Ajuntament de Barcelona 33
Núm: 1-2017-0294176-1
Data 10/05/2017 14:50:26
ENTRADA
Unitat: SM - Oficina d'Atenció Ciutadana de Sant Miquel

AL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

DIRECCIÓN DE SERVICIOS, PL. SANT MIQUEL, 4-5, Planta 4ª

[redacted], con DNI [redacted], actuando en nombre y representación de MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U. (en adelante, también, "**MÉMORA**"), con CIF B-85012441 y domicilio a efectos de notificaciones en C/ Sancho de Ávila, 2, 08018, Barcelona, según resulta de escritura de apoderamiento que a este escrito acompaño como documento nº 1, ante ese Ayuntamiento comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO:**

I.- Que, con fecha 24 de marzo de 2017, se ha publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona anuncio dando publicidad al acuerdo adoptado por la Comisión de Presidencia, Derechos de la Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en su sesión celebrada el día 22 del propio mes (en adelante, el "**Acuerdo de 22 de marzo de 2017**") por cuya virtud se **aprueba inicialmente la ordenanza de Cementerios del Ayuntamiento de Barcelona** y se la somete a información pública por un período de 30 días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se produzca la publicación en el citado Boletín.

II.- Que, dentro del referido plazo, en el marco del expresado trámite de información pública y tras haber tomado vista del expediente administrativo relativo al proyecto de disposición de carácter general indicado, interesa a mi mandante efectuar las siguientes

ALEGACIONES

I.- INTERÉS DE MÉMORA EN EL EXPEDIENTE DE REFERENCIA.

MÉMORA, además de ser la principal empresa funeraria en Cataluña y en el resto de España, es, a través de su filial POMPAS FÚNEBRES MEDITERRÁNEAS, S.L., titular del 85% del capital social de SERVEIS FUNERARIS DE BARCELONA, S.A. (en adelante, "**SFB**"), empresa funeraria autorizada por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA y titular de cuatro tanatorios ubicados dentro de su término municipal.

Mi mandante, por lo tanto y a través de dicha mercantil, participa en el mercado funerario barcelonés, habiendo sido socia minoritaria del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA tanto en SFB como en CEMENTERIS DE BARCELONA, S.A. (en adelante, "**CBSA**") entre el 27 de marzo de 1998 y el 13 de abril de 2011 (siendo titular del 49% del capital social de SFB y de CBSA, frente al 51% que correspondía al Ayuntamiento a través de BARCELONA SERVEIS MUNICIPALS, S.A., en adelante

148

"**BSM**"), y socia mayoritaria del mismo en SFB desde esa última fecha hasta la actualidad (siendo titular del 85% del capital social de SFB, frente al 15% que sigue correspondiendo al Ayuntamiento a través de BSM).

Atendida la **evidente conexión** existente **entre los mercados de servicios funerarios, de crematorio y de cementerio** (aunque conexos, se trata de tres mercados diferentes, tal y como ha señalado la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, por ejemplo, en su Estudio nº ES 11/2015 de Julio de 2016 sobre ("uso del tanatorio y sus efectos sobre la competencia en los servicios funerarios" que "*en el ámbito de los servicios mortuorios o funerarios es posible distinguir varios mercados de producto: (i) el mercado de los servicios funerarios propiamente dicho, (ii) el mercado de servicios de tanatorio11, (iii) el mercado de servicios de cementerio o (iv) el mercado de servicios de cremación o incineración, entre otros*"), interesa a mi mandante que la **regulación de los dos últimos**, objeto del texto aprobado inicialmente, **se ajuste plenamente a lo exigido por la legislación** vigente **para garantizar** así **un funcionamiento competitivo y eficiente** de los mismos.

II.- INCARDINACIÓN DE LA NUEVA ORDENANZA DE CEMENTERIOS DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA DENTRO DE LA MEDIDA DE GOBIERNO "*NOVA POLÍTICA MUNICIPAL DE SERVEIS FUNERARIS*".

Para valorar adecuadamente el alcance de la iniciativa reglamentaria del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en materia de "cementerios" (realmente y como indica su art. 1, de "*cementerios y crematorios municipales*") resulta preciso hacer previa referencia a la **medida de gobierno "*nova política municipal de serveis funeraris*"** presentada el 16 de noviembre de 2016 ante la Comisión de Presidencia, Derechos de la Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención de dicho Ayuntamiento.

La citada medida de gobierno contempla **tres actuaciones diferentes**:

- La **modificación** de la vigente **ordenanza de servicios funerarios** (apartado segundo).
- La **modificación** de la vigente **ordenanza de cementerios** (apartado tercero).
- Un "**nuevo servicio funerario municipal**" (apartado cuarto), que incluye la **venta de la participación del 15%** que ostenta el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, a través de BSM, **en el capital social de SFB**.

El proyecto de reglamento objeto de las presentes alegaciones forma parte, por voluntad del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, de dicha "nueva política municipal", debiendo ponerse, por lo tanto, en relación con la misma.

Una de las finalidades declaradas de la "nueva política municipal" es el **incremento de la competencia**. En este sentido el Gobierno municipal "*ha considerat que **cal garantir la competència, la qualitat, l'accessibilitat** de la ciutadania als serveis funeraris, **la baixada del preu mig i l'excel·lència del servei a través d'una iniciativa pública consistent en crear una empresa funerària pública***".

N49

Aunque la medida de gobierno prevé que la "nuevo servicio funerario municipal" opere con precios más competitivos sin por ello dejar de ser una empresa sostenible económicamente y que concurra en el mercado "***en règim de competència i en pla d'igualtat amb els altres operadors privats que ho vulguin o ja ho facin***", permitiendo que otros operadores accedan y puedan ofrecer a sus clientes el servicio de tanatorio, lo cierto es que dicha afirmación no deja de ser un brindis al sol, toda vez que **la iniciativa pública en la actividad funeraria pretende articularse no mediante una empresa de nuevo cuño sino a través de la ampliación del objeto social de CBSA**, sociedad que, en la actualidad y por una parte, **gestiona** en el término municipal de Barcelona **en régimen de monopolio *de iure* los servicios públicos de cementerio** y que, por otra, **ostenta la titularidad de los dos únicos crematorios existentes en dicho término municipal** (los "crematorios municipales" a los que se refiere el texto aprobado inicialmente), gestionando los servicios de cremación de cadáveres y restos humanos en régimen de **monopolio *de facto***.

En efecto, es un hecho cierto que el **AYUNTAMIENTO DE BARCELONA**, además de ostentar la potestad reglamentaria en las materias propias de su competencia, **gestiona directamente** a través de CBSA **la totalidad de los cementerios existentes dentro del término municipal y los dos crematorios ubicados** en los de Collserola y Montjuïc y ha previsto **entrar a competir en el mercado de los servicios funerarios** construyendo el correspondiente tanatorio que, según resulta de la memoria que acompaña a la iniciativa pública en la actividad funeraria aprobada inicialmente por parte de dicho Ayuntamiento, está previsto ubicar en el principal cementerio de la ciudad (Montjuïc), cementerio en el que, como se ha expresado, se ubica, uno de los dos "crematorios municipales".

Lo anterior permite **integrar verticalmente en la empresa municipal CBSA la totalidad de los servicios mortuorios,** unos prestados en régimen de libre competencia (servicios funerarios) y otros en régimen de monopolio de iure (servicios de cementerio) o de facto (servicios de cremación), lo que pone **francamente en entredicho la finalidad que se dice perseguir por la medida de gobierno** aprobada el 16 de noviembre de 2016.

En el anterior contexto, la ordenanza inicialmente aprobada por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA y frente a la que dirigen las presentes alegaciones cobra una especial importancia, dado que la misma **regula no solo la gestión de los cementerios municipales sino, igualmente, de los crematorios municipales, únicos existentes** y **únicos susceptibles de ser autorizados** por el propio Ayuntamiento.

III.- CONTEXTO NORMATIVO E INSTITUCIONAL

1.- Para analizar la propuesta de "ordenanza de cementerios" aprobada inicialmente por la Comisión de Presidencia, Derechos de la Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en su sesión del pasado 22 de marzo, resulta fundamental identificar el concreto marco normativo e institucional en el que el mismo ha de ejercitar la potestad reglamentaria que, en principio, le corresponde, toda vez que, como señala el art. 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

- La potestad reglamentaria (del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA) debe ejercitarse **de conformidad con lo previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la Ley 7/1985, de 2 de abril**, reguladora de las Bases del Régimen Local (art. 128 aptdo. 1), que reconoce dicha potestad a los municipios en su art. 4.1.a).

- Dicha potestad reglamentaria debe ejercitarse **respetando la Constitución y la ley y en el marco de las competencias que puedan corresponder al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en materia de servicios de cementerio (y crematorio)**, dado que *"los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas"* (art. 128 aptdo. 2, primer inciso).

- La potestad reglamentaria **no puede afectar a determinados ámbitos**. Así, los reglamentos y disposiciones administrativas, *"sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público"* (art. 128 aptdo. 2, segundo inciso). Se trata de materias reservadas, en principio, a la ley y en las que el reglamento únicamente puede "desarrollar" o "colaborar".

- Por último, el ejercicio de dicha potestad por parte del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA **debe respetar el principio de jerarquía normativa** garantizado por el art. 9.3 de la Constitución. Así, *"las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior"* (art. 128 aptdo. 3).

Por otra parte, la iniciativa reglamentaria a la que se refiere la información pública ha de analizarse a la luz de los **principios de buena regulación** contenidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, principios que han de ser igualmente respetados por la misma.

Así, al ejercitar la potestad reglamentaria, el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA debe actuar de acuerdo con los principios de **necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia,** debiendo quedar ***"suficientemente justificada"* en el preámbulo la *"adecuación a dichos principios"* de la iniciativa (art. 129.1)**.

En cuanto al alcance concreto de los referidos principios:

- Tratándose de los "**principios de necesidad y eficacia**", *"la iniciativa normativa debe estar **justificada por una razón de interés general**, basarse en una **identificación clara de los fines perseguidos** y ser el **instrumento más adecuado para garantizar su consecución**"*.

- Respecto del "**principio de proporcionalidad**", *"la iniciativa que se proponga deberá **contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir** con la norma, tras **constatar que no existen otras medidas menos restrictivas** de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios"*.

- Para garantizar la "**seguridad jurídica**", *"la iniciativa normativa se ejercerá de manera **coherente con el resto del ordenamiento jurídico**, nacional y de la Unión Europea, para **generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre**, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas"*.

- En cuanto al "**principio de transparencia**", las Administraciones Públicas *"**definirán claramente los objetivos** de las iniciativas normativas **y su justificación en el preámbulo** o exposición de motivos"*.

- Y, por último y en lo que se refiere al "**principio de eficiencia**", la iniciativa normativa *"debe **evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias** y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos"*.

Por su parte, el art. 130.2 de la propia Ley 39/2015 alude a la obligación que tienen las Administraciones Públicas de promover la aplicación de los principios de buena regulación y de cooperar para *"**promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas** y, en particular, para **evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas** a la actividad económica"*.

Por último, la **Ley catalana 19/2014**, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de aplicación a los entes que integran la Administración local en Cataluña (art. 3), contempla en su **art. 62** (dentro del capítulo dedicado a la "mejora de la calidad normativa") las siguientes **normas *"aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria"*:**

- La Administración pública debe *"ejercer la iniciativa normativa de forma que el marco normativo resultante sea **previsible**, lo más **estable** posible y **fácil de conocer y comprender** para los ciudadanos y los agentes sociales"*.

- La iniciativa normativa *"**solamente** debe promoverse **si** existe una **causa de interés general que lo justifique**"*.

- Las iniciativas normativas *"deben referirse a finalidades o sectores materiales homogéneos, y deben ser **claras y coherentes con el resto del ordenamiento jurídico**"*.

- Las iniciativas normativas *"deben dar prioridad a las **medidas menos restrictivas para los derechos de las personas**, siempre que permitan obtener el mismo resultado para el interés general"*.

2.- Establecidos los principios que, con carácter general, enmarcan el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, ha de hacerse concreta referencia a las **normas que atribuyen competencia** al mismo **en materia de "cementerios" y "crematorios".**

En el anterior sentido, se ha de partir de la **Ley 7/1985**, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que en su versión original reservaba a las entidades locales (art. 86.3), entre otras *"actividades o servicios esenciales"*, los denominados *"servicios mortuorios"*, es decir, todos

aquellos servicios prestados con ocasión del fallecimiento de una persona. Además, su art. 25.2 establecía que el municipio *"ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...) j) Cementerios y servicios funerarios"*, debiendo los municipios, por sí o asociados, prestar en todo caso el servicio de "cementerio".

El **Real Decreto-Ley 7/1996**, de 7 de junio, además de modificar la Ley 7/1985 en el sentido de eliminar los *"servicios mortuorios"* como *"servicios reservados"* a las entidades locales (art. 23), ordenó la *"liberalización"* de los *"servicios funerarios"*, facultando a las mismas para someter a autorización su prestación.

Para el Tribunal Supremo **los servicios de crematorio quedan equiparados, a efectos de su autorización, a los servicios funerarios,** pudiendo sujetarse su obtención, en aplicación de lo dispuesto en el art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, a determinados requisitos, sin que ello constituya un problema de limitación del derecho de libre competencia (art. 38 de la Constitución) sino de *"precisión normativa de los requisitos a cumplir para el ejercicio de la actividad"* (Sentencia de 27 de diciembre de 2011, rec. 5385/2007).

En este sentido, es preciso recordar que la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, al artículo 22 del Real Decreto Ley 7/1996, añade un último inciso al párrafo primero al indicado artículo, que establece que las "*normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios* ***no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector***".

La **Ley catalana 2/1997**, de 3 de abril, de Servicios Funerarios, modificada por el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, fue aprobada por el Parlamento de Cataluña *"en el marco de las competencias de la Generalidad en materia de régimen local, sanidad y defensa de las personas consumidoras o usuarias"*, teniendo como objetivos *"fijar el alcance de las competencias de los poderes locales en relación a los servicios funerarios y las potestades que en este ámbito pueden ejercer los Ayuntamientos"* y *"determinar las condiciones mínimas que deben tener las entidades prestadoras de servicios funerarios, tanto en lo referente a la sumisión a la normativa sanitaria aplicable como a la garantía de los principios de universalidad, accesibilidad, continuidad y respeto de los derechos de las personas usuarias"*.

La Ley 2/1997 apenas contiene referencias a los servicios de incineración de cadáveres (únicamente se refiere al derecho de los usuarios de los servicios funerarios a *"recibir el asesoramiento imprescindible para garantizar el proceso correcto hasta la inhumación o incineración del cadáver"* o a la "función" integrante de los servicios funerarios consistente en *"realizar la gestión de los trámites administrativos preceptivos para todo el proceso hasta el entierro o incineración"*) ni regula en modo alguno los crematorios en su condición de instalaciones.

Tampoco la **Ley 15/1990**, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria (que en su art. 8 encomienda al SERVICIO CATALÁN DE SALUD la llevanza de la actividad de *"policía sanitaria mortuoria"*, sin perjuicio de reconocerse en el art. 68.1 la competencia de los Ayuntamientos en materia de *"control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria"*) o la **Ley 18/2009**, de 22 de octubre, de Salud Pública (que en su art. 52 reconoce que los Ayuntamientos son competentes

para prestar, entre otros "servicios mínimos en materia de salud pública", los de *"policía sanitaria mortuoria en el ámbito de las competencias locales"*), regulan las instalaciones y los servicios de incineración.

Más explícito es, sin embargo, el **Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria** aprobado por Decreto 297/1997, de 25 de noviembre, en ejercicio de la competencia autonómica en materia de "sanidad interior", norma que en sus arts. 16 y siguientes se refiere a la "incineración" de cadáveres, regulando, en esencia, los siguientes extremos:

- La prestación de los **servicios de incineración**, previa solicitud, que habrá de dirigirse a *"la entidad responsable del incinerador"* (sin pronunciarse la norma reglamentaria acerca de la naturaleza jurídica pública o privada tanto de dicha entidad como de los servicios de incineración) y acompañarse de determinados documentos (certificado médico de defunción, licencia de entierro y, en caso de cadáver intervenido judicialmente, de la resolución del juez encargado del caso en el que se manifieste la no oposición a que se efectúe la incineración).
- La exigencia de que las **urnas** en que se depositen las cenizas permitan identificar al difunto al que correspondan.
- La indicación de que el **transporte** o el **depósito** ulterior **de las cenizas** no está sujeto a exigencia sanitaria alguna.
- El establecimiento de las condiciones para la **instalación de incineradores** de cadáveres y restos humanos, instalación que únicamente es posible previo informe vinculante de la delegación territorial del Departamento de Sanidad y Seguridad Social y aprobación por el ayuntamiento respectivo que *"establezca el servicio o, si procede, la autorice"*.
- Los **deberes** de la *"entidad responsable del incinerador"* (básicamente, la llevanza de un libro-registro).

Y concluye afirmando que *"en los municipios donde haya instalado un horno incinerador **se regulará la prestación del servicio de incineración de cadáveres de conformidad con lo que prevé este Reglamento y el resto de normativa aplicable**"*.

Pues bien, la Ordenanza de Servicios de Cementerio de Barcelona de 24 de octubre de 1997 (publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 27 de diciembre del propio año y en vigor desde 1 de enero de 1998), pese a referirse en su art. 1 exclusivamente a los *"cementerios municipales"*, alude en su art. 3 al objeto de la gestión de *"cementerios y crematorio"*, que consistirá *"en las inhumaciones, exhumaciones, reducciones de restos, traslados, cremación y, en general, toda actividad referida a cadáveres y restos"*, señala en su art. 19.2 que corresponderá al *"Ayuntamiento o a la entidad que autorice (...) la autorización para la cremación de cadáveres y restos"* y establece en su art. 15 que *"podrá solicitarse la cremación de cadáveres, fetos y restos humanos, en la forma y condiciones que se determinan en los artículos de esta Ordenanza"*, previendo que *"por la prestación del servicio se aplicarán las tarifas establecidas en la Ordenanza Fiscal vigente sobre la materia"* (art. 126).

La **Ley catalana 22/1998**, de 30 de diciembre, de la **Carta Municipal de Barcelona** (en adelante, "**LCMB**"), norma que contempla el régimen legal específico aplicable a dicha Ciudad (no obstante aplicarse preferentemente la normativa básica y, particularmente, la LBRL) **no**

alude específicamente a la competencia municipal en materia de *"servicios mortuorios"* (ni, específicamente, a los servicios de *"cementerio"* o *"crematorio"*), si bien su art. 103 se refiere en sus apartados primero, segundo y tercero a determinadas *"áreas de actuación"* del Ayuntamiento en materia de *"medio ambiente, defensa de los usuarios y consumidores, salud pública y sanidad"*.

El **Decreto Legislativo 2/2003**, de 28 de abril, por el que se aprueba el **Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña** (en adelante, "**TRLMRLC**"), señala en su art. 66.3 que los municipios tienen competencias propias en materia de *"cementerios"* y *"servicios funerarios"*, teniendo la prestación del servicio de cementerio carácter obligatorio para todos los municipios (art. 67). Nada más regula al respecto.

La **Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**, contempla el **derecho** de los prestadores de servicios **a *"establecerse libremente en territorio español*** *para ejercer una actividad de servicios,* ***sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta ley"*** y el **derecho de cualquier prestador establecido en España** que ejerza legalmente una actividad de servicios **a *"ejercerla en todo el territorio nacional"*** (art. 4).

Es indudable la aplicación de la indicada Ley a los "servicios de crematorio" que, como se ha dicho, son equiparables a los servicios funerarios y no están reservados en modo alguno a profesiones sanitarias reguladas.

La Ley 17/2009 establece los **regímenes de autorización** del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma como **excepcionales**, resultando los mismos posibles siempre que concurran y así se acredite oportunamente condiciones de *"no discriminación"*, *"necesidad"* y *"proporcionalidad"* (art. 5).

En todo caso, el art. 9 señala en su apartado 2 que *"todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios: a) No ser discriminatorios. b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general. c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general. d) Ser claros e inequívocos. e) Ser objetivos. f) Ser hechos públicos con antelación. g) Ser transparentes y accesibles"*, y en su apartado 3 que *"el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación"*.

Por otra parte, el art. 10 considera que es un *"**requisito prohibido**"*, al que no se puede supeditar el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio, la *"**intervención directa o indirecta de competidores (...) en la concesión de autorizaciones** o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios"*.

El **Estatuto de Autonomía de Cataluña no hace referencia alguna a los *"servicios mortuorios"*** ni a los servicios de *"crematorio"* o *"cementerio"* y se limita a aludir a la **competencia autonómica en materia de *"sanidad y salud pública"*** (art. 162), ***"consumo"*** (art. 123), ***"transporte funerario"*** (art. 169) **y**, por supuesto, ***"régimen local"*** (art. 160).

Pues bien, en materia de *"sanidad y salud pública"* el Estatuto de Autonomía contempla la competencia exclusiva de la Generalidad sobre *"la organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios"* y la competencia compartida sobre *"la ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos"* (art. 162).

En materia de ***"régimen local"***, el art. 160 atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva sobre la misma, lo que, respetando el principio de autonomía local, incluye la ***"determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios*** *y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84"*, disponiendo este último que el Estatuto *"garantiza a los municipios un núcleo de competencias propias que deben ser ejercidas por dichas entidades con plena autonomía, sujeta solo a control de constitucionalidad y de legalidad"*, teniendo *"en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las leyes: (...) c) La ordenación y prestación de servicios básicos a la comunidad (...) i) La regulación del establecimiento de autorizaciones y promociones de todo tipo de actividades económicas"*.

Por último, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 89) reconoce la *"singularidad"* del **municipio de Barcelona** al señalar que ***"dispone de un régimen especial*** *establecido por Ley del Parlamento"*.

El **art. 25.2 de la LBRL** dispone en la actualidad y tras la modificación efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, que ***"el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...) k) Cementerios y actividades funerarias"***.

La reciente **Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016**, de 3 de marzo de 2016, ha analizado *in extenso* la cuestión de las competencias que el legislador estatal o autonómico atribuya en cada momento a los municipios a la luz de la garantía de la autonomía local recogida en la Constitución.

Así, el Alto Tribunal señala (F.J. 9º) que la Constitución *"no precisa las competencias que corresponden a los entes locales" [STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), citando la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3]" de forma que "distribuye todo el poder público entre el Estado (las competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las Comunidades Autónomas (las competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía y las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del art. 150 CE)"* y *"en consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4), la Constitución no encomienda en exclusiva la regulación y la asignación de las competencias locales ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas. Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y atribuir las competencias de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía asegurada en los arts. 137, 140 y 141 CE [STC 214/1989, FJ 3 a)]"*.

La garantía de la autonomía local *"no impide que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración en el trance de atribuir competencias locales. Tal como recuerda la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), la protección constitucional de la autonomía local obliga solo a «asegurar el derecho de la comunidad local a*

participar a través de órganos propios en el gobierno y administración». Señala en este sentido: «Se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local "en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias" (SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, FJ 9, entre muchas; en el mismo sentido, últimamente, SSTC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5; 57/2015, de 18 de marzo, FJ 6, y 92/2015, de 14 de mayo, FJ 4)». Ello implica que las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas deben asegurar que los municipios tengan competencias «propias» en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal (STC 4/1981, FJ 3)".

Por su parte, *"el art. 149.1.18 CE ampara una regulación estatal básica sobre competencias locales que, en cuanto tal, está llamada a condicionar al legislador autonómico. A la hora de asignar o suprimir competencias locales al amparo de sus atribuciones estatutarias, la Comunidad Autónoma debe respetar las bases del régimen local [SSTC 214/1989, FJ 3 a), 159/2001, FJ 4, 121/2012, de 5 de junio, FJ 7], además de la garantía constitucional de la autonomía local y la regulación que a este respecto pueda eventualmente incluir su propio Estatuto de Autonomía, salvo que fuera incompatible con aquellas bases (SSTC 31/2010, FJ 36; 103/2013, FJ 4)".*

Debe tenerse en cuenta que, como señala la Sentencia (F.J. 10) *"la nueva redacción del art.* ***25.2 LBRL****, en línea con la anterior,* ***identifica las materias dentro las que el municipio debe tener «en todo caso» competencias «propias»*** *(art. 25.2 LBRL)" y que "este artículo no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiera" de forma que* ***"la atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las Comunidades Autónomas, cada cual en el marco de sus competencias"****.* Por ello, *"el art. 25.2 LBRL sigue funcionando, por tanto, como una garantía legal (básica) de autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) a través de la cual el legislador básico identifica materias de interés local para que dentro de ellas las leyes atribuyan en todo caso competencias propias en función de ese interés local [STC 214/1989, FJ 3 a) y b)]".*

En todo caso, *"no puede producirse la vulneración de los arts. 137 y 140 CE solo porque el art. 25 LBRL exija concreción a las leyes atributivas de competencias propias municipales.* ***Que los municipios consigan o no la capacidad de intervención*** *que para ellos reclama la Constitución (arts. 137 y 140),* ***dependerá de lo que establezcan unas leyes que ahora deben ser necesariamente específicas****, sin que la sola proscripción de la cláusula general como técnica de distribución de poder local vulnere por sí la autonomía local constitucionalmente garantizada"* (F.J. 12).

Y concluye la Sentencia (F.J. 13º) reiterando que *"en consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4),* ***la Constitución no encomienda en exclusiva la distribución del poder local ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas****, según se ha recordado ya.* ***Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y conferir competencias a los entes locales****. El art. 149.1.18 CE ampara solo una ordenación básica de las condiciones con que el Estado y las Comunidades Autónomas han de atribuir competencias locales [SSTC 214/1989, FJ 3 a) y b), 159/2001, FJ 4, 121/2012, FJ 7]. El Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate. En materias de*

competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle; ***sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución*** *(singularmente, arts. 103.1, 135, 137, 140 y 141 CE),* ***las bases del régimen local*** *ex art. 149.1.18 CE* ***y, en su caso, los Estatutos de Autonomía****. Ciertamente, las bases pueden llegar a prefigurar específicamente el poder local en materias de competencia autonómica, pero, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico 9 de esta Sentencia, solo para garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino; o para atribuir directamente competencias locales, si ello no supone «un obstáculo a las competencias que corresponden» a las Comunidades Autónomas (STC 214/1989, FJ 12)".*

El **ejercicio por parte del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA de la potestad reglamentaria en materia de servicios de cementerio y de crematorio** en ejercicio de las competencias propias en la materia que le atribuyan la legislación estatal o autonómica, **según los arts. 25.2 de la LBRL** (que señala que el municipio ejercerá en todo caso como "competencias propias", en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, entre otras materias, las relativas a "cementerios y actividades funerarias") **y art. 66.3 TRLMRLC** (que reconoce la "competencia propia" del municipio en materia de "cementerios" y de "servicios funerarios") **debe analizarse en el marco de lo establecido por dichos preceptos, el Real Decreto-Ley 7/1996, la Ley 17/2009 y el Decreto 297/1997** anteriormente referidas.

Establece el artículo 4.1 LBRL que *"en su calidad de administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios (...): a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización (...)"*. En el mismo sentido se pronuncia el art. 8.1 TRLMRLC.

Por su parte, el art. artículo 84 LBRL dispone que *"1. Las corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) ordenanzas y bandos"*. En sentido análogo, los arts. 236 y 237 TRLMRLC aluden a dichas fuentes en sentido formal.

Expuesto el marco normativo e institucional en el que el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA puede ejercer su potestad reglamentaria en materia de servicios de cementerio y crematorio, procede analizar detalladamente la conformidad de la propuesta de nueva ordenanza de cementerios con las exigencias legales, es decir, examinar su conformidad a Derecho.

IV.- ALEGACIONES DE CARÁCTER GENERAL AL PROYECTO DE ORDENANZA DE CEMENTERIOS INICIALMENTE APROBADO POR EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA.

PRIMERA.- INCUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN Y DE LAS EXIGENCIAS LEGALES EN MATERIA DE CALIDAD NORMATIVA.

La propuesta de nueva ordenanza de servicios de cementerio de Barcelona no se ajusta a los principios de buena regulación contemplados en el art. 129 de la Ley 39/2015 ni a las exigencias en materia de "mejora de la calidad normativa" previstas en el art. 62 de la Ley

catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En primer lugar, el preámbulo del **texto** aprobado inicialmente **no justifica en modo alguno la adecuación de la iniciativa municipal a los referidos principios**.

En efecto, el mismo **se limita a indicar las principales novedades perseguidas por la iniciativa** sin hacer referencia alguna a los principios de buena regulación o a las exigencias de mejora de la calidad normativa.

Consiguientemente, la **infracción de la exigencia contemplada en el art. 129.1** (2º inciso) de la Ley 39/2015 de que figure la justificación de su adecuación a dichos principios en el preámbulo de la norma es más que evidente.

Adicionalmente, la iniciativa **infringe claramente los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad o seguridad jurídica** toda vez que, previendo el Real Decreto-Ley 7/1996 el alcance de la intervención municipal en materia funeraria (y, reflejamente, en materia de crematorios) y estando regulado con gran detalle los servicios de cementerio y de crematorio en el Decreto 297/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, la iniciativa normativa municipal **debería haber quedado circunscrita a las cuestiones en las que la legislación estatal o autonómica han previsto la participación de los ayuntamientos mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria** (en el ámbito de las "competencias propias" que dicha legislación reconozca a los municipios).

Así, el proyecto de ordenanza sometido a información pública, en ejercicio de las competencias propias que corresponden al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, debería haberse circunscrito a la regulación de las siguientes cuestiones:

- **Regulación de los servicios públicos de cementerio** en toda su extensión. Se trata de servicios de titularidad municipal y prestación obligatoria, estando facultado el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA para determinar su **alcance, forma de prestación, régimen de uso de los bienes** que integran los cementerios, **régimen económico** aplicable a la prestación de servicios y a la ocupación del dominio público, etc., todo ello **con estricta observancia de las exigencias** aplicables en materia de conducciones, traslados, inhumaciones o exhumaciones de cadáveres y restos, emplazamientos, construcción y ampliación de cementerios, características de fosas, nichos y mausoleos, entre otras, **previstas** todas ellas **en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria**.
- **Regulación de los servicios de incineración de cadáveres**, al amparo de lo dispuesto en el art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996 y/o en aplicación de lo previsto en el art. 22 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. Teniendo en cuenta la naturaleza liberalizada de los servicios de crematorio (desde luego, ni están reservados a los municipios ni su prestación es obligatoria para los mismos), dicha regulación debería ceñirse a **regular la autorización a los particulares para implantar incineradores** (hornos crematorios) de cadáveres y restos humanos y, lógicamente, para explotarlos prestando los correspondientes servicios de incineración o cremación. En cuanto a la

regulación de dichos servicios, debe tenerse en cuenta la que ya existe en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria y evitar reiterar la misma en la ordenanza.

Pues bien, es indudable que **la iniciativa** del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en materia de cementerios **desborda ampliamente el marco legal atributivo de las competencias propias** que corresponden a dicho municipio, regulando materias que ya están reguladas en las normas autonómicas citadas y dejando de regular otras que, sin embargo, resultan claves para hacer posible el incremento de la competencia (incluso el funcionamiento competitivo) en el mercado de servicios mortuorios y de sus diversos sub-mercados, *ultima ratio* de la medida de gobierno aprobada por dicho Ayuntamiento el pasado 16 de noviembre de 2016.

Además, el proyecto de reglamento **no identifica los fines** que el mismo persigue (su preámbulo únicamente alude a que con las mismas no se pretende otra cosa que "ser más garantistas hacia las personas y colectivos en los que pueda recaer la condición de beneficiarios") y **no justifica que constituye el instrumento más adecuado para garantizar su consecución** (con infracción de los principios de necesidad y de eficacia).

SEGUNDA.- EL PROYECTO DE ORDENANZA DE CEMENTERIOS MUNICIPALIZA DE FORMA CONTRARIA A DERECHO Y EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INCINERACIÓN/CREMACIÓN DENTRO DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE BARCELONA

La propuesta de nueva ordenanza de cementerios, como se ha expresado, forma parte de una medida de gobierno que contempla, igualmente, la modificación de la vigente ordenanza de servicios funerarios.

Esta última prevé en su art. 2.2 que "***els serveis de*** *cementiris i* ***cremació són objecte de regulació específica a l'Ordenança de Cementiris i Crematoris de l'Ajuntament de Barcelona*** *i la resta de la normativa aplicable i no formen part de l'objecte d'aplicació d'aquesta Ordenança*".

Aunque el "proyecto de ordenanza de cementerios" **únicamente regula** la "*gestión de los cementerios y* ***crematorios municipales***", gestión que "*la realitza y és competència de l'Ajuntament de Barcelona, mitjançant qualsevulla de les formes de gestió directa o indirecta, de conformitat amb la normativa legal aplicable, i ien tant que servei públic municipal*" (art. 1), define luego en qué consiste la "*gestión de cementerios y crematorios*" con carácter general (art. 3) y contempla que la **solicitud de cremación** pueda hacerse **únicamente** "***en la forma i condicions que es determinen en els articles d'aquesta Ordenança***" (art. 18), previendo que "***l'autorització de tot servei de cremació en el forn crematori, competeix a l'Ajuntament o entitat gestora en qui delegui***" (arts. 126, 127, 128 o 130).

Sorprenden sobremanera las referencias a la "*entitat gestora en qui delegui*" (en la ordenanza de 1997 se aludía a la "*entitat a qui autoritzi*") en materia de "solicitud", "autorización" y, sobre todo, "realización del servicio de cremación".

Dichas referencias dejan entrever la **municipalización en régimen de monopolio** que pretende articular la ordenanza aprobada inicialmente, toda vez que la misma únicamente concibe los servicios de incineración como servicios públicos:

- No se contempla **ningún régimen de autorización** para la **implantación por parte de un particular de un horno crematorio** dentro del término municipal de Barcelona **y su explotación** mediante la prestación de servicios de incineración de cadáveres y restos humanos.
- El régimen previsto **da por descontada la titularidad pública de todos los servicios de incineración/cremación** de cadáveres y restos humanos. De ahí que la solicitud, la autorización y la prestación de los mismos pueda hacerla el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA o la entidad en que el mismo "**delegue**", entidad que, atendida la inexistencia (y, parece, imposible existencia) de hornos crematorios privados dentro del término municipal de Barcelona, únicamente puede ser CBSA, titular de los dos únicos hornos crematorios existentes.
- Por otra parte, **la "delegación"** (en una entidad como, por ejemplo, CBSA) **de la competencia para "tramitar la solicitud" y "autorizar el servicio" no se aviene en absoluto con las exigencias impuestas por la Ley 40/2015**, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, cuyo art. 9.1 señala que "*los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas*". CBSA no es una entidad de Derecho Público y no puede ser beneficiaria de la delegación de competencias incardinadas dentro de un procedimiento administrativo como el de autorización de los servicios de incineración. Una sociedad mercantil, sencillamente, no puede disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.
- En cuanto a la **"delegación"** (en una entidad como, por ejemplo, CBSA) **de la "realización de los servicios",** se trata de una prestación material que bien podría ser objeto de la correspondiente **"encomienda de gestión"** a favor de CBSA, o de cualquier otra mercantil que tenga la condición de medio propio del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. Es indudable que dicha Corporación ostenta sobre CBSA, a través de BSM, un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios y que la totalidad de su capital social es de titularidad pública, si bien podría no concurrir la exigencia de que aquella mercantil "*realice la parte esencial de su actividad*" con el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, tal y como prevé el art. 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al menos si se considera que la principal fuente de ingresos de CBSA no es el Ayuntamiento encomendante sino las tasas y precios satisfechos por los usuarios de los servicios prestados. Dicha condición concurrirá en menor medida aún si CBSA prestara el "nuevo servicio funerario municipal".

Todo lo anterior pone de manifiesto la errónea concepción que preside el proyecto de ordenanza de servicios de cementerio en lo que a los servicios de cremación/incineración se refiere.

El mismo **no deja espacio alguno para el establecimiento de hornos de incineración privados y para la prestación de servicios "privados" de cremación/incineración** de cadáveres y restos humanos, no obstante la liberalización e inexistencia de reserva alguna de los mismos a favor de los Ayuntamientos.

Muy contrariamente y manera ilegal, se **reserva *de facto* al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA el mercado de los servicios de cremación/incineración.**

Los servicios de crematorio, si bien puede entenderse parte de los "servicios mortuorios" (reservados a los municipios hasta la modificación de la LBRL por el art. 23 del Real Decreto-Ley 7/1996), **no son en la actualidad ni "servicios de cementerio"** (de prestación obligatoria para todo municipio y, en ese sentido, servicios públicos) **ni forman parte de las "funciones" que el art. 4.1 de la Ley 2/1997 incluye dentro de la "actividad de los servicios funerarios"** (servicios liberalizados y, por ende, no públicos), si bien, como se ha expresado, el Tribunal Supremo ha entendido que **pueden quedar sujetos al régimen de autorización reglada municipal** al amparo de lo dispuesto en el art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996.

Sin perjuicio de la **intervención administrativa de los servicios de crematorio** a que pueda haber lugar **con fundamento en otros títulos competenciales** (particularmente, los relativos a la protección del medio ambiente o la policía sanitaria mortuoria, vid. arts. 16 y ss. del Decreto 297/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria), lo cierto es que **el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, con ocasión de la aprobación de las nueva ordenanza de servicios de cementerio, pretende municipalizar en régimen de monopolio el servicio de crematorio sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido.**

En el anterior sentido baste con referirnos a lo dispuesto en el **art. 86 LBRL que**, además de que **no contempla en su aptdo. 2 reserva municipal alguna sobre ninguno de los servicios mortuorios (impidiendo** con ello la posibilidad de que los mismos puedan prestarse en régimen de **monopolio**), prevé un **procedimiento para que las entidades locales puedan ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas** (como lo serían los servicios de crematorio/incineración), siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el ejercicio de sus competencias. Dicho procedimiento se desarrolla por el art. 97 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local (designación de una comisión de estudio de carácter mixto, acuerdo inicial de la Corporación, redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad, información pública y aprobación plenaria). En el mismo sentido se pronuncian el art. 243 TRLMRLC o el art. 87 LCMB, que además añaden que el ejercicio de la actividad tiene que **realizarse *"en régimen de libre concurrencia"*.**

El anterior proceder (la reserva -vía ordenanza- de los servicios de cremación/incineración al Ayuntamiento, exclusión de la iniciativa privada en su prestación, potencial delegación de potestades públicas en una sociedad mercantil, potencial encomienda de su realización en la misma pese a poder no tener la condición de medio propio de la Corporación municipal) es de

una **especial gravedad** , gravedad que es **mayor aún si se tiene en cuenta que los únicos crematorios existentes en el término municipal de Barcelona son titularidad de CBSA y están ubicados en los cementerios de titularidad municipal** de Collserola y Montjuïc y que la medida de gobierno aprobada el 16 de noviembre de 2016 contempla la participación del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en el mercado funerario barcelonés mediante un "nuevo servicio funerario municipal", concretamente mediante la ampliación del objeto social de CBSA y la consiguiente **integración vertical en una única entidad de los servicios funerarios** (incluidos los de tanatorio), en régimen de "libre concurrencia", de los servicios **de cementerio**, en régimen de monopolio *de iure*, **y** los servicios **de crematorio**, en régimen de monopolio *de facto* (atendida la ilegalidad del mismo).

TERCERA.- EL PROYECTO DE ORDENANZA DE CEMENTERIOS APROBADO INICIALMENTE ESTABLECE UN RÉGIMEN JURÍDICO CLARAMENTE DISCRIMINATORIO EN PERJUICIO DE LAS EMPRESAS FUNERARIAS PRIVADAS.

La propuesta de nueva ordenanza de cementerios, como se ha señalado previamente, forma parte de la medida de gobierno de 16 de noviembre de 2016, medida contempla un **"nuevo servicio funerario municipal" a través de la ampliación del objeto social de CBSA**, sociedad íntegramente participada por BSM cuyas acciones, a su vez, pertenecen en su totalidad al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA.

Es indudable que los **servicios de cremación/incineración están liberalizados** (según resulta de la inexistencia de reserva alguna a favor de los Ayuntamientos y del tenor del art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, debiendo entenderse ello sin perjuicio de poder quedar su prestación sujeta a autorización y al cumplimiento de diversos requisitos, particularmente en materia medio ambiental y de policía sanitaria mortuoria) y a su prestación pueden concurrir públicos y privados.

Además, la iniciativa pública en la actividad económica (en el caso concreto, en materia de servicios de cremación/incineración) debe ejercerse, por imperativo legal, **en régimen de libre concurrencia**.

Así lo establece el art. 96 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que señala que *"la iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea **en régimen de libre concurrencia**, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes"*).

Por su parte, la LCMB, después de indicar que *"el Ayuntamiento puede promover todo tipo de actividades y prestar todos los servicios públicos que afecten el interés general de los ciudadanos y que no estén expresamente atribuidos a otras Administraciones Públicas"* (art. 58.3), señala que *"1. El Ayuntamiento, mediante expediente en el que se acredite la **conveniencia y oportunidad** de la medida, puede ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, **de conformidad con lo que preceptúa el artículo 128.2 de la Constitución**"* y que *"2. La iniciativa municipal en actividades económicas se ejerce **siempre en***

régimen de libre concurrencia y en el marco de los principios de libertad de empresa y economía de mercado, *reconocidos por el artículo 38 de la Constitución y los artículos 92 y 93 del Tratado de Roma y demás normas de Derecho comunitario"* (art. 87).

Como se ha indicado, **la regulación de los servicios de crematorio** contenida en los arts. 120 y ss. de la ordenanza aprobada inicialmente por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA y sometida a información pública no deja espacio alguno a la **actividad privada** en la prestación de servicios de crematorio (vid supra).

Pero, además y como también se ha indicado, lo anterior se agrava por el hecho de que el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA ha **contemplado participar simultáneamente como regulador y como competidor** de todos los mercados de servicios mortuorios, creando un operador integral (a través de CBSA) que opere en todos ellos.

El **art. 10 de la Ley 17/2009** impide supeditar el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio, a la *"intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios"*.

Es decir, dicho precepto **impide al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA otorgar la autorización a las empresas privadas, controlarlas, inspeccionarlas y, en su caso, sancionarlas y, al mismo tiempo, "competir" con las mismas**.

La AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, en sus observaciones 36/2017 sobre el "**operador público de servicios funerarios de Barcelona**" ha señalado que su aparición comporta muy diversos "**riesgos para la competencia**". Así, por ejemplo, alude a los riesgos vinculados a la **política de precios** del operador público, si dispone de financiación pública, y a los riesgos de discriminación a favor del operador público (**acceso a la financiación o a terrenos o infraestructuras en condiciones no de mercado**).

Además, dicha Autoridad se refiere muy particularmente a los riesgos vinculados a la **actuación del operador público en mercados conexos** (cementerios y servicios funerarios, con posibilidad de abuso de posición de dominio, subvenciones cruzadas o prácticas que induzcan a la confusión) y a los riesgos vinculados al **ejercicio de potestades reguladoras** por parte del ente local propietario del operador público. Pues bien, se afirma que *"és imprescindible que la regulació municipal (...) no privilegii l'operador públic en detriment dels altres operadors que actúen en el mercat de serveis funeraris"*.

La **combinación de los dos anteriores riesgos** -la actuación mediante un operador público verticalmente integrado en la totalidad de los mercados de servicios mortuorios y el ejercicio simultáneo y discriminatorio de las potestades regulatoria, inspectora y sancionatoria y de la actividad económica en dichos mercados- solo puede generar un resultado **manifiestamente contrario a Derecho**.

En relación con el ejercicio simultáneo de la potestad regulatoria y la participación en el mercado regulado, es manifiesto el **conflicto** que surge cuando se actúa al unísono como **regulador** y como **regulado**, situación que las autoridades de defensa de la competencia rechazan de forma categórica.

Como ha expresado la COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA en su Resolución 718/07 (asunto Puertos de Andalucía) "*la **confluencia en la misma institución, de funciones regulatorias sobre entidades que son a la vez competidoras suyas** (...) podría generar **graves distorsiones a la competencia** en ese mercado. Y ello tanto por los problemas de **información asimétrica** que estructuralmente se producen, como por la posible **distorsión a los incentivos en la regulación y en su aplicación** que pueden generarse como consecuencia de mezclar funciones tan distintas como son las regulatorias y las de gestión empresarial*".

Y en el caso analizado, **ni siquiera hace falta esperar a la aplicación de la normativa en proceso de elaboración**, dado que la misma (nos referimos tanto el proyecto de ordenanza de cementerios como el proyecto de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios), no obstante las exigencias legales (Real Decreto-Ley 7/1996, Ley 2/1997, TRRL, LCMB) **parte de una manifiesta discriminación del sector privado frente al público** (sumisión de las empresas privadas funerarias a un régimen de intervención que no se aplica a las empresas y entidades públicas, reserva al Ayuntamiento o entidad en quien delegue de los servicios de cremación/incineración, etc.)

La no sujeción a las mismas reglas que se aplican a las entidades privadas de aquellas entidades a través de las cuáles pueda articularse la iniciativa municipal en la actividad funeraria constituye un "*riesgo potencial de alteración de las condiciones de competencia que la autoridad competente (...) debería revisar y, en su caso, **diseñar y proponer las medidas oportunas para que no quede espacio a estas potenciales disfunciones***".

Y es que no puede obviarse que, "*la **labor supervisora** (...) **le otorga** una **información al regulador** que si bien es necesaria para vigilar dicho cumplimiento, resulta ser también información sensible para cualquier competidor, que puede aún sin pretenderlo acabar distorsionando las condiciones de competencia en el mercado*" (F. 9º). Esta última reflexión es perfectamente extrapolable al ejercicio de la **potestad sancionadora**.

Pues bien, el reglamento aprobado inicialmente y sometido a información pública **privilegia de manera descarada a un operador público, CBSA,** que (según está previsto en la medida de gobierno de 16 de noviembre de 2016) **integrará verticalmente los servicios funerarios** (incluidos los de tanatorio), en régimen de "libre concurrencia", los servicios **de cementerio**, en régimen de monopolio *de iure*, **y** los servicios **de cremación/incineración**, en régimen de monopolio *de facto* (gracias a la delegación de la competencia para tramitar las solicitudes y autorizar la prestación de los servicios, a la encomienda en exclusiva de su realización y a la inexistencia de un régimen que haga posible la concurrencia de los privados en la prestación de los indicados servicios), que tendrá un privilegiado acceso a los terrenos sobre los que pretende construir su tanatorio y a la financiación precisa para ello, que va a poner en práctica una política de precios (según resulta de la medida de gobierno de 16 de noviembre de 2016) que únicamente puede sustentarse en la cobertura sistemática de sus déficit de explotación y que, por si lo anterior no fuera suficiente, no tiene ninguna de las obligaciones que el proyecto

de ordenanza impone a las empresas privadas de servicios funerarios ni está sujeta al control, inspección y régimen sancionador aplicable a las mismas, sin que exista obstáculo alguno que impida sujetarla al mismo.

A la vista de lo anterior difícilmente puede entenderse que el reglamento cuya aprobación pretende el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA respete el principio de igualdad concurrencial que debe presidir el funcionamiento de un mercado liberalizado como el de los servicios de cremación/incineración.

V.- ALEGACIONES AL ARTICULADO DEL PROYECTO DE ORDENANZA DE CEMENTERIOS INICIALMENTE APROBADO POR EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA.

Por último y tras haber analizado en el apartado anterior los que, a juicio de mi mandante, constituyen grandes defectos y vicios que aquejan al proyecto reglamentario sometido a información pública por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA y que exigen una reformulación del mismo que, entre otros aspectos, haga posible que el mismo se ciña a aquellos aspectos en los que el Ayuntamiento ostenta competencias propias, se ajuste a los principios de buena regulación en los términos que han sido expuestos o evite la discriminación de las empresas privadas que pretendan prestar servicios de cremación/incineración, se hacen a continuación algunas alegaciones referidas a preceptos concretos y específicos:

- Art. 120. Entre los documentos que deben acompañarse a la solicitud del servicio de cremación/incineración se exige la aportación del título de la sepultura en la que se inhumarán las cenizas y, en caso de no disponer del mismo, se prevé que el Ayuntamiento o entidad en que delegue ofrezcan "una sepultura u otra solución". Esta regulación resulta opuesta a la previsión del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria según la cual el transporte o el depósito ulterior de las cenizas no está sujeto a exigencia sanitaria alguna (se entiende que en términos de policía sanitaria mortuoria), previsión que, sin embargo, si se recoge el art. 128.5 del propio proyecto.
- Art. 126. Se prevé indebidamente la posibilidad de que la entidad gestora en la que delegue el Ayuntamiento instruya y resuelva un expediente administrativo. Se hace referencia a unas precisiones "discrecionales" que deben figurar en el expediente cuyo alcance se desconoce. En el apartado 1 se hace una referencia al art. 162 que no existe en el texto aprobado inicialmente y otra en exceso genérica a la imposibilidad de aceptar un féretro sin autorización de Sanidad (debiendo quedar esta exigencia circunscrita a los cadáveres que presenten riesgo sanitario).
- Art. 127. En el apartado 1 se hace una referencia errónea al art. 119.2. La referencia correcta debería hacerse al art. 122.2. En el apartado 2 se contraviene el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria al exigirse que se haga constar en la diligencia de contratación del servicio "el destino que se dará a las cenizas" cuando el mismo no está sujeto a exigencia sanitaria alguna. También en el apartado 2 se refleja la imposibilidad de que existan servicios de cremación/incineración privados que preside el proyecto de ordenanza de cementerios. Así, se indica que *"el dia il'hora de la inhumació i del lliurament al sol·licitant del servei de les cendres serán fixat per*

l'Ajuntament o entita gestora en qui delegui, de conformitat am les necessitats del servei".

- Art. 128. El apartado 1 hace una referencia errónea al art. 124.2. La referencia correcta debería hacerse al art. 127.2. Dicho apartado refleja la imposibilidad de que existan servicios de cremación/incineración privados en el proyecto aprobado inicialmente (*"l'encarregat de l'Ajuntament o entitat gestora en qui delegui acatarà l'ordre de cremació rebuda (...)"*). El apartado 6, relativo al lugar en el que se presten los servicios, da a entender que los hornos crematorios únicamente pueden estar ubicados en cementerios (*"en el mateix cementiri on tingui lloc la cremació"*), lo que incide en la reserva al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA de los servicios de cremación/incineración y hace imposible el establecimiento de hornos crematorios privados.
- Art. 129. Este artículo, relativo al régimen económico de los servicios de cremación/incineración, también incide en la idea de la reserva al Ayuntamiento de los servicios de cremación/incineración y en la inviabilidad de servicios de cremación/incineración prestados por privados (*"per la prestación del servei s'aplicaran les tarifes establertes en l'Ordenança Fiscal vigente sobre la materia"*).
- Art. 130. Igualmente, en este artículo, relativo al registro de cremaciones se refleja la errónea concepción que preside la regulación aprobada inicialmente, toda vez que excluye la posibilidad de hornos de incineración privados cuyos titulares lleven su propio registro (*"L'òrgan competent de l'Ajuntament o entitat gestora en qui delegui potrarà un registre on inscriurà totes les cremacions dutes a efecte"*).

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, respetuosamente, al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

SOLICITO: Que tenga por presentado este escrito y por realizadas a los efectos oportunos las alegaciones en el mismo contenidas.

En Barcelona, a 10 de mayo de 2017

[redacted]

Edo. MEMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U.

[redacted]