

INFORME DE 30 DE DICIEMBRE DE 2015 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA A BARRERAS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS FUNERARIOS EN LA LOCALIDAD DE FUENGIROLA (UM/094/14).

I. ANTEDECENTES

El 9 de diciembre de 2015 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de esa misma fecha, formulada por un operador del mercado de sanidad mortuoria, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), referida a la existencia de barreras a la unidad de mercado en el municipio de Fuengirola. El escrito puede resumirse del modo siguiente:

- Que el operador es una empresa funeraria de ámbito nacional que dispone de licencias para operar y cuenta con oficinas en la ciudad de Málaga, Antequera, Estepona y Marbella.
- Que en la localidad de Fuengirola sólo está permitido prestar servicios funerarios a empresas habilitadas por el Ayuntamiento de esa localidad.
- Que el cementerio, crematorio y tanatorio de dicha localidad son de titularidad pública y se gestionan por una sociedad anónima municipal.
- Que la empresa gestora del cementerio municipal sólo atiende solicitudes de inhumación que le presenten funerarias radicadas en Fuengirola, lo cual obliga al operador a contar con la colaboración no deseada ni gratuita de alguna de las funerarias de dicha localidad, con el consiguiente encarecimiento de costes.
- Que a los efectos anteriores, la empresa municipal invoca la “Ordenanza reguladora de actividades funerarias y otros servicios mortuorios del Ayuntamiento de Fuengirola”, la cual contiene asimismo otras trabas y obstáculos que el interesado considera contrarios a la LGUM.
- Que lo anterior se ha puesto en conocimiento del Ayuntamiento sin que se haya recibido una respuesta satisfactoria.
- Que tanto la regulación prevista en la citada Ordenanza municipal como la actuación de la empresa gestora del cementerio municipal constituyen una traba al ejercicio de la actividad.

El escrito, junto a un poder de representación, acompaña la siguiente documentación: las licencias de apertura otorgadas a favor de la interesada en distintos municipios; diversos escritos dirigidos por la interesada al Ayuntamiento de Fuengirola y la contestación de la empresa gestora municipal; la Ordenanza reguladora de actividades funerarias y otros servicios mortuorios del Ayuntamiento de Fuengirola así como una modificación de la misma.

La SECUM dio traslado de la reclamación anterior a los efectos del artículo 28 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

Estas consideraciones distinguen lo relativo al régimen jurídico sobre sanidad mortuoria del análisis del problema planteado en clave de unidad de mercado.

II.1) Régimen jurídico general de la sanidad mortuoria y las actividades funerarias

La normativa reguladora de esta materia es, además de relativamente arcaica, dispersa y heterogénea, tanto por razón de la multiplicidad de aspectos afectados (sanidad mortuoria, transporte, actividades económicas, protección de consumidores y usuarios, urbanismo y ordenación del territorio) como por la distribución competencial de tales materias entre Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

En el ámbito estatal, el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio, se encuentra actualmente en vigor en las Comunidades Autónomas que no hayan legislado sobre la materia, en Ceuta y en Melilla, y en lo relativo a traslado internacional de cadáveres.

Asimismo, el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local atribuye a los municipios las competencias en materia de cementerios y actividades funerarias, *“en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”*.

Desde su inicial concepción como servicio público local prestado por las Entidades Locales en régimen de monopolio, se ha ido produciendo un proceso de liberalización progresiva de los servicios funerarios¹.

Así, mediante Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, se liberalizan los servicios funerarios y se establece la posibilidad de que los municipios puedan someter a autorización la prestación de estos servicios, teniendo la autorización carácter reglado y debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos para obtenerla.

La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, precisó que el Estado y las Comunidades Autónomas debían fijar los criterios mínimos de acuerdo con los cuales los municipios podrían regular los requisitos objetivos necesarios para obtener la autorización para la prestación de servicios funerarios, disponiendo además que las normas que regulasen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos

¹ En 1993, el TDC publicó un informe que, bajo el título *«Remedios Políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios»*, analizaba los monopolios locales, entre ellos los relativos a servicios mortuorios, realizando una serie de propuestas que fueron posteriormente atendidas en las sucesivas reformas normativas.

servicios no podían establecer exigencias que desvirtuasen la liberalización del sector. Asimismo, se estableció que los prestadores de servicios funerarios autorizados podrían realizar en todo el territorio español la actividad asociada a sus funciones principales consistente en el traslado de cadáveres, cumpliendo en todo caso los requisitos establecidos en las normas de policía sanitaria mortuoria aplicables.

Por su parte, la mayoría de las Comunidades Autónomas han dictado Decretos² de Policía Sanitaria Mortuoria, regulando las mismas materias que el precitado Reglamento de 1974, entre ellas los requisitos generales de las empresas funerarias.

A su vez, en aplicación de la normativa estatal y autonómica, muchos ayuntamientos han regulado mediante las correspondientes ordenanzas municipales las condiciones y requisitos de acceso y ejercicio que deben reunir los operadores de servicios funerarios.

A continuación se refiere el caso concreto planteado en esta reclamación, relativo al municipio de Fuengirola.

II.2) Ordenanza de actividades funerarias de Fuengirola

En sesión de 8 de octubre de 1996 el pleno del Ayuntamiento de Fuengirola aprobó la Ordenanza reguladora de actividades funerarias y otros servicios mortuorios del Ayuntamiento de Fuengirola (BO de la Provincia de Málaga de 8 de noviembre de 1996). En el pleno corporativo de 27 de noviembre de 1996 se modificó el artículo 21 de la Ordenanza anterior (doc. 14 adjunto de la reclamación). La citada ordenanza, en su redacción definitiva, contiene las siguientes previsiones que interesan a efectos de este informe.

El artículo 1 de la Ordenanza se refiere a su ámbito de aplicación y a la necesidad de título habilitante para el ejercicio de las actividades funerarias en dicho municipio:

La presente ordenanza será de aplicación a todas las actividades de cementerios, crematorios, tanatorios y empresas de servicios funerarios que radiquen o se ejerzan en el término municipal de Fuengirola.

No podrá ejercerse ninguna de las actividades sujetas en el municipio sin autorización del Excmo. Ayuntamiento, otorgada conforme a esta ordenanza.

El artículo 21 contiene ciertos requisitos de medios materiales para el ejercicio de la actividad en los siguientes términos:

² En el caso de Cataluña, se regula por la Ley 2/1997, de 3 de abril, sobre servicios funerarios,, que fue sustancialmente modificada por Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, de adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

Toda empresa de servicios funerarios deberá contar en todo momento, como mínimo:

- Vehículos adecuados para el traslado de cadáveres y enseres, en la siguiente proporción: dos coches fúnebres y un furgón de traslados y para transporte de arcas y otros elementos.

- Féretros en número suficiente para la prestación del servicio, en la siguiente proporción: treinta féretros comunes, cinco de párvulos, veinte de traslados y diez de cremación. La mitad de dichos féretros disponibles serán del tipo adecuado para el servicio básico definido en esta ordenanza.

- Locales adecuados, todos debidamente individualizados y separados, aunque pudieran estar en el mismo edificio, destinados a:

- * Aparcamiento, lavado y desinfección de vehículos, con capacidad para todos los vehículos del servicio, sin que sea posible el estacionamiento en los mismos de cualquier otra clase de vehículo.

- * Almacén de féretros y demás efectos, sin que éstos puedan estar depositadas en otras dependencias de la empresa, salvo exposición.

- * Oficinas de servicios, dotada de zona de recepción y contratación, oficina administrativa, exposición de féretros y demás enseres, aseos públicos y aseos y duchas para el personal.

- Otros materiales que deberán estar en todo momento en perfecto estado de limpieza y desinfección, tales como prendas, calzado y accesorios protectores para el personal en el manejo de cadáveres y restos, bien de un solo uso o bien de materiales adecuados para su correcto lavado y desinfección.

Toda empresa de servicios funerarios deberá tener abierta al público su oficina de servicios 24 horas al día, todos los días del año.

El artículo 22 de la Ordenanza se refiere a la prohibición de ejercicio de la actividad en el municipio en ausencia del oportuno título habilitante concedido por el Ayuntamiento de Fuengirola:

No podrá prestar en el municipio servicio alguno, de los comprendidos en este capítulo, empresas que carezcan de la correspondiente autorización habilitante otorgada por el Excmo. Ayuntamiento de Fuengirola.

El artículo 24 exige la inscripción previa de las empresas para el ejercicio de las correspondientes actividades:

Quienes pretendan ejercer cualquiera de las actividades reguladas por esta ordenanza, deberán solicitar la Inscripción en el Registro Municipal de Empresas de Servicios Funerarios y Mortuorios y, en su caso, licencia de obras, presentado memoria con todos los datos necesarios para acreditar el cumplimiento de la normativa aplicable, planos de situación y de detalle de los locales, maquinaria e instalaciones a realizar.

Asimismo, el artículo 25 contiene las siguientes exigencias adicionales:

Obtenida la Inscripción en el Registro Municipal y concedida, en su caso, licencia de obras, y ejecutadas las instalaciones, deberán obtener licencia de

apertura y funcionamiento, presentando memoria justificativa de la organización de los servicios, organización del personal para atenderlos, y medios materiales a disposición, conforme a la ordenanza [...].

Asimismo, el artículo 26 de la Ordenanza se refiere a los siguientes requisitos de título habilitante exigibles a los vehículos utilizados:

Los vehículos se adaptarán a la normativa aplicable en materia de sanidad, tráfico y transportes, sin que puedan utilizarse en el servicio los que carezcan de la habilitación administrativa correspondiente para esta clase de transporte.

II.3) Examen de la situación regulatoria denunciada a tenor de la LGUM

Ha de señalarse, de entrada, que muchas de las consideraciones que siguen se han analizado ya en anteriores informes de esta Comisión³. Asimismo, la SECUM ha emitido diversos informes en los que coincide en la identificación de barreras a la prestación de servicios funerarios contrarias a la LGUM⁴.

Como se indicó en tales informes previos de la CNMC, el *Informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, de 29 de abril de 2010, menciona, entre la normativa incluida y las áreas de actividad afectadas por la Directiva de Servicios, el transporte funerario. Asimismo, el Informe identifica como categoría de Ordenanzas municipales afectadas por la incorporación al Derecho interno de la Directiva de Servicios las de servicios funerarios.

A su vez, las concretas restricciones a la liberalización del régimen de acceso y ejercicio de los servicios funerarios han sido puestas de manifiesto tanto en un detallado estudio sectorial de 2010 de los Ministerios de Economía y Hacienda y Sanidad y Política Social⁵ como en las diversas resoluciones de la autoridad nacional de competencia (TDC y CNC⁶) sobre la materia, así como en dos Informes normativos adoptados por el Consejo de la CNC⁷.

La reclamación cuestiona la conformidad con la normativa liberalizadora de servicios de las barreras y obstáculos existentes en el Ayuntamiento de Fuengirola. De dicha normativa municipal cabe deducir la existencia de barreras de acceso a la actividad funeraria que pueden resumirse del siguiente

³ En particular, asuntos UM/021/14 Funerarias Ley; UM/022/14 Funerarias Barreras; UM/037/14 Funerarias recogida cadáveres judiciales; y UM/041/14 Instalaciones Funerarias.

⁴ Disponibles en la web del Ministerio de Economía y Competitividad: Informes de 21 de julio de 2014 (28.11 Servicios Funerarios-Barreras y 28.12 Servicios Funerarios-Regulación), así como de 19 de septiembre de 2014 (28.18 Servicios Funerarios-Instalaciones).

⁵ *Estudio sobre los servicios funerarios en España* (junio 2010).

⁶ Vid., a título de ejemplo, Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009 (Expt. 650/08, Funerarias Baleares).

⁷ Cabe asimismo citar el documento *“Observaciones sobre la incidencia que podrían tener determinadas medidas en el nivel de competencia de los servicios funerarios”* adoptado por la Autoritat Catalana de la Competència en noviembre de 2011 (OB 10/2011)

modo⁸: (i) Exigencia de autorizaciones previas de tipo diverso; (ii) Exigencia de medios materiales para el ejercicio de la actividad; y (iii) Prohibición de acceso a instalaciones públicas para empresas funerarias no radicadas en el municipio de Fuengirola.

(i) Autorizaciones previas de diverso tipo.

La exigencia de autorizaciones previas de diverso tipo para el ejercicio de las actividades funerarias fue objeto de los informes UM/021/14 y UM/022/14, ya citados. En el último de dichos informes se indicó lo siguiente.

Se exige al prestador de servicios funerarios la obtención de diversas licencias y autorizaciones. Esas previsiones no se ajustan a las exigencias de necesidad y proporcionalidad que establece la LGUM (arts. 5 y 17). En este sentido, conviene tener presente que tanto estudios específicos sobre la adaptación de la normativa de servicios funerarios a la debida libre prestación de servicios como diversos proyectos normativos en la materia han cuestionado el hecho de que las razones de salud pública puedan ser invocadas para la apertura de una empresa funeraria, dado que se considera generalizadamente que únicamente en determinados casos aislados cabría invocar dicho motivo⁹.

Adicionalmente, el interesado acredita estar autorizado en otros territorios para el ejercicio de la actividad de servicios funerarios. En tal sentido, el informe de la SECUM de 19 de septiembre de 2014 (28.18) señaló, sin desatender que la actividad funeraria no debería sujetarse a autorización, lo siguiente:

De estos dos artículos [arts. 19 y 20 LGUM] se deduce de nuevo que las autorizaciones de empresas de servicios funerarios obtenidas en otros ayuntamientos¹⁰ habilitan a estas empresas para actuar no sólo en un determinado Ayuntamiento sino en todo el territorio nacional, por lo que el deberían admitirse las peticiones de sala de éstas, sin exigirles que estén habilitadas por el propio ayuntamiento.

(ii) Requisitos para el ejercicio de la actividad de servicios funerarios.

La exigencia de requisitos para el ejercicio de la actividad de servicios funerarios fue, asimismo, objeto del UM/022/14. En dicho informe se efectuaron las siguientes consideraciones, que son aplicables al caso de la ciudad de Fuengirola que aquí nos ocupa:

⁸ Son barreras que se corresponden con las identificadas ya por el Estudio sobre los servicios funerarios en España, de los Ministerios de Economía y Hacienda y Sanidad y Política Social, de 2010. Dicho informe aparece extensamente citado en el UM/021/14.

⁹ Estudio sobre los servicios funerarios en España, de los Ministerios de Economía y Hacienda y Sanidad y Política Social, de 2010, págs. 39-40.

¹⁰ Cuestión distinta es, por otra parte, que estas autorizaciones deberían ser sustituidas por comunicaciones o declaraciones responsables en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en los artículos 5 y 17 de la LGUM.

El artículo 4 de la repetida Ordenanza municipal de Empresas Funerarias de Zaragoza, establece una serie de requisitos para prestar la actividad que tampoco se ajustan a las exigencias de proporcionalidad y necesidad que impone la LGUM. En la medida en que constituyen barreras injustificadas, que dificultan el acceso al mercado para nuevos entrantes, reduciendo así la competencia, deberían ser eliminados. Así, la ordenanza denunciada prevé requisitos cuantitativos y cualitativos relativos a número, dimensión y especificaciones técnicas de locales, vehículos y medios de que debe disponer la empresa funeraria, que han sido expresamente definidos como barreras indebidas por Informes sectoriales sobre la materia.¹¹

En cuanto a la autorización de transporte, la normativa básica estatal mediante modificación del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, eliminó el título habilitante que anteriormente se requería, lo cual debe trasladarse al local, que también en el caso de Zaragoza parece mantener la exigencia de manera injustificada.

La *Ordenanza municipal de Empresas Funerarias de Zaragoza*, por tanto, en la redacción denunciada y disponible en la web institucional del Ayuntamiento, no sólo incumple lo previsto en la normativa de liberalización de los servicios funerarios¹² y lo establecido en materia de transporte funerario¹³ [...] También contradice las previsiones de la LGUM relativas a necesidad y proporcionalidad (arts. 5 y 17), transparencia y garantía de las libertades de los operadores económicos (arts. 8 y 9).

(iii) Barreras vinculadas específicamente al acceso a instalaciones funerarias públicas por parte de empresas funerarias no establecidas en el municipio donde se ubican los tanatorios para el ejercicio de la actividad de servicios funerarios.

La tercera barrera denunciada consiste en la exigencia de estar radicado en el municipio de Fuengirola para acceder a las instalaciones funerarias de dicha localidad y, particularmente, al cementerio municipal. La reclamación señala que la empresa municipal gestora del cementerio fundamenta la denegación en las previsiones de la Ordenanza de actividades funerarias de Fuengirola. La

¹¹ Estudio sobre los servicios funerarios en España, de los Ministerios de Economía y Hacienda y Sanidad y Política Social, de 2010, págs. 40 y sigs: “La exigencia de número mínimo de medios (vehículos, féretros, personal). Ello debido a que exigen desembolsos iniciales importantes e impiden iniciar la actividad con pocos medios incrementando los mismos cuando se vaya consolidando el negocio. La exigencia de local para atención al público y oficinas, que añade nuevos costes de inversión, tampoco tiene justificación en un sector en que suele ser habitual que la relación entre la empresa funeraria y el cliente se realice en el domicilio u hospital.”.

¹² Artículo 22 Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, modificado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad.

¹³ Artículo 139 Reglamento de la Ley de Ordenación de los transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, modificado por el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre.

denegación de acceso a instalaciones funerarias municipales fue objeto de análisis, particularmente, en el informe UM/041/14. Cabe remitirse a las consideraciones que se efectuaron en el mismo, las cuales pueden extrapolarse al caso del acceso al cementerio de la ciudad de Fuengirola:

En relación a la denuncia de barreras vinculadas al acceso a las salas velatorio en instalaciones funerarias públicas con concesión a privados, las autoridades de competencia, tanto estatal como autonómicas, vienen resolviendo expedientes vinculados a la imposición de trabas a la realización de servicios por empresas de otra localidad distinta a donde se ha producido la defunción y a supuestos de abusos de posición de dominio, fundamentalmente denegatorias de acceso al tanatorio¹⁴.

En la medida en que muchas de las empresas que gestionan las instalaciones de cementerios municipales y tanatorios son empresas participadas por Administraciones municipales, y en tal grado determinan la conducta de dichas empresas, es evidente que la negativa de acceso a las salas velatorio a empresas funerarias de otras localidades, o la aplicación de precios discriminatorios, además de poder constituir un abuso prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, supone una vulneración del principio de no discriminación y de la libertad de circulación reconocidos en la LGUM (arts. 3 y 18).

En virtud del art. 9 de la LGUM, corresponde a las Administraciones responsables de la concesión o participes en la sociedad mixta titular de la instalación funeraria de que se trate garantizar el debido cumplimiento de la normativa sobre libre prestación de servicios y unidad de mercado.

Cabe reiterar asimismo las consideraciones del ya mencionado informe de la SECUM de 19 de septiembre de 2014 (28.18) acerca del acceso a instalaciones funerarias por parte de empresas radicadas en municipios distintos:

De estos dos artículos [arts. 19 y 20 LGUM] se deduce de nuevo que las autorizaciones de empresas de servicios funerarios obtenidas en otros ayuntamientos¹⁵ habilitan a estas empresas para actuar no sólo en un determinado Ayuntamiento sino en todo el territorio nacional, por lo que el deberían admitirse las peticiones de sala de éstas, sin exigirles que estén habilitadas por el propio ayuntamiento.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que las autorizaciones o declaraciones responsables o comunicaciones reguladas por la Administración

¹⁴ La jurisprudencia contenciosa también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta materia, al hilo de la revisión de previas resoluciones de la autoridad de competencia. A título de ejemplo, cabe citar la relativamente reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14/06/2013 que confirma la Resolución del Consejo de la CNC de 3 de marzo de 2009 (Expte. 650/08, Funerarias Baleares).

¹⁵ Cuestión distinta es, por otra parte, que estas autorizaciones deberían ser sustituidas por comunicaciones o declaraciones responsables en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en los artículos 5 y 17 de la LGUM.

para la realización de una actividad (por ejemplo, la actividad de tanatorio), se exigen sin perjuicio del principio de eficacia nacional.

Este principio, según el artículo 20.4, no se aplica cuando estas habilitaciones están vinculadas a una concreta instalación física, lo que quiere decir que si algún empresario con tanatorio en otro lugar, desea abrir un tanatorio en Zaragoza, deberá solicitar el medio de intervención pertinente, que esté vinculada a la infraestructura física.

Pero ello es independiente de que la autoridad competente, un Ayuntamiento o a través de él en aplicación de su regulación la empresa concesionaria del servicio, acepte las habilitaciones de empresas funerarias obtenidas en otros municipios para concederles sala-velatorio y que así pueden ejercer la actividad, tal y como prescriben los artículos 3, 6, 9 18, 19 y 20 de la LGUM mencionados anteriormente.

III. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión.

1º.- De acuerdo con lo señalado en anteriores informes de esta Comisión, resulta patente la necesidad de acometer con carácter urgente una revisión de la regulación del acceso y el ejercicio a las actividades funerarias, atendiendo a la identificación de los obstáculos y barreras a la unidad de mercado generadas o mantenidas por las autoridades responsables vinculadas a las actividades funerarias. Tal revisión debe realizarse atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad, así como de reducción de cargas administrativas.

2º.- En línea con lo señalado en informes anteriores, singularmente en los asuntos UM/021/14, UM/022/14 y UM/041/14, se constata que la situación derivada de la regulación de los servicios funerarios en el municipio de Fuengirola resulta contraria a la LGUM en los siguientes aspectos:

- Las exigencias sobre autorizaciones previas no se ajustan a las exigencias de necesidad y proporcionalidad que establece la LGUM (arts. 5 y 17).
- Los requisitos de medios materiales previstos en la ordenanza reguladora para prestar la actividad tampoco se ajustan a las exigencias de proporcionalidad y necesidad que impone la LGUM y constituyen barreras injustificadas.
- Las barreras vinculadas al acceso a instalaciones funerarias públicas por parte de empresas funerarias no establecidas en el municipio de Fuengirola para el ejercicio de la actividad de servicios funerarios constituyen una vulneración del principio de no discriminación y de la libertad de circulación reconocidos en la LGUM (arts. 3 y 18).