

JORNADA SOBRE CEMENTIRIS I SERVEIS FUNERARIS

COL·LEGI DE SECRETARIS, INTERVENTORS I TRESORERS D'ADMINISTRACIÓ LOCAL DE LLEIDA

“Els serveis funeraris i la problemàtica de la seva liberalització”

Joan Perdigó Solà

Advocat i Professor de Dret Administratiu de la UB

Lleida, 23 de març de 2018

SUMARI:

- 1.- La municipalització de serveis i el nou règim de serveis essencials reservats als ens locals
- 2.- Els serveis essencials i els serveis funeraris a la legislació de règim local
- 3.- El procés de liberalització de serveis essencials i dels serveis funeraris en particular, i la seva regulació a Catalunya
 - 3.1.- Liberalització progressiva de serveis essencials reservats als ens locals
 - 3.2.- La liberalització dels serveis funeraris
 - 3.3.- La Llei catalana de serveis funeraris: servei essencial d'interès general
 - 3.4.- L'Ordenança de Serveis Funeraris de Barcelona de 2017
- 4.- Procediment i modes de gestió dels serveis funeraris municipals

1.- La municipalització de serveis i el nou règim de serveis essencials reservats als ens locals

Amb antecedents a la Llei Municipal de 1877, la municipalització de serveis públics locals, amb monopoli o sense, es va regular a l'Estatut Municipal de 1924¹, després a la Llei Municipal de Catalunya de 1934, a la Llei Municipal de 1935 i al Text Refós i Articulat de la Llei de Règim Local de 1955². A partir de l'article per l'article 128.2 de la Constitució espanyola de 1978, CE, la municipalització es va haver d'adaptar al règim de reserva al sector públic de serveis essencials que, al mateix temps regula la iniciativa pública en l'activitat econòmica de mercat. D'acord amb aquest precepte de la CE és la llei la que ha d'establir els serveis que es declaren essencials i que es reserven al sector públic, en particular en cas de monopoli.

Aquesta *publicatio* o publicació es pot fer efectiva per la mateixa Llei envers l'Estat o, en el seu cas, les Comunitats Autònomes, en l'àmbit de llurs competències. Però en el cas dels municipis i demés ens locals, en tota la legislació històrica de Règim Local citada, s'exigeix que, a partir de la Llei local, l'ajuntament o altra institució local faci efectiva la municipalització o la reserva del servei essencial i assumeixi la seva titularitat i prestació, seguint el corresponent procediment i adoptant la forma de gestió més idònia³.

Aquesta adaptació de la municipalització a l'article 128.2 CE la va efectuar l'article 86 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del Règim Local, LBRL. En el seu text original aquest precepte era força confús, perquè en els seus tres apartats mesclava iniciativa pública econòmica de mercat amb reserva de serveis essencials com a serveis públics locals en règim de monopoli o no. Amb la modificació de l'article 86 operada per la Llei 27/2013, de 27 de desembre⁴, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local, LRSAL, la iniciativa pública econòmic local es regula a

¹ La municipalització de serveis es va iniciar a Anglaterra a mitjans del s. XIX a iniciativa de la Societat Fabiana i del Partit Laborista, amb el que es va conèixer com a socialisme municipal del *gas and wàter* per l'establiment de serveis d'enllumenat, primer de les vies públiques i després dels domicilis amb llum de gas, i de subministrament domiciliari d'aigua potable. Al respecte, veure ALBI, Fernando, "Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales, Editorial Aguilar, Madrid, 1960, pp. 71 a 77.

² ALBI, F, op. cit pp. 77 a 268; i DÍAZ LEMA, J.M., "Los monopolios locales", Editorial Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 36 a 48.

³ TORNOS MAS, J., "El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario, RAPA núm. 200, mayo agosto 2016.

⁴ Al respecte de la LRSAL, veure la Sentència del Tribunal Constitucional 111/2016, de 9 de juny.

l'article 86.1 i la reserva de serveis essencials a l'article 86.2, de forma que la distinció entre ambdues és més nítida⁵.

Ara queda clar, doncs, que a l'empara de l'article 86.1 LBRL/LRSAL i amb la deguda justificació de la conveniència i l'oportunitat, els municipis i altres ens locals poden exercir activitats econòmiques en règim de mercat i de lliure concurrència amb el sector privat; i que a l'empara de l'article 86.2 LBRL/LRSAL, previ el seguiment del procediment establert, poden per fer efectiva la reserva, assumir la titularitat i prestar amb monopoli –excloent l'activitat del mercat, per tant– els serveis declarats essencials i reservats als ens locals. I això per mitjà de les diferents modalitats de gestió directa o indirecta, l'eficiència de les quals també cal justificar en l'expedient.

2.- Els serveis essencials i els serveis funeraris a la legislació de règim local

Amb la denominació de *pompes fúnebres*, els serveis funeraris –essencialment, la preparació i transport del cadàver i, en el seu cas, el tanatori– figuraven a l'article 166.1 de la LRL de 1955 entre els serveis susceptibles de ser municipalitzats amb monopoli. Els servei de pompes fúnebres quedava clarament diferenciat del de cementiri, configurat com a servei de prestació obligatòria per a tots els municipis, a l'article 102 e) de la mateixa LRL. El servei de pompes fúnebres, com a servei susceptibles de municipalització amb monopoli, de l'article 166.1 LRL es va traslladar a l'article 86.3 LBRL original –ara art. 86.2 LBRL/LRSAL– que declarava servei essencial reservat als ens locals –en general no al municipi en particular– els que va denominar *serveis mortuoris*. El servei de cementiri va romandre com a servei mínim obligatori per a tots els municipis a l'article 26 a) de la LBRL de 1985, i s'hi va mantenir en la modificació de la LRSAL de 2013 que va donar nova redacció a aquest precepte, en el que el cementiri és a l'article 26.1 a) de la LBRL.

Els serveis mortuoris, junt amb altres serveis declarats essencials per l'article 86.3 LBRL, com ara l'abastament d'aigua potable, la depuració d'aigües residuals (sanejament), la gestió de residus (recollida i tractament), el transport públic de viatgers, els escorxadors o els mercats plantejaven i plantegen encara –els que encara queden– al mateix temps, eren o són

⁵ DEL GUAYO CASTIELLA, I. “Nuevo régimen de los servicios públicos locales, tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, REALA núm. 2, juliol-desembre 2014.

contemplats per l'article 25.2 LBRL com a matèries envers les quals les lleis han d'atorgar competències pròpies als municipis; i per l'article 26 LBRL com a serveis municipals mínims de prestació obligatòria (ambdós articles modificats a fons per la LRSAL).

Dualitat aquesta, no és gens fàcil de resoldre en ocasions i molt criticada per la doctrina, que retrau que és innecessari declarar la reserva de serveis locals que ja són de competència i de titularitat municipal, com a serveis mínims de prestació obligatòria, en particular aquells que difícilment poden ser prestats pel sector privat⁶. Aquesta crítica pot ser encertada per a determinats serveis, com el clavegueram i el sanejament d'aigües residuals urbanes, la gestió de residus municipals o el transport urbà, que presenten més dificultats de prestar pel sector privat en règim de lliure mercat. Però en canvi, hi ha serveis que, malgrat ser de competència municipal han estat prestats indistintament pels ajuntaments o pel sector privat. Un bon exemple en són, precisament els serveis funeraris, abans pompes fúnebres o serveis mortuoris, serveis que en força municipis eren prestats per empreses privades i en altres per l'ajuntament. Precisament per això calia una *publicatio* per Llei, per a que els ajuntaments poguessin municipalitzar el servei i, en cas de fer-ho amb monopoli i d'existir una empresa privada que ja el prestés, expropiar-la. En moltes ocasions, però, l'expropiació es substituïa per una concessió o una empresa mixta entre l'Ajuntament i l'empresa preexistent.

El mateix passa amb un altra servei obligatori com és el d'abastament d'aigua potable. En molts municipis encara el servei de subministrament domiciliari d'aigua encara el presten empreses privades titulars d'aprofitaments d'aigües anteriors a la Llei d'Aigües de 1985. Segons la Llei d'Aigües de 1879, les aigües subterrànies podien ser de propietat privada del titular de la finca d'on brollaven, ja sigui per mitjà de font, pou o mina; i les concessions d'aigües superficials públiques es podien atorgar a empreses privades per a que prestessin el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable, sense necessitat de tenir cap mena de concessió o altre contracte amb l'ajuntament del municipi proveït. En el seu règim transitori, la Llei d'Aigües manté aquesta situació fins el 31 de desembre de 2060, de forma que encara queden molts casos en els quals, si l'ajuntament vol posar fi a la situació, ha de municipalitzar el servei i expropiar l'empresa privada que

⁶ MARTÍN-RETORTILO BAQUER, S., "La actuación de las Corporaciones Locales (Acotaciones al Proyecto de Ley de regulación de las bases del régimen local, en *Organización territorial del Estado. Administración Local*, Dirección General de lo Contencioso, Madrid, 1985, p. 209 i "Derecho Administrativo Económico I", La Ley, Madrid, 1988, p. 253; també DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., "Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión", MAP, Madrid, 1991, pp. 181 a 222.

n'és titular i el presta. A la mateixa Àrea Metropolitana de Barcelona el servei d'abastament d'aigua no es va *metropolitanitzar* fins el 1982.

Pel que fa al procediment i en cas de municipalització amb monopoli, l'article 86.2 LBRL/LRSAL –abans 86.3 LBRL–, imposa l'ulterior aprovació definitiva per l'òrgan competent de la Comunitat Autònoma, a Catalunya el Govern de la Generalitat, segons l'article 245.2 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, TRLMC, aprovat pel Decret legislatiu 7/1985, de 2 d'abril. El procediment de municipalització es regula a l'article 97.2 del Text Refós de les disposicions legislatives vigents en matèria de Règim Local, TRRL, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, i al Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, TRLMC, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril. En la modificació de l'article 97.2 del TRRL per la LRSAL, s'incorpora l'exigència d'un informe previ de l'autoritat estatal o autonòmica de la competència; a Catalunya, l'ACCO, regulada per la Llei 1/2009, de 12 de febrer. A més, l'acord del Govern requereix també el dictamen igualment preceptiu, però no vinculant, de la Comissió Jurídica Assessora, CJA, segons estipula l'article 8.3 k) de la Llei 5/2005, de 2 de maig⁷.

3.- El procés de liberalització de serveis essencials i dels serveis funeraris en particular, i la seva regulació a Catalunya

3.1.- Liberalització progressiva de serveis essencials reservats als ens locals

El primer servei susceptible de municipalització en ser liberalitzat va ser el d'energia elèctrica, que figurava a l'article 166.1 de la LRL de 1955, i ja no es va incorporar al 86 LBRL de 1985. Encara que no era un servei municipal habitual, molts Ajuntaments generaven electricitat –en centrals hidroelèctriques p.ex.– i la distribuïen als veïns. A Girona, el servei es prestà fins el anys 80 del segle XX; i a Centelles, per exemple, les societats municipals Electra Distribució Centelles, SLU i Electra Comercialització, SLU, encara presten el serveis de distribució i comercialització d'energia elèctrica, en règim d'iniciativa econòmica de mercat, és clar, no pas de servei

⁷ Un bon “guió” i estudi detallat del procediment de municipalització amb monopoli el trobem al recent Dictamen 232/2017 de la CJA, de 7 de desembre. Sorpren, però, que s'informi favorablement la municipalització del servei d'abastament d'aigües de Vidreres, malgrat la poca motivació en l'expedient de l'adopció de la gestió directa del servei, pel propi Ajuntament, que el mateix dictamen critica severament.

públic. A l'article 86 LBRL encara hi figurava, tanmateix, el servei de gas, tot i que el 1985 l'anomenat servei de *gas ciutat* elaborat aquí ja havia estat substituït pel de gas natural importat. A més, ja des del Reglament de 1956, el mateix gas ciutat es prestava en règim de concessió estatal, després regulada per la Llei del Gas de 15 de maig de 1987⁸. Malgrat aquest desapoderament local previ, no a va ser fins la Llei 34/1998, de 7 d'octubre, d'Hidrocarburs, que el gas va desaparèixer de la relació de serveis essencials reservats als ens locals de l'article 86 de la LBRL.

Amb posterioritat a la liberalització dels serveis funeraris pel Reial Decret-llei 7/1996, que tot seguit passem a analitzar, la LRSAL de 2013 ha liberalitzat dos serveis essencials reservats, com són el de calefacció (i aire condicionat o *heating&cooling district*) i un servei tant tradicional com els mercats municipals⁹. És ben estrany que, en temps de *remunicipalització*, no s'han formulat gaire queixes envers aquest notable desapoderament municipal.

3.2.- La liberalització dels serveis funeraris

Com acabem d'anticipar, la liberalització dels servei mortuoris o funeraris es produeix amb el Reial Decret-llei 7/1996, de 7 de juny¹⁰, de mesures urgents de caràcter fiscal i de foment i liberalització de l'activitat econòmica¹¹. L'article 22 d'aquest Reial Decret-llei estipula que:

“Se liberaliza la prestación de servicios funerarios.

Sin perjuicio de lo anterior, 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

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El servicio público de gas”, en *Problemas actuales de régimen local*, 2ª edició, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1986.

⁹ TORNOS MAS, J. op. cit..

¹⁰ PARICIO RALLO, Eduard, “Los servicios funerarios en las nueva tipología de servicios municipales”, *Quaderns de Dret Local* núm. 33, octubre de 2013.

¹¹ Convé recordar que l'art. 16 d'aquest Reial Decret-llei és el que suprimeix el règim estatal d'autorització de preus i la Junta Superior de Preus. Però manté les funcions d'autorització de preus de les Comunitats Autònomes –Comissió de Preus de Catalunya– sobre les tarifes de l'abastament d'aigua, el transport urbà de viatgers i ferrocarrils autonòmics, que causa un gran embolic per la seva obsolescència i per la contradicció exclusió del seu àmbit dels preus d'aquests serveis locals aprovats i modificats per mitjà l'ordenança fiscal de la taxa corresponent.

reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres.”

Per començar, veiem com es substitueix l'expressió de *serveis mortuoris* – abans *pompes fúnebres*– per la de *serveis funeraris*, que és la denominació que s'imposa. Essencialment, els serveis funeraris estan constituïts per la instal·lació del tanatori en el qual es duen a terme totes les actuacions relacionades amb el cadàver, la seva vetlla i cerimònia –religiosa o laica– de l'acomiadament de la persona finada, fins la seva inhumació o incineració. La cremació o incineració ha estat fins ara més vinculada al servei de cementeri, com alternativa a l'enterrament; tanmateix, la seva liberalització tendeix, cada cop més, a vincular-la als serveis funeraris i al tanatori.

La succinta regulació de la competència que s'atribueix als Ajuntaments, en matèria de serveis funeraris, és la d'ordenança i autorització de les activitats privades en règim de lliure concurrència, amb una especial referència als mitjans per efectuar el transport de cadàvers. Aquest transport es va liberalitzar, primer, pel Reglament de la Llei de Transports, aprovat pel Reial Decret 1225/2006, i després per la Llei 24/2005, de 18 de novembre. En principi, no es preveu, doncs, que els Ajuntaments puguin prestar aquest servei en règim de servei públic. Per tant, la única via per prestar-lo és la iniciativa pública local en l'activitat econòmica de mercat de l'article 86.1 LBRL. Tot seguit veurem com la Llei catalana 2/1997 no va exactament per aquí.

Amb coherència amb la liberalització dels serveis funeraris, a continuació, l'article 23 del Reial Decret-ley 7/1996 modifica l'article 86.3 LBRL –ara 86.2 LBRL/LRSAL– suprimint els serveis mortuoris com a servei essencial reservat als ens locals. I, coherentment, **l'article 24 del Reial Decret-ley modifica l'article 26 c) de la LBRL i suprimeix els serveis mortuoris com a servei mínim obligatori per als municipis de més de 20.000 habitants**, supressió aquesta que ve a confirmar el total desapoderament municipal per prestar aquest servei com servei públic.

La liberalització dels serveis funeraris pel Reial Decret-ley es va veure afectada, posteriorment, per les Lleis 17/2009, de 23 de novembre, i 25/2009, de 22 de desembre, de transposició de la Directiva 2006/123/CE o Directiva de serveis. A la Llei 25/2009 s'encomanava al Govern de l'Estat l'elaboració d'un estudi sobre la liberalització dels serveis funeraris amb proposta dels canvis normatius que calguessin al respecte. En compliment d'aquest mandat legal, els Ministeris d'Economia i Hisenda, el 26 de juny de

2010, van emetre el *Estudio sobre los Servicios Funerarios en España*¹². Com a conseqüència d'aquest informe, el juny de 2011, el Govern de l'Estat va aprovar un Projecte de Llei de Serveis Funeraris que, tanmateix, va decaure per la dissolució de les Corts Generals i la convocatòria i celebració d'eleccions.

En tot cas, en l'actualitat, l'aspecte més mancat de regulació és la prestació de serveis funeraris privats en municipis en els quals no tenen autorització, per bé que sí que la tenen atorgada per un altre Ajuntament. La recent Ordenança Municipal de Serveis Funeraris de Barcelona fa esment d'aquesta prestació, però sense donar-hi una solució normativa clara.

3.3.- La Llei catalana de serveis funeraris: servei essencial d'interès general

És a partir d'aquí que l'esmentada Llei catalana 2/1997, de 3 d'abril, de serveis funeraris desplega el règim jurídic d'aquest servei i el marc competencial dels ajuntaments. Com a conseqüència de les esmentades Lleis 17 i 25/2009 de transposició de la Directiva 2006/123/CE, la Llei catalana 2/1997 va ser modificada pel Decret legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre.

L'article 86.2 LBRL/LRSAL manté que, més enllà de la relació de serveis essencials reservats als ens locals que s'hi conté, l'Estat i les Comunitats Autònomes, en l'àmbit de llurs competències, poden establir, per Llei, idèntica reserva envers altres activitats i serveis. Cal precisar, però, l'abast d'aquesta possible ampliació autonòmica dels serveis essencials reservats als ens locals per l'article 86 de la LBRL. S'ha de tractar de serveis que siguin de competència de la Comunitat Autònoma en qüestió, de conformitat amb el seu Estatut. Aquesta ampliació de serveis essencials no previstos a l'article 86 LBRL, per tant, es pot estendre de manera diferent a una o altra comunitat autònoma. Ara bé, si una Llei estatal, en exercici, d'una competència exclusiva com és la de bases i coordinació general de l'activitat econòmica –com ara el Reial Decret-llei 7/1996– liberalitza una activitat o servei, és clar, que una llei autonòmica no pot qüestionar o retallar aquesta liberalització, ampliant de nou la reserva dels serveis essencials als ens locals a l'activitat o servei que s'han liberalitzat per a tota Espanya i, per tant, també a tota la comunitat autònoma.

¹² L'Estudi dels Ministeris esmentats posava en evidència que la liberalització dels serveis funeraris patia molts obstacles. En aquest mateix sentit, es van pronunciar després l'Informe 727/2016, de 20 de juny, del Tribunal de Comptes, "Fiscalización de la gestión de los servicios funerarios y cementerios"; i Informe de l'Autoritat Catalana de la Competència, ACCO, de 14 de juliol de 2016, "L'ús del tanatori i els seus efectes sobre la competència en els serveis funeraris".

Doncs bé, això sembla que és el que pretén fer la Llei catalana 2/1997 de serveis funeraris, LSFC, ni que sigui de forma limitada i relativa. Sense establir obertament que està ampliant els serveis essencials de l'article 86.2 LBRL/LRSAL, declara en el seu article 1.1 que:

*“Els serveis funeraris tenen la condició de **servei essencial d’interès general, ...**”.*

Això sí, sense monopoli, perquè tot seguit precisa que el servei,

*“...pot ser prestat per l’Administració, per empreses públiques o per empreses privades, **en règim de concurrència en tots els casos.**”.*

I en principi, l'article 1.2 de la LSFC no surt dels límits marcats pel Reial Decret-llei 7/1996, quan circumscriu les potestats municipals a les d'ordenança, policia i autorització dels serveis funeraris privats. El Decret 209/1999, de 27 de juliol va aprovar un Reglament de desplegament i aplicació de la LSFC a manca d'ordenança municipal.

Tot fa pensar, doncs que si un Ajuntament vol prestar aquest servei ho ha de fer per mitjà de l'exercir la iniciativa pública econòmica de l'article 86.1 LBRL, en règim de lliure mercat. Però la qualificació de *servei essencial d'interès general* és força equívoca, puix que no s'enquadra en el parell conceptual del Dret comunitari europeu de *serveis no econòmics d'interès general* i de *serveis econòmics d'interès general*¹³. Els primers són els que cada Estat membre pot prestar, lliurement, en règim de servei públic (educació, sanitat, serveis socials, etc.), tal i com ve a precisar l'article 4.2 de la Directiva 2014/23/UE de contractes de concessions; i els segons són els que, contemplats als article 14 i 106 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea han d'estar liberalitzats, en la mesura i el grau que així ho estableixi un reglament o directiva europeus¹⁴. Doncs bé, això de *servei essencial d'interès general* sembla inclinar-se més aviat cap al servei d'interès general no econòmic i, per tant envers el servei públic tradicional i, per tant sense concurrència. Perquè de l'article 2.1 de la LSFC declara que:

¹³ Comunicacions de la Comissió sobre *Els serveis d'interès general a Europa* d'11 de setembre de 1996 I DE 20 de setembre de 2000.

¹⁴ PERDIGÓ SOLÀ, J., “El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones” a *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, dirigido por Vicenç Aguado i Belén Noguera.

*“Els municipis són l’Administració competent en matèria de serveis funeraris i **són els responsables de garantir-ne l’existència i la prestació per a tota la col·lectivitat local.**”*

O sigui que, a manca de serveis funeraris privats, els ajuntaments han de prestar aquests serveis en règim de servei públic, per sí mateixos o agrupats en mancomunitats o consorcis, amb la suplència en el seu cas dels consells comarcals, en els termes de l’article 9 de la LSFC i de la legislació d’organització comarcal de Catalunya. Ho confirma l’article 3.4 de la Llei quan, relació als drets dels usuaris, disposa que:

“Els drets que estableix aquest article han d’èsser garantits pels municipis i, si escau, pels consells comarcals i han d’èsser respectats per les entitats prestadores dels serveis funeraris. Els veïns i veïnes poden exigir-ne l’efectivitat en els termes establerts per la Llei 8/1987, de 15 d’abril, municipal i de règim local de Catalunya.”

És a dir, l’article 44.2 del TRLMC previst per a que els veïns exigeixin la prestació efectiva dels **serveis públics municipals obligatoris**, per mitjà de la impugnació dels pressupostos en via contenciosa administrativa, la sol·licitud a l’Administració de la Generalitat (art. 151 TRLMC) o també acudint al Síndic de Greuges, segons la seva Llei 24/2009, de 23 de desembre.

I cas que hi hagi serveis funeraris privats al municipi, tampoc està clar que els ajuntaments hagin de prestar el servei en règim d’estricta lliure concurrència, sinó més aviat de *coexistència* amb els serveis privats. La liberalització i concurrència entre el sector públic i el privat (art. 106.2 TFUE) exigeix que el sector públic es financi amb els ingressos generats per l’activitat, sense rebre ajuts de l’Administració matriu. Doncs bé, l’article 9.2 de la LSFC disposa que:

*“Els serveis funeraris gestionats pels ajuntaments han d’èsser finançats amb el producte de les tarifes. Tanmateix, **l’ajuntament pot subvencionar aquests serveis amb càrrec als seus pressupostos, si així ho requereix el compliment del principi d’universalitat del servei.**”*

Amb una interpretació i aplicació d’aquest precepte ajustada a la Llei i al Dret Comunitari, podríem precisar que els serveis funeraris ordinaris es prestaran pels ajuntaments en règim de concurrència; mentre que els serveis per a familiars del difunt més desafavorits econòmicament, es prestaran en règim de **coexistència**. Ara bé, l’article 7.2 c) de la LSFC ja

dona solució a aquestes situacions per a les persones en risc d'exclusió social, quan estableix les anomenades *obligacions de servei públic* a les empreses privades autoritzades –pròpies dels serveis d'interès econòmic general liberalitzats–, i estipula que:

“c) Amb la finalitat de garantir el principi d'universalitat en l'accés als serveis funeraris, els ajuntaments poden atorgar l'autorització amb al condició que el servei es presti gratuïtament o de forma bonificada a les persones que, d'acord amb les indicacions dels serveis socials municipals, ho requereixen per manca de mitjans econòmics propis, o en els casos que acordi l'autoritat judicial.

L'ajuntament ha de distribuir aquestes prestacions forçoses entre les empreses de serveis funeraris que operen en el terme municipal, de manera proporcionada a la seva facturació.”

És a dir que, en principi, semblaria que en municipis grans on operin un nombre suficient d'empreses privades de serveis funeraris, no caldria que l'ajuntament garantís la universalitat del servei. Només ho hauria de fer quan el servei municipal fos l'únic o els operadors privats fossin pocs i incapaços d'assumir les prestacions forçoses o obligacions de servei públic en termes de Dret comunitari europeu. Tanmateix, l'article 44 de l'esmentat Reglament supletori de les ordenances municipals, aprovat pel Decret 209/1999, estipula que encara que només hi hagi una sola empresa privada de serveis funeraris en un municipi ha d'assumir totes les prestacions forçoses ella sola, condició que li imposarà l'autorització municipal.

En fi, que podem concloure que els serveis funeraris, a Catalunya, no es presten, exactament, pels ajuntaments –o, en el seu cas, mancomunitats, consorcis o consells comarcals– en règim d'iniciativa pública econòmica, sinó de servei públic que pot ser que, en part, coexisteixi com a servei públic amb les empreses privades i, en part, hi concorri en règim de mercat, en una situació d'equilibri que arrisca a trencar-se.

La jurisprudència al respecte emanada del Jutjats Contenciosos Administratius i de les Sales Civil i Contenciosa del Tribunal Superior Justícia de Catalunya –STSJC (Sala Civil) 7/2002, d'11 de febrer o STSJC (Sala Contenciosa Administrativa) 492/2014, de 30 de maig de 2014 o SJCA BCN 2 164/2014, de 26 de juny de 2014– no acaben de resoldre aquesta qüestió. De totes formes la Sentència 492/2014 del TSJC, en el seu Fonament de Dret Tercer, estableix que:

“Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de los servicios funerarios no pueden establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, imposibilitando o dificultando la instalación de empresas funerarias en régimen de concurrencia o libre competencia. A ninguna empresa que quiera establecerse en el sector se le puede exigir que necesariamente posean en el municipio un establecimiento permanente con dotación de un conjunto de servicios y medios personales y materiales desproporcionados, pues se infringiría el artículo 1 de la Ley 2/1997, de 3 de abril, en cuanto dispone que los servicios funerarios tienen la condición de servicio esencial de interés general, que puede ser prestado por el Ayuntamiento, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos.”

I tinguis en compte que això està dit envers el Reglament d'establiment del servei de prestació d'activitats funeràries, aprovat pel Ple de l'Ajuntament de Vilassar de Mar, en sessió de 9 de febrer de 2012; per tant, quan el Reial Decret-Llei 7/1996 i la Llei 2/1997 ja havien estat adaptats a la Directiva de serveis 2006/123/CE, per les Lleis 7/2009 i 25/2009, i pel Decret legislatiu 3/2010, respectivament, amb vocació de un major grau de liberalització.

3.4.- L'Ordenança de Serveis Funeraris de Barcelona

L'Ajuntament de Barcelona va regular aquests serveis per mitjà d'una primera Ordenança Municipal de Serveis Funeraris, OMSFB, aprovada pel Consell Plenari, en sessió de 24 d'octubre de 1997 –just després de la LSFC de 3 d'abril de 1997. Tanmateix es notava que l'OMSFB s'havia aprovat dos anys abans del Reglament supletori i que les modificacions posteriors no han incorporat algunes de les seves previsions més útils. En bona part era una transcripció de la LSFC i només regulava la prestació del servei per part d'empreses privades i el corresponent règim d'intervenció, autorització, inspecció i sanció. Però la prestació del servei pel propi Ajuntament no s'hi contemplava. Aquesta prestació de serveis funeraris municipals es feia primer per societat de capital íntegrament públic i després per societat d'economia mixta. Ara sembla que hi hauria la voluntat de l'Ajuntament de Barcelona privatitzar del tot l'empresa mixta; però creant al mateix temps una nova empresa municipal.

Coincidint amb aquesta voluntat política, l'Ajuntament de Barcelona ha anticipat l'aprovació d'una nova Ordenança Municipal de Serveis Funeraris,

aprovada pel Consell Plenari, en sessió de 24 de novembre de 2017, i publicada al BOPB de 5 de desembre de 2017. Però la veritat és que no presenta diferències substancials amb l'Ordenança de 1997. Així segueix sense regular-se de forma específica la prestació de serveis funeraris pel propi Ajuntament, i això malgrat la voluntat política de crear una nova empresa municipal, ja sigui societat mercantil de capital íntegrament municipal o entitat pública empresarial local.

La regulació del règim d'autorització que es fa a l'article 9 és un tant confusa. Així, mentre l'article 9.1 estipula que les empreses privades que disposin d'un establiment permanent a Barcelona, així com les que no disposin de títol habilitant per la prestació de serveis funeraris han d'obtenir l'autorització de l'Ajuntament, l'article 9.2 preveu que les empreses habilitades a altres municipis que no disposin d'un establiment permanent a Barcelona poden exercir l'activitat de prestació de serveis funeraris a la Ciutat sense necessitat de sol·licitar a l'Ajuntament –i, per tant, d'obtenir– autorització municipal, sens perjudici del compliment de les prescripcions de l'Ordenança i de la resta de normativa aplicable.

La prestació de serveis gratuïts i bonificats no és, al meu parer, tan clara com la de l'Ordenança de 1997. Pel que fa als serveis bonificats, es disposa que la Comissió de Govern fixarà el seu cost màxim per a les persones empadronades a Barcelona i amb domicili mortuori a la ciutat. Així mateix, la Comissió de Govern ha d'establir el llindar màxim d'ingressos anuals de les persones difuntes i, si escau, de llurs unitats familiars, que permetrà tenir dret a la prestació de serveis funeraris gratuïts o bonificats, sens perjudici que el gaudi concret d'aquest dret ha de ser objecte d'informe per part dels Serveis Socials municipals.

El cost total de les prestacions forçoses –serveis gratuïts o bonificats– s'ha de distribuir entre els prestadors que operin a Barcelona, de forma proporcional a la seva facturació a la Ciutat durant l'exercici immediatament anterior, que es calcularà tenint en compte el nombre de serveis realitzats. A aquests efectes, els operadors que prestin serveis funeraris a Barcelona, amb independència d'on hagin estat habilitats, han de presentar a l'Ajuntament, dins dels dos primers mesos de cada any, una declaració responsable sobre la seva facturació a Barcelona durant l'exercici immediatament anterior.

4.- Procediment i modes de gestió dels serveis funeraris municipals

Que la naturalesa dels serveis funeraris establerts pels ajuntaments s'acosti més a la de servei públic que no pas a la d'iniciativa econòmica de mercat, afecta en particular al procediment d'establiment del servei. Si es tractés d'una iniciativa pública econòmica de l'article 243 del TRLMC, el procediment estaria integrat pels tràmits següents:

- a) Acord inicial amb designació d'una Comissió d'estudi, integrada per membres de la Corporació i per tècnics, sense precisar si es pot tractar de personal al servei de l'Administració municipal o experts externs o d'ambdues categories.
- b) Redacció d'una Memòria per la Comissió.
- c) Presa en consideració de la Memòria per part del Ple, amb informació pública.
- d) Aprovació definitiva pel Ple.

Però tractant-se els serveis funeraris més aviat d'un servei públic, per bé que amb el peculiar règim de la LSFC, n'hi hauria prou amb el procediment d'establiment del servei dels articles 158 a 160 del Reglament d'obres, activitats i serveis de les entitats locals, ROAS, aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny.

- a) Incoació de l'expedient per l'alcalde o regidor delegat en la matèria i tramitació ordinària per l'òrgan auxiliar corresponent de l'Administració municipal; no cal una comissió d'estudi.
- b) Aprovació inicial pel Ple, amb informació pública.
- c) Aprovació definitiva pel Ple.

Però, per prudència i seguretat jurídica, és recomanable seguir el procediment d'iniciativa pública econòmica, més que no pas l'ordinari d'establiment del servei.

Pel que fa a les formes i modalitats de gestió, l'article 9,1 de la LSFC disposa que els ajuntaments poden adoptar qualsevol de les previstes per la legislació vigent, amb un particular esment de la societat d'economia mixta a l'article 7.5 de la mateixa LSFC. Tanmateix i com tota potestat discrecional, sempre tindrà l'element reglat d'adoptar la modalitat més eficient. Així, entre

les modalitats de gestió directa i atesa la naturalesa econòmica del servei, quedarien més aviat excloses la gestió per la mateixa Administració municipal i l'organisme autònom, mentre que serien més recomanables l'entitat pública empresarial local o la societat de capital íntegrament públic.

Entre les modalitats de gestió indirecta, la concessió o l'empresa mixta són les més idònies i, d'altra banda, són les úniques que deixa la nova Llei de Contractes del Sector Públic, en transposició de la Directiva 2014/23/UE¹⁵. Però, amb caràcter general i encara que no està escrit enlloc, les activitats d'iniciativa pública econòmica de mercat haurien d'adoptar sempre alguna modalitat de gestió directa, atès que el règim de contracte administratiu de les de gestió indirecta està adreçada als serveis públics. Ara bé la mixtura entre servei públic i iniciativa econòmica que dona als serveis funeraris la LSFC, deixa oberta la possibilitat de concessionaris i empreses mixtes, com a modalitats de gestió de serveis funeraris municipals, que actuïn en el municipi en competència amb empreses privades, en aquest peculiar règim de concurrència/coexistència que estableix la Llei catalana de serveis funeraris.

¹⁵ La nova LCSP substitueix totes les modalitats de contractes de gestió de serveis públics per la nova concessió de serveis –no només públics–, tolera les societats d'economia mixta però només amb capital públic majoritari i limita el concert al que disposi la legislació sectorial d'educació, sanitat i serveis socials. Desapareix, doncs, la gestió interessada. Ara bé, atès que la rigorosa exigència de risc operacional del concessionari fa impossible l'aplicació d'aquesta modalitat determinats serveis públics –recollida de residus urbans i neteja de via pública o clavegueram p.ex.– es crea i regula una nova modalitat de **contracte de serveis prestats directament als ciutadans**, amb totes les característiques però sense l'exigència de risc operacional, i amb una durada superior a la general de 5 anys quan calgui per l'amortització des inversions objecte del contracte.