las empresas que quieren establecerse en Barcelona necesitarán la correspondiente autorización municipal: *“de conformidad con lo establecido en la Ley 2/1997, de 3 de abril, de servicios funerarios, se exige la obtención de una autorización previa para aquellas empresas que quieran establecerse en Barcelona pero no respecto de aquellos prestadores que dispongan de una habilitación previa a su municipio de origen”* (página 4 de la Ordenanza). También la memoria justificativa de la ordenanza específica que este régimen de autorización municipal se refiere exclusivamente a las empresas que quieran establecerse en Barcelona.

En opinión de la ACCO el redactado del artículo 9.1 es confuso y, por lo tanto, se recomienda su modificación a fin de que haga referencia al hecho que sólo los operadores que se quieran establecer (y no que presten servicios) en Barcelona deberán solicitar la correspondiente autorización municipal.

- b. Por otra parte, el apartado 2º parecería, *a priori*, reconocer el principio de eficacia nacional de las autorizaciones cuando establece que las empresas habilitadas en cualquier municipio del Estado pueden ejercer la actividad en el municipio de Barcelona sin tener que obtener la autorización del Ayuntamiento. Sin embargo, lo condiciona al hecho de que estas empresas ya autorizadas *“no dispongan de*

establecimiento permanente en el municipio de Barcelona”, sin que quede claro cuál es el significado de estas palabras: si se refiere al hecho de que todas las empresas ya establecidas y, por lo tanto, autorizadas en otro municipio estarían excluidas de la obligación de autorización, o bien se refiere a que sólo las empresas u operadores ya autorizados y que quieran actuar en Barcelona, pero que no dispongan de una instalación o establecimiento físico en la ciudad, son las que disfrutarían del reconocimiento de la eficacia de su autorización¹⁷. Caso que el redactado del artículo 9.2 se refiriera a este segundo supuesto, el Ayuntamiento de Barcelona estaría sometiendo a la obligación de obtener autorización y, por lo tanto, introduciendo una nueva barrera de entrada, a operadores perfectamente habilitados a ejercer su actividad en Barcelona, pero que quisieran disponer de algún tipo de instalación física en la ciudad¹⁸, en contravención tanto de la propia Ley 2/1997 como del principio de eficacia nacional de las autorizaciones (artículo 4.2 de la Ley 17/2009). Dichos operadores estarían sometidos a una doble obligación de autorización.

Por lo tanto, como en el caso anterior, se recomienda la modificación del artículo 9.2 de la Ordenanza aprobada inicialmente en el sentido que se clarifique el redactado, sin que en ningún caso pueda interpretarse que se somete a obligación de autorización por parte del Ayuntamiento de Barcelona a operadores ya habilitados en sus municipios de origen por el hecho que quieran disponer de un establecimiento o instalación física en la ciudad.

En resumidas cuentas, la ACCO recomienda la modificación del redactado del artículo 9 de la nueva Ordenanza de servicios funerarios de Barcelona con fin de clarificar el significado y así evitar posibles interpretaciones que pudieran implicar una vulneración del principio de eficacia nacional de las autorizaciones.

(2) Requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad y la obtención de la autorización en Barcelona

Como ya hemos señalado en este mismo documento, aparte de la restricción a la competencia que supone la necesidad de obtener una autorización administrativa, esta restricción será mayor o menor en función de los requisitos y condiciones que se exijan para obtenerla. Por este motivo es necesario que los requisitos que se establezcan cumplan determinadas condiciones: principalmente, no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general (principio de necesidad) y que no vayan más allá de lo que resulte necesario (principios de proporcionalidad y mínima distorsión).

Asimismo, en este caso hay que tener presente que el artículo 6 de la Ley 2/1997 establece los medios con que tienen que contar los operadores de servicios funerarios y fija el alcance de las competencias de los Ayuntamientos a la hora de regularlos. Respecto de esta última cuestión, el apartado 3 de este artículo establece que *“las ordenanzas y reglamentos municipales pueden fijar los requisitos mínimos de disponibilidad de*

¹⁷ Teniendo en cuenta lo que dicen tanto la Memoria justificativa como el propio preámbulo de la Ordenanza, la interpretación válida de este artículo es que todos los operadores ya autorizados en otro municipio pueden prestar sus servicios en Barcelona sin necesidad de solicitar una nueva autorización, con independencia de que dispongan o no de una instalación o establecimiento físico en la ciudad. Sin embargo, nos encontramos ante un redactado no suficientemente claro y, por lo tanto, susceptible de ser objeto de diversas interpretaciones.

¹⁸ Nos referimos aquí a la autorización sectorial, como operador funerario, que regula la Ley 2/1997, y no en la eventual autorización o licencia a la cual estuviera sometida una concreta instalación física en virtud de la normativa reguladora del control ambiental de las actividades u otra normativa que resultara de aplicación.

medios a que se refiere el apartado 1, los cuales deberán tener como objetivo garantizar la calidad del servicio, deberán ser proporcionados y deberán respetar la libre competencia.” Por lo tanto, sólo aquellos requisitos de disponibilidad de medios previstos en el artículo 6.1¹⁹ de la Ley 2/1997 pueden ser objeto de desarrollo a través de una ordenanza o reglamento municipal.

Adicionalmente, los requisitos exigidos tienen que respetar la libre competencia, en el sentido que, aparte de no estar prohibidos ni ser discriminatorios, deben estar justificados para la consecución de los objetivos perseguidos según los principios de necesidad y proporcionalidad y deben constituir la alternativa menos restrictiva de la competencia. El establecimiento de requisitos que no respetaran estos criterios podría suponer la exclusión de pequeñas y medianas empresas que no tienen capacidad para realizar desembolsos iniciales importantes, lo cual les impediría seguir la dinámica natural del crecimiento en el que se incrementan gradualmente los medios a medida que el negocio se consolida y empieza a dar resultados positivos. Por otra parte, en la determinación de los medios mínimos, hay que tener bien presente que es del interés propio de cada operador prestar los servicios de la mejor manera posible, con el fin de obtener la contratación del mayor número de servicios funerarios; por lo tanto, en general, es el propio operador quien está en la mejor posición para determinar cuáles son los medios materiales y personales mínimos realmente necesarios para la consecución de sus objetivos, en especial cuando compite con otros operadores.

En general, la importancia de la regulación de los requisitos para la prestación de los servicios funerarios deriva del hecho que tienen la capacidad de dificultar en menor o mayor grado el nivel de competencia en el sector, con independencia de la existencia o no de una autorización administrativa. De hecho, ya el año 2005, se modificó el texto del artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996 por, entre otros motivos, incluir expresamente que “(...) Las normas que regulan los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector”²⁰. El sector se había liberalizado ya en el año 1996, pero determinadas exigencias vía normativa local, como determinados requisitos, neutralizaban los efectos de dicha liberalización.

La nueva Ordenanza regula, en los artículos 18 a 20, los requisitos de disponibilidad de medios con que tienen que contar los operadores de servicios funerarios con que presten sus servicios en la ciudad, distinguiendo entre los que se exigen a todos los operadores (con independencia del origen del título habilitante) y los que sólo se exigen a los que soliciten la autorización del Ayuntamiento de Barcelona.

- a. El artículo 18 fija los requisitos relativos a los medios personales y materiales mínimos que deben satisfacer todos los operadores de servicios funerarios en el municipio de Barcelona, aunque su título habilitante corresponda a otro municipio. Estos se concretan en:

¹⁹ Artículo 6.1 de la Ley 2/1997: “Las entidades prestadoras de los servicios funerarios deben disponer, en función de los servicios que prestan, de los medios siguientes: a) La organización administrativa y el personal suficiente, con formación acreditada para la prestación de los servicios, dotado de ropa apropiada y de instrumentos de limpieza y desinfección fáciles; b) Los vehículos que cumplan los requisitos técnicos y sanitarios que prevé la normativa específica de transporte funerario; c) Los féretros y el resto de material funerario necesario, de acuerdo con las características fijadas por la normativa de policía sanitaria mortuoria; d) Los medios indispensables para la desinfección y el lavado de los vehículos, los utensilios, la ropa y el resto de material utilizado.”

²⁰ Artículo 23 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso la productividad.

- Disponer de una organización administrativa y personal idóneo suficiente con formación acreditada para la prestación de los servicios, dotado de ropa apropiada y de instrumentos de limpieza y desinfección fácil;
- Los féretros y el resto de material funerario necesario, de acuerdo con las características fijadas por la normativa de policía sanitaria mortuoria;
- Los vehículos para el traslado de cadáveres adecuados a los requisitos técnicos y sanitarios que prevé la normativa específica de transportes funerarios;
- Los medios indispensables para la desinfección y lavado de los vehículos, de los utensilios y la ropa y al resto de material utilizado;
- Caso que estos operadores presten servicios de prácticas sanitarias o de tanatopraxia, deben disponer del uso de un recinto adecuado a tal efecto.
- Finalmente, disponer de un servicio de atención telefónica al usuario disponible las 24h y durante todo el año.

Estos requisitos coinciden, a grandes rasgos, con los que determina el artículo 6.1 de la Ley 2/1997; simplemente se citan y no se fija un número mínimo, lo cual es valorado positivamente por la ACCO. Sin embargo, respecto de aquellos requisitos que no se corresponden a los mencionados en el artículo 6.1 de la Ley 2/1997, el Ayuntamiento de Barcelona no dispondría del necesario amparo legal para desarrollarlos vía ordenanza municipal de conformidad con el artículo 6.3 de la Ley mencionada.

Por otra parte, aunque probablemente se trate de requisitos que, precisamente por el hecho de derivar de la propia Ley, se encuentren contemplados a la mayoría de ordenanzas municipales, su exigencia en operadores autorizados en otros municipios, de dentro y fuera de Catalunya, podría chocar frontalmente con el principio de eficacia nacional de las autorizaciones. Hay que recordar que estos operadores, una vez obtenida su autorización, pueden prestar sus servicios por todo el Estado, sin tener que cumplir con requisitos adicionales.

b. El artículo 19 hace referencia a los requisitos mínimos de establecimientos permanentes, entendiendo que este concepto se refiere solamente a los operadores que solicitan la autorización del Ayuntamiento de la ciudad²¹. Estos son:

- El acceso para cualquier título admitido en Derecho a un tanatorio para prestar los servicios que son propios, siempre y cuando la empresa preste estos servicios
- Disponer por cualquier título admitido en Derecho de un servicio de transporte funerario con un número de vehículos proporcional al número de difuntos atendidos anualmente, y con un mínimo de dos vehículos, y
- Disponer mediante cualquier relación jurídica laboral o mercantil de al menos dos personas con la formación adecuada para realizar prácticas sanitarias o

²¹ Como hemos dicho en el apartado (1) anterior a esta es la interpretación que debe darse a este concepto, en atención a lo que dispone tanto el preámbulo de la Ordenanza como la memoria justificativa. Adicionalmente, esta señala que “en el artículo 19 de la Ordenanza se establecen los requisitos mínimos de disponibilidad de medios que tienen que disponer las empresas prestadoras de servicios funerarios que se quieran establecer en Barcelona” (pág. 4).

tanatopraxia, de acuerdo con la normativa vigente en cada momento, y siempre y cuando la empresa preste alguno de estos servicios.

Aparte de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo anterior, los operadores funerarios autorizados por el Ayuntamiento de Barcelona se encuentran sujetos al cumplimiento de un determinado número mínimo de medios materiales y personales (mínimo de dos vehículos de transporte funerario y dos personas con la formación adecuada para la realización de prácticas sanitarias o tanatopraxia, si la empresa presta los servicios, y disponer de acceso a un tanatorio también en caso de que se preste el servicio), aparte de deber de acreditar estar en disposición de un tanatorio caso que la empresa preste estos servicios.

Al respecto, a pesar de no ser un número mínimo elevado de medios, en especial porque se trata de la ciudad de Barcelona, la ACCO considera que, actualmente, es innecesario fijar un número mínimo de determinados medios materiales y personales. Se trata de una cuestión que debería restar en el ámbito de decisión propio de cada operador; este es quien tiene el máximo interés en poder atender de la mejor manera posible los servicios que le son encomendados y, en consecuencia, dispondrá del número mínimo de medios que estime conveniente para la correcta prestación de los mismos, con respeto, obviamente, de lo que disponga la normativa de policía sanitaria mortuoria al efecto.

- c. Finalmente, el artículo 20 fija una serie de requisitos aplicables a la actividad de tanatorio, a cumplir por aquellos operadores funerarios que desarrollen esta actividad en Barcelona.

Se tratará en un apartado aparte, vista la importancia que presenta en términos de competencia el servicio de tanatorio en relación con el resto de servicios funerarios. Adelantar, sin embargo, que la ACCO considera que en la redacción vigente desde el año 2010 de la Ley 2/1997 desapareció el hasta entonces existente amparo legal a la fijación de requisitos relativos a las instalaciones de tanatorio por parte de los municipios. Por lo tanto, entendemos que una ordenanza no debería determinar los requisitos que deben cumplir los locales destinados a la actividad de tanatorio.

En resumen, la ACCO recomienda la revisión de los artículos 18 y 20 de la ordenanza a fin de que, por una parte, se eliminen tanto los requisitos que no disponen de amparo legal como los innecesarios y, de la otra, se precise que estas previsiones sólo son exigibles a los operadores autorizados por el Ayuntamiento de Barcelona. Asimismo, se recomienda la refundición de dichos artículos en uno único con el fin de facilitar la comprensión.

(3) Tanatorio

- *Requisitos relativos a las instalaciones*

Como hemos señalado anteriormente, la nueva Ordenanza ha suprimido la obligación de prestar el servicio de tanatorio así como disponer de un tanatorio propio en el municipio con el fin de poder obtener la autorización del Ayuntamiento de Barcelona, en consonancia con la Ley 2/1997. Sí que mantiene, sin embargo, la exigencia de

determinados requisitos específicos para las instalaciones de tanatorio, a pesar de que son muy menores a los previstos en la Ordenanza de 1997.

En concreto, el artículo 20.2 de la nueva Ordenanza establece los requisitos que deben cumplir los tanatorios ubicados en el término municipal de Barcelona:

- Disponer de al menos dos salas de velatorio, lavabos, un oratorio, despacho para la contratación, entrada de difuntos independiente de la entrada de las personas y una sala destinada a la realización de prácticas sanitarias sobre cadáveres. Además, hay que garantizar la disponibilidad de diez plazas de aparcamiento por cada sala de velatorio habilitada, por las dos primeras salas, y cinco plazas por cada sala de velatorio adicional, las cuales pueden ser situadas en el mismo establecimiento o garantizadas a través de un acuerdo con otras entidades (en este caso, deben encontrarse en un recinto habilitado, a una distancia máxima de 300 metros de la entrada principal del tanatorio y accesibles para personas con movilidad reducida).
- Las salas de velatorio deben disponer de una dependencia para el acogimiento de la familia y el público en general y una sala de exposición del difunto.
- Los tanatorios deben ubicarse en suelo calificado de equipamiento en clave 7ª o 7b, debiendo definirse el uso sanitario asistencial y las condiciones de edificación en el correspondiente Plan especial urbanístico, en el caso de que este sea procedente. Además, deben situarse en una edificación independiente y la totalidad del edificio estará destinada a este uso.

En este sentido, la ACCO considera, y así lo ha puesto de manifiesto en anteriores ocasiones, que la Ley 2/1997 no establece la obligación de prestar los servicios de tanatorio, ya que no forma parte de las funciones de obligada prestación previstas en el artículo 4.2, ni exige disponer de tanatorio propio en el municipio, ni permite determinar los requisitos y características mínimas de estas instalaciones. Eso es debido al hecho que el año 2010 se suprimió el antiguo amparo legal, previsto en el redactado original del artículo 6.3 de la Ley 2/1997, que permitía exigir vía ordenanza o reglamento municipal, *“el servicio de tanatorio, con independencia de la titularidad correspondiente, con el número de salas que se determinen”*²². Por eso, una ordenanza municipal, en desarrollo de la Ley 2/1997, no debería poder determinar los requisitos que deben cumplir los locales destinados a la actividad de tanatorio, lo cual no significa que estas instalaciones no tengan que cumplir con las determinaciones previstas en la normativa sanitaria mortuoria o de otra que resulte de aplicación.

Por lo que respecta al concreto requisito relativo a la disponibilidad de plazas de aparcamiento, ya sea en la propia instalación como en otra ubicación a un máximo de 300 metros del tanatorio, la memoria justificativa de la ordenanza considera que *“resulta necesario que las visitas puedan disponer de plazas de aparcamiento. Por lo tanto resulta imprescindible que se garantice un mínimo de aparcamiento para las visitas. Asimismo, en caso de que los tanatorios no dispusieran de plazas de aparcamiento disponibles, se podrían ocasionar problemas de movilidad si tenemos en cuenta las características propias de la ciudad de Barcelona”*. Asimismo, se remite al informe sobre las condiciones de

²² La versión anteriormente vigente del artículo 6.3 de la Ley 2/1997 establecía: *“Las ordenanzas o los reglamentos municipales pueden fijar niveles mínimos de calidad o de disponibilidad de los medios a que se refiere el apartado 1. También pueden exigir a las empresas funerarias el servicio de tanatorio, con independencia de la titularidad correspondiente, con el número de salas que se determinen, y también un local propio en el término municipal. Estos requisitos se tienen que justificar de acuerdo con objetivos de calidad del servicio, tienen que ser proporcionales a la población y al índice de mortalidad del municipio y no pueden vulnerar la libertad de concurrencia de empresas funerarias.”*

movilidad para la implantación de servicios funerarios, de fecha 13 de diciembre de 2016, según el cual de la normativa sectorial aplicable se derivaría la necesidad de que hubiera, como mínimo, 10 plazas de aparcamiento por cada sala de velatorio disponible (20 plazas para las dos primeras salas), y 5 plazas por cada sala adicional, y se acreditaría la proporcionalidad de exigir este requisito.

Dicha normativa sectorial de movilidad se correspondería con el Decreto 344/2006, de 19 de septiembre, de regulación de los estudios de la movilidad generada, y según el informe de condiciones de movilidad mencionado, se aplicaría al caso de la instalación de un nuevo tanatorio por considerarlo una implantación singular. Sin embargo, la ACCO tiene dudas sobre si, efectivamente, cualquier instalación de un nuevo tanatorio podría considerarse una implantación singular y que, en este sentido, resulten de aplicación los criterios determinados en el Decreto 344/2006.

No obstante, la ACCO es consciente que, sobre todo en función de la concreta localización del tanatorio en el municipio, este tipo de instalaciones pueden generar una serie de inconvenientes o afectaciones a la movilidad los cuales deben ser afrontados por los ayuntamientos. Por este motivo, probablemente el establecimiento de determinados condicionados vinculados a la instalación, como es la disponibilidad de plazas de aparcamiento, podría hacerse a través de otras competencias municipales (urbanismo), no en desarrollo de la Ley 2/1997 (la cual, como hemos dicho, no ampara legalmente el establecimiento de requisitos relativos a las instalaciones de tanatorio), siempre que estos condicionantes estuvieran justificados en base a una razón imperiosa de interés general²³, y fueran necesarios y proporcionales.

Finalmente, caso que la exigencia de disponibilidad de aparcamiento se incorporara de manera definitiva, a pesar de considerar que no se dispone de amparo legal para hacerlo, se valora positivamente que dicho requisito no se limite a la propia instalación de tanatorio y se permita que se cumpla a través de un acuerdo con otras entidades para poder utilizar las instalaciones de estas, con lo cual se flexibiliza este requisito. Sin embargo, la ACCO considera que debería preverse la posibilidad de que se cumpliera sin necesidad de un acuerdo específico con una entidad (por ejemplo, que se pudiera considerar cumplido el requisito con la existencia de un aparcamiento abierto al público en general).

- *Acceso a las instalaciones de tanatorio de otros operadores*

El artículo 20.3 este dispone que *“cuando lo establezca la legislación aplicable, las empresas funerarias que gestionen tanatorios deben garantizar el acceso a los servicios que estos tanatorios presten a cualquier operador funerario que lo solicite con respeto a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, y sin perjuicios de haber de satisfacer el precio que a tal efecto la empresa funeraria haya “establecido”*.

²³ Según el considerando 40 de la Directiva de Servicios, el concepto de razón imperiosa de interés general reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abarcaría los siguientes ámbitos: orden público, seguridad pública y salud pública; mantenimiento de la orden en la sociedad; objetivos de política social; protección de los destinatarios de los servicios; protección del consumidor; protección de los trabajadores, incluida su protección social; bienestar animal; preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social; prevención del fraude; prevención de la competencia desleal; protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural; protección de los acreedores; garantía de una buena administración de justicia; seguridad vial; protección de la propiedad intelectual e industrial; objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico, y política veterinaria.

El Ayuntamiento de Barcelona remite correctamente a legislación aplicable la imposición de una obligación de acceso universal a las instalaciones de tanatorio por parte de terceros operadores. Y es que en el estado actual de la legislación una ordenanza municipal no puede establecer una obligación de acceso per se a las instalaciones de tanatorio privadas por parte de otros operadores; a día de hoy, sólo cuando concurren determinadas circunstancias previstas por la normativa de defensa de competencia puede considerarse obligado otorgar dicho acceso (aparte, obviamente, del acuerdo entre las partes interesadas a fin de que un operador de servicios funerarios utilice las instalaciones de tanatorio de otro operador privado). Para poder imponer dicha obligación de acceso, hay que llevar a cabo “un análisis detallado sobre las condiciones de competencia del mercado, ya que a fin de que se pudiera imponer esta obligación [de acceso al tanatorio privado] se deben cumplir de manera cumulativa los siguientes requisitos: por un lado, la empresa titular del tanatorio se debería encontrar en una posición de dominio y, por otro, se debería verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la doctrina de las instalaciones esenciales para determinar cuándo esta obligación de acceso es realmente exigible: es decir, que (i) exista una necesidad objetiva de acceso al tanatorio por parte de una empresa rival del operador dominante, (ii) que, negando el acceso al tanatorio, se produzca una eliminación de la competencia efectiva y (iii) se perjudique al consumidor”.²⁴ El análisis de la concurrencia de estas circunstancias, caso que se produzca una denegación de acceso a un determinado tanatorio, corresponderá a las autoridades de competencia en el marco de un expediente sancionador en materia de defensa de la competencia.

Sin embargo, en el redactado de este apartado se echa de menos una mención al tanatorio, y el acceso universal al mismo, de titularidad pública (aunque en el preámbulo de la ordenanza se establezca que “También desde esta perspectiva se incorpora la previsión de imponer, a aquellos tanatorios de titularidad pública que se puedan considerar como infraestructura esencial, la obligación de dar acceso a terceros en el marco de lo que disponga la ley”). En términos de competencia, sería muy bienvenida la previsión de que el operador público, en el supuesto de que finalmente se acabara constituyendo, diera acceso universal a su infraestructura, con independencia de que se pueda considerar instalación esencial o no (además parecería que esta opción iría en la línea de lo que preveía el expediente sobre la iniciativa económica municipal -voluntad de que 2 de las 6 salas del tanatorio público pudieran ser utilizadas por terceras empresas-), en la línea de las recomendaciones efectuadas por la ACCO en el marco del estudio El uso del tanatorio y sus efectos sobre la competencia en los servicios funerarios, de julio de 2016²⁵.

En definitiva, la ACCO recomienda, por un lado, la eliminación del texto de la ordenanza aprobada inicialmente de los requisitos relativos a las instalaciones de tanatorio por no disponer del correspondiente amparo legal. Del otro, por lo que respecta al acceso de terceros a las instalaciones de tanatorio de otros operadores, la ACCO considera que habría que incluir una mención relativa al acceso universal en los tanatorios de titularidad pública, con independencia de su consideración como de instalación esencial.

²⁴ Comunicación de la Comisión 2009/C 45/02, relativa a las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE [en la actualidad, artículo 102 TFUE].

²⁵ <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/ES-11-2015.-Lus-de-tanatori-i-els-seus-efectes-sobre-la-competencia-en-el-serveis-funeraris>

(4) Prestación de garantía

El artículo 11.1 de la Ordenanza dispone que *“con la finalidad de responder del coste de los servicios funerarios de prestación forzosa y de garantizar los principios de continuidad de los servicios funerarios y de universalidad en el acceso a los mismos, se establece una obligación de constituir una garantía como requisito previo al otorgamiento de la autorización”*. El apartado 2º fija el importe de la misma en 20.000 euros, muy inferior a la que se exige actualmente (600.000 euros) y que, por lo tanto, comporta menos costes para los operadores.

No obstante, según el artículo 8.1 de la Ley 2/1997, de acuerdo con la modificación operada el año 2010, esta garantía sólo *“tiene que responder del coste de los servicios funerarios de prestación forzosa, si la autorización tiene esta condición, de acuerdo con el artículo 7.2.d, en el caso de que la empresa se niegue a prestarlos”*, es decir, la garantía puede responder del principio de universalidad en el acceso a los servicios funerarios, pero no de la continuidad en la prestación de los servicios.

El hecho de que la nueva Ordenanza mantenga la obligación de prestar una garantía que responda del principio de continuidad probablemente se debe a que el artículo 7.2. c) de la Ley 2/1997 mantiene, entendemos que por omisión, la posibilidad de establecer la obligación de constituir una garantía que responda de este principio. No obstante, el legislador catalán, a la hora de regular específicamente el contenido de la fianza en el artículo 8 concretó los conceptos por los cuales esta debía responder, limitándolo al coste de los servicios funerarios de prestación forzosa.

Por lo tanto, el texto del artículo 11 de la Ordenanza aprobada inicialmente se debería adecuar a lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley 2/1997, en el sentido de limitar el alcance de la garantía al coste de los servicios funerarios de prestación forzosa y, al mismo tiempo, revisar si el importe de 20.000 € sigue respondiendo al principio de proporcionalidad.

(5) Referencia a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia

El artículo 17 de la Ordenanza, relativo al desarrollo de la actividad por parte de los operadores de servicios funerarios, establece que *“las empresas funerarias deben observar escrupulosamente los preceptos de esta Ordenanza, especialmente los relativos al estatuto de las personas usuarias y sus derechos, y la normativa de protección de los consumidores, sin que en ningún caso se puedan negar injustificadamente a prestar servicios o no distribuir productos, así como la legislación de defensa de la competencia evitando toda actuación que pueda suponer un abuso de posición de dominio”* (el subrayado no consta en el original).

Este artículo incorpora una referencia a la legislación de defensa de la competencia, haciendo énfasis en las actuaciones que pueden suponer un abuso de posición de dominio. Si bien esta referencia no es incorrecta, quizás sería más adecuado hacer referencia únicamente al respecto a la legislación de defensa de la competencia, ya que también se pueden dar situaciones anticompetitivas diferentes al abuso de posición de dominio, como los acuerdos colusorios entre competidores. En este sentido, podría estar bien incluir que la previsión que en el caso de que el Ayuntamiento detecte la existencia presuntos indicios de ilícitos de competencia lo pondrá en conocimiento de la *Autoritat Catalana de la Competència*.

Se recomienda, pues, la modificación del artículo 17 de la ordenanza a fin de que incorpore una mención genérica al respecto a la legislación de defensa de la competencia, así como la previsión de poner en conocimiento de la ACCO la existencia de presuntos indicios de ilícitos de competencia.

(6) Servicios funerarios de prestación forzosa

El artículo 24.1 de la Ordenanza aprobada inicialmente dispone que *“con la finalidad de garantizar el principio de universalidad en el acceso a los servicios funerarios, las empresas prestadoras de servicios funerarios implantadas en el municipio de Barcelona, tienen la obligación de prestar servicios de forma gratuita o bonificada a las personas que de acuerdo con el informe de los servicios sociales municipales, lo requieran por falta de medios económicos propios, o en aquellos casos en los que lo acuerde la autoridad judicial”*. Asimismo, el apartado 4º del artículo mencionado especifica que el coste total de estas prestaciones forzosas, gratuitas o bonificadas, *“se distribuirá entre aquellos prestadores de servicios funerarios con establecimiento permanente en el municipio de Barcelona de forma proporcional a su cuota de mercado, que se calculará en función de los resultados del año inmediatamente anterior”*.

Como sucede en otros artículos de la nueva Ordenanza, el redactado del artículo 24 puede generar confusión respecto de cuáles serían los operadores obligados a satisfacer estas prestaciones forzosas (sólo los autorizados por el Ayuntamiento de Barcelona o los autorizados en otros municipios que dispongan de una instalación o establecimiento físico en la ciudad). Por eso, recomendamos que se haga referencia explícita a las empresas o prestadores de servicios funerarios autorizados por el Ayuntamiento de Barcelona, que son los que la ACCO, interpretando la Ley 2/1997, considera que están obligados a satisfacer los servicios de prestación forzosa.

En este sentido, el artículo 7.2 de la Ley 2/1997 establece las condiciones para el otorgamiento de autorizaciones en las empresas de servicios funerarios establecidas en el municipio, y a la letra d) del cual se hace referencia a la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan como condición de obtención de la autorización que el servicio se preste gratuitamente o de forma bonificada. Asimismo, establece que la distribución de las prestaciones forzosas (no del coste, sino de la efectiva ejecución de las mismas) se debe hacer de manera proporcional a la facturación de cada una de las empresas de servicios funerarios que operan en el municipio.

Sin embargo, haciendo una interpretación sistemática del artículo 7.2 d) de la Ley 2/1997, lleva a la ACCO a considerar²⁶ que sólo se puede imponer la asunción de los servicios de prestación forzosa a los operadores autorizados en el municipio de que se trate (en este caso, Barcelona) y no en los operadores habilitados en otros municipios que también presten sus servicios, ya sea de manera habitual o sólo ocasionalmente²⁷. En este sentido, esta previsión se encuentra ubicada en el artículo 7.2 de la Ley 2/1997, relativo al régimen de autorización de los operadores privados de servicios funerarios. Este artículo regula los criterios que deben seguir las ordenanzas y reglamentos municipales a la hora de regular las condiciones de obtención de las autorizaciones. Dichas autorizaciones sólo deben obtenerse en el municipio donde el

²⁶ Véase también, en este sentido, las Observaciones nº 27/2016 de valoración, desde una óptica de competencia, de la propuesta de modificación de la Ordenanza general de servicios funerarios del Ayuntamiento de Salt (pág.12) y las Observaciones nº 28/2017 de valoración, desde una óptica de competencia, de la propuesta de Ordenanza municipal reguladora de la prestación de servicios funerarios del Ayuntamiento de Gerona (pág. 11 a 13).

²⁷ Probablemente el mantenimiento de los términos de la letra d) del artículo 7.2 de la Ley 2/1997 se deba a una omisión del legislador, el año 2010, cuando esta ley fue objeto de la última modificación.

operador se quiera establecer, a diferencia del que sucedía antes de la modificación de la Ley 2/1997 operada el año 2010.

Por lo tanto, la ACCO es de la opinión que la exigencia prevista a la letra d) del artículo 7.2 mencionado necesariamente tiene que referirse a los operadores autorizados en cada uno de los municipios, y en el caso objeto de este análisis, en Barcelona. Seguramente este también es el sentido que pretende dar el Ayuntamiento de Barcelona en el artículo 24 de la nueva ordenanza; sin embargo, por los motivos anteriormente expuestos sería recomendable modificar el redactado a fin de que haga referencia expresa a los operadores autorizados en la ciudad.

Adicionalmente, consideramos que quizás habría que incluir una referencia al operador público, ya que técnicamente no es una empresa que cuente con autorización como la de los operadores privados.

(7) Actividad de transporte funerario

Los artículos 21 a 23 de la Ordenanza contienen disposiciones relativas al transporte de cadáveres. En concreto, el artículo 21 regula la conducción del cadáver dentro del término municipal y el traslado de cadáveres desde el municipio de Barcelona hasta otros municipios. El artículo 22 se refiere a la conducción o traslado desde otros municipios hasta Barcelona. En ambos casos la actividad de transporte funerario puede ser realizada por cualquier operador de servicios funerarios habilitado en cualquier municipio, a elección de las personas usuarias.

La Ordenanza de 1997, en cambio, reservaba la prestación de esta actividad a favor de las entidades autorizadas bien en el municipio de defunción bien en el municipio de inhumación o incineración, siendo uno de estos dos Barcelona. Dicha reserva constituía una restricción a la competencia que dificultaba el ejercicio de la actividad, que limitaba la capacidad de los operadores para competir o reducía los incentivos que estos tenían, ya que sólo podían prestar el servicio de transporte cuando estaban autorizados en los municipios de origen o de destino, pero no cuando la autorización había sido obtenida en un tercer municipio.

Las previsiones de la nueva Ordenanza son conformes tanto con el artículo 5 de la Ley 2/1997, el cual establece que cualquier entidad habilitada para prestar servicios funerarios en el municipio donde tiene la sede, tanto si es dentro como fuera de Catalunya, puede prestar libremente el servicio de transporte de cadáveres a cualquier municipio de Catalunya, como al principio de eficacia nacional de las autorizaciones establecido en la Ley 17/2009.

Sin embargo, en virtud del principio de simplificación, la ACCO recomienda la refundición de los artículos 21 y 22 en un único artículo relativo al transporte funerario que establezca que dicha actividad puede ser efectuada por todo operador de servicios funerarios autorizado o habilitado en cualquier municipio, tanto si este municipio está en Catalunya como si está en el resto del Estado.

4. CONCLUSIONES

La ACCO considera que, en términos generales, la nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona, aprobada inicialmente el pasado 22 de marzo de 2017, **se adecua de manera satisfactoria al marco legal vigente de la actividad y a los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia.**

En este sentido, desaparecen de la nueva ordenanza aspectos altamente restrictivos de la competencia como la exigencia de autorización previa del Ayuntamiento de Barcelona con el fin de poder prestar los servicios en la ciudad, la exigencia de determinado nivel de solvencia económica y experiencia profesional, la obligación de prestar los servicios de tanatorio o la reserva de la actividad de conducción y traslado de cadáveres a favor de determinadas empresas. También se aumentan las previsiones relacionadas con la transparencia en la actuación de los operadores de servicios funerarios así como otros aspectos vinculados a los derechos de los consumidores y usuarios de estos.

Sin embargo, la ordenanza **contiene algunos aspectos que** -a pesar de no ser los más destacados en términos de competencia -, en opinión de la ACCO **deberían ser objeto de mejora por parte del Ayuntamiento de Barcelona**, de acuerdo con las consideraciones efectuadas en el apartado tercero de este documento. En concreto, la ACCO recomienda:

- (i) Modificar el redactado del artículo 9 de la ordenanza, relativo a la autorización para prestar servicios en la ciudad de Barcelona, con el fin de clarificar el significado y evitar posibles interpretaciones que puedan implicar una vulneración del principio de eficacia nacional de las autorizaciones. Del redactado actual se podría inferir que también estarían sometidas a dicha obligación las empresas ya habilitadas en otros municipios pero que quisieran disponer de algún tipo de instalación física en la ciudad.
- (ii) Revisar los artículos 18 y 19 de la ordenanza, relativos a los requisitos exigidos a los operadores de servicios funerarios, a fin de que, por una parte, se eliminen tanto el requisitos que no disponen de amparo legal como los innecesarios y, de la otra, se precise que estas previsiones sólo son exigibles en los operadores autorizados por el Ayuntamiento de Barcelona. Asimismo, se recomienda refundir dichos artículos en uno único con el fin de facilitar la comprensión.
- (iii) Por lo que respecta a las concretas instalaciones de tanatorio, previstas en el artículo 20 de la ordenanza, eliminar los requisitos relativos a estas instalaciones que no disponen de amparo legal, así como incluir una mención relativa al acceso universal por parte de terceros en los tanatorios del operador público, cuando finalmente se constituya, con independencia de su consideración como instalación esencial.
- (iv) Adecuar el texto del artículo 11 de la ordenanza a lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley 2/1997 en el sentido limitar el alcance de la garantía al coste de los servicios funerarios de prestación forzosa y, al mismo tiempo, revisar si el importe de 20.000 € sigue respondiendo al principio de proporcionalidad.
- (v) Modificar el artículo 17 de la ordenanza a fin de que incorpore una mención genérica al respecto a la legislación de defensa de la competencia, así como la



previsión de poner en conocimiento de la ACCO la existencia de presuntos indicios de ilícitos de competencia.

- (vi) Respecto de los servicios funerarios de prestación forzosa, modificar el redactado del artículo 24 de la ordenanza a fin de que haga referencia expresa a los operadores autorizados en la ciudad.
- (vii) Finalmente, refundir los artículos 21 y 22 en único artículo relativo al transporte funerario que establezca que dicha actividad puede ser efectuada por todo operador de servicios funerarios autorizado o habilitado en cualquier municipio, tanto si este municipio está en Catalunya como si está en el resto del Estado.

Barcelona, 10 de mayo de 2017