

COMENTARIOS Y OBSERVACIONES DE
MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U.
EN EL MARCO DE LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE SERVICIOS FUNERARIOS

En el marco del proyecto “Municipios y Competencia” que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) desarrolla en colaboración con autoridades autonómicas de competencia, se ha lanzado una consulta pública sobre el sector funerario en la que Mémora Servicios Funerarios, S.L.U. (“Mémora”) participa a través del presente documento de comentarios y observaciones.

La consulta viene acompañada del documento “*Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el sector de los servicios funerarios*” (“Documento de Recomendaciones”) elaborado por la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (“ACREA”). La conclusión general de la ACREA puede resumirse en el siguiente párrafo:

“Como consecuencia de lo anterior, el sector funerario demanda la promulgación de un marco general que regule las condiciones de acceso y ejercicio a la prestación de servicios funerarios adaptada a los principios de una buena regulación económica recogidos en nuestro ordenamiento jurídico y en la normativa comunitaria, que garantice la existencia de una competencia efectiva en este mercado y que asegure la libre elección por parte del consumidor, con una mejor información sobre los servicios funerarios y sus precios”. (primer párrafo del apartado “Conclusiones y Recomendaciones”).

El Documento de Recomendaciones es un minucioso estudio de numerosos aspectos que inciden en el ejercicio de las diferentes actividades que se desarrollan en el sector funerario. Asimismo, y sin perjuicio del protagonismo en su análisis del marco general de la regulación a nivel municipal, y los problemas detectados, también se identifican ámbitos que exceden este ámbito (de regulación local), pero cuya definición y armonización a nivel nacional/autonómico y de autoridades de competencia resultan relevantes y necesarios para un óptimo desarrollo competitivo del sector.

El sector funerario es singular en cuanto a su regulación, tanto por su carencia en elementos relevantes -como pone de manifiesto el Documento de Recomendaciones-, como por la pluralidad de ámbitos jurídicos relevantes en su desarrollo y los diferentes ámbitos competenciales existentes entre administración central, autonómica y local. Ello ha propiciado que, como veremos, la regulación de ámbito local haya cobrado una especial relevancia, unido a la importancia de los diferentes -y numerosos- pronunciamientos de las autoridades de

competencia: tanto de ámbito nacional (la CNMC especialmente en el ámbito de concentraciones), como de las autoridades autonómicas (aplicación del artículo 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –“LDC”-), sin olvidar las propias instituciones y tribunales comunitarios que, a través de sus decisiones y sentencias en materia de competencia, deben marcar el sentido y requisitos de la aplicación de conceptos clave en la construcción y desarrollo de una regulación del sector funerario competitivo y eficaz como, por ejemplo, la doctrina de las “infraestructuras esenciales”.

En este marco singular y complejo, procedemos a presentar nuestras observaciones a la consulta pública abierta. A tal efecto, en primer lugar, se realizarán unas breves observaciones preliminares sobre la visión tradicional del sector por parte de las autoridades de competencia y los objetivos por ellas pretendidos con la intervención en el mismo, pues, en nuestra opinión, elementos clave del sector (en particular, el papel que juegan las instalaciones de tanatorio) y del objetivo pretendido presentan indefiniciones o errores de apreciación que pueden generar un elevado riesgo a la hora de propiciar una adecuada regulación que permita una verdadera competencia efectiva en el mercado (apartado 1). Estas reflexiones se incorporan a título general, sin perjuicio de que en los apartados posteriores del escrito se analicen determinados aspectos del Documento de Recomendaciones que, si bien parten de determinadas premisas que no compartimos por las razones que se exponen en el apartado 1, consideramos que su tratamiento presenta cuestiones de interés que merecen ser reflejadas.

Así, en el apartado 2 se harán una serie de reflexiones sobre la base del Documento de Recomendaciones referidas a la regulación existente, para posteriormente, en el apartado 3, poner de manifiesto determinados aspectos relacionados directamente con la aplicación de la normativa de competencia y la generalización de la aplicación al sector de la doctrina de las “infraestructuras esenciales” que no compartimos.

1.- REFLEXIONES PRELIMINARES

En nuestra opinión, el papel de las instalaciones de tanatorio como elemento relevante en la prestación integral de unos servicios funerarios no está siendo tratado por las autoridades de competencia de manera adecuada y acorde a la realidad de las necesidades que la ciudadanía busca cubrir cuando busca un servicio funerario, ni a la realidad de un sector que ha evolucionado sustancialmente durante el siglo XXI.

A estos efectos, la realidad del sector es no solo por lo anteriormente expuesto, sino también por la diversidad de operadores protagonistas: empresas funerarias, aseguradoras, gestores de instalaciones (mercado mayorista), ayuntamientos activos en el mercado, etc.; y también por la existencia de dos demandantes de servicios claramente diferenciados, principalmente dependiendo de si cuentan con seguro de deceso o no.

Como indicábamos anteriormente, una de las principales conclusiones del Documento de Recomendaciones es la necesidad de un marco general que *“garantice la existencia de una competencia efectiva en este mercado y que asegure la libre elección por parte del consumidor, con una mejor información sobre los servicios funerarios y sus precios”*.

Pues bien, a la hora de valorar el papel de las instalaciones funerarias en la prestación de servicios funerarios, el análisis efectuado por la ACREA, en línea con numerosos pronunciamientos de las autoridades de competencia, aplica ciertos automatismos que generan una inercia que no propiciaría una mayor competencia en el sector.

En efecto, la pregunta que debería plantearse de manera previa es qué concreto objeto se desea conseguirse cuando hablamos de una competencia efectiva. Nos encontramos con el “acceso” a instalaciones como pieza clave y angular del objetivo de las autoridades de competencia para fomentar la competencia, pero creemos honestamente que ello supone una visión parcial que deja fuera del análisis de competencia factores relevantes.

Pues bien ¿realmente el “acceso” a un tanatorio por una tercera empresa funeraria conllevaría una mayor competencia efectiva? A nuestro entender, con ello no se generan incentivos a invertir en instalaciones, ni a innovar o diferenciar servicios por calidad y servicio. Tampoco se identifica claramente qué se pretende conseguir al hablar de una competencia más eficaz. Podríamos interpretar que lo que se pretende es una reducción de precios, pero, en este caso, no se ha analizado si ello conlleva un menor precio al consumidor, ni siquiera se ha valorado si el precio es una variable clave en el uso de tanatorios, y mucho menos con el detalle necesario, por ejemplo, diferenciando fallecidos con seguro de decesos y sin él, y el impacto de estas medidas en términos de calidad y precio de las que pudieran beneficiarse.

Por ello consideramos que el punto de partida del Documento de Recomendaciones contiene una serie de desajustes relevantes, fruto de recoger automatismos sobre elementos clave del sector sin oportunidad de plantear una posible actualización. Como exponíamos anteriormente, el sector ha sufrido una tremenda evolución en los últimos años, si bien la forma de analizar el sector y el papel de los tanatorios por las autoridades ha permanecido casi invariable por años (incluso décadas).

Tras estas reflexiones iniciales, que ciertamente conllevan no estar de acuerdo con gran parte de las premisas asumidas en el Documento de Recomendaciones, pero sin querer al mismo tiempo dejar de introducir reflexiones concretas sobre determinadas aspectos del documento, aportamos en los apartados siguientes consideraciones adicionales que entendemos de interés y que, en todo caso, deben ser interpretadas en línea con lo que comentado en los párrafos precedentes.

2.- ASPECTOS REGULATORIOS

El Documento de Recomendaciones hace un importante trabajo de identificación y clasificación de aspectos regulatorios que actúan como barreras de acceso, proponiendo su eliminación o sustitución por una alternativa menos restrictiva. Entre otros, se recomienda la presentación de una declaración responsable en sustitución de la autorización municipal para la presentación de servicios funerarios, la eliminación o modificación de ciertos requisitos y condiciones para la obtención de la autorización, modificación de los límites a la vigencia de las autorizaciones, etc. En los apartados siguientes mencionaremos sólo algunos aspectos concretos que nos parecen especialmente relevantes y sobre los que consideramos de interés realizar algunas reflexiones adicionales.

2.1. *La dispersión normativa*

No podemos sino confirmar que el marco normativo aplicable al sector de los servicios funerarios se caracteriza por su dispersión y heterogeneidad. Del mismo modo, los diferentes ámbitos jurídicos que inciden en la actividad (por relevantes, mencionamos los de sanidad mortuoria, pero también los urbanísticos o de medio ambiente) contribuyen a crear un sistema complejo que por sí mismo conlleva una carga para los operadores, cuyo contenido, además, varía en función de la zona geográfica donde se quiera desarrollar la actividad. Así, como reconoce la ACREA, la normativa vigente en materia de servicios funerarios no sólo es compleja, sino que existe una amplia casuística de requisitos de acceso a la actividad, que varían considerablemente de unas comunidades autónomas a otras, e incluso entre distintos municipios de la misma comunidad autónoma.

Pues bien, la ausencia de una regulación marco general del sector y el sistema descentralizado de competencias en materias clave para prestar servicios funerarios, ha conllevado una creciente importancia de la normativa municipal, convirtiendo a las corporaciones locales en protagonistas a la hora de decidir el grado de apertura de la actividad en cada localidad.

Así parece reconocerlo el Documento de Recomendaciones cuando, ante la constatación de la ausencia de un marco general a nivel autonómico, subraya que las administraciones locales deben “*adaptar sus normas a los principios de una buena regulación económica, motivada por la aplicación directa de la normativa de transposición de la Directiva de Servicios, de la LGUM y de la LBRL*”.

No obstante lo anterior, creemos que en el papel de la regulación municipal hay dos factores esenciales que deben ser tenidos en cuenta (i) se ha constatado una reducción significativa de las barreras de entrada normativas en los últimos años, en línea con los objetivos y planteamientos propuestos por la ACREA y (ii) no hay que perder de vista la especial posición de las corporaciones locales en este sector, al ser al mismo tiempo reguladores y competidores.

2.2. La reducción de las barreras de entrada de carácter regulatorio

Sin perjuicio de compartir en términos generales las apreciaciones de la ACREA sobre los obstáculos -reales- que se han detectado en determinadas localidades para el acceso a la prestación de servicios funerarios (vía requisitos para obtener la preceptiva autorización), no debe perderse de vista que dichos servicios cumplen importantes funciones sanitarias, por lo que la exigencia de un mínimo de control puede resultar justificada. En todo caso, ese “mínimo” necesario exigible para el ejercicio de la actividad entendemos que no convierte en proporcionales la mayoría de los ejemplos concretos identificados por el Documento de Recomendaciones, en los que se comparte el parecer general expresado por la ACREA.

Ahora bien, entendemos relevante manifestar que se ha producido una evolución positiva por parte de las corporaciones locales en los últimos años.

Un ejemplo de lo anterior resulta del análisis actual (desde una perspectiva general) de la regulación específica de las instalaciones funerarias y, en particular, de los tanatorios. Si bien la casuística es enorme, desde una perspectiva general (en España hay más de 8.000 municipios) se observa que las nuevas regulaciones que se implantan tanto a nivel autonómico como local tratan, salvo excepciones, de mejorar y facilitar el ejercicio de la actividad y, en particular, la implantación de nuevas instalaciones.

Lo anterior tiene dos importantes manifestaciones concretas: (i) la normativa urbanística, en lo que a la competencia autonómica se refiere, ha evolucionado para permitir y eliminar trabas que en el pasado hacían especialmente gravosa la implantación de nuevas instalaciones y, (ii) a nivel municipal, una similar evolución en términos de normas urbanísticas, pero también en lo referente a proyectos de licitación para la construcción y/o gestión de instalaciones públicas. En este sentido, se viene detectando desde hace ya años un mayor grado de sofisticación en los pliegos y demás documentación administrativa tendente a evitar gran parte de las barreras identificadas por la ACREA.

Por ello, y sin perjuicio de casos concretos, nuestra percepción es que se está avanzando de manera positiva en este ámbito, como lo demuestra (i) que en la actualidad existan unas 1.300 empresas funerarias y el número de instalaciones de vela se haya cuadruplicado, pasando de unas 600 instalaciones en 2005 a más de 2.500 en la actualidad o (ii) que existan ejemplos de Comunidades Autónomas en las que se ha constatado una ausencia de obstáculos normativos para la implantación de instalaciones, como sucede en País Vasco y Navarra, sobre las que recientemente su regulación ha sido objeto de escrutinio por la CNMC en el marco de las operaciones de concentración MÉMORA / REKALDE y MÉMORA / IRACHE¹. En ellas se

¹ Con decisión final de la CNMC de fecha 14 de septiembre de 2021 en el expediente acumulado C/1151/20: MEMORA / REKALDE / IRACHE.

En el informe emitido en el marco de dicha concentración por la Dirección de Competencia se reconocía expresamente en el párrafo 184 que desde el punto de vista legal y técnico no existen barreras de entrada, como

pudo confirmar que existe una gran competencia en el sector (tanatorios), con un gran número de empresas funerarias activas.

Por ejemplo, Navarra es la Comunidad Autónoma con mayor número de instalaciones por fallecido. Ello deriva en gran parte de su regulación urbanística que, al permitir el cambio de uso de construcciones preexistentes -incluso de carácter residencial-, determina la inexistencia de barreras y la posibilidad efectiva de que los operadores puedan comenzar a operar mediante nuevas instalaciones. En la práctica, un ejemplo relevante es que la supresión de estas barreras propicia que se pueden fácilmente abrir instalaciones en bajos comerciales (lo que por cierto sucede en gran parte del territorio nacional).

La supresión de barreras de entrada ha sido también analizada recientemente en el caso específico de la Comunidad Autónoma Vasca, llegando a la misma conclusión por motivos bastante similares a los de Navarra. Es más, como señalaba ya hace años el entonces Servicio Vasco de Defensa de la Competencia:

“En la CAE no constan limitaciones legales (incluidas las urbanísticas) ni económicas que impidan la construcción de tanatorios y, por lo tanto, no reúnen los requisitos para ser consideradas como recurso esencial.”²

Por otra parte, la eliminación de las barreras normativas tiene un impacto directo en la valoración de otras barreras y, especialmente, en las de contenido económico. Una ausencia de barreras legales que permite una mayor flexibilización a la hora de poder prestar servicios de tanatorios (exigiendo unas características mínimas similares a otro tipo de locales en los que se desarrollan actividades comerciales comunes), supone -directamente- una reducción significativa de las barreras económicas, en tanto que permite su desarrollo con pequeñas inversiones, incluso en régimen de alquiler de una oficina comercial a precios muy reducidos.

2.3. El Ayuntamiento como legislador y como competidor al mismo tiempo

Lo expuesto anteriormente no contradice, evidentemente, la existencia de situaciones/localidades en las que existan barreras de entrada regulatorias, como identifica el Documento de Recomendaciones. No obstante, en no pocas ocasiones una posible causa de su existencia reside en el singular papel que juegan las corporaciones locales en el sector funerario.

Efectivamente, y como apunta el Documento de Recomendaciones, a pesar de que el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y

habían reconocido en sus informes las autoridades de competencia autonómicas afectadas (la autoridad vasca y la navarra).

² Servicio Vasco de Defensa de la Competencia: *El Sector Funerario en la Comunidad Autónoma de Euskadi, Análisis jurídico-económico y de competencia* (2010). Mencionado en la Tabla 4 del Documento de Recomendaciones “Informes y actuaciones más relevantes de las autoridades de competencia sobre el presente sector”.

liberalización de la actividad económica (“RDL 7/1996”) había ya liberalizado la prestación de los servicios funerarios, suprimiendo su consideración como servicios esenciales reservados a las entidades locales, siguió permitiendo que los ayuntamientos sometieran a autorización la prestación de estos servicios. De esta forma, las principales barreras de entrada que dificultaban el acceso al mercado de nuevos operadores venían (y vienen) determinadas por las restricciones derivadas de la propia normativa reguladora de los servicios funerarios (tanto autonómica como municipal) como, por ejemplo, la exigencia de diversas autorizaciones administrativas para el desarrollo de la actividad funeraria o el establecimiento de requisitos para la obtención de estas autorizaciones desproporcionados e injustificados.

La promulgación de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para impulsar la productividad en diferentes sectores, reconoció la eficacia nacional de la autorización para la actividad de traslado de cadáveres, por lo que cualquier empresa autorizada podía ya realizar el traslado a cualquier municipio del Estado. Además, esta Ley estableció que, si bien los ayuntamientos podían someter a autorización los servicios funerarios, *"las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector"*. Posteriormente, las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre libre acceso a las actividades de servicio, incorporaron a nuestro ordenamiento el contenido de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, introduciendo un nuevo enfoque en la regulación de las actividades de servicios en general y de los servicios funerarios en particular, de tal forma que cualquier medida que suponga una limitación en el acceso o el ejercicio de una actividad económica debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general y debe ser proporcionada. En consecuencia, los requisitos y restricciones que se impongan a las empresas funerarias deben respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia.

No obstante lo anterior, la situación actual de liberalización y entrada de operadores privados convive con el impulso a la actividad de la propia iniciativa pública de ámbito local. Lo anterior conlleva una dificultad significativa para alcanzar una buena regulación económica en el ámbito local, que muy resumidamente resulta de los siguientes factores:

- En el marco de sus competencias, los Ayuntamientos pueden incidir sustancialmente a través de sus regulaciones en el ejercicio de la actividad funeraria y en la implantación de nuevas instalaciones.
- La liberalización supuso la entrada en el mercado de la iniciativa privada, pero conviviendo de manera relevante con la iniciativa pública (muchas veces ya establecida con anterioridad mediante instalaciones públicas o empresas funerarias municipales o mixtas, pero también de nueva implantación).

- La ausencia de regulación general que sirva como marco de referencia (*“aún no se ha producido la adecuación de la normativa básica sobre la actividad funeraria, por lo que se considera fundamental acometer una regulación en profundidad y de forma integral de este tipo de servicios”*, Documento de Recomendaciones, pág. 11) ha supuesto un especial protagonismo de la regulación municipal en el sector funerario. En otras palabras, la ausencia de regulación a nivel nacional y autonómico hace que las corporaciones locales deban suplir dicho “hueco”.

Pues bien, no sólo el desconocimiento del sector o la ausencia de medios técnicos y humanos por parte de las corporaciones locales son el origen de regulaciones que puedan crear barreras de entrada, sino también, la existencia de incentivos de las propias corporaciones derivadas de su eventual implicación directa o indirecta en la actividad funeraria.

En este contexto, una “regulación eficiente” (que es el objetivo del proyecto “municipios y competencia”) aconsejaría una intervención lo más limitada posible en el sector por parte de las corporaciones locales. No obstante, la competencia normativa existente hace inverosímil tal aproximación (aunque fuera lo deseable), por lo que también desde esta perspectiva -más si cabe- y en total sintonía con los postulados de ACREA, debe enfatizarse la necesidad de la promulgación de un marco general que regule las condiciones de acceso y ejercicio a la prestación de servicios funerarios adaptada a los principios de una buena regulación económica recogidos en nuestro ordenamiento jurídico y en la normativa comunitaria.

3.- LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA Y LA DOCTRINA DE LAS INFRAESTRUCTURAS ESENCIALES

Finalmente, no podemos compartir las menciones y conclusiones/recomendaciones que se hacen en referencia a la consideración de las instalaciones de tanatorio como infraestructuras esenciales en términos de competencia, con las importantes implicaciones que ello tiene para el titular de la instalación.

Como hemos avanzado en nuestras Observaciones Preliminares (apartado 1), creemos que las medidas de intervención relativas al “acceso” a instalaciones de tanatorio, ya deriven de medidas regulatorias o de la aplicación bajo una determinada interpretación de la normativa de competencia por las autoridades, no están siendo valoradas correctamente, ni generan o facilitan una competencia efectiva en el mercado. Es más, la discusión sobre la aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales no debería ser un elemento relevante de discusión y análisis en este sector, por cuanto su utilización no genera una mayor y mejor competencia que redunde en el bienestar de los consumidores.

No obstante, a los efectos de contestar una recomendación concreta del Documento de Recomendaciones a este respecto, procedemos a valorar la aplicación de esta doctrina asumiendo

una realidad de mercado y del papel que juegan las instalaciones de tanatorio según se describe en dicho documento.

En particular, nos referimos a la inclusión en el Documento de Recomendaciones de la posible declaración (general y sin matices) como esencial de *“las infraestructuras de tanatorio en aquellos municipios con un solo establecimiento o cuando se considere que objetivamente es necesario para garantizar que los operadores pueden competir de forma eficaz”*, lo que refleja una presunción que parece haber sido asumida acriticamente por determinadas autoridades autonómicas de competencia, y que, a nuestro entender, resulta errónea, no sólo desde un punto de vista regulatorio, sino también conforme a las normas de defensa de la competencia.

El concepto de instalación esencial tiene un origen jurisprudencial, y se refiere a las circunstancias en las que la negativa de suministro por parte de una empresa en posición dominante puede constituir un abuso de posición dominante. Pues bien, parece que se está asumiendo como principio general que los tanatorios constituyen instalaciones esenciales, por lo que su titular, al que en la práctica se traslada la carga de la prueba, está obligado a permitir el acceso al mismo a las empresas funerarias competidoras.

En el Documento de Recomendaciones se recogen varios ejemplos de resoluciones de las autoridades de competencia autonómicas a este respecto. Si bien se menciona a alguna autoridad, como la Autoridad Catalana de la Competencia, que ha hecho hincapié en que *“hay que hacer un análisis individualizado de cada caso para poder determinar si una concreta instalación de tanatorio puede tener la consideración de infraestructura esencial, dadas las implicaciones en términos de competencia que conllevaría”* (Pág. 38 del Documento de Recomendaciones); lo cierto es que en la práctica -y el Documento de Recomendaciones es un ejemplo- se asume como punto de partida la aplicación de esta doctrina cuando no existan otros tanatorios en el municipio, sin realizaran un análisis exhaustivo de los estrictos requisitos que deben darse para su aplicación. Es más, recientemente se ha llegado a afirmar una posición de dominio y la naturaleza “esencial” de un tanatorio en un municipio en el que existían al menos otros dos competidores con tanatorios operativos que permitían el acceso de terceros³.

A nuestro juicio, esta interpretación resulta contraria a:

- (1) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como al derecho de propiedad y la libertad de empresa reconocidos constitucionalmente; y
- (2) la delimitación de los mercados relevantes adoptada por la CNMC en sus últimas resoluciones relacionados con el sector funerario.

³ Consejo Vasco de la Competencia. Resolución de 26 de septiembre de 2022 en el expediente sancionador 341-SAN-2020, Tanatorios de Gipuzkoa.

3.1. Cualquier presunción sobre el carácter esencial del tanatorio resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como al derecho de propiedad y a la libertad de empresa reconocidos constitucionalmente

La adopción de cualquier presunción sobre el carácter esencial del tanatorio, como propone el Documento de Recomendaciones y resulta ya de la práctica de determinadas autoridades de competencia, es claramente contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Conforme a ésta, el concepto de instalación esencial (con la correspondiente obligación de contratar) ha de ser interpretado de manera muy restrictiva y aplicado únicamente en condiciones claramente excepcionales. La carga de la prueba, además, recae en todo caso sobre la autoridad de competencia, a la que corresponde demostrar la concurrencia de tales condiciones tras un análisis riguroso y objetivo de las circunstancias y el contexto jurídico y económico del caso concreto.

Efectivamente, la jurisprudencia relativa a las infraestructuras esenciales se refiere a aquellas situaciones en las que el libre ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el de propiedad o el de libertad de empresa, pueden limitarse en interés de una competencia no falseada. Puesto que el derecho a elegir a sus socios contractuales y a disponer libremente de su propiedad son principios reconocidos universalmente en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, reconocidos en ocasiones a nivel constitucional, la jurisprudencia establece que los atentados contra los citados derechos sólo están justificados en circunstancias ciertamente excepcionales cuya concurrencia ha de ser cuidadosamente demostrada⁴.

El mero carácter excepcional de tales circunstancias, que han de ser demostradas en todo caso por la autoridad de competencia, impide por sí mismo la adopción de cualquier presunción sobre el carácter esencial de instalación alguna, como parece proponer el Documento de Recomendaciones.

En concreto, de ninguna manera basta con que se trate del único tanatorio del municipio o que se considere que objetivamente es necesario para garantizar que los operadores pueden competir de forma eficaz. Por el contrario, para que la negativa de una empresa en posición dominante a conceder acceso a un determinado servicio o a una determinada instalación pueda constituir un abuso de posición dominante, es preciso que la autoridad de competencia demuestre, que, en el caso concreto⁵:

⁴ Vid. por ejemplo, Conclusiones del AG Jacobs de 28 de mayo de 1998, en el asunto *C-7/97, Bronner*, apdo. 56; SPI de 17 de septiembre de 2007 en el asunto *T-201/04, Microsoft*, apdo. 331; STPI de 1 de julio de 2010, en el asunto *T-321/05, AstraZeneca/Comisión*, apdo. 679).

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 1998, asunto *C-7/97, Bronner*, apdo. 41.

- (1) la denegación de acceso eliminaría toda competencia en el mercado relevante;
- (2) la denegación de acceso no puede justificarse objetivamente; y
- (3) el servicio o la instalación, en sí mismo, resulta indispensable para el ejercicio de la actividad del solicitante, en el sentido de que no existe ninguna alternativa real o potencial.

La prueba de tales requisitos no resulta sencilla, y, en todo caso, requiere que la autoridad de competencia aporte y valore *“elementos probatorios exactos, coherentes y fiables, que constituyan el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y que sean adecuados para sostener las conclusiones que de ellos se deduzcan”*⁶.

Así, por ejemplo, la prueba del carácter indispensable de la instalación, en el sentido de que no existe ninguna alternativa real o potencial (aunque sea menos ventajosa), impone a la autoridad de competencia la carga de demostrar que existen obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que hagan imposible la creación de una segunda instalación⁷.

Ante la inexistencia de obstáculo técnico para la creación de instalaciones adicionales, en el pasado se ha justificado el carácter esencial de la única instalación de tanatorio en un determinado mercado relevante debido a la existencia de barreras de entrada de carácter reglamentario, y, en concreto, al régimen de autorizaciones aplicables para el establecimiento de este tipo de servicios en el caso concreto⁸. Sin embargo, el proceso de reducción de las barreras de entrada de carácter regulatorio al que se ha hecho referencia más arriba en el apartado 2.2, y que pretende reforzar el propio Documento de Recomendaciones, ha facilitado -y seguirá facilitando en el futuro- la eliminación de los obstáculos reglamentarios.

En este sentido, cabe destacar que desde la aprobación del RDL 7/1996, el sector funerario ha estado sujeto a un proceso de liberalización constante. Por ejemplo, a través de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para impulsar la productividad en diferentes sectores, se reconoce la eficacia nacional de una autorización de carácter local para el transporte de cadáveres, además de establecer como límite a los requisitos de las autorizaciones la no desvirtuación de la liberalización del sector. Este límite, es posteriormente reforzado a través de las Leyes 17/2009, de 22 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a

⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 en el asunto T 201/04, Microsoft, apdo. 564.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97, Bronner, apdo. 44.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2016, F.D. Tercero.

la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En materia urbanística ya se ha tratado anteriormente los importantes avances que se han constatado en el sentido de no encontrar barreras administrativas relevantes que puedan diferenciar la implantación de un tanatorio de otro tipo de espacios comerciales.

Sin perjuicio de que como demuestra el Documento de Recomendaciones hay casos claros, pero concretos y fácilmente identificables, en los que la regulación municipal plantea serios problemas de competencia, creemos que la situación general respecto de la existencia de barreras administrativas no puede extraerse exclusivamente de esos ejemplos, y se está evolucionando en la buena dirección.

Esta creciente laxitud de las barreras normativas ya ha sido apreciada, entre otros, por las Autoridades de Competencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y del País Vasco, manifestando que las barreras normativas existentes para el establecimiento de una empresa funeraria no resultan significativas para nuevos entrantes⁹. También más recientemente por las autoridades del País Vasco y Navarra y la propia CNMC en el marco del expediente acumulado C/1151/20; MEMORA / REKALDE / IRACHE.

En cualquier caso, la imposibilidad de crear una instalación adicional por exigencias reglamentarias que no hubiera debido afrontar la empresa ya instalada habrá de ser demostrada en el caso concreto, a la vista de toda la normativa y jurisprudencia aplicable.

En cuanto a los obstáculos económicos para la introducción de instalaciones adicionales (valorados en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2019 en su Fundamento de Derecho Cuarto), el coste ligado a la reproducción de la instalación puede suponer en sí mismo un obstáculo insuperable para el acceso al mercado en aquellos casos en los que la instalación se ha creado en unas condiciones contrarias a la competencia, en parte merced a subvenciones públicas¹⁰. De esta manera, para que la denegación del acceso constituya un abuso, es preciso que el coste provocado por la reproducción de la instalación -que tuvo que ser afrontado por la empresa instalada- suponga en sí mismo un obstáculo para el acceso al mercado, no sólo para la empresa que solicite el acceso, sino para cualquier otra empresa.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido claramente que no basta con que la autoridad de competencia demuestre que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la demanda (asunto *C-7/97, Bronner*, apdo. 45). Así, por ejemplo, para

⁹ Véase el estudio “El sector de servicios funerarios en Galicia desde el punto de vista de la competencia”, elaborado por la Universidad de A Coruña y promovido y financiado por el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia; y el estudio “El sector funerario en la Comunidad Autónoma de Euskadi” elaborado por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia.

¹⁰ Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 en el asunto T-814/17, *Lietuvos gelezinkeliai AB v Comisión Europea*, apdo. 93.

considerar que el acceso al sistema de reparto a domicilio de diarios de un competidor resultaba esencial, el Tribunal consideró necesario acreditar al menos, que no resultaba económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio “*para la distribución de aquellos diarios que tuvieran una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente*” (asunto C-7/97, *Bronner*, apdo. 46).

Pues bien, las premisas expuestas para la aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales deben ponerse en relación con la realidad actual del sector que, como es conocido, ha sufrido una importantísima transformación en los últimos años. En efecto:

- El número de instalaciones de vela se ha cuadruplicado, pasando de unas 600 instalaciones en 2005 a más de 2.500 en 2021¹¹.

Este incremento obedece a la inversión realizada, en una importante medida, por entidades privadas que, a su vez, se ha visto impulsada por factores favorables tales como la evolución de una demanda más tendente a exigir instalaciones de tanatorio y la reducción de los costes de entrada.

- Profundizando sobre las barreras de entrada administrativas -cuya eliminación ha sido tratada anteriormente- actualmente en muchas zonas del territorio la normativa no exige una excesiva especialización (la apertura de un tanatorio requiere únicamente de un informe preceptivo de la autoridad sanitaria, una autorización municipal y una autorización de transporte privado de la comunidad autónoma).
- Las exigencias normativas y urbanísticas para la construcción y/o apertura de un tanatorio no difieren excesivamente de aquéllos requeridos para la construcción y/o apertura de otras instalaciones comerciales.
- El factor económico -muy lejos en todo caso de las inversiones analizadas por la jurisprudencia comunitaria a la hora de valorar la aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales- se ha reducido drásticamente como consecuencia, precisamente, de la reducción de las barreras administrativas. Así, por ejemplo, en muchas partes del territorio es posible alquilar una instalación comercial que cumpla las condiciones mínimas requeridas para poder desarrollar la actividad de vela.

Todo ello sin olvidar que el acceso, como tal, supone un freno absoluto a la inversión en nuevas instalaciones. El Documento de Recomendaciones y determinadas autoridades de competencia fijan como elemento imprescindible para poder competir en el mercado el poder contar con un tanatorio, pero al mismo tiempo acuden a medidas fuertemente intervencionistas que desincentivan la mayor inversión y apertura de tanatorios, lo que puede afectar “*negativamente*

¹¹ PANASEF, “Radiografía del sector funerario”.

al bienestar de los usuarios y en el que, adicionalmente, los competidores pueden tener la tentación de comportarse de manera oportunista”¹².

Todo lo anterior nos lleva a que no compartamos la inclusión en el Documento de Recomendaciones de la posible declaración general como esencial de “*las infraestructuras de tanatorio en aquellos municipios con un solo establecimiento o cuando se considere que objetivamente es necesario para garantizar que los operadores pueden competir de forma eficaz*”, lo que refleja una presunción -asumida por determinadas autoridades autonómicas de competencia- que, a nuestro entender, resulta errónea.

3.2. Cualquier presunción sobre el carácter esencial de las infraestructuras de tanatorio en aquellos municipios con un solo establecimiento resulta contraria a la delimitación de los mercados relevantes adoptada por la CNMC en sus últimas resoluciones relacionados con el sector funerario

La delimitación de los mercados relevantes en el sector funerario es aplicada por parte de las autoridades de competencias de manera casi automática siguiendo determinadas directrices generales, normalmente establecidas en este caso por la CNMC. No obstante, para delimitar geográficamente los mercados mayoristas de instalaciones funerarias debe, siempre y en todo caso, partirse de un análisis previo y concreta para cada supuesto planteado. Particularmente relevante será analizar en cada supuesto las posiciones competitivas en cada mercado de la parte afectada, así como las presiones que se producen sobre ella tanto de otros gestores de instalaciones como de otras empresas funerarias (con y sin instalación).

Pues bien, sin entrar a valorar la idoneidad de la delimitación del mercado relevante actualmente asumida por la CNMC -aunque anticipamos que existen elementos que justificarían un ámbito geográfico mayor-, la declaración del carácter esencial de las infraestructuras de tanatorio en aquellos “municipios con un solo establecimiento”, por ese único motivo, resulta contraria a la delimitación de los mercados relevantes adoptada por la CNMC en sus últimas resoluciones relacionadas con el sector funerario y pacíficamente admitida en el propio Documento de Recomendaciones.

Como hemos señalado más arriba, para que la negativa de una empresa en posición dominante a conceder acceso a un determinado servicio o a una determinada instalación pueda constituir un abuso de posición dominante, es preciso que, entre otros aspectos, la autoridad de competencia demuestre, que, en el caso concreto, la denegación de acceso eliminaría toda competencia en el mercado relevante. En este sentido, teniendo en cuenta la evolución del sector en los últimos años, la CNMC ha establecido en sus últimas resoluciones que el mercado mayorista de

¹² Informe de la Autoridad Catalana de Competencia del año 2016 “El uso del tanatorio y sus efectos sobre la competencia en los servicios funerarios”.

tanatorios es de ámbito local o delimitado por su zona de influencia, que es determinada mediante isócronas de quince minutos de desplazamiento en coche.

Por lo tanto, y sin entrar a valorar la idoneidad de esta delimitación del mercado relevante, como ya hemos comentado anteriormente, en ningún caso bastaría con que se limitara a demostrar que se trata del único tanatorio del municipio. Por el contrario, debería demostrar que, en el caso concreto, los requisitos establecidos jurisprudencialmente son aplicables en todo el mercado relevante; es decir, que la denegación de acceso eliminaría toda competencia en la zona delimitada mediante dichas isócronas, y que toda ella resulta afectada por obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que hagan imposible la creación de una segunda instalación.

Por ello tampoco considerados adecuada y ajustada a Derecho la recomendación anteriormente comentada del Documento de Recomendaciones sobre la posible declaración como esencial de *“las infraestructuras de tanatorio en aquellos municipios con un solo establecimiento o cuando se considere que objetivamente es necesario para garantizar que los operadores pueden competir de forma eficaz”*.

Esperamos que las anteriores reflexiones y observaciones puedan ser de interés y agradecemos la iniciativa de las autoridades autonómicas de competencia y de la CNMC en el desarrollo de la presente consulta pública.