

## INFORME DE REGULACIÓN

<b><u>Nº Informe:</u></b>	<b>IR 20/2015</b>
<b><u>Norma:</u></b>	<b>Propuesta de modificación de la Ordenanza general de los servicios funerarios del Ayuntamiento de Banyoles</b>
<b><u>Solicitado por:</u></b>	<b>Ayuntamiento de Banyoles</b>
<b><u>Fecha Informe:</u></b>	<b>2 de febrero de 2015</b>

### 1. ANTECEDENTES

El presente documento constituye el Informe de Regulación de la propuesta de modificación de la Ordenanza general de los servicios funerarios del Ayuntamiento de Banyoles, (en adelante, propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios) emitido por la Autoritat Catalana de la Competència (en adelante, ACCO) en fecha 2 de febrero de 2015, 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 propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios introduce restricciones a la competencia y, en su 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*, es decir, emitido con anterioridad a la aprobación de la modificación de la norma por parte del Pleno del Ayuntamiento de Banyoles, que ha sido solicitado por la mencionada corporación mediante un escrito registrado de entrada en la ACCO en fecha 15 de enero de 2015.

Mencionar que la ACCO cree oportuna la emisión de este informe atendiendo los problemas de competencia que, aún a día de hoy, presenta el mercado de los servicios funerarios, problemas que, en parte, resultan de una regulación municipal obsoleta y especialmente restrictiva en términos de competencia (aspecto sobre el que se hará énfasis en la sección 4.2.1 de este informe). Por este motivo, más allá de la respuesta a la consulta del Ayuntamiento de Banyoles, este documento presenta una vocación generalista y de divulgación de manera que las reflexiones y consideraciones en él contenidas puedan resultar de utilidad para otros ayuntamientos catalanes que emprendan procesos de reforma de sus ordenanzas o reglamentos de servicios funerarios.

Este documento se basa en el análisis de la versión de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios remitida a la ACCO junto con la solicitud de

informe, así como a la consulta de la normativa y de algunos documentos públicos sobre la materia.

## **2. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

La Constitución Española (en adelante, CE) configura un modelo económico en el cual se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, atribuyendo a los poderes públicos la función de garantizar y proteger su ejercicio (art. 38 CE).

El fundamento económico radica en qué la competencia es un elemento esencial que contribuye al desarrollo económico. Efectivamente, en los sectores de libre mercado, la competencia efectiva garantiza la asignación eficiente de los recursos, fomenta la productividad de los agentes económicos e incentiva la innovación. El resultado es una mejora del bienestar del conjunto de la sociedad, pues la eficiencia productiva se traslada al consumidor en forma de precios inferiores y de una mayor variedad y calidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Por este motivo se debe evitar que sea el propio poder público el que, a través de sus actuaciones normativas o administrativas, introduzca restricciones injustificadas a las condiciones de competencia que perjudiquen la libertad de empresa y reduzcan el bienestar del consumidor. Es decir, lo que se pretende es que se alcancen eficazmente los objetivos sectoriales que persigue la norma, pero minimizando los efectos negativos sobre la competencia.

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 CE. En el ámbito catalán, el Estatuto de Autonomía de Catalunya, aprobado por la Ley orgánica 6/2006, del 19 de julio (en adelante, EAC) establece, en el artículo 154, las competencias de la Generalitat en el ámbito de la promoción y 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 ACCO. Éstas se pueden clasificar en dos grandes ámbitos: defensa de la competencia y promoción de la competencia. Las actividades de fomento y promoción de la competencia tienen como objetivo promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas. Las observaciones que contiene este documento referidas a la regulación local de los servicios funerarios pretenden contribuir, desde la perspectiva de promoción de la competencia, a mejorar la calidad de la regulación desde el punto de vista de la competencia.

La elaboración de este Informe forma parte, pues, de las competencias que tiene 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.

### 3. ORDENANZA GENERAL DE SERVICIOS FUNERARIOS DEL AYUNTAMIENTO DE BANYOLES

#### 3.1. El proceso de liberalización de los servicios funerarios: marco normativo

Con el fin de analizar la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios 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 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 debía concederse a todo aquel 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 servicios<sup>1</sup>. 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 en el 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).

---

<sup>1</sup> 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

Posteriormente, a nivel estatal, se aprobó la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para impulsar 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, en este nuevo marco, el establecimiento de regímenes de autorización es excepcional, y sólo puede 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 pueden en ningún caso exigirse a los prestadores de servicios (ya sea para acceder a la actividad o bien para ejercerla) y respecto del resto de requisitos, éstos también deben respetar los principios mencionados.

De primordial importancia para una plena liberalización de los servicios funerarios resulta el principio relativo a la eficacia territorial de las autorizaciones establecido a 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 nacional<sup>2</sup>.

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)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> 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*".

<sup>3</sup> La Ley 25/2009 modificó diversas normas estatales, con rango de ley, a las prescripciones de la Directiva de Servicios. 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 propuso 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 debían someterse 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.

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 actualmente vigente de la Ley 2/1997 reconoce la eficacia, en 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 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 aquéllos donde quiera realizar sus actividades.

Asimismo, permite que las ordenanzas y reglamentos municipales continúen 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 deben 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.

### **3.2. Contenido de la Ordenanza general de los servicios funerarios del Ayuntamiento de Banyoles**

El Ayuntamiento de Banyoles, mediante la aprobación de la modificación de la Ordenanza objeto de este Informe, se propone modificar la Ordenanza general de servicios funerarios del Ayuntamiento de Banyoles aprobada el año 1998, norma actualmente vigente, con el fin de adaptar su contenido al nuevo redactado de la Ley 2/1997.

En cuanto al contenido, el Título primero establece las normas generales reguladoras de los servicios funerarios en Banyoles. Así, el capítulo 1 determina las directrices generales a que quedan sometidos los servicios funerarios; en este sentido, dispone que el ámbito de aplicación de la Ordenanza es "*el ejercicio de cualquier actividad que tenga como objetivo prestar los servicios funerarios en el municipio de Banyoles*" (artículo 1). Estos servicios podrán ser prestados "*simultáneamente y, en régimen de*

*libre concurrencia, por el Ayuntamiento de Banyoles [...] y para empresas privadas debidamente autorizadas por el Ayuntamiento" (artículo 3).*

El Capítulo 2 regula el alcance de los servicios funerarios; en este sentido, la norma impone una serie de servicios de prestación inexcusable por parte de las empresas autorizadas: resumidamente, informar y asesorar sobre los servicios, suministrar el féretro, realizar las prácticas higiénicas necesarias en el cadáver, gestionar los trámites administrativos preceptivos y, finalmente, prestar los servicios de tanatorio (artículo 11).

El Capítulo 3 establece las características generales de los servicios funerarios y el Capítulo 4 contiene prescripciones relativas al régimen tarifario de los servicios funerarios y garantías del principio de universalidad. Respecto de los precios de los servicios de titularidad privada, éstos serán fijados libremente por las propias empresas autorizadas, las cuales tendrán que depositar, a efectos informativos, en el Ayuntamiento información sobre prestaciones y precios a aplicar (artículo 15). También se contempla la obligación, por parte de las empresas autorizadas, de prestar los servicios de forma bonificada o gratuita a las personas que lo requieran por falta o insuficiencia de medios económicos (artículo 16).

El Título segundo regula las condiciones y requisitos de ejercicio de las actividades de servicios funerarios por parte del sector privado. En este sentido, el Capítulo 1 determina los requisitos y características de las empresas privadas prestadoras de servicios funerarios, como la exigencia de una solvencia determinada, la constitución de una fianza, así como una serie de requisitos relativos a las instalaciones y otros medios materiales y personales (artículo 20). Si bien, como novedad destacable, ya no se exige disponer de un tanatorio propio en el término municipal con el fin de obtener la autorización, se exige disponer de: un local de atención al público y servicios comunes, un almacén de féretros, un local para la guarda de los vehículos, etc.

El Capítulo 2 detalla los derechos y deberes de las empresas de servicios funerarios, y sus relaciones con los usuarios y los derechos de éstos. Respecto de los derechos de los usuarios, se les reconoce, en consonancia con lo que dispone la Ley 2/1997, el derecho a "*tener acceso al catálogo de prestaciones que pueden contratar con las entidades prestamistas de los servicios funerarios, con la indicación detallada de las características de estas prestaciones y de los precios aplicables*" (artículo 23.2, letra f), y a "*poder elegir libremente la empresa funeraria de acuerdo con la LSF y la presente Ordenanza*" (artículo 23.2, letra j), entre otros derechos.

El Capítulo 3 establece una serie de normas relativas a la actividad de conducción y traslado de cadáveres. En este sentido, la Ordenanza reconoce que "*de acuerdo con lo establecido en la Ley 24/2005 la autorización municipal reglada habilita para realizar el traslado de cadáveres en todo el territorio del Estado Español*" (artículo 26.1). Finalmente, el Capítulo 4 expone las facultades de control del Ayuntamiento.

A continuación, en el Título tercero se regulan las licencias municipales para la prestación de servicios funerarios, determinando los requisitos documentales y el procedimiento de obtención de las mismas (Capítulo 1), así como las reglas relativas al cese de la actividad (Capítulo 2).

El Título cuarto contiene una serie de normas relativas a la transmisibilidad (capítulo 1), caducidad (capítulo 2), revocación, suspensión y anulación de las licencias



(capítulo 3). Respecto de la vigencia de las licencias, aspecto contemplado en el capítulo 4 de este Título, es destacable el hecho de que las mismas se limiten a 15 años.

Finalmente, el Título quinto contiene el régimen sancionador aplicable. Asimismo, la Ordenanza de servicios funerarios contiene nueve disposiciones adicionales y una disposición final. En este sentido, conviene destacar la disposición adicional octava la cual determina que "*el titular del único tanatorio del término municipal de Banyoles deberá de forma obligatoria de permitir el libre acceso a cualquier empresa funeraria acreditada en sus salas de velatorio, por prestar los servicios funerarios a sus clientes, previo pago de un precio o peaje fijado por el Ayuntamiento de Banyoles, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local, y previo audiencia contradictoria al titular del tanatorio, para que realice las alegaciones que estime convenientes, en el plazo de 10 días hábiles. El tanatorio se considera una infraestructura esencial*".

## 4. EVALUACIÓN DEL IMPACTO COMPETITIVO DE LA NORMA

### 4.1. Metodología

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)<sup>4</sup>
- (2) Principio de mínima distorsión (justificación de los instrumentos utilizados)<sup>5</sup>
- (3) Principio de eficacia<sup>6</sup>
- (4) Principio de transparencia<sup>7</sup>
- (5) Principio de predictibilidad<sup>8</sup>

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*

---

<sup>4</sup> 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, le generen un grave daño debido a las importantes restricciones a la actividad económica que imponen.

<sup>5</sup> El principio de mínima distorsión implica que, entre los instrumentos posibles para alcanzar un objetivo determinado, debe escogerse aquél que suponga la mínima afectación negativa a la competencia.

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

<sup>7</sup> 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.

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

*Evaluar el Impacto Competitivo de las normas (EIC)*<sup>9</sup>. La metodología para la 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 prohibidas<sup>10</sup> o bien evaluables. En el 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.

## **4.2. Análisis de la propuesta de modificación de la Ordenanza general de servicios funerarios del Ayuntamiento de Banyoles**

### **4.2.1. Consideraciones previas**

Tal como se ha visto en el apartado 3.1 anterior, el sector de los servicios funerarios ha sido objeto de importantes reformas normativas que han tenido por objetivo la liberalización del mismo; no obstante, la introducción de competencia en este mercado ha producido unos efectos todavía muy escasos.

Como factores que pueden explicar esta realidad, por una parte, puede mencionarse que, en términos generales, la normativa municipal no ha recogido de manera adecuada estas reformas normativas y, incluso, ha mantenido determinados aspectos que eran radicalmente contrarios. 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

<sup>9</sup> 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 a la página web de la ACCO (<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-impacte-competitiu-de-les-normes>).

<sup>10</sup> Por ejemplo, pueden ser restricciones prohibidas aquéllas 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 deben 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.



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 primordial importancia y el primer paso para disfrutar de un marco regulador procompetitivo.

Es por eso que la ACCO destaca positivamente la voluntad del Ayuntamiento de Banyoles de modificar su Ordenanza de servicios funerarios, por una parte, actualizándola de acuerdo con las modificaciones legislativas liberalizadoras ocurridas y, del otro, incorporando la variable de competencia.

Por otra parte, al mismo tiempo, no se puede desconocer que el déficit de competencia en este segmento de actividad también es debido a las características propias del mercado. Estas dificultades en la introducción de competencia han sido analizadas por ésta y otras autoridades de competencia en diversas ocasiones<sup>11</sup>. En concreto, se puede hacer mención de los siguientes factores:

- Respecto la demanda, ésta 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 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 oferente, 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 prestadora de estos servicios.

- En relación con la oferta, ésta 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. A cada área hay un alto grado de concentración de la oferta, pues en muchos municipios existen sólo uno o dos operadores.

---

<sup>11</sup> 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 Catalunya"; 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"

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 que tienen 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 de 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, han hecho resistencia 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.

Así, esta regulación debe fundamentarse básicamente en los postulados de la Directiva de Servicios<sup>12</sup> 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 controles previos, como es el caso de los regímenes de autorización administrativa, en supuestos muy excepcionales: sólo cuándo éste 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 en que estuvo objeto el año 2010 para adaptarla a la mencionada Directiva, 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 deberán 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

---

<sup>12</sup> 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 la finalidad de la Directiva de Servicios y la promoción de la competencia que impulsa la ACCO, por lo que respecta la voluntad de eliminar obstáculos injustificados en el acceso y ejercicio de las actividades económicas.

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 establezcan. En este sentido, aunque una autorización administrativa para ejercer una actividad sea por sí misma una restricción, justificada o no, a la competencia, ésta 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 hecho públicos con suficiente antelación.

#### **4.2.2 Análisis de aspectos concretos de la propuesta de modificación de la Ordenanza general de servicios funerarios del Ayuntamiento de Banyoles**

Con carácter previo formular una advertencia, en particular mencionar que, si bien la ACCO destaca el esfuerzo realizado por el Ayuntamiento de Banyoles a la hora de modificar la Ordenanza en cuestión con el fin de adaptarla a los principios de la política de competencia, el texto objeto de este informe resulta en algún extremo de difícil comprensión. A modo de ejemplo, no queda suficientemente claro cuando se regula el acceso a la actividad -obtención de la autorización- o cuando se regulan cuestiones relativas al ejercicio de la misma. Asimismo, se mencionan en el articulado aspectos que, con buen criterio, han sido eliminados y que ya no son exigidos para operar pero que quizás una buena técnica normativa aconsejaría que fueran mencionados en el preámbulo sin formar parte del texto articulado.

Por lo tanto, la ACCO recomienda con carácter previo la simplificación y reformulación del texto actual de la Ordenanza con el fin de conseguir una regulación eficiente y favorecedora de la competencia en materia de servicios funerarios.

Hecha esta advertencia previa, a continuación se exponen aquellos aspectos de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios que la ACCO considera que deberían ser modificados desde una óptica estrictamente de política de competencia.

##### **(1) Servicios funerarios municipales como servicios públicos**

El artículo 4.2 de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios dispone que *"más allá de cumplir sus obligaciones mínimas en la materia, el Ayuntamiento podrá prestar todo tipo de servicios funerarios en régimen de libre concurrencia con el sector privado. Los servicios funerarios de titularidad municipal disfrutarán de la condición de servicio público a todos los efectos, y las actividades*

*derivadas de los mismos se considerarán como propias del Ayuntamiento".* Así pues, este artículo califica los servicios funerarios prestados por el Ayuntamiento como servicios públicos.

No obstante, esta previsión contradice expresamente lo que dispone el artículo 1.1 de la Ley 2/1997 según el cual "*los servicios funerarios tienen la condición de servicio esencial de interés general, el cual puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos*". Por lo tanto, el hecho de que sean prestados por el Ayuntamiento no hace que los servicios funerarios cambien de naturaleza y pasen a ser considerados como servicios públicos, con todas las implicaciones que eso tendría desde la óptica de competencia.

Los servicios funerarios fueron eliminados, el año 1996, de la lista de servicios que debían ser prestados necesariamente por los ayuntamientos. Perdieron, entonces, su naturaleza de servicio público tradicional, entendido como aquel servicio que necesariamente debe ser prestado, directa o indirectamente, por las administraciones públicas, y cuyo cumplimiento puede ser exigido por los ciudadanos.

Desde entonces, los servicios funerarios tienen la consideración de servicios de interés general, en los cuales no existe una reserva formal de la actividad en favor de la administración. De hecho, como bien establece la Ley 2/1997, pueden ser prestados tanto por la Administración como por empresas públicas o privadas, y siempre en régimen de concurrencia. Así, habría que modificar la Ordenanza para no hacer mención a la noción de servicios públicos.

## **(2) Autorización municipal**

De conformidad con lo que dispone la Ley 2/1997, la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios somete la prestación de los servicios funerarios por parte de operadores privados a un régimen de autorización administrativa<sup>13</sup>.

En este sentido, el artículo 7.2 de la Ley 2/1997 establece que "*las empresas privadas de servicios funerarios deberán 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 de 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 poder 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

---

<sup>13</sup> La ACCO, en su Informe de Regulación nº 9/2010, relativo al proyecto de Decreto Legislativo que modificaba diversas normas con rango de ley con el fin de adaptarlas a la Directiva de Servicios, analizó los cambios que se introducían en la Ley 2/1997 y criticó especialmente el régimen de autorización administrativa para la prestación de los servicios funerarios, tal como se configuraba.

monopolios locales, incluso habiendo desaparecido la reserva de estos servicios a favor de los ayuntamientos.

Diversos artículos de la propuesta de modificación de la Ordenanza hacen referencia a la autorización municipal:

- Artículo 3: "Los servicios funerarios podrán ser prestados simultáneamente, y en régimen de libre concurrencia, por el Ayuntamiento de Banyoles (en adelante, "Ayuntamiento") y por empresas privadas debidamente autorizadas por el Ayuntamiento".
- Artículo 5: "Los particulares podrán prestar los servicios funerarios en régimen de libre concurrencia, previa autorización del Ayuntamiento. El Ayuntamiento concederá las licencias o autorizaciones de referencia a todos los solicitantes que reúnan los requisitos exigidos por esta Ordenanza y acrediten disponer de los medios necesarios para prestar adecuadamente los servicios funerarios".
- Artículo 12: "La actividad consistente en la prestación por el sector privado de los servicios funerarios mencionados en los anteriores preceptos deberá venir precedida por la concesión de la preceptiva autorización municipal reglada".

Con carácter previo, hay que decir que estos artículos se podrían considerar redundantes, ya que los artículos 5 y 12 repiten la misma idea que expresa el artículo 3 y, en consecuencia, desde el punto de vista de la simplificación administrativa, quizás habría que valorar su eliminación con el fin de facilitar la aplicación del Ordenanza. También con la voluntad de simplificar la comprensión, sería necesario que la Ordenanza hiciera referencia siempre a las empresas u operadores privados, ya que el uso de expresiones como "los particulares" puede dificultar la interpretación, y las previsiones contenidas a la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios se aplican tanto a personas jurídicas como físicas (empresarios individuales).

En cuanto al contenido, convendría que se eliminara de estos artículos las menciones relativas al Ayuntamiento. En este sentido, la ACCO recuerda que cualquier empresa que ya esté autorizada en otro municipio está legalmente habilitada para prestar los servicios funerarios en todo el territorio nacional y, por lo tanto, no resulta correcto que estos artículos limiten la prestación de los servicios sólo a las empresas autorizadas por el propio Ayuntamiento de Banyoles. Este Ayuntamiento sólo debe autorizar la implantación de aquellas empresas que quieran establecerse en el municipio de Banyoles.

Mantener esta limitación supondría una clara contravención al principio de eficacia nacional de las autorizaciones, aparte del establecimiento de una barrera de entrada en el mercado (y sin desprestigiar las elevadas cargas administrativas relacionadas) que supone deber obtener la autorización de todos y cada uno de los municipios en que una empresa desea prestar sus servicios.

### **(3) Requisitos y condiciones exigidas para la obtención de la autorización**

Como ya se ha comentado, 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).

La propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios contempla los requisitos que se exigen a las empresas privadas que quieren obtener la autorización del Ayuntamiento de Banyoles al artículo 20. Éstos se pueden resumir en:

- Exigencia de un determinado nivel de solvencia financiera.
- Constitución de una fianza o garantía que responda de: (i) el coste de los servicios funerarios de prestación forzosa; (ii) las sanciones que puedan imponerse a las empresas, y (iii) el valor de la confiscación.
- Disponer de una oficina administrativa en el municipio, abierta las 24 h al día durante todos los días del año.
- Contar con determinados requisitos materiales y de instalaciones, con condicionamientos relativos a cada uno de ellos: almacén de féretros; dependencias de atención al público y servicios comunes; local para la guarda de vehículos en el mismo o en otro municipio; número mínimo de vehículos de transporte funerario (1), de alquiler o en propiedad; y féretros con una reserva mínima de 5 días de funcionamiento, con un mínimo de unidades (10).
- También se establecen un mínimo de medios personales de la empresa funeraria: mínimo de un trabajador que realice las funciones de conducción y otro que realice las funciones de administración y contratación, aparte del personal directivo y administrativo necesario para atender a los usuarios del servicio durante las 24 horas al día.

En primer lugar, la ACCO valora positivamente el hecho de que la propuesta de modificación del Ordenanza de servicios funerarios elimine la exigencia de disponer de un tanatorio propio en el municipio. Como ya han manifestado en múltiples ocasiones las autoridades de competencia, esta exigencia constituye una elevada barrera de entrada en el mercado, a menudo infranqueable. Esta cuestión se tratará en otro apartado de este documento.

No obstante, algunos de los requisitos que todavía perdurarían en la Ordenanza si ésta se aprobara tal como se contempla en la propuesta de modificación, podrían considerarse como injustificadamente restrictivos de la competencia. Adicionalmente, mencionar que algunos de ellos tampoco cumplirían con lo que actualmente dispone la Ley 2/1997 que, recordémoslo, otorga la cobertura legal necesaria a las ordenanzas y reglamentos municipales de servicios funerarios.

En este sentido, el artículo 6 de la Ley 2/1997 dispone que "*1. Las entidades prestadoras de servicios funerarios deberán 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.*
- (...)

*3. Las ordenanzas o los reglamentos municipales pueden fijar los requisitos mínimos de disponibilidad de 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, los ayuntamientos sólo pueden imponer requisitos mínimos respecto de los aspectos previstos en el artículo 6.1 de la Ley 2/1997 y hacerlo con el objetivo de garantizar la calidad del servicio, y siempre respetando el principio de proporcionalidad. No respetar este principio podría suponer la exclusión de pequeñas y medianas empresas que no tienen capacidad para realizar un desembolso inicial importante, lo cual les impediría seguir la dinámica natural del crecimiento, en el sentido de iniciar la actividad con pocos medios e incrementarlos gradualmente a medida que el negocio se consolida y empieza a dar resultados positivos.

Al mismo tiempo, los requisitos exigidos tendrán que respetar la libre competencia, lo cual implica que los ayuntamientos tienen que tener en cuenta, a la hora de elaborar de establecer estos tipos de requisitos en sus ordenanzas que los mismos (i) deberán estar justificados para la consecución de los objetivos perseguidos, según los principios de necesidad y proporcionalidad, y el resto de principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia y (ii) deberán constituir la alternativa menos restrictiva de la competencia.

En consecuencia, sólo pueden mantenerse los requisitos relativos a los aspectos contemplados en el artículo 6.1 de la Ley 2/1997, previa evaluación de su necesidad y proporcionalidad y no podrían establecerse los siguientes requisitos mínimos:

- Disponer de una oficina administrativa abierta en el municipio, abierta las 24 h al día durante todos los días del año.
- Determinados requisitos materiales y de instalaciones, en concreto: la exigencia de disponer de un almacén de féretros; los requisitos relativos a las dependencias de atención al público y servicios comunes; el local para la guarda del vehículos en el mismo o en otro municipio.

Mención aparte merecen los requisitos de tipo económico, es decir, la exigencia de una determinada solvencia financiera y la prestación de fianza o garantía. Respecto de éstos, el preámbulo de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios establece que la exigencia de capital mínimo y garantía a depositar son restricciones medianas a la competencia y, por lo tanto, en virtud del principio de proporcionalidad, se establece la exigencia de un capital mínimo de 60.000 euros (si

bien el artículo 20 fija la solvencia mínima en 36.060,70 euros) y una fianza o garantía de prestación del servicio por un importe de 6.000 euros.

La exigencia de una determinada solvencia financiera puede ser una fuerte barrera de entrada en el mercado al limitar el acceso de operadores pequeños y medios al mercado. Por lo tanto, se debería evaluar la conformidad con los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, ya que los requisitos de solvencia financiera y económica como, por ejemplo, la exigencia de un capital mínimo a las personas jurídicas, no están previstos a la Ley 2/1997, deben ser eliminados de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios por falta de cobertura legal.

Sólo tendría cobertura legal a la Ley 2/1997 la fianza, pero no tal como está prevista en el texto objeto de este documento. Según la citada ley (artículo 8.1) la fianza sólo debe responder por el "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". Asimismo, hay que velar para que los importes que se establezcan para la fianza sean realmente proporcionales al riesgo sobre el que deben responder.

Para finalizar, comentar que si bien sólo están sometidas a un régimen de autorización administrativa las empresas privadas, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios debe ser exigido a todo tipo de operador, sin distinguir entre su naturaleza pública o privada. Tal como se prevé, estos requisitos sólo se exigen a las empresas privadas, lo cual supone una vulneración al principio de neutralidad. Recordemos que la Directiva de Servicios se aplica a cualquier persona física o jurídica, constituida en virtud de la legislación de un Estado Miembro, y obliga a someter a las mismas reglas a todos los operadores, públicos y privados.

En este sentido, la Ley 2/1997 nada establece sobre el hecho de que los requisitos exigidos sólo lo sean en relación con las empresas privadas aunque solamente éstas estén sometidas a la obligación de obtener la autorización municipal.

#### **(4) Vigencia de la autorización**

El artículo 48 de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios limita la vigencia de las autorizaciones otorgadas por el Ayuntamiento de Banyoles a 15 años:

*"Las autorizaciones para el ejercicio de actividades consistentes en la prestación de servicios funerarios tendrán una vigencia de 15 años".*

En términos generales, la limitación de la vigencia de las autorizaciones constituye una restricción a la competencia que dificulta el ejercicio de las actividades de servicios ya que, dependiendo de su duración, puede impedir que los prestadores desarrollen estrategias a largo plazo e introduce un elemento de inseguridad en la actividad empresarial. Salvo excepciones particulares, una vez un prestador ha demostrado que cumple los requisitos, no existe ninguna necesidad de limitar las autorizaciones en el tiempo.

Por este motivo, la Directiva de Servicios (artículo 11) establece, como principio general, la no limitación de la vigencia de las autorizaciones otorgadas, y exceptúa los siguientes supuestos:

"(...) cuando:

- a) *la autorización se renueve automáticamente o solo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos.*
- b) *el número de autorizaciones disponibles sea limitado por una razón imperiosa de interés general.*
- c) *la duración limitada esté justificada por una razón imperiosa de interés general*".

Tal como está regulado en la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios no parece ser que la autorización se renueve de manera automática. Asimismo, tampoco existe un *numerus clausus* o número limitado de autorizaciones a otorgar<sup>14</sup> ni se puede considerar que en este caso la vigencia limitada a 15 años pueda estar justificada por una razón imperiosa de interés general. Por lo tanto, habría que eliminar esta previsión de la Ordenanza.

#### **(5) Ámbitos de actuación obligatorios**

En términos generales, la exigencia de prestar obligatoriamente servicios en un mínimo de ámbitos constituye una fuerte barrera de entrada en el mercado, ya que sólo aquellos operadores que puedan asegurar la prestación de los servicios funerarios en todos los ámbitos exigidos por las ordenanzas municipales podrán obtener la autorización. Eso excluiría, básicamente, pequeños y medianos operadores que sólo tuvieran capacidad de actuación en alguno de los ámbitos incluidos en los servicios funerarios, pero que en estos ámbitos fueran muy eficientes y competitivos, y capaces de ofrecer servicios de alta calidad.

Por este motivo, los ayuntamientos no pueden exigir a los operadores privados de servicios funerarios unos ámbitos de actuación obligatorios, lo cual constituye una restricción a la competencia, excepto si lo prevé una norma con rango de ley.

---

<sup>14</sup> Respecto la limitación del número de autorizaciones, o establecimiento de un *numerus clausus* de operadores, hay que tener presente lo que dispone el artículo 8 de la Ley 17/2009, en el sentido que "sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos". Cuando así sea, el otorgamiento de las autorizaciones se deberá hacer mediante un procedimiento de selección entre los posibles candidatos, en el cual se garantice los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva, y la autorización que se otorgara tendría una duración limitada y proporcionada y no daría lugar a un procedimiento de renovación automática ni comportaría, una vez extinguida la autorización, ningún tipo de beneficio para el prestador que cesara en la actividad o para personas especialmente vinculadas a éste.

Estas previsiones son conformes a lo que establece el artículo 12 de la Directiva de Servicios; sin embargo, no resultarían de aplicación en el caso de las autorizaciones para la prestación de los servicios funerarios, ya que no se dan las circunstancias de escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos.

En este sentido, el artículo 11 de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios establece una serie de actividades o servicios de prestación obligatoria por parte de las empresas autorizadas por el Ayuntamiento de Banyoles:

*"1. Se consideran, en todo caso, actividades o servicios funerarios de prestación inexcusable las funciones siguientes:*

- a) Informar y asesorar sobre el contenido, condiciones y alcance de los mencionados servicios.*
- b) Suministrar el féretro -que deberá tener las características que correspondan según el servicio de que trate- y urnas cinerarias y de restos, en su caso.*
- c) Hacer las prácticas higiénicas necesarias en el cadáver, colocarlo en el féretro y transportarlo desde el lugar de la defunción hasta el domicilio mortuario, si es el caso, y hasta el lugar de destino final mediante un vehículo de transporte funerario autorizado.*
- d) Hacer la gestión de los trámites administrativos preceptivos para todo el proceso hasta el entierro o la incineración, de conformidad con la normativa aplicable, y para la inscripción de la defunción al Registro Civil.*
- f) Prestar los servicios de tanatorio, en condiciones físicas adecuadas para el velatorio.*

*(...)"*.

Tal como aparece redactado, la exigencia de prestar los servicios de tanatorio contraviene lo que dispone el artículo 4 de la Ley 2/1997. Según el apartado 2º de este artículo, sólo se puede imponer a las entidades prestadoras de los servicios funerarios las actividades o funciones detalladas en los apartados a, b, c y d del artículo 4.1 de la Ley, y que se corresponden básicamente en los apartados a, b, c y d del apartado 1 del artículo 11 de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios.

En ningún caso, pues, el Ayuntamiento podría imponer, vía Ordenanza o reglamento municipal, la prestación de los servicios de tanatorio dado que esta posibilidad desapareció de la Ley 2/1997 mediante la última modificación de la misma el año 2010.

De hecho, la eliminación de la obligación de prestar los servicios de tanatorio para poder obtener la autorización municipal fue uno de los aspectos positivos, desde el punto de vista de la competencia, que se introdujo mediante la citada modificación. La obligación de prestar el servicio de tanatorio, aunque no se exija disponer de la instalación, constituye una barrera importante en el acceso a la actividad ya que, en algunos supuestos, puede ser un requisito materialmente imposible de cumplir. Así, habría que eliminar esta previsión de la Ordenanza.

## (6) Tanatorio

La propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios elimina la exigencia de disponer de un tanatorio propio en el municipio con el fin de poder obtener la autorización del Ayuntamiento de Banyoles. En concreto, el artículo 20 dice literalmente que "C) *No será necesario tener tanatorio propio en el término municipal donde se quiere operar, al ser una grave restricción a la competencia*", y el propio preámbulo de la norma reconoce que la exigencia de tanatorio en el término municipal es una restricción grave a la competencia<sup>15</sup>.

Como ya se ha indicado, la Ley 2/1997, en la versión vigente desde 2010, eliminó la posibilidad de que los Ayuntamientos pudieran, vía Ordenanza o reglamento municipal, exigir la disponibilidad de un tanatorio a las empresas con el fin de obtener la autorización correspondiente.

La eliminación de esta previsión se valora positivamente por parte de la ACCO, dado que, aparte de no tener amparo legal, la exigencia de disponer de un tanatorio en el término municipal es, en términos de competencia, una elevada barrera de entrada en el mercado, a menudo infranqueable<sup>16</sup>. En este sentido, la implantación de un nuevo tanatorio es especialmente conflictiva ya que a menudo los requisitos relativos a esta instalación establecidos en las normas locales son innecesarios y/o desproporcionados, las normas urbanísticas no permiten la implantación o bien los procedimientos de autorización de la instalación son excesivamente largos.

Una vez hecho este apunte también hay que reconocer que, a pesar de no ser un servicio de prestación obligatoria<sup>17</sup> y a pesar de las dificultades apuntadas, la casi totalidad de empresas de servicios funerarios ofrecen servicios de tanatorio, ya sea a través de instalaciones propias o de otros prestadores con el fin de poder ser competitivos en el mercado. En este sentido, hay que tener presente que la mayoría de clientes contratan los servicios funerarios con empresas que ofrecen la totalidad de servicios y, dado que el velatorio del difunto en el domicilio es una práctica en desuso en la actualidad, las empresas que incluyen en su cartera de servicios el de tanatorio disfrutan de una posición muy ventajosa en el mercado. Se podría afirmar que el servicio de tanatorio se ha convertido en una prestación ineludible para los operadores.

Teniendo en cuenta estos factores, y las dificultades existentes para la implantación de tanatorios nuevos, en determinados casos la competencia no puede incrementar si no se facilita el uso compartido de los tanatorios ya implantados. Por ejemplo, en caso de nuevos operadores que no disponen de tanatorio propio, y que no pueden implantar uno por los motivos señalados anteriormente, o bien de operadores que quieran disfrutar del principio de eficacia nacional y que deseen prestar servicios en municipios diferentes de aquéllos donde están establecidos.

---

<sup>15</sup> De hecho, ya se ha indicado anteriormente que no hay que precisar en el articulado los aspectos que se eliminan de la norma; con la mención en el preámbulo es suficiente.

<sup>16</sup> Sobre las barreras existentes en la prestación de los servicios de tanatorio, ver el documento elaborado por la ACCO OB 10/2011 "Observaciones sobre la incidencia que podrían tener determinadas medidas en el nivel de competencia de los servicios funerarios", publicado en la página web de esta autoridad.

<sup>17</sup> A diferencia de lo que contempla la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios, aspecto que ya ha sido comentado en este Informe.

En casos como los descritos, si no se toman medidas que faciliten el acceso de los operadores a los tanatorios existentes, el grado de competencia del mercado de servicios funerarios no incrementará -con una perpetuación del monopolio local existente, en la mayoría de casos-, el principio de eficacia nacional quedará completamente desvirtuado y el operador no podrá hacer efectivo su derecho a operar en todo el territorio nacional.

Por lo tanto, es vital que en determinadas circunstancias, los operadores de servicios funerarios puedan acceder a los tanatorios ya existentes, situación que es clara en relación con los tanatorios públicos -en los cuales es aconsejable introducir la previsión de la necesidad de dar acceso a otras empresas funerarias, por ejemplo, en el título mediante el cual se ceda su explotación (por ejemplo concesión o concierto) pero que no siempre es pacífica respecto de los tanatorios privados (en estos casos, dependerá de la situación del mercado y la consideración de un tanatorio concreto como instalación esencial).

Relacionado con el que se acaba de señalar, la Disposición adicional octava de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios establece lo siguiente:

*"El titular del único tanatorio del término municipal de Banyoles deberá de forma obligatoria de permitir el libre acceso a cualquier empresa funeraria acreditada en sus salas de velatorio, para prestar los servicios funerarios a sus clientes, previo pago de un precio o peaje fijado por el Ayuntamiento de Banyoles, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local, y previa audiencia contradictoria al titular del tanatorio, para que realice las alegaciones que estime convenientes, en el plazo de 10 días hábiles.*

*El tanatorio se considera una infraestructura esencial".*

El contenido de esta Disposición muestra la preocupación, por parte del Ayuntamiento de Banyoles, en relación con los problemas que han surgido, en materia de competencia, en relación con el uso de tanatorios por parte de operadores que no son los titulares, y la voluntad de encontrar una solución que garantice los diferentes intereses que confluyen.

No obstante, teniendo en cuenta que el tanatorio existente en el municipio de Banyoles es de naturaleza privada, no parece factible imponer, per se, la obligación de dar acceso a todos los operadores que lo deseen, ni tampoco se puede considerar la instalación, de manera automática, como una infraestructura esencial.

En este sentido, habría que llevar a cabo un análisis detallado sobre las condiciones de competencia del mercado, ya que para que se pudiera imponer esta obligación deben cumplirse de manera cumulativa los siguientes requisitos: por una parte, la empresa titular del tanatorio debería encontrarse en una situación de posición de dominio y, de la otra, se debería verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la doctrina de las instalaciones esenciales con el fin de 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<sup>18</sup>.

En el caso que nos ocupa, tal como aparece configurado el mercado del servicios funerarios en Banyoles a fecha de hoy y, por extensión, a la comarca del Pla de l'Estany, donde sólo hay una única empresa que preste los servicios de tanatorio y que, en este sentido, es la titular de la única instalación de este tipo, es muy probable que se pudieran cumplir las condiciones requeridas para imponer la obligación de acceso mencionada.

Sin embargo, no parece oportuno imponer de manera automática (es decir, recogido en una disposición de carácter general) la obligación de permitir el acceso al titular del tanatorio privado ya que las condiciones de competencia en el mercado pueden cambiar. Adicionalmente, en el caso de que se produjera una solicitud de acceso por parte de un operador del sector funerario y ésta fuera denegada de forma injustificada por parte del titular del único tanatorio de la Comarca del Pla de l'Estany, este hecho puede ser denunciado ante las autoridades de competencia a fin de que, en el marco de un expediente sancionador, hagan el correspondiente análisis.

Finalmente indicar que, incluso en el supuesto de que exista dicha obligación de acceso, el Ayuntamiento de Banyoles no puede fijar los precios aplicables por la empresa titular del tanatorio por el uso de sus salas de velatorio por parte de otras empresas. Como ya se ha dicho, se trata de una instalación de naturaleza privada y, por lo tanto, es la titular que decide los precios a satisfacer por el uso de sus instalaciones. Evidentemente, estos precios no podrán ser ni abusivos ni discriminatorios, cuestión que sería abordada por las autoridades de competencia si llegara el caso.

## **(7) Actividad de transporte funerario**

Diversos artículos de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios hacen referencia a la actividad de transporte funerario.

- En primer lugar, el artículo 26.2 establece que "*de acuerdo con lo establecido en la Ley 24/2005 la autorización municipal reglada habilita a realizar el traslado de cadáveres en todo el territorio del Estado Español*".
- El artículo 27, a su vez, dispone que los vehículos con que se realice el mencionado transporte "*deberán contar con la autorización de transporte para la realización de transporte funerario, entregada por la Dirección General de Transportes de la Generalitat de Catalunya, sin perjuicio de la licencia municipal correspondiente de acuerdo con la normativa sectorial vigente en cada momento*".
- Relacionado con el artículo anterior, el artículo 28 dispone que "*ninguna empresa de servicios funerarios radicada en el municipio podrá iniciar sus actividades sin haber obtenido previamente las licencias y autorizaciones mencionadas en el artículo anterior*".

<sup>18</sup> 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]

- Finalmente, el artículo 36 dispone que *"el otorgamiento de la licencia de apertura llevará implícita, cuando sea el caso, la autorización de primera ocupación, utilización o cambio de uso y venga acompañada, si procede, de la expedición de las licencias municipales de transporte funerario que sean pertinentes"*

Sobre este precepto, sólo mencionar que, si bien técnicamente es cierto que la Ley 24/2005 liberalizó el transporte funerario a todo el Estado, a día de hoy, este amparo legal ha quedado obsoleto, ya que tanto la Ley 2/1997, en su redacción actualmente vigente<sup>19</sup>, como la Ley 17/2009, reconocen la eficacia nacional de las autorizaciones y, por lo tanto, cualquier empresa autorizada puede prestar todos los servicios funerarios (incluido, por lo tanto, el servicio de transporte) en todo el territorio español.

Con respecto a las autorizaciones de transporte funerario con que deben contar los vehículos con los cuales se realice esta actividad, simplemente recordar que la versión actualmente vigente de la Ley 2/1997 eliminó la necesidad de obtenerlas. En concreto, se modificaron los artículos 4.1.c y 6.1 c, lo cual supuso la eliminación de una barrera de acceso a la actividad así como la supresión de una carga administrativa.

## **(8) Otros aspectos**

### **a. Silencio administrativo negativo**

La Disposición adicional segunda establece que *"sin perjuicio que el otorgamiento de la licencia o comunicación previa ambiental, la falta de resolución expresa de las peticiones de licencia dentro del plazo de seis meses tendrá efectos desestimatorios"*.

Respecto del silencio negativo, el artículo 6 de la Ley 17/2009, relativo a los procedimientos de autorización, establece que estos procedimientos *"en todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general"*. Este artículo reprende lo que dispone el artículo 13.4 de la Directiva de Servicios.

A su vez, la Ley 30/1992 (artículo 43.1) mencionada dispone en relación con este punto que *"en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración tiene que dictar en la forma que prevé el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hayan deducido la solicitud por entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma*

<sup>19</sup> En este caso, se entiende que la Ley 2/1997 (artículo 5) hace un reconocimiento del principio de la eficacia nacional de las autorizaciones, pues prevé que cualquier operador autorizado puede llevar a cabo la actividad de transporte funerario y que ésta puede llevar asociadas las funciones de (i) suministrar el féretro, (ii) realizar las prácticas necesarias en el cadáver, (iii) colocarlo en el féretro y (iv) la gestión de los trámites administrativos preceptivos, funciones que conforman el núcleo de las prestaciones básicas incluidas en los servicios funerarios.

*de derecho comunitario establezcan lo contrario. (...)*". La Ley 26/2010, del 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Catalunya, también se manifiesta en los mismos términos (artículo 54).

Por lo tanto, el establecimiento de un régimen de silencio administrativo negativo, es decir, con efectos desestimatorios, como el que prevé la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios, debe estar previsto en una norma de rango legal que así lo determine en base a una razón imperiosa de interés general.

En este caso, sin embargo, ni la Ley 2/1997 ni ninguna otra establecen ninguna excepción, aplicable a los servicios funerarios, al régimen general de silencio positivo que establecen las normas reguladoras de los procedimientos administrativos.

Adicionalmente, habría que valorar, teniendo en cuenta los principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia, si el establecimiento de un plazo de seis meses para la resolución del procedimiento de autorización, aunque sea con silencio positivo, no es un plazo excesivo que puede comportar perjuicios a las empresas que desean iniciar sus actividades.

#### **b. Cese de la actividad**

El artículo 38 de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios dispone que:

*"Dado que los servicios funerarios constituyen una actividad de interés general de carácter esencial, su cese adelantado a iniciativa de las empresas autorizadas requerirá el visto bueno previo de la Corporación Municipal. Además, el cese adelantado de la actividad empresarial habrá que ser anunciado con un mes de anticipación en un diario de máxima difusión en la localidad, sin perjuicio de la comunicación previa dirigida al Ayuntamiento, exponiendo detallada y justificadamente los motivos del cese.*

*Aparte de la responsabilidad que pueda generar el incumplimiento de los trámites mencionados en el párrafo anterior, el cese irregular de las actividades autorizadas podrá dar lugar a las medidas de intervención previstas en el artículo 30 de esta Ordenanza si de esta situación se derivan las circunstancias previstas en el artículo 21.1.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril".*

Este artículo está inevitablemente vinculado al artículo 48 relativo al plazo de 15 años establecido para las autorizaciones, ya que sólo cuando se ha establecido un plazo concreto se puede producir el cese adelantado de una actividad.

La ACCO considera que la Ordenanza no debería interferir en ámbitos propios de la gestión empresarial, como es la decisión de finalizar con el desarrollo de una determinada actividad, sea por el motivo que sea, ya que se trata de empresas privadas que prestan servicios de interés general, y no servicios públicos. Someter la decisión de dejar de prestar una actividad a la obtención de una autorización del Ayuntamiento (o cualquier otra administración) puede suponer el establecimiento de una barrera de salida, que impide la salida de empresas ineficientes y, al mismo tiempo, desincentiva la competencia de posibles nuevos entrantes.

### c. Sumisión a la normativa de competencia

El artículo 13, letra g), de la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios dispone que *"los servicios mortuorios se contratarán y prestarán observando las prescripciones de la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios, quedando absolutamente proscritas, entre otros las prácticas capciosas tendentes a contratar prestaciones no deseadas por el interesado, aprovechando la situación del luto"*.

La ACCO considera que sería necesario añadir a este apartado una referencia expresa a la sumisión de las empresas que prestan los servicios funerarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

## 5. CONCLUSIONES

En este documento, la ACCO ha analizado, desde una óptica de competencia, la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios del municipio de Banyoles, cuya voluntad es la de recoger y adaptarse a las novedades introducidas, a lo largo de los últimos años, en la legislación aplicable a la materia.

Como se ha indicado anteriormente, el sector de los servicios funerarios ha sido, ya desde el año 1996, objeto de un largo proceso de liberalización y apertura a la competencia, cuyo último hito es la adaptación de la normativa a las prescripciones derivadas de la Directiva de Servicios. Esta norma de origen comunitario ha impuesto un nuevo marco regulatorio a las actividades de servicios, al cual se deben someter las autoridades locales a la hora de modificar sus normas reguladoras de los servicios funerarios; este nuevo marco determina la excepcionalidad de los regímenes de autorización administrativa para al inicio de las actividades de servicios y somete los requisitos que se establezcan para la obtención de esta autorización y otras condiciones a una evaluación estricta de su necesidad y proporcionalidad, con el fin de evitar que se introduzcan restricciones injustificadas que limiten el acceso de nuevos operadores en el mercado.

Teniendo en cuenta estos aspectos, así como los problemas de competencia que tradicionalmente se han asociado al mercado de los servicios funerarios, la ACCO propone que la propuesta de modificación del Ordenanza de servicios funerarios tenga en cuenta los siguientes extremos:

- Los servicios funerarios son servicios de interés general. El hecho de que sean prestados por los ayuntamientos no les convierte en servicios públicos.
- Los operadores privados de servicios funerarios, ya sean personas físicas o jurídicas, están sometidos a un régimen de autorización administrativa municipal. Sin embargo, esta autorización sólo debe obtenerse en el municipio en el cual el operador se desea implantar y, una vez obtenida, habilita para el desarrollo de todas las actividades incluidas en los servicios funerarios en todo el territorio del Estado español, en virtud del principio de eficacia nacional de las autorizaciones. Por lo tanto, no hay que obtener la autorización de todos los municipios en los que se desea prestar los servicios.

- Respecto los requisitos establecidos para la obtención de las autorizaciones, es necesario que éstos cumplan determinadas condiciones: 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 (principio de proporcionalidad y mínima distorsión).

Adicionalmente, sólo se pueden regular los requisitos mínimos relativos a los aspectos previstos en el artículo 6 de la Ley 2/1997, de manera que no se pueden imponer, vía Ordenanza municipal, determinados requisitos como los relativos a la solvencia financiera de las empresas o el hecho de tener que disponer de una oficina en el municipio.

Finalmente, se debe tener en cuenta que, si bien la autorización sólo hace referencia a los operadores privados, los requisitos deben exigirse a todo tipo de operador, incluso los públicos, ya que, contrariamente, se está vulnerando el principio de neutralidad.

- Las autorizaciones municipales para la prestación de los servicios funerarios no deberían limitarse temporalmente, dado que no existe un *numerus clausus* de operadores ni la limitación está justificada en una razón imperiosa de interés general.
- Asimismo, las ordenanzas municipales no pueden imponer como servicio de prestación obligatoria por parte de las empresas u operadores la prestación de los servicios de tanatorio.
- Tampoco se puede exigir que los operadores de servicios funerarios dispongan de un tanatorio, aspecto que correctamente ha eliminado la propuesta de modificación de la Ordenanza de servicios funerarios.

No obstante, no se puede despreciar la importancia de poder acceder a los tanatorios ya existentes por parte de los operadores de servicios funerarios. Por lo tanto, en determinadas circunstancias (es decir, no automáticamente), existirá la obligación de dar acceso a las instalaciones de tanatorio, aunque éste sea de titularidad privada. Este acceso se dará a cambio de la correspondiente contraprestación económica que será fijada por su titular y que no podrá ser discriminatoria ni desproporcionada.

- La actividad de transporte funerario, así como todas las otras actividades incluidas en el ámbito de los servicios funerarios, puede ser realizada libremente en todo el territorio del Estado español, en aplicación del principio de eficacia nacional de las autorizaciones contemplado en la Ley 17/2009.

Finalmente, se destaca una serie de aspectos que también deberían ser tenidos en cuenta:

- Por una parte, en relación con los procedimientos para el otorgamiento de las autorizaciones, es aplicable un régimen de silencio administrativo positivo, dado que no concurre ninguna razón imperiosa de interés general que justifique el establecimiento de un silencio con efectos desestimatorios.



- Por otra parte, no puede imponerse que el cese anticipado de la actividad esté sometida a la autorización de la autoridad local, pues se trata de un ámbito propio de la gestión empresarial. Una solución contraria supondría el establecimiento de una barrera de salida del mercado y un grave desincentivo a la competencia.
- Asimismo, hay que tener presente que la actividad de las empresas funerarias, públicas y privadas, queda sometida a la Ley 15/2007 de 3 de julio de defensa de la competencia.

Barcelona, 2 de febrero de 2015