

## AL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

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

██████████ con DNI ██████████, 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 Servicios Funerarios 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 en relación con el mismo 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 principal sector del mercado funerario barcelonés, SFB, habiendo sido socia minoritaria del AYUNTAMIENTO DE

BARCELONA en dicha mercantil entre el 27 de marzo de 1998 y el 13 de abril de 2011 (49% del capital social de SFB, frente al 51% del Ayuntamiento, a través de BARCELONA SERVEIS MUNICIPALS, S.A., en adelante "BSM"), y socia mayoritaria del mismo desde esta última fecha hasta la actualidad (85% del capital social de SFB, frente a un 15% del Ayuntamiento).

## II.- ALCANCE Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LA NUEVA ORDENANZA DE SERVICIOS FUNERARIOS DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. LA MEDIDA DE GOBIERNO "NOVA POLÍTICA MUNICIPAL DE SERVEIS FUNERARIS".

Para valorar adecuadamente el alcance de la iniciativa reglamentaria del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA 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.

En primer lugar y aun cuando pueda parecer una cuestión semántica, no deja de sorprender que el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA hable de una **"nova política municipal de serveis funeraris"** cuando resulta que la misma, al menos en lo que concierne a la participación del Ayuntamiento en el mercado funerario barcelonés, **coincide sustancialmente con la que dicha Corporación municipal desarrolló hasta al menos 2011**, año en el que perdió su condición de socio mayoritario en SFB, pasando a ostentar la titularidad de tan solo el 15% del capital social de dicha mercantil, si bien rodeando la operación de enajenación del 36% de las acciones representativas de dicho capital social de las que previamente era titular de diversas garantías dirigidas a la protección de los intereses públicos en presencia.

La **única "nova política"** realmente adoptada por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA hasta la fecha ha sido, precisamente, la iniciada con la enajenación por parte del mismo y a favor de POMPAS FÚNEBRES MEDITERRÁNEAS, S.L. (sociedad filial de MÉMORA) del 36% del capital social de SFB y el otorgamiento por parte del comprador a favor del Ayuntamiento de una opción de venta sobre el 15% del capital social restante de dicha mercantil, política dirigida a hacer posible la **salida del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA** (en cuanto prestador de servicios liberalizados, que no en cuanto regulador) **del mercado funerario barcelonés**.

Acordar nuevamente la participación del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en el mercado funerario representa una clarísima involución que bien mercería calificarse como *“antiga política”*.

Centrándonos ya en el análisis de la *“nova política”*, hemos de hacer referencia, en primer lugar, al **“calendario de implantación”** de la misma (apartado quinto), calendario que se refiere tanto a la modificación de las ordenanzas de servicios funerarios y de cementerios (que se prevé tramitar y aprobar entre la segunda semana de diciembre de 2016 y la primera semana de abril de 2017), a la venta del 15% del capital social de SFB (que se prevé tramitar y aprobar entre la tercera semana de diciembre de 2016 y la cuarta semana de junio de 2017) y, en lo que a las presentes alegaciones se refiere, al expediente de iniciativa económica (que se prevé tramitar y aprobar entre la tercera semana de noviembre de 2016 y la cuarta semana de marzo de 2017).

Del anterior calendario resulta que el **orden de implantación en el tiempo de las tres actuaciones** objeto de la medida de gobierno es el siguiente:

- Expediente de iniciativa pública municipal en la actividad económica. Finalización: marzo de 2017.
- Modificación de las ordenanzas de servicios funerarios y de cementerio. Finalización: abril de 2017.
- Venta del 15% del capital social de SFB. Finalización: junio de 2017.

Salta a la vista que los plazos previstos no han sido, hasta la fecha, respetados en modo alguno por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA.

En cuanto a la **finalidad** declarada de la medida de gobierno en su conjunto y, por ende, de la ordenanza de servicios funerarios inicialmente aprobada por el Ayuntamiento, es ***“poner a disposición de toda la ciudadanía la posibilidad de acceder a servicios funerarios de calidad y a un precio asequible, más bajo que el precio medio actual”***.

La utilización del concepto **“precio medio” de los servicios funerarios** es claramente ilustrativa de la **absoluta falta de rigor** que preside la *“nova política municipal”*. El AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, sencillamente, ha tomado en consideración un estudio comparativo de alguna magnitud aislada, teniendo en cuenta bases no homogéneas que, lógicamente, llevan a conclusiones (interesadamente) erróneas.

Las **tarifas** que las empresas funerarias autorizadas por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA han **aprobado y comunicado** al mismo (el art. 7.2 de la Ordenanza de Servicios Funerarios de 24 de octubre de 1997 señala que *“las empresas autorizadas a prestar el servicio funerario tienen que depositar en el Ayuntamiento de Barcelona la correspondiente información actualizada sobre prestaciones y precios, la cual puede ser consultada por cualquier persona interesada”*; por su parte, el art. 14 les obliga a comunicar al Ayuntamiento los precios que aplican) **no son objeto de negociación individual** con los clientes (éstos, según el art. 7.1.d) de la Ordenanza, ostentan el derecho a acceder a un *“catálogo de las prestaciones que se pueden contratar con las entidades prestadoras de los servicios funerarios, con la indicación detallada de las características de estas prestaciones y de los precios aplicables”*). Los **precios unitarios** de los diferentes productos ofrecidos a los clientes **tienen**, por lo tanto, **carácter fijo y**, en el caso de

los aplicables a los servicios y productos ofertados por SFB **no se han visto alterados**, al menos, durante los cuatro últimos años.

El mal llamado **“precio medio”** es, realmente, el **“gasto medio”** realizado por los usuarios de los servicios funerarios o el **“ingreso medio”** para las empresas funerarias y para su determinación deben tomarse en consideración el conjunto de los precios unitarios de los servicios y productos contratados por el conjunto de usuarios de cada una de las empresas funerarias que operan en Barcelona.

Partiendo de un **“servicio básico”**, que comprende todos los servicios y productos que estrictamente precisa un duelo digno y cuyo precio no difiere sustancialmente del de otras ciudades españolas, los **usuarios pueden, voluntariamente, solicitar la mejora de los mismos o contratar servicios y productos complementarios o adicionales**, transformando ese **“servicio básico”** en un servicio de **“tipo estándar”**, de **“alta gama”** o, incluso, de **“lujo”**, según el deseo de las familias, lo que, lógicamente, se traducirá en un mayor gasto/ingreso. Consiguientemente, el **“precio medio”** al que alude el Ayuntamiento es la media del gasto/ingreso que realizan los ciudadanos de Barcelona.

Por lo tanto, no puede hablarse en puridad de **“precio medio”** sino de **“ingreso medio”** por servicio (desde la perspectiva de la empresa funeraria) o de **“gasto medio”** por servicio (desde la perspectiva de los usuarios de los servicios funerarios).

La **proyectada rebaja del “precio medio”**, por lo tanto, no implica reducir en un determinado porcentaje los precios unitarios de los servicios sino **pretender que los barceloneses reduzcan en dicha proporción su “gasto medio” en servicios funerarios**, lo cual, además de un serio error metodológico, pone de manifiesto una cierta bisoñez. El **“gasto medio”** de los usuarios de los servicios funerarios, en el caso de Barcelona, no tiene que ver con los precios de los servicios sino con los **usos y las costumbres locales**. Los ciudadanos de Barcelona acostumbran de media a contratar un mayor número de servicios funerarios y de mayor calidad que los que contratan quienes residen en otras ciudades españolas. Es esta circunstancia la que explica que el **“gasto medio”** de los ciudadanos de Barcelona que contraten servicios funerarios pueda ser mayor que el que realizan los usuarios de dichos servicios de otras ciudades del Estado.

Por lo tanto, hablar de que el objetivo de la nueva política municipal en materia funeraria es **“poner a disposición de toda la ciudadanía la posibilidad de acceder a servicios funerarios de calidad y a un precio asequible, más bajo que el precio medio actual”** es un objetivo engañoso y **prácticamente inviable**.

Cambiando las tornas, ha de hacerse referencia al segundo de los supuestos fundamentos de la nueva política municipal en materia funeraria: el **incremento de la competencia**.

Señala la medida de gobierno de 16 de noviembre de 2016 que las **exigencias** que las **ordenanzas** (municipales) en vigor imponen a las empresas funerarias que pretendan establecerse en Barcelona de disponer de un tanatorio que reúna determinadas características **constituyen una barrera de entrada al mercado desproporcionada**, siendo necesaria una norma de rango legal que haga posible obligar a las empresas titulares de tanatorios a ceder las salas de vela y a prestar otros servicios a sus competidores a cambio de un precio justo.

Consiguientemente, se afirma que 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”*.

La medida de gobierno prevé que la empresa funeraria 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.

Pues bien, si analizamos la medida de gobierno en su conjunto, no deja de resultar un **completo contrasentido** para hacer posible la consecución de la finalidad por la misma perseguida (incrementar la competencia en el mercado de los servicios funerarios de Barcelona ciudad y, con ello, pretendidamente, reducir el precio medio que deban satisfacer sus vecinos) **comenzar a ejecutarla con la puesta en marcha de la iniciativa económica sin previamente** haber procedido a la **enajenación del 15%** del capital social de SFB titularidad de BSM (para evitar esas interferencias *ab initio*) y, sobre todo, **sin previamente** a lo anterior **haber flexibilizado las condiciones de acceso al mercado funerario barcelonés eliminando las barreras de entrada** que se contienen no solo en la Ordenanza de Servicios Funerarios de 14 de octubre de 1997 sino, muy particularmente, **en el planeamiento urbanístico vigente**.

En el anterior sentido, se entiende que el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, **en vez de proceder primero a eliminar las barreras de entrada existentes en el planeamiento urbanístico** (ausencia de suelo apto para la construcción de nuevos tanatorios) **y comprobar si de esa manera es posible incrementar la competencia** (y, en su caso, reducir los precios medios) en el mercado funerario cuya tutela le corresponde, ha optado por revertir la nueva política municipal en materia de servicios funerarios iniciada con la venta del 36% del capital social de SFB titularidad de BSM y que debería haber continuado razonablemente con la venta del 15% restante, e intervenir activamente en dicho mercado con una nueva empresa funeraria y con una nueva ordenanza de servicios funerarios que, aunque es cierto que adapta la actualmente en vigor a exigencias legales sobrevenidas y elimina ciertas barreras de entradas existentes en la legislación vigente (según se expondrá), únicamente resulta de aplicación a las empresas funerarias privadas, más no a las de propiedad municipal.

La anterior forma de proceder, contextualizada en los términos antedichos, vicia la **iniciativa reglamentaria municipal**.

### III.- CONTEXTO NORMATIVO E INSTITUCIONAL

1.- Para analizar la propuesta de “texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona” 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, los Estatutos 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 funerarios**, 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 **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** del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA **ha de analizarse a la luz de los principios de buena regulación** contenidos en el **art. 129 de la Ley 39/2015** y que han de ser igualmente respetados por la misma.

Así, al ejercitar la potestad reglamentaria, dicha Administración 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”*, cuya **observancia es igualmente obligada**:

- 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, ha de hacerse concreta referencia a las **normas que atribuyen competencia al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en materia de servicios funerarios o, en su caso, mortuorios.**

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 la prestación de los *“servicios funerarios”*.

No obstante dicha liberalización, el citado artículo señaló que *“los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres”*.

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 contiene, concretamente, las siguientes previsiones:

- **Califica los servicios funerarios como *“servicios esenciales de interés general”*** que pueden ser prestados por la Administración, por empresas públicas o privadas, en **régimen de concurrencia** en todos los casos (art. 1.1)
- **Somete la prestación de los servicios funerarios a las medidas de control, policía y de autorización** establecidas por la Ley, la normativa de policía sanitaria mortuoria y los reglamentos u ordenanzas locales (art. 1.2)
- **Atribuye a los municipios de la condición de administración competente en materia de servicios funerarios y responsable de garantizar su existencia y prestación** a toda la colectividad local (art. 2.1).
- **Atribuye a los municipios, en el marco de la Ley, de la legislación sanitaria y de la de régimen local, la potestad de regular los servicios funerarios** con la finalidad de **garantizar la efectividad de los principios** de universalidad, accesibilidad, continuidad y respeto de los derechos de las personas usuarias (art. 2.2)

- Establece un **catálogo de derechos de las personas usuarias** en relación con los servicios funerarios (art. 3.1).
- Establece la obligación de las entidades que prestan servicios funerarios de facilitar al Ayuntamiento del municipio en el que están establecidas la información actualizada sobre prestaciones y precios de cara a hacer posible su consulta por las personas interesadas (art. 3.2)
- Establece la **obligación** de las entidades que prestan servicios funerarios **de no denegar su prestación** a las personas difuntas cuyo domicilio mortuario se encuentre en el término municipal en el que se estén establecidas (art. 3.3).
- Obliga a los municipios a garantizar los derechos de las personas usuarias y a las entidades que presten servicios funerarios a respetarlos (art. 3.4).
- Indica las **funciones que comprende la actividad de servicios funerarios** (art. 4.1), e **identifica las que tienen carácter obligatorio** y aquellas cuya contratación no puede condicionarse a la de actividades complementarias (art. 4.2).
- Regula el **alcance** (funciones asociadas) del **servicio de transporte** de cadáveres (art. 5).
- Identifica los **medios** (organización administrativa y personal, vehículos, féretros y resto de material, medios de desinfección y lavado) de los que han de disponer las entidades que prestan servicios funerarios y prevé la posibilidad de que las ordenanzas o reglamentos municipales fijen los **requisitos mínimos** de disponibilidad de medios siempre que sean proporcionados, respeten la libre concurrencia y estén destinados a garantizar la calidad del servicio (art. 6).
- Prevé la posibilidad de que los servicios funerarios sean gestionados por los ayuntamientos o por empresas privadas, debiendo estas últimas obtener la autorización del ayuntamiento del municipio en el que se establezcan, y fija los **criterios** que deben seguir las ordenanzas o reglamentos municipales a la hora de establecer condiciones para el **otorgamiento de las autorizaciones** (carácter reglado, cumplimiento de las exigencias previstas en la normativa sanitaria, garantía de los principios de continuidad y universalidad y respeto de los derechos de las personas usuarias, constitución de una fianza para garantizar el principio de continuidad de los servicios funerarios, obligación de prestar servicios gratuitos o bonificados a determinadas personas para garantizar el principio de universalidad de los servicios funerarios, etc., art. 7.2)
- **Somete a las empresas funerarias a las potestades municipales de inspección** con la finalidad de comprobar que cumplen en todo momento los requisitos y las condiciones a que están sometidas sus actividades (art. 7.3).
- Prevé la necesidad de que las **empresas mixtas** obtengan **autorización** para prestar servicios funerarios y somete a las mismas a las potestades municipales de **inspección** (art. 7.5).

- Prevé que la gestión de los servicios funerarios pueda realizarla el ayuntamiento por cualquiera de los medios de gestión de los servicios establecidos en la legislación de régimen local (art. 9.1).
- Obliga a financiar los servicios funerarios gestionados por los ayuntamientos con el producto de las tarifas y prevé la posibilidad de subvencionar dichos servicios con cargo a sus presupuestos si así lo requiere el cumplimiento del principio de universalidad del servicio (art. 9.2).
- Sujeta a las *“entidades prestadoras de servicios funerarios”* a la **inspección de los órganos de la Generalidad y de la Administración local competente** con la finalidad de comprobar las condiciones de las instalaciones, del personal, de los vehículos y del resto de material destinado a estos servicios, y, en general, el cumplimiento de los requisitos y condiciones a los que se sujetan estas actividades (art. 11).
- Establece un **catálogo de infracciones y sanciones administrativas** y prevé la posibilidad de que las entidades prestadoras de servicios funerarios sean sancionadas por la comisión de las infracciones que tipifica la ley sin perjuicio de las sanciones aplicables por la vulneración de la normativa en materia de policía sanitaria mortuoria y en materia de defensa de las personas consumidoras y usuarias (art. 12).
- Prevé que las **ordenanzas o reglamentos municipales puedan “desarrollar y concretar el cuadro de infracciones establecido”** en el artículo *“por la vía de introducir especificaciones que, sin constituir nuevas infracciones ni alterar la naturaleza de las tipificadas por esta Ley, contribuyan a identificar mejor las conductas sancionables”* (art. 12.5).
- Atribuye la **competencia sancionadora** en relación con las infracciones tipificadas por la Ley al Alcalde, *“sin perjuicio de las competencias sancionadoras de la Generalitat en materia sanitaria y de defensa de las personas consumidoras y usuarias”* (art. 13.1).
- Prevé que las **ordenanzas o los reglamentos municipales puedan “especificar y graduar” el cuadro de sanciones** establecido por la Ley, dentro de los límites que la misma contempla (art. 13.2).
- **Remite a la normativa sectorial** aplicable la determinación de los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracción de las normas en materia de **policía sanitaria mortuoria y de defensa de las personas consumidoras o usuarias** (art. 13.4).
- Remite a las ordenanzas o reglamentos municipales en cuanto a la determinación del procedimiento sancionador aplicable por la comisión de las infracciones tipificadas en la Ley, siendo supletoria la normativa específica de la Generalidad (art. 13.5).

Estando vigente la anterior Ley, el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA aprobó la **Ordenanza reguladora de los Servicios Funerarios de Barcelona el 24 de octubre de 1997.**

Dicha Ordenanza, además de determinar el alcance de la *“actividad de servicios funerarios”*, su forma de ejercicio, la *“naturaleza jurídica”* de dichos servicios o el *“estatuto del usuario”* de los mismos, regula la *“intervención de la actividad privada en la prestación de los servicios funerarios”* y concretamente, la capacidad y la autorización precisas para prestarlos, los medios materiales y personales necesarios, la conducción y el traslado de cadáveres, la inspección y el control o el **régimen de infracciones y sanciones**. En relación con esto último, la Ordenanza de 1997 señala que la competencia para sancionar las infracciones tipificadas en su art. 35 corresponde al Alcalde, previa instrucción del correspondiente procedimiento y sin perjuicio de las competencias sancionadoras de la Generalidad en materia sanitaria y de defensa de los consumidores o usuarios. En cuanto a las sanciones, se prevén las de advertencia o multa de hasta 600 euros (infracciones leves), multa de hasta 6.000 euros (infracciones graves) o multa de hasta 120.000 euros o suspensión de la autorización para prestar servicios funerarios por un plazo máximo de tres años (infracciones muy graves). En todo caso, la determinación de los órganos competentes para la imposición de sanciones, por infracción de las normas en materia de policía sanitaria mortuoria y de defensa de los consumidores o usuarios es *“la que conste en la normativa sectorial aplicable”*. En cuanto al procedimiento sancionador será el que tenga establecido el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, salvo que se trate de sancionar infracciones de competencia de la Generalidad o del Estado, en cuyos casos se aplicará el procedimiento aprobado por las administraciones mencionadas.

No es objeto de las presentes alegaciones analizar detalladamente el contenido de la Ordenanza de 1997, bastando con señalar una obviedad: la misma **excede claramente el ámbito determinado por la Ley 2/1997** y, en el anterior sentido, la Ordenanza es **resultado de una clara extralimitación competencial del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA** (si bien es cierto que el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de las Administraciones Públicas en 1998 no estaba tan acotado como lo está en la actualidad).

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”** (o de *“servicios funerarios”, “de cementerio” o “de 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).

La Ley 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 concurren 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 **“funerarios”, “de crematorio”** o **“de 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 cuanto a la materia **“consumo”**, la misma incluye **“la defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios”** (art. 123).

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 funerarios 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 la Ley autonómica 2/1997 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 (...) f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora”*. 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 funerarios, procede analizar detalladamente la conformidad de la propuesta de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona con las exigencias legales, es decir, examinar su conformidad a Derecho.

#### **IV.- ALEGACIONES DE CARÁCTER GENERAL AL PROYECTO DE ORDENANZA DE SERVICIOS FUNERARIOS 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 texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios 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 la finalidad perseguida por la iniciativa** (apartado I), a relatar diversos **hitos de la evolución legislativa** de la regulación de los servicios funerarios y aludir a la **necesidad de dicha regulación** (apartado II) y a exponer la **estructura del texto de la ordenanza** (apartados III, IV y V).

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 la actividad funeraria y estando regulado con gran detalle el ejercicio de la actividad funeraria en Cataluña por medio de la Ley catalana 2/1997, de 3 de abril, sobre Servicios Funerarios (anteriormente expuesta), y del 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 ha 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 **debería**, en ejercicio de las competencias propias que corresponden al AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, **quedar circunscrito a la regulación de las siguientes cuestiones:**

- **Sometimiento (o no) a autorización** la prestación de servicios funerarios en el término municipal de Barcelona (art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996).
- En su caso, **establecimiento de los requisitos objetivos necesarios para la obtención** de dicha autorización (art. 22 del Real Decreto-Ley 7/1996 y art. 7.2 de la Ley 2/1997), incluida la obligación de constituir una **fianza** previamente a su otorgamiento (art. 7.2.c) de la Ley 2/1997) o la posibilidad de condicionar dicha obtención a que los **servicios se presten gratuitamente o de forma bonificada** a las personas que, de acuerdo con las indicaciones de los servicios sociales municipales, lo requieran por falta de medios económicos propios o en los casos en que lo acuerde la autoridad judicial, regulando la forma de distribuir estas prestaciones forzosas entre las empresas funerarias que operen en el término municipal de forma proporcional a la facturación de cada una (art. 7.2.d) de la Ley 2/1997).
- Establecimiento de **medidas de control, policía y autorización** de la prestación de servicios funerarios **adicionales y diferentes** de las establecidas en la **Ley 2/1997** y en la **normativa de policía sanitaria mortuoria** (art. 1.2 de la Ley 2/1997).
- **Establecimiento de los derechos de los usuarios** de los servicios funerarios **adicionales y diferentes** de los previstos en la **Ley 2/1997** (art. 3.1 de la Ley 2/1997).
- Fijación de los **requisitos mínimos de disponibilidad de medios materiales y humanos** (art. 6.3 de la Ley 2/1997).
- **Desarrollo y concreción del cuadro de infracciones** establecido en la Ley 2/1997, por la vía de introducir en el mismo especificaciones que, sin constituir nuevas infracciones ni alterar la naturaleza de las tipificadas en la Ley, contribuyan a identificar mejor las conductas sancionables (art. 12.5 de la Ley 2/1997).
- **Especificación y graduación del cuadro de sanciones** establecido en la Ley 2/1997, dentro de los límites fijados por la misma (art. 13.3 de la Ley 2/1997).
- **Regulación**, en su caso, **del procedimiento sancionador aplicable** por la comisión de las infracciones tipificadas en la Ley 2/1997 (art. 13.5 de la Ley 2/1997).

Pues bien, la **iniciativa** del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA **desborda ampliamente el marco legal atributivo de las competencias propias** que corresponden a dicho municipio en materia funeraria (contempla tanto las conducciones como los traslados de cadáveres a/desde otros municipios, tipifica infracciones y sanciones con carácter *ex novo*, etc.), y, además y **en su mayor parte, tiene carácter redundante respecto de la Ley 2/1997** (es decir, regula de nuevo las distintas actividades que forman parte de los servicios funerarios y a especificar las que tienen carácter obligatorio, relaciona los derechos y los deberes de las personas usuarias de los servicios funerarios, contempla un régimen de infracciones y sanciones que ni desarrolla ni concreta el cuadro de infracciones ni especifica o gradúa el cuadro de sanciones, etc.) y **establece remisiones absolutamente innecesarias y notoriamente confusas** (sometimiento de las empresas funerarias a la normativa de protección de los consumidores o de defensa de la competencia, art. 17) **o vacías de contenido alguno** (art. 20.3, en cuanto a la obligación de garantizar el acceso al servicio de tanatorio a cualquier operador funerario *“quan així ho estableixi la legislació aplicable”*), lo que resulta **contrario a la exigencia de claridad y de coherencia** con el resto del ordenamiento jurídico que resulta de lo dispuesto en el art. 62.3 de la Ley catalana 19/2014.

Es más, el proyecto de ordenanza sometido a información pública **ni siquiera respeta las directrices para la elaboración de normas municipales** aprobadas por la Comisión de Gobierno del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA el 15 de abril de 2015 (BOPB de 14 de mayo de 2015) se ha autoimpuesto.

En el anterior sentido, deben destacarse las siguientes directrices:

- 4 Repetició de preceptes legals: procedència. *“El fet que una norma municipal repeteixi una norma estatal o autonòmica és correcte en els supòsits en què la primera desenvolupi o completi aquesta última. És convenient que, al preàmbul de la disposició municipal, es faci referència explícita a la norma estatal o autonòmica desenvolupada o completada”*.
- 5 Meres repeticions de normes. *“No és correcta la mera repetició o reproducció de preceptes legals o reglamentaris en les normes municipals, bé perquè resulten innecessàries, o bé perquè s'inclouen amb algunes modificacions concretes, que en determinats supòsits poden crear confusió”*.
- 92 No proliferació. *“Cal evitar la proliferació de remissions, ja que moltes vegades és una mostra d'una sistemàtica normativa defectuosa, especialment en els casos de remissions indefinides”*

Pues bien, una **parte sustancial** de la propuesta de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona es una **simple repetición** de los preceptos contenidos en la Ley 2/1997.

Además, en el mismo se contienen un conjunto de **remisiones genéricas** (a la legislación de defensa de la competencia, a la legislación de protección de los consumidores y usuarios, a la legislación de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, etc.) **claramente defectuosas**.

De lo anterior resulta que el texto sometido a información pública **ha de generar, necesariamente, un marco normativo inestable, impredecible, desintegrado, oscuro e incierto** que en modo alguno puede facilitar su conocimiento y su comprensión y, en consecuencia, la actuación y la toma de decisiones por parte de las empresas funerarias, **infringiendo con ello el principio de seguridad jurídica.**

Además, **el proyecto de reglamento no identifica los fines** que el mismo persigue (su preámbulo únicamente alude a la *“actualización del marco regulador”* de los servicios funerarios para hacerlo compatible con el contexto normativo vigente y a la *“eliminación de los obstáculos normativos”* al ejercicio de la actividad y a la garantía y *“refuerzo de los principios”* de universalidad, calidad, continuidad y accesibilidad en la prestación de los servicios funerarios) y **no justifica que constituye el instrumento más adecuado para garantizar su consecución (con infracción de los principios de necesidad y eficacia)**

Por otra parte, resulta posible afirmar que la iniciativa propuesta **no contiene la regulación imprescindible para atender las necesidades a cubrir con la norma (infracción del principio de proporcionalidad).**

Muy contrariamente a lo preceptuado por el art. 130 de la Ley 39/2015 y no obstante los evidentes avances que el proyecto de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona representa respecto de la actualmente vigente (en el sentido de eliminar exigencias ya derogadas tácitamente, al no ser conformes con la Ley 17/2009), el mismo **introduce numerosas restricciones injustificadas o desproporcionadas** de la actividad económica funeraria.

En el anterior sentido, no puede obviarse el **mandato liberalizador de los servicios funerarios** contenido en el Real Decreto-Ley 7/1996 y reforzado por la Ley 17/2009, mandato que exige que la **regulación que pueda contenerse** en una ordenanza que los regule sea **la estrictamente imprescindible.**

Las **limitaciones a la libertad de empresa** (art. 38 de la Constitución) que ha de presidir el funcionamiento del sector funerario han de ser las **estrictamente necesarias para defender los intereses públicos en presencia**, intereses que no son otros que *“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”*, determinándose dichas *“condiciones mínimas”* de forma amplísima en la Ley 2/1997, debiéndose ceñir la ordenanza proyectada, única y exclusivamente, a desarrollar las competencias y las potestades municipales (autorizatoria, inspectora y sancionadora) con el alcance en la misma previsto.

La limitación de la libertad de empresa es más evidente aún si considera el **carácter discriminatorio de la regulación propuesta** -que, **en su mayor parte únicamente resulta aplicable a las empresas privadas-**, dado que la misma queda incardinada en el marco de una medida de gobierno, la aprobada el 16 de noviembre de 2016 (vid. supra), que contempla el ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica funeraria mediante la ampliación del

objeto social de CEMENTIRIS DE BARCELONA, S.A. (en adelante, "CBSA"), iniciativa pública que, por imperativo legal, ha de realizarse en régimen de libre concurrencia.

Por último, la iniciativa municipal no resulta acorde con el "principio de eficiencia", pues **contempla diversas cargas administrativas de todo punto innecesarias** como, por ejemplo, la creación de un registro de solicitudes y autorizaciones (art. 10.4), la existencia de una comisión encargada de determinar los criterios de asignación de los servicios de prestación forzosa que ha de reunirse dos veces al año (art. 24.7) o la promoción de un "catálogo de buenas prácticas en la prestación de los servicios funerarios" al que puedan adherirse voluntariamente las empresas prestadoras (art. 26).

## **SEGUNDA.- EL PROYECTO DE ORDENANZA MONOPOLIZA DE FACTO (DE FORMA CONTRARIA A DERECHO) LOS SERVICIOS DE CREMATORIO EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE BARCELONA**

La propuesta de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona, como se ha expresado, forma parte de una medida de gobierno que contempla asimismo la modificación de la vigente ordenanza de servicios de cementerio.

Pues bien, el art. 2.2 de la norma proyectada indica 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 en 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).

Es decir, el proyecto de ordenanza de cementerios **no deja espacio alguno para los servicios privados de crematorio.**

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).

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, de facto y al hilo de la aprobación de las nuevas ordenanzas de servicios funerarios y cementerios, 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 no contemplar en su aptdo. 2 reserva municipal alguna sobre ninguno de los servicios mortuorios (impidiendo con ello la posibilidad de que los servicios de crematorio, entre otros servicios mortuorios, 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, 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 hecho es de una **especial gravedad** toda vez que los únicos crematorios existentes en el término municipal de Barcelona están ubicados en los cementerios de titularidad municipal de Collserola y Montjuïc y 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 ampliando el objeto social de CBSA, ampliando su objeto social, con la consiguiente **integración vertical en una única entidad de 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 crematorio**, en régimen de monopolio *de facto*.

### **TERCERA.- EL PROYECTO DE ORDENANZA DE SERVICIOS FUNERARIOS DE BARCELONA APROBADO INICIALMENTE ESTABLECE UN RÉGIMEN JURÍDICO CLARAMENTE DISCRIMINATORIO EN PERJUICIO DE LAS EMPRESAS FUNERARIAS PRIVADAS.**

La propuesta de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona forma parte de la medida de gobierno de 16 de noviembre de 2016, medida que, como se ha señalado anteriormente, 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.

El ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica **ha de realizarse, 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).

Pues bien, el **grueso de la regulación (31 artículos de 39)** contenida en la ordenanza aprobada inicialmente por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA y sometida a información pública tiene por objeto la **“intervención de la actividad privada”** en la prestación de los servicios funerarios (Título III, arts. 9 y ss.).

En cuanto a la regulación en el proyecto de ordenanza de la “actividad pública” funeraria, la misma queda reducida a lo dispuesto en su art. 5.2 (que señala que *“la prestació dels serveis funeraris dins del terme municipal de Barcelona pot ser realitzada per l’Ajuntament, mitjançant qualsevol de les formes de gestió directa o indirecta previstes a la normativa aplicable, i per empreses privades, **en règim de lliure concurrència en tots els casos**”*) y, probablemente, al resto de la regulación contemplada en los títulos I (ámbito de aplicación y régimen jurídico, naturaleza jurídica de los servicios y garantía de prestación o actividades de servicios funerarios) y II (derechos y deberes de las personas usuarias) de dicho proyecto.

El resto del proyecto únicamente no resulta de aplicación a dicha actividad pública funeraria.

En efecto, la *“actividad privada en la prestación de servicios funerarios”* se predica de las *“empresas privadas”* (art. 9.1), a las que se exige **obtener autorización** del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA para poder prestar servicios funerarios en la ciudad (art. 9.1), **acreditar** para ello **que cumplen una serie de requisitos** (art. 10.3, entre ellos una garantía, una serie de medios personales y materiales o unas determinadas instalaciones), **observar determinadas exigencias en materia de conducción y de traslado de cadáveres** (arts. 21 y 22), **asumir determinadas obligaciones de servicio público** (art. 24) **o de transparencia y buenas prácticas** (arts. 25 y ss.) y, sobre todo, **quedar sujetas al régimen de inspección y control y sancionador contemplado en la misma** (arts. 31 y ss.).

**Nada de lo anterior resulta de aplicación a la “actividad pública” o a las “empresas públicas”** que pretendan operar en el mercado funerario barcelonés, lo que constituye una **manifiesta discriminación** que hace **imposible el funcionamiento** del mercado funerario en la ciudad de Barcelona **en términos de igualdad concurrencial** lo que se opone de forma manifiesta a los

preceptos legales ya citados (arts. 96 TRRL o 87 LCMB) y a la previsión contenida en el art. 5.2 proyecto de ordenanza.

El proyecto de ordenanza **no indica las razones a las que puede obedecer**, en su caso, **el grosero trato discriminatorio** que se dispensa a las empresas privadas respecto de las públicas, **no existiendo obstáculo legal alguno** para sujetar a estas últimas a una regulación sustancialmente idéntica a la contemplada con carácter general para las primeras.

En el anterior sentido, es completamente habitual en mercados liberalizados que las empresas públicas queden sujetas a exactamente el mismo régimen aplicable a las empresas privadas.

Así, por ejemplo, en el ámbito ferroviario la Ley 39/2003 (ya derogada) contempló que RENFE OPERADORA, de forma similar a lo exigido a cualquier otra empresa ferroviaria privada (cuestiones transitorias al margen), obtuviera la correspondiente licencia de empresa ferroviaria, obtuviera el pertinente certificado de seguridad, homologara su material móvil ferroviario, habilitara a su personal o solicitara la capacidad de red precisa para la prestación de servicios de transporte de viajeros o mercancías, quedando sometida al mismo régimen de control, inspección y sanción previsto para la generalidad de las empresas ferroviarias. La condición de entidades pertenecientes al sector público que corresponde a RENFE OPERADORA o a sus filiales no es óbice para que las mismas puedan ser sancionadas por la Administración Ferroviaria o por otros organismos (como buenamente prueba la reciente sanción de 65 millones de euros impuesta a RENFE MERCANCÍAS, S.A. por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA como consecuencia de haber infringido los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia).

Aun cuando la memoria justificativa de la iniciativa del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en la actividad funeraria (pág. 13) afirma que CBSA *“haurà de complir amb l’Ordenança de serveis funeraris”*, lo cierto es que ni la Ordenanza vigente de 24 de octubre de 1997 ni la propuesta de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona prevén dicho deber o, al menos, no lo prevén en términos similares o análogos a los que rigen/se prevé que rijan la actividad privada de servicios funerarios.

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, al mismo tiempo, 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”**:

- Riesgos vinculados a la **política de precios** del operador público, si dispone de financiación pública.

- Riesgos de discriminación a favor del operador público (**acceso a la financiación o a terrenos o infraestructuras en condiciones no de mercado**).
- 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).
- 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”*.

En relación con los últimos riesgos, 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”*.

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. 9ª). 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 crematorio**, en régimen de monopolio *de facto* (vid. supra), 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 respeta el principio de igualdad concurrencial que debe presidir el funcionamiento de un mercado liberalizado como el funerario.

**CUARTA.- EL PROYECTO DE ORDENANZA CONTIENE UN RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES QUE NO SE AJUSTA A LAS EXIGENCIAS QUE DELIMITAN LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ENTIDADES LOCALES.**

La propuesta de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona regula en sus arts. 34 y ss. un “régimen de infracciones y sanciones” que, además de aplicarse de forma manifiestamente discriminatoria y de ser en un porcentaje muy elevado simple repetición del ya recogido en la Ley 2/1997, no se ajusta a las exigencias legales en materia de establecimiento de infracciones y sanciones por parte de las entidades locales.

Así y en primer lugar, se plantea el problema de determinar el alcance concreto de la potestad sancionadora del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA (meramente ejecutiva o, combinadamente con la potestad reglamentaria, comprensiva de la potestad de definir tipos infractores y sanciones).

El alcance de la potestad sancionadora de las entidades locales y, concretamente, su capacidad para, haciendo uso de su potestad reglamentaria, establecer *ex novo* infracciones y sanciones ha sido objeto de un intenso debate doctrinal y jurisprudencial del que son sus máximos exponentes la sentencia 132/2001 del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, la sentencia del TRIBUNAL SUPREMO de 29 de septiembre de 2003 y la LBRL y diversas previsiones legales.

El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en su sentencia 132/2001, de 8 de junio, atribuyó a la ley la función de fijar los criterios de antijuridicidad y las clases de sanciones que *“la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los municipios –conforme a la exigencia del artículo 25.2 LBRL– no contiene en sí la autorización para que cada municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por ordenanza municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.*

*Del artículo 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de ordenanza municipal– sino*

*de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción.*

*En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del artículo 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica”.*

Por su parte, el TRIBUNAL SUPREMO, en su sentencia de 29 de septiembre de 2003, fue un poco más lejos y reconoció, en determinados supuestos, la potestad municipal de establecer infracciones y sanciones *praeter legem*:

*“Como hemos expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, hay que atenerse a la solución jurisprudencial más favorable a la autonomía municipal que consagran los artículos 137 y 140 de la Constitución, los cuales deben ser interpretados de acuerdo con el artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local, y por tanto de tal modo que esta autonomía suponga una capacidad efectiva de ordenar los asuntos públicos. Esto lleva consigo que debemos declarar que mediante ordenanza local, en cumplimiento de los preceptos generales de los artículos 55 y 59 del Texto refundido de régimen local, se pueden tipificar válidamente las infracciones y sanciones, que han de ser de carácter pecuniario, cuando ello sea una garantía indispensable para su cumplimiento, siempre que al hacerlo no se contravengan las leyes vigentes, y únicamente en los casos en que no se haya promulgado ley estatal o autonómica sobre la materia, y en los que los ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación, y respetando los principios de proporcionalidad y audiencia del interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local, como se ha dicho antes en el fundamento de derecho cuarto.*

*(...) difícilmente podría tacharse esta solución de antidemocrática, pues los miembros de la corporación local que aprobaron la ordenanza han sido elegidos democráticamente. Esta consideración no carece ni mucho menos de interés. Pues los destinatarios de la ordenanza local tipificadora de infracciones y sanciones son las personas del municipio, y en su caso los entes establecidos en él, y son aquellas personas las que han elegido a los miembros del Pleno del Ayuntamiento que aprueba la ordenanza. Se da por tanto una situación análoga a la aprobación de una ley por los parlamentarios elegidos por la población del Estado o de una comunidad autónoma. Por ello la solución que supone nuestra interpretación se atiene a los principios democráticos que inspiran nuestro ordenamiento.*

*Esta solución impone que los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, han de entenderse desde luego plenamente vigentes, pero aplicables solo a los entes públicos titulares de potestad legislativa, es decir, el Estado y*

*las comunidades autónomas. Por el contrario no serían aplicables íntegramente a los entes locales, pues en las materias y con los límites indicados la tipificación de infracciones y sanciones ha de entenderse comprendida en los preceptos de la legislación básica local y singularmente en los artículos 55 y 59 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril. No obstante, los entes locales, al encontrarse sujetos al principio de legalidad no podrían contravenir leyes vigentes y la tipificación de infracciones y sanciones solo podrían llevarla a cabo cuando no exista ley reguladora y en los casos en que ejerzan una competencia típica que lleve implícita la potestad de ordenar el uso de bienes y eventualmente de organizar servicios. Entendemos que esta interpretación integradora se atiene a las reglas de la lógica jurídica, pues no es coherente en buena lógica otorgar potestad para aprobar normas, y exigir para que se garantice su cumplimiento el ejercicio de una potestad legislativa de la que no son titulares los entes locales. Debemos entender que mediante esta modificación de nuestra doctrina estamos ejerciendo la misión que nos encomiendan las leyes, y en concreto el título preliminar del Código Civil al referirse a la interpretación de las normas por este Tribunal Supremo y declarar que esa interpretación ha de llevarse a cabo de acuerdo con las necesidades sociales de los tiempos. Pues indudablemente es una necesidad social otorgar posibilidades de actuación a los entes locales en el caso de incumplimiento de las ordenanzas que hayan dictado en ejercicio válido de la potestad reglamentaria que le otorgan las leyes”*

Delimitada la potestad sancionadora de los municipios en los términos ya expresados y tratándose de analizar su concreto ejercicio mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza, debe hacerse referencia a su regulación en sede legal.

Ya hemos indicado anteriormente que la legislación de procedimiento administrativo común veta a los reglamentos y ordenanzas la posibilidad de tipificar infracciones administrativas o establecer sanciones, sin perjuicio de su **“función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley”** (art. 128 aptdo. 2, segundo inciso de la Ley 39/2015).

Por su parte, el art. 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone que **“la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril”**.

Por su parte y dentro del expresado Título XI LBRL (titulado **“tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”**) su **art. 139** (modificado en este punto por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local) **faculta a los entes locales**, de cara a la **“adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos”**, para, **“en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o**

*limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes*", artículos que clasifican las infracciones a las ordenanzas locales estableciendo criterios determinantes de la antijuridicidad (art. 140) y cuantifican los límites de las sanciones económicas que puedan imponerse por su comisión (art. 141).

En todo caso y con arreglo a la doctrina constitucional expresada, la potestad sancionadora de los entes locales, en cuanto facultad para *"tipificar"* infracciones y sanciones (desarrollo o colaboración con respecto a la ley), puede ejercitarse no solo en relación con los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 139 LBRL (relaciones de convivencia y uso de servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos), sino, además, en relación con cualquier ley sectorial que, como mínimo, establezca dichos *"criterios mínimos de antijuridicidad"* y los límites de las sanciones que puedan imponerse.

A la luz de los anteriores parámetros debe interpretarse la regulación contenida en la legislación catalana:

- El art. 237.2 TRLMRLC, que señala que *"las ordenanzas pueden tipificar infracciones y establecer sanciones de acuerdo con lo que determinan las leyes sectoriales"*.

- El art. 110.1 de Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales en Cataluña (ROAS) indica que *"las ordenanzas locales podrán tipificar infracciones y establecer sanciones cuando figuren en las leyes, para completar y adaptar las previsiones que se contengan en ellas, sin constituir otras nuevas ni alterar la naturaleza o los límites de las que regule la legislación sectorial o el artículo 221 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña"*.

Pues bien, es indudable que, **existiendo** como existe en el ámbito de los servicios funerarios que puedan prestarse en Cataluña **una norma sectorial específica (la Ley 2/1997)** resulta posible afirmar que **la potestad sancionadora del AYUNTAMIENTO DE BARCELONA en dicho ámbito es, en esencia, una potestad ejecutiva, quedando reducida la potestad reglamentaria** (potestad para el establecimiento de un régimen específico de infracciones y sanciones) a *"desarrollar y concretar el cuadro de infracciones establecido en el presente artículo, por la vía de introducir en el mismo especificaciones que, sin constituir nuevas infracciones ni alterar la naturaleza de las tipificadas en la presente Ley, contribuyan a identificar mejor las conductas sancionables"* (art. 12.5 de la Ley 2/1997) **y/o a "especificar y graduar el cuadro de sanciones establecido en la presente Ley, dentro de los límites fijados en el apartado 1"** (art. 13.3 de la Ley 2/1997).

En el anterior sentido debe entenderse la previsión contenida en el **artículo 29.1 LCMB**, según la cual *"las ordenanzas deben tipificar exactamente las obligaciones cuyo incumplimiento sea objeto de sanción"* **debiendo la tipificación "limitarse a las materias en las que el Ayuntamiento tiene competencia de acuerdo con la presente Carta o la correspondiente ley sectorial"**.

Además, podría resultar de aplicación la limitación contenida en el aptdo. 3 de dicho precepto en cuanto a la tipología de sanciones (*“el incumplimiento de las prescripciones contenidas en las ordenanzas y disposiciones generales municipales y órdenes individuales es sancionable con una multa municipal. Cuando la ordenanza municipal lo establezca, de acuerdo con la Ley o, en su defecto, previo consentimiento de la persona afectada, puede sustituirse la multa pecuniaria por trabajos para la comunidad”*) si bien es razonable entender que su generalidad ha de ceder frente a la especialidad de la Ley 2/1997 (ley sectorial que, adicionalmente, contempla otro tipo de sanciones como la suspensión o la revocación de la autorización).

En cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora en materia de servicios funerarios, la Ley 2/1997 (art. 13.1) la atribuye íntegramente al Alcalde (en el caso analizado en el presente Informe, al Alcalde de Barcelona).

No obstante, debe tenerse en cuenta que la propia **Ley 2/1997 (art. 12.1)** contempla la posibilidad de que las **“entidades prestadoras de servicios funerarios”** (podría pensarse en que cualquier entidad que preste efectivamente dichos servicios en Barcelona, aunque por su ubicación sistemática, únicamente se refiere a las empresas privadas, en principio tanto autorizadas en Barcelona como en otros municipios)  **puedan ser sancionadas por la comisión de las infracciones tipificadas en el propio artículo, “sin perjuicio de las sanciones aplicables por la vulneración de la normativa en materia de policía sanitaria mortuoria y en materia de defensa de las personas consumidoras o usuarias”**.

En el mismo sentido (art. 13.4) se prevé que *“la determinación de los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracción de las normas en materia de policía sanitaria mortuoria y de defensa de las personas consumidoras o usuarias debe ser la que conste en la normativa sectorial aplicable”*.

La indicada normativa sectorial viene constituida:

- En cuanto a la **“policía sanitaria mortuoria”**, por el Decreto 297/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, norma que en su art. 55 se remite a los arts. 32 a 37 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, para determinar la existencia o no de infracciones a las prescripciones del propio Decreto (el art. 33 de la Ley indica que *“en ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”*) y que en su art. 56 distribuye la competencia para la imposición de sanciones entre los alcaldes y diversos órganos de la Generalitat de Cataluña.

- En cuanto a la **“defensa de los consumidores y usuarios”**, por la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña. Dicha Ley (que también establece en su art. 312-9 la prohibición del *non bis in idem*: *“No pueden sancionarse las infracciones que hayan sido sancionadas penal o administrativamente, si existe identidad de sujeto, hecho y fundamento”*) atribuye la competencia sancionadora a los **“organismos públicos de consumo”** de cada municipio (y a la AGENCIA CATALANA DEL CONSUMO si la infracción afecta al ámbito territorial de más de un municipio, arts. 312-10 y 11),

tipifica las infracciones y sanciones (arts. 331-1 y ss.), prevé que *“el órgano actuante, si la presunta infracción advertida está incluida en otros ámbitos competenciales, debe comunicar los hechos al departamento y a los órganos afectados, con el fin de que puedan actuar de acuerdo con sus atribuciones o emitir, si procede, el correspondiente informe”* (art. 341-1.2) y distribuye la competencia sancionadora entre el Gobierno y el consejero competente por razón de la materia (infracciones muy graves y cierre de establecimiento o cese de la actividad), el departamento o el organismo competente por razón de la materia (infracciones graves y leves) y *“los alcaldes, en el ámbito de sus competencias según la legislación de régimen local, para la imposición de sanciones por infracciones leves y graves, de acuerdo con las cuantías establecidas”* (art. 341-7).

**El ejercicio de la potestad sancionadora con fundamento en la Ley 2/1997 resulta complejo** no ya solo por la confusa distribución de la competencia sancionadora sino, sobre todo, porque una **parte importante de las infracciones tipificadas** en su art. 12 **entran de lleno en la materia “policía sanitaria mortuoria” y/o “defensa de consumidores y usuarios”**.

En efecto, la Ley 2/1997 (art. 12) tipifica *“cualquier otro incumplimiento de las ordenanzas o reglamentos municipales reguladores de los servicios funerarios”* como *“infracción leve”* y dichas normas, hasta la fecha, han regulado con amplitud cuestiones relativas a *“policía sanitaria mortuoria”* y/o *“defensa de consumidores y usuarios”*.

Por otra parte, diversas infracciones muy graves (p.ej. *“infringir las normas sanitarias o los reglamentos u ordenanzas municipales, provocando, así, una situación de riesgo para las condiciones sanitarias de la población”* o *“facturar servicios no contratados ni solicitados”*) o graves (p.ej. *“infringir las normas sanitarias y los reglamentos u ordenanzas municipales, sin provocar una situación de riesgo para las condiciones sanitarias de la población”* o *“no tener las hojas de reclamación o negarse a facilitarlas”*) pueden subsumirse con facilidad en tipos infractores regulados por la Ley General de Sanidad/ Decreto 297/1997 o en el Código de Consumo de Cataluña.

Tampoco el régimen específico aplicable en la ciudad de Barcelona contribuye a clarificar la competencia sancionadora en materia de servicios funerarios y la concurrencia de las competencias sancionadoras *“policía sanitaria mortuoria”* y/o *“defensa de consumidores y usuarios”*.

En efecto, el artículo 61 LCMB consagra los consorcios como *“entes asociativos, creados por ley, entre la Generalitat de Catalunya y el Ayuntamiento de Barcelona, para la gestión conjunta de funciones, actividades o servicios”*. Concretamente, *“los consorcios pueden ejercer las potestades reglamentarias, planificadoras y, si procede, sancionadoras, en el marco de las disposiciones generales emanadas de la Generalidad que sean aplicables a todo el ámbito territorial de Cataluña”*.

Pues bien, la propia Ley atribuye la condición de consorcio al CONSORCIO SANITARIO DE BARCELONA, contemplando el art. 105 el deber del mismo de crear la AGENCIA DE SALUD PÚBLICA Y MEDIO AMBIENTE DE BARCELONA, Organismo al que se deben encomendar las competencias relacionadas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 103 en el ámbito territorial de Barcelona y en cuyos órganos de gobierno participan el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA (tres quintas partes de

representantes) y la GENERALIDAD DE CATALUÑA (dos quintas partes). El art. 106 de la Ley atribuye a dicha Agencia la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora y la imposición de las correspondientes sanciones, así como para la adopción de medidas cautelares de suspensión de actividades, en lo que se refiere a las infracciones en materia medioambiental, de salud pública y de defensa de los consumidores, salvo las infracciones calificadas de muy graves, respecto de las que la Agencia es competente para tramitar el procedimiento sancionador y elevar a la Administración de la Generalidad las correspondientes propuestas de sanción.

Aunque el CONSORCIO SANITARIO DE BARCELONA creó el 7 de noviembre de 2002 la AGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE BARCELONA (organismo autónomo cuyos Estatutos fueron publicados en el DOGC nº 3764, de 19 de noviembre de 2002), la misma, no obstante la previsión contenida en el artículo 105 de la Carta Municipal de Barcelona, sólo asumió las competencias en materia de salud pública y no en materia de defensa de los consumidores y usuarios o de medio ambiente. En este sentido, la disposición adicional 2ª de los estatutos de la Agencia establece que *“la asunción por la Agencia de las funciones a que se refieren los apartados primero y segundo del artículo 103 de la Carta Municipal de Barcelona requerirá previamente de los acuerdos y convenios correspondientes entre las entidades consorciadas: Ayuntamiento de Barcelona y Generalidad de Cataluña. Una vez producida la mencionada asunción la Agencia adoptará la denominación de Agencia de Salud Pública y Medio Ambiente de Barcelona”*.

A día de hoy el organismo sigue denominándose AGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE BARCELONA, sin que conste que se hayan suscrito los citados acuerdos para atribuirle las competencias en materia de medio ambiente y consumo.

Por otra parte y en materia de consumo debe tenerse en cuenta que la Generalidad de Cataluña ejerce todas sus competencias a través de la AGENCIA CATALANA DEL CONSUMO, organismo autónomo creado en virtud de la Ley 9/2004, de 24 de diciembre (sustituyendo al antiguo INSTITUTO CATALÁN DEL CONSUMO) entre cuyas funciones figura la de *“ejercer las competencias de inspección y sanción en el ámbito del consumo, de acuerdo con las disposiciones vigentes”* (art. 3 m) de dicha ley). En caso de que dichas funciones *“sean concurrentes con las de otras administraciones u organismos de la Generalitat, deben ejercerse con sujeción a los principios de especialidad, subsidiariedad, cooperación, coordinación y unidad de acción”*.

Como indicábamos anteriormente a propósito de la salud pública, el artículo 105 de la LCMB prevé que el ejercicio de las competencias municipales en materia de defensa de consumidores y usuarios lo realice la AGENCIA DE SALUD PÚBLICA Y MEDIO AMBIENTE DE BARCELONA si bien la misma aún no ha asumido funciones en dicha materia, tal y como se ha señalado.

Todo lo anterior pone de manifiesto la **deficiente técnica normativa** y la **confusión** que en este punto existen en el proyecto de ordenanza analizado.

Si bien el **régimen sancionador** contemplado en el proyecto aprobado inicialmente es **prácticamente idéntico** al contenido en la **vigente Ordenanza** reguladora de los servicios funerarios de Barcelona de 24 de octubre de 1997 (se incluye un nuevo artículo -el art. 37- sobre *“graduación de las sanciones”*, una nueva infracción muy grave -la contemplada en el

art. 35.1.g)- relativa al incumplimiento de las obligaciones de servicio esencial de interés general, y se reformula una infracción grave -la contemplada en el art. 35.2.d)- acerca de la prestación de servicios con vehículos que no cumplan las exigencias técnicas y sanitarias impuestas por la legislación), el mismo **no se ajusta a las exigencias que delimitan en la actualidad la potestad sancionadora de las entidades locales.**

En primer lugar, el régimen sancionador previsto en la propuesta de ordenanza resulta de **aplicación a las "entidades prestadoras de los servicios funerarios"**. Ello, atendida su ubicación sistemática (en el título III relativo a la "intervención de la actividad privada en la prestación de los servicios funerarios") quiere decir que **únicamente** resulta aplicable a las **"empresas privadas"** (art. 9.1 de la propuesta de ordenanza) pero no a las empresas y demás entidades públicas, lo que representa una **discriminación intolerable**.

Si bien es cierto que en el supuesto de que el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA decidiera intervenir en el mercado funerario sin hacer uso de una personificación determinada carecería de toda lógica la auto-sanción, la **necesidad de garantizar la libre concurrencia** en el ejercicio de una actividad económica liberalizada como la funeraria (art. 5.2 del proyecto) **exigiría someter a las empresas públicas** (como parece será el caso de CBSA) que operen en el mercado funerario barcelonés **a las mismas reglas** que resultan de aplicación a las empresas que desarrollan la "actividad privada en la prestación de los servicios funerarios".

Aunque no muy frecuentes, existen precedentes en los que una Administración Pública ha sancionado a una empresa privada perteneciente a su sector público (p.ej. sanción impuesta a la EMPRESA NACIONAL DEL URANIO, S.A. por parte del MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA y objeto de análisis por la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2009, de 4 de mayo de 2009). Más frecuentes son las sanciones impuestas a empresas públicas por determinados organismos como la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA o LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

En segundo lugar, la **regulación** contenida en los arts. 35 (que tipifica las "infracciones") y 36 (que hace lo propio con las "sanciones") **no se ajusta a las exigencias legales** y, particularmente, **a lo ordenado por la Ley 2/1997** que, como hemos señalado, habilita a las ordenanzas o reglamentos municipales para *"desarrollar y concretar el cuadro de infracciones establecido en el presente artículo, por la vía de introducir en el mismo especificaciones que, sin constituir nuevas infracciones ni alterar la naturaleza de las tipificadas en la presente Ley, contribuyan a identificar mejor las conductas sancionables"* (art. 12.5) y para *"especificar y graduar el cuadro de sanciones establecido en la presente Ley, dentro de los límites fijados en el apartado 1"* (art. 13.3).

La mera **repetición en sede reglamentaria del cuadro de infracciones y sanciones contemplado en la Ley 2/1997** ya vulneraría la anterior previsión, si bien la propuesta de texto articulado de nueva ordenanza de servicios funerarios de Barcelona va más lejos aún y a) **tipifica ex novo infracciones no recogidas en el catálogo de la Ley** (nueva infracción muy grave relativa al incumplimiento de las obligaciones de servicio esencial de interés general y contemplada en el art. 35.1.g), b) **altera la redacción de otras que la misma si recoge** (la infracción grave consistente en la prestación de servicios con vehículos que no cumplan las exigencias técnicas y sanitarias impuestas por la "normativa" y contemplada en el art. 35.2. d))

hasta convertirla en algo parecido a un “tipo penal en blanco” que no satisface las exigencias que dimanan de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, y c) **omite algún tipo infractor** (la infracción leve contemplada en el art. 12.3.f) y relativa a la obstrucción de la actividad inspectora de los órganos de la Generalitat y de los órganos locales competentes).

Por último, el catálogo de infracciones contenido en la Ley **podría oponerse al principio de tipicidad**, si bien se trata éste de un vicio imputable a una norma con rango legal denunciable únicamente a través de la solicitud de planteamiento de la correspondiente cuestión de constitucionalidad.

El principio de tipicidad no se satisface con la simple conexión material entre la conducta de los administrados y la conducta sancionada. Como regla general –y con las matizaciones que hacemos más adelante al tratar el problema de la ley penal en blanco- no basta que la norma, ni siquiera la norma con rango formal de Ley, sancione con carácter general el incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas. La tipicidad exige una descripción legal de la conducta específica a la que se conectará una sanción específica. Lo ha explicado con claridad el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: el principio de tipicidad consiste en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción, porque la norma establezca con el suficiente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa (cfr. SSTC 61/1990, 116/1993, 45/1994, 151/1997, 124/2000, 113/2002, 129/2003; entre las últimas, v. SSTC 297/2005, 301/2005, 129/2006).

Pues bien, teniendo en cuenta la sujeción de la actividad funeraria a los **regímenes sancionadores aplicables en los ámbitos de la “policía sanitaria mortuoria” o de la “defensa de los consumidores y usuarios”**, regímenes que cuentan con catálogos de infracciones y de sanciones específicos destinados a la **protección de esos bienes jurídicos**, se entiende que algunos de los tipos infractores plasmados en la Ley 2/1997 protegen dichos bienes y no los que son objeto de esa norma (garantizar que las entidades prestadoras de servicios funerarios ostentan unas “condiciones mínimas” tanto en lo relativo a la sumisión a la normativa sanitaria como a la garantía de los principios de universalidad, accesibilidad, continuidad y respeto de los derechos de las personas usuarias). Es el caso de la infracción muy grave contemplada en el art. 12.2.c) de la Ley (“*infringir las normas sanitarias o los reglamentos u ordenanzas municipales, provocando, así, una situación de riesgo para las condiciones sanitarias de la población*”) o de la infracción grave prevista en su art. 12.3.c) (“*infringir las normas sanitarias y los reglamentos u ordenanzas municipales, sin provocar una situación de riesgo para las condiciones sanitarias de la población*”).

Además, los dos tipos infractores anteriores, **junto con el que define las infracciones leves (art. 12.4 “cualquier otro incumplimiento de las ordenanzas o reglamentos municipales reguladores de los servicios funerarios”)** podrían calificarse como “**infracciones en blanco**” que no permiten predecir, con un grado suficiente de certeza las conductas que constituyen la infracción (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1994, de 24 de febrero).

## QUINTA.- SERVICIOS FUNERARIOS DE PRESTACIÓN FORZOSA

El art. 24 del proyecto de ordenanza de servicios funerarios se refiere a las “obligaciones específicas de servicio esencial de interés general” con la finalidad de garantizar el principio de universalidad en el acceso a los servicios funerarios.

Concretamente, las empresas implantadas en el municipio de Barcelona tienen obligación de prestar “servicios de forma gratuita” o “bonificada” a las personas que, de acuerdo con el informe de los servicios sociales municipales, lo requieran por falta de medios económicos propios o en los supuestos en que lo decrete la autoridad judicial.

La **regulación de las referidas “obligaciones”** es manifiestamente **insuficiente e inconcreta**.

En primer lugar y en lo que se refiere a su **alcance subjetivo**, el proyecto de reglamento se refiere a las empresas “implantadas” en Barcelona, término diferente de otros utilizados por el mismo (habilitadas, autorizadas, establecidas). No obstante, si se pone en relación el ámbito subjetivo de la obligación con el de la obligación de financiar el coste (aptdo. 4), resulta que esta última se predica de los prestadores de servicios funerarios “con establecimiento permanente en el municipio de Barcelona” de forma proporcional a su cuota de mercado. Al margen de si el “establecimiento permanente” es un tanatorio, un espacio para realizar prácticas higiénicas y tanatopraxia u otro tipo de local (oficina comercial, garaje, almacén, etc.), parece razonable que la obligación de prestar y de financiar **se extienda a todas las empresas funerarias que presten servicios funerarios en Barcelona**, debiendo especificarse qué se entiende por establecimiento y que es indiferente el régimen en virtud del cual se disponga del mismo.

Por otra parte y en cuanto al **ámbito objetivo**, y sin perjuicio de especificarse los servicios funerarios mínimos que deben prestarse “de forma gratuita” (aptdo. 3, que nada especifica de los servicios a prestar “de forma bonificada”) el proyecto de ordenanza **no aclara el alcance de la obligación desde el punto cuantitativo**. En efecto, el aptdo. 2 faculta a la Comisión de Gobierno para fijar, mediante Decreto, el límite máximo de ingresos anuales que permite acceder a la prestación de los servicios gratuitos o bonificados pero, ni establece una distribución entre los mismos, ni fija un límite para unos y otros. Teniendo en cuenta que las obligaciones de servicio público son servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones, la indeterminación de su número, acompañada de la imposición de la financiación de su coste a determinadas personas, puede resultar contraria a su derecho de propiedad privada.

Por último y en cuanto al mecanismo de **financiación del coste** de la prestación de servicios gratuitos o bonificados, el proyecto de ordenanza opta por distribuirlo entre los prestadores de servicios funerarios con establecimiento permanente en el municipio de Barcelona “de forma proporcional a su cuota de mercado” en función de los “resultados” del año inmediatamente anterior. Sin perjuicio de que el **concepto “resultados” es inadecuado**, pudiendo penalizar al prestador eficiente (debiendo utilizarse el de “ventas”) sorprende que el

AYUNTAMIENTO DE BARCELONA opte por imponer la financiación de un coste que puede alterar unilateral y sustancialmente únicamente a las empresas funerarias que tengan un “establecimiento permanente” en el término municipal de Barcelona, sin haber considerado **otras alternativas** como son la financiación pública del coste del servicio, estableciendo un sistema de licitación de la prestación de los servicios bonificados o gratuitos. En el anterior sentido, la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, en su Guía para la adecuación de las ordenanzas y reglamentos municipales sobre servicios funerarios en términos de competencia de Julio de 2016 ha señalado (pág. 20) que “el coste de la gratuidad o bonificación de estos servicios puede recaer en los operadores o en el propio ayuntamiento, en función de lo que dispongan las ordenanzas del municipio”, debiendo el Ayuntamiento “publicar los precios que abonará a los operadores que presten el servicio” en caso de que el mismo asuma la carga económica.

#### **V.- ALEGACIONES AL ARTICULADO DEL PROYECTO DE ORDENANZA DE SERVICIOS FUNERARIOS 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, se ciña a los aspectos en los que el mismo 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 funerarias privadas, se hacen a continuación algunas alegaciones referidas a preceptos concretos y específicos:

- Aptado. V. del Preámbulo. Se realizan afirmaciones, como la contenida en el párrafo tercero, que, además de discriminatorias (al estar prevista su aplicación únicamente a las empresas privadas) constituyen remisiones inaceptables por obvias, redundantes y genéricas (sumisión de dichas empresas “a toda la normativa que les resulte de aplicación” y, específicamente, “a la normativa de protección de los consumidores y a la normativa de defensa de la competencia que prohíbe el abuso de una posición dominante como podría ser la negativa injustificada a prestar servicios (de acceso al tanatorio)”, estando la aplicación de esta última encomendada a organismos específicos independientes como lo son la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA y la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA).
- Aptdo. V del Preámbulo en relación con el art. 20.3. El primero hace referencia a la incorporación de una previsión de *“imposar, a aquells tanatoris de titularitat pública que es puguin considerar com una infraestructura essencial, l’obligació de donar accés a tercers en el marc del que disposi la Lle”*. Se desconoce si se trata de un olvido (en el expediente de iniciativa pública en la actividad económica se ha previsto que CBSA ponga salas de velatorio a disposición de otras empresas funerarias) o de un mero defecto de coordinación, pero dicha previsión, sencillamente, no existe. El art. 20.3, también en un inaceptable ejercicio de remisión genérica y vacía de contenido alguno, señala que dicho acceso deberá ser garantizado por las empresas funerarias que

gestionen tanatorios (por su ubicación sistemática, únicamente las privadas) *“quan així ho estableixi la legislació aplicable”*.

- Apto. V del Preámbulo y art.20.2 c). La previsión de que los tanatorios sean edificaciones independiente que se sitúen en una determinada ubicación urbanística (suelo calificado de equipamiento claves 7a o 7b, habiéndose de definir el uso sanitario-asistencial y las condiciones de edificación en el correspondiente plan especial urbanístico, de resultar procedente), no obstante los informes que figuran en el expediente administrativo, acerca de su validez, es inadecuada, correspondiendo su determinación a los correspondientes instrumentos de planeamiento urbanístico u ordenanzas sobre planificación y uso del suelo. En el anterior sentido, el art. 9.8 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, señala que *“el planeamiento urbanístico y las ordenanzas sobre edificación y uso del suelo no pueden establecer condicionantes en los usos del suelo que comporten restricciones al acceso o al ejercicio de las actividades económicas que vulneren los principios y requisitos establecidos por la Directiva de servicios. Por reglamento deben regularse las razones imperiosas de interés general que, de acuerdo con la propia Directiva de servicios, permitan excepcionar su aplicación. Estas restricciones deben ajustarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación i quedar convenientemente justificada en la memoria del plan en ponderación con el resto de intereses generales considerados en el planeamiento”*.
- Art. 7.1.f) El derecho a ser consultado sobre el proceso de elaboración de normas y a participar en el mismo es un derecho reconocido con carácter general en otras normas (art. 69 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Su reconocimiento en el proyecto de ordenanza resulta superfluo.
- Art. 9.2. Surge la duda de si las empresas habilitadas para prestar servicios funerarios por otros municipios del Estado pueden disponer de un establecimiento permanente sin necesidad de autorización.
- Art. 10. 2 y 4. La necesidad de cursar la solicitud de autorización mediante un modelo oficial aprobado por el Ayuntamiento aparece como una carga innecesaria y desproporcionada. Igualmente lo es la creación de un registro de solicitudes de autorización.
- Art. 11. Al regular la transmisión de las autorizaciones se indica que debe acreditarse (no se indica quién) el cumplimiento de los requisitos de la ordenanza y la *“restante normativa aplicable”*, remisión genérica que no es aceptable.
- Art. 17. Se incluyen remisiones genéricas a la normativa de protección de los consumidores (con una inadecuada referencia a la negativa injustificada a distribuir productos, cuando resulta que la distribución debería tener como destinatarios a otros empresarios y los usuarios de los servicios son personas físicas) o a la legislación de

defensa de la competencia que han de eliminarse, pues las correspondientes normas son aplicables *per se* y su aplicación, en el caso de esta última, está encomendada a órganos especializados (la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA y la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA).

- Art. 18. La exigencia, en términos vagos, de medios personales y materiales “mínimos” para prestar servicios funerarios en Barcelona a las empresas funerarias habilitadas/autorizadas en otros municipios (aptdo. 1) contradice el principio de eficacia nacional de las autorizaciones de que puedan disponer dichas empresas y puede dar lugar a actuaciones arbitrarias si el Ayuntamiento entiende que la empresa no cuenta con dichos medios. La exigencia no es compatible con la Ley 17/2009. No se aclara si el recinto en el que puedan prestarse servicios de prácticas sanitarias o tanatopraxia al que se refiere el apartado 2 puede ser diferente del tanatorio. Tampoco es claro que la obligación de disponer de servicio de atención telefónica permanente (aptdo. 3) resulte aplicable a empresas autorizadas en otros municipios.
- Art. 19. No se aclara si las empresas que pretenden establecerse en Barcelona, en las condiciones y con los medios personales y humanos que indica el propio artículo, deben solicitar una autorización o pueden hacerlo al amparo del principio de eficacia nacional de las autorizaciones obtenidas en sus municipios de origen.
- Art. 20. No se aclara si las empresas que pretenden desarrollar la actividad de tanatorio en Barcelona, en las condiciones que indica el propio artículo, deben solicitar autorización para prestar los servicios homónimos o pueden hacerlo al amparo del principio de eficacia nacional de las autorizaciones obtenidas en los municipios de origen.
- Arts. 21, 22 y 23. El régimen de la conducción y el traslado es el contemplado en la Ley 2/1997 y en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, resultando superflua la regulación contenida en el proyecto de ordenanza.
- Art. 25.1. La remisión a las obligaciones derivadas de la legislación sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, además de inadecuada por genérica, es incorrecta toda vez que respecto de las empresas funerarias privadas (únicas a las que, por ubicación sistemática, resultarían de aplicación las citadas obligaciones) el cumplimiento de las obligaciones corresponde hacerlo efectivo a la Administración responsable, según establece el art. 3.2 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, debiendo ceñirse al núcleo de actividades de interés general (art. 24, prestación de servicios gratuitos o bonificados).
- Art. 36.1 en relación con el art. 16.3. La sanción consistente en la suspensión de la autorización por un máximo de tres años es menos grave que la extinción de la misma, medida de carácter “no sancionador” asociada a la suspensión temporal (voluntaria)

de la actividad. Sorprende el automatismo y la facilidad con la que puede adoptarse esta última medida frente a las garantías de que se rodea la sanción de extinción.

- Art. 36.3. La extralimitación y los excesos del régimen de infracciones y sanciones que contempla la ordenanza aprobada inicialmente se ponen de manifiesto en este artículo, claramente innecesario y generador de una notabilísima inseguridad jurídica.

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 9 de mayo de 2017

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

p.p. [Redacted]