

Doctrina sobre la instalación de crematorios en suelo industrial o dotacional

PABLO BAQUERO SÁNCHEZ

Vocal del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

1. **Introducción**
2. **Régimen de la sanidad mortuoria**
3. **Los servicios funerarios y las implicaciones de su liberalización**
4. **Pronunciamientos judiciales en torno a la calificación del suelo y emplazamiento de tanatorios y crematorios**
5. **Conclusiones sobre emplazamiento de crematorios**

1

Introducción

La doctrina consultiva se ha acercado a la problemática sobre la autorización de crematorios en suelo industrial o dotacional, atendiendo a los criterios ofrecidos por los diversos pronunciamientos judiciales en la materia, casuísticos y en apariencia divergentes, que son objeto de estudio en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núm. 144/2022, a raíz de una consulta facultativa.

Los ayuntamientos se enfrentan a solicitudes de licencia para la actividad de crematorio –distinto del tanatorio– en suelos de genérico “uso industrial” o “dotacional” que no tienen un específico destino para la actividad que se interesa conforme a las normas de planeamiento urbanístico vigentes. Es evidente que tanto la excesiva demora como la indebida autorización abocan a consecuencias perturbadoras y, probablemente, a un sacrificio patrimonial.

La ausencia de una regulación precisa, que pudiera asimilar esta actividad a la industrial, al margen de las convenciones antropológicas y religiosas, exige a los ayuntamientos un mayor rigor a la hora de ponderar si procede o no otorgar la correspondiente licencia, en orden a garantizar la seguridad jurídica de los operadores públicos y privados del sector.

Régimen de la sanidad mortuoria

La sanidad mortuoria se incardina en la “sanidad interior”, separada por tanto de la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.16.^a de la Constitución, tal y como advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril –ECLI:ES:TC:1983:32–. Así pues, conforme al artículo 148.1.21.^a de la Constitución, encaja en el ámbito competencial autonómico, habiendo asumido las comunidades autónomas –en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca– el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia (así, artículo 11.2 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias).

La normativa cardinal sobre sanidad mortuoria hasta la aprobación de disposiciones autonómicas era la estatal, constituida por el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. Diversas comunidades autónomas no cuentan con una normativa propia, otras como el Principado de Asturias han aprobado disposiciones que desplazan en su aplicación a la mencionada norma preconstitucional (así, el Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el Ámbito del Principado de Asturias, que desplaza en su aplicación al Decreto 2263/1974).

El Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, indica en el artículo 53 que “Será obligatorio disponer de crematorio de cadáveres dentro del recinto del cementerio en los municipios de población mayor de medio millón de habitantes”, y que “Los municipios menores que acuerden también su instalación lo solicitarán [...] presentando el proyecto detallado”. Posteriormente algunas disposiciones autonómicas han venido a ordenar la inclusión en las normas de planeamiento de un estudio sobre las necesidades “en relación al servicio de cementerio”, si bien entre los servicios obligatorios de un cementerio no se establece el de horno crematorio, y si bien algunas disposiciones que regulan los “tanatorios” no aluden específicamente a los “crematorios”.

En este escenario de marcada inseguridad, sí se observa, al menos, una convergencia en los conceptos o definiciones legales. Así, en el Principado de Asturias, en fórmulas reiteradas en distintas disposiciones, el Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, define en su artículo 6 el “tanatorio” como el “Establecimiento funerario habilitado como lugar de etapa del cadáver entre el lugar de fallecimiento y el destino final, debidamente acondicionado para

la realización de las prácticas de tanatopraxia o tanatoestética y para la vela de cadáveres”, y el “horno crematorio” como aquellas “Instalaciones compuestas de uno o varios hornos para la incineración de cadáveres, de restos humanos y de restos cadavéricos”. Si bien los requisitos exigibles a los tanatorios se pormenorizan en las disposiciones vigentes, no sucede lo mismo con los propios de los crematorios. Sí se disciplinan distancias en las normas autonómicas cuando se ocupan de los “cementeros de nueva construcción”, para los que comúnmente se prevén unas distancias mínimas de separación “con cualquier otra construcción” y, a partir de ese límite, una segunda franja en la que solo se pueden autorizar instalaciones de carácter industrial, ciertos equipamientos, viviendas unifamiliares, explotaciones agropecuarias, u otros usos de densidad menor que se estiman compatibles. A estos mismos límites viene a sujetarse “la ampliación de cementeros”, si bien se contemplan algunas excepciones en función del tiempo en que se hubieren construido.

En otro orden de cosas, es preciso tener presente que la sanidad —en general, pero por evidentes razones muy especialmente la mortuoria— se halla imbricada con la protección del medio ambiente. Así, en la Sentencia 208/1991, de 31 de octubre —ECLI:ES:TC:1991:208—, el Tribunal Constitucional señaló que, “para precisar cuál sea el título aplicable a una materia en principio englobable en dos o más, los criterios de especificidad y finalidad primordial de la disposición cuestionada se configuran como determinantes para la atribución de la competencia controvertida”. Esta superposición o solapamiento de las materias tiene una especial trascendencia para el asunto que nos ocupa, dado que el adecuado cumplimiento de todos los requisitos exigibles en relación con la instalación o ubicación de un horno crematorio no estaría solamente vinculado al artículo 45.1 de la Constitución (derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado), sino también a su artículo 43.1 (derecho a la protección de la salud).

Singularmente, la cremación está catalogada como una actividad potencialmente contaminadora para la atmósfera; en concreto, “la incineración de cadáveres humanos o restos de exhumación” se incluye en el anexo IV de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, y en el anexo del Real Decreto 100/2011, de 28 de enero, por el que se actualiza el Catálogo de Actividades potencialmente Contaminadoras de la Atmósfera y se establecen las Disposiciones Básicas para su Aplicación, como actividad del grupo B (cuyos requisitos de control son menos exigentes que para aquellas incluidas en el grupo A). Por tanto, la actividad de cremación está sujeta a la autorización autonómica prevista en el capítulo III de la mencionada Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (artículos 13.2 de la Ley y 5.1 del Real Decreto), cuya finalidad es garantizar

el cumplimiento de los objetivos de calidad del aire y el respeto a los valores límite de emisión de los contaminantes atmosféricos. De ahí que, teniendo en cuenta estas exigencias, los instrumentos de ordenación urbanística hayan de establecer para este tipo de actividades espacios adecuados que preserven de las mismas a las áreas residenciales.

Además, merece especial mención la *Guía de consenso sobre sanidad mortuoria*, aprobada en la Comisión de Salud Pública de 24 de julio de 2018 y elaborada, según reza su preámbulo, “ante la necesidad de disponer de un instrumento que permitiera armonizar la normativa en este ámbito”, para lo cual la Comisión de Salud Pública creó un grupo de trabajo (integrado por representantes de las comunidades autónomas y coordinado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social) “con el mandato de elaborar una guía de consenso sobre cuestiones exclusivamente sanitarias en el ámbito de la sanidad mortuoria, que pudiese ser utilizado como referencia por las Comunidades Autónomas y por la Administración General del Estado a la hora de elaborar o modificar su propia normativa, manteniendo así unos criterios comunes y armonizados”. En este documento se define el “crematorio” como aquellas “Instalaciones compuestas por uno o varios hornos para la incineración de cadáveres, restos humanos, restos cadavéricos y restos óseos”, y el “tanatorio” como el “Establecimiento funerario habilitado como lugar de etapa intermedia del cadáver entre el lugar de fallecimiento y el destino final, debidamente acondicionado para la realización de las prácticas de tanatopraxia y para la exposición y vela de los cadáveres”. Posteriormente, la Guía aborda la cuestión de los hornos crematorios, señalando que “deberán cumplir todos aquellos requisitos que les sean de aplicación en materia de medio ambiente de la Comunidad Autónoma correspondiente./ Los nuevos hornos crematorios se ubicarán preferentemente en suelos de clasificación industrial./ No deberá haber núcleos poblacionales o espacios vulnerables en el radio de 200 metros a partir del foco de emisión que constituye la chimenea del crematorio, entendiendo como espacios vulnerables aquellas zonas de residencia o de actividad con una permanencia importante de la población que, por su proximidad al horno crematorio, puede verse afectada por sus emisiones (entre otras, las zonas residenciales, las residencias de la tercera edad, los centros sanitarios y educativos, los parques infantiles o las instalaciones deportivas). Esta distancia deberá ser ratificada por el Ayuntamiento donde se pretende instalar el crematorio. En el caso de que no se cumpla esta distancia, el titular de la instalación presentará un estudio de dispersión de contaminantes de las emisiones esperadas en el horno crematorio, utilizando modelos matemáticos reconocidos por algún organismo internacional./ Se considera población de especial vulnerabilidad la infancia, las personas de edad avanzada, las muje-

res embarazadas y las personas enfermas, sobre todo aquellas que padezcan enfermedades crónicas o de tipo respiratorio./ Los contaminantes objeto de control serán los gases de combustión, el ácido clorhídrico, las partículas, el mercurio, el carbono orgánico total y las dioxinas y furanos”.

En definitiva, de lo expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones: a) Las disposiciones normativas sobre Policía Sanitaria Mortuoria dejan patente la inocuidad del tanatorio (establecimiento funerario habilitado para prácticas de tanatopraxia o tanatoestética y para la vela de cadáveres) y la potencialidad nociva del crematorio (instalación conformada por uno o varios hornos destinados a la incineración). b) El crematorio bien puede integrarse en el cementerio o bien habrá de preverse ese uso en un espacio que cumpla con el régimen de distancias. c) La *Guía de consenso sobre sanidad mortuoria* –desprovista de carácter imperativo pero que, como documento de compromiso y consenso, bien podría incluirse dentro de lo que se viene denominando como *soft law*– sugiere una ubicación “preferente” de los crematorios en suelos “de clasificación industrial” –en su sentido más general–, si bien su objetivo no es identificar una categoría de suelo apto, sino prever un régimen de distancias entre la chimenea del crematorio y los núcleos poblacionales o espacios vulnerables, sin excluir en suma que se localice en otras áreas no residenciales. d) Cuando las disposiciones de aplicación no excluyen la instalación de hornos crematorios en los cementerios, deben reputarse adecuadas las distancias de separación recogidas para estos, que se ajustan sustancialmente a las recomendaciones de la reseñada Guía de consenso.

Con base en estas observaciones, y enfrentándonos a una normativa urbanística –la que disciplina los usos del suelo–, el criterio interpretativo deducible no ampara una aplicación extensiva de los usos o aprovechamientos, sino estricta o restrictiva, considerados los principios generales de la ordenación territorial y urbanística hoy presididos por los de prevención y utilización racional y sostenible del territorio. A este criterio obedecen las reglas interpretativas que ordenan estar, en caso de duda, al régimen que comporte la “mayor protección y el menor aprovechamiento urbanístico” (por todas, artículo 94 del vigente Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias).

3

Los servicios funerarios y las implicaciones de su liberalización

El régimen jurídico fundamental de los servicios funerarios –regulador de los derechos y obligaciones que deben cumplir los profesionales y empresas

que actúen en el sector— se halla en las normas relativas a sanidad mortuoria y sobre protección de consumidores y usuarios, al margen de los acuerdos internacionales existentes sobre traslado internacional de cadáveres.

La prestación de los servicios funerarios es una actividad que ha sido objeto de liberalización a través del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, cuyo artículo 22 dispone que “Se liberaliza la prestación de los 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, de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fije el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias, los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos”. Este precepto fue objeto de modificación por el artículo 23 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la Productividad, que agregó un inciso al citado párrafo, del siguiente tenor: “Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector”.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio —que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior—, extiende su ámbito de aplicación a los servicios funerarios, lo que conlleva que toda medida que suponga una limitación a su acceso o ejercicio deba quedar justificada por una razón imperiosa de interés general y resultar proporcionada; esto es, que exista otra medida menos restrictiva que permita salvaguardar el objetivo que se pretende con la regulación.

Posteriormente, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, señaló en su disposición adicional séptima lo siguiente: “En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno llevará a cabo un estudio y propondrá, en su caso, los cambios normativos necesarios para garantizar la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios, incluidos los supuestos en que se haya contratado un seguro de decesos, así como para impulsar la eliminación de otras posibles trabas que puedan derivarse de la normativa vigente”.

En cumplimiento de este mandato, el Gobierno de España presentó el *Estudio sobre los servicios funerarios en España*, de 28 de junio de 2010, en cuya redacción intervinieron los entonces ministerios de Economía y Ha-

cienda y de Sanidad y Política social. Este documento constata la existencia de un amplio consenso en separar las actividades funerarias de los servicios de cementerios y de cremación. Asimismo, tras llevar a cabo un análisis del marco regulatorio existente, percibe “la exigencia de numerosos requisitos que constituyen barreras que dificultan el acceso al mercado para nuevos entrantes, en la medida en que exigen una inversión elevada, reduciendo así la competencia”, señalando, entre otros, “la exigencia de local para atención al público y oficinas”.

Amén del Ejecutivo estatal, los servicios funerarios reclamaron la atención del Tribunal de Cuentas, que en sesión celebrada el 20 de julio de 2006 aprobó el Informe n.º 727, de fiscalización de la gestión de servicios funerarios y de cementerios. Señala el documento que, “tradicionalmente, el servicio de cementerio ha venido prestándose por los Ayuntamientos de forma directa y la actividad de pompas fúnebres –suministro del féretro y transporte básicamente– por empresas privadas. La necesidad de cementerios nuevos o ampliación de los existentes fue la principal causa que determinó el paso de la gestión directa a la gestión indirecta a través de concesiones administrativas o mediante la creación de empresas mixtas, instrumentos que permitieron que los concesionarios o los socios privados acometieran a su costa las obras necesarias a cambio de la explotación de las instalaciones hasta la extinción de los respectivos contratos, momento en el que se producirá la reversión al Ayuntamiento./ Este cambio en la forma de gestión también se produjo como consecuencia de dos factores: primero, la nueva configuración urbanística de las ciudades que generó la necesidad de disponer de instalaciones adecuadas para el velatorio –superando la tradicional vela domiciliaria–; y segundo, por el cambio en las costumbres funerarias, apreciándose un significativo aumento de las incineraciones a partir de 1975, que determinaron la necesidad de tanatorios y crematorios, inicialmente en las grandes ciudades, para generalizarse a ciudades medias y pequeñas durante los últimos años”. Seguidamente, recuerda que “la ubicación de los centros en los que se desarrollen las actividades de unos u otros servicios (tanatorios, cementerios y crematorios, principalmente)” está sometida “a las previsiones de los planes generales de ordenación urbana o normas subsidiarias de planeamiento, que pueden delimitar zonas reservadas para este tipo de equipamientos, dado el tradicional tratamiento de estas actividades como molestas, insalubres y nocivas”. Por último, indica que “la liberalización del servicio funerario [...], a partir del 1 de enero de 1997, originó un cambio en la concepción de los servicios mortuorios, pudiéndose distinguir las siguientes actividades:/ a) Actividades funerarias, que incluyen toda clase de servicios desde que se produce el fallecimiento de una persona hasta el momento de su inhumación o cremación; son

actividades económicas que pueden ser desempeñadas por los Ayuntamientos en régimen de libre concurrencia./ b) Servicio de inhumación o cremación. El cementerio es un servicio obligatorio que debe prestarse en todos los municipios, por sí o asociados, que puede hacerse en concurrencia con la iniciativa privada. El servicio de incineración, como sustitutivo o complementario al de cementerio, es un servicio municipal voluntario que, asimismo, también puede prestarse en concurrencia con la iniciativa privada”.

Como corolario a lo expuesto, cabe señalar que la liberalización de los servicios funerarios supone que el planificador urbanístico, aun conservando la indispensable discrecionalidad para diseñar el modelo territorial del municipio, debe tener presente la necesidad de no establecer barreras injustificadas para el acceso al mercado por parte de los potenciales prestadores de tales servicios (evitando que los problemas de ubicación desincentiven las inversiones en la mejora o apertura), teniendo en cuenta además que de la competencia en el sector dependerá también la garantía de la libertad de los usuarios a la hora de elegir un prestador.

Ello obliga a tomar en consideración que, por razones de economía y eficiencia y para ofrecer un mejor servicio, es común que los tanatorios incluyan una instalación de crematorio, gestionado por la misma empresa funeraria, o que los mismos crematorios comprendan un lugar donde poder velar al difunto para posteriormente proceder a la cremación y a la entrega de cenizas, o incluso officiar ceremonias (ya en 1963 el papa Pablo VI levantó la prohibición de la cremación, y en 1966 permitió a los sacerdotes católicos officiar ceremonias de cremación).

De ahí que hayan de existir emplazamientos aptos para el conjunto de la ceremonia, sin que pese sobre las empresas del sector la gravosa carga de mantener establecimientos separados para velatorio e incineración.

4

Pronunciamientos judiciales en torno a la calificación del suelo y emplazamiento de tanatorios y crematorios

En un primer recorrido, se advierte que algunas sentencias impiden la instalación de un crematorio en defecto de previsión urbanística expresa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de febrero de 2012), mientras otras impiden la instalación de un crematorio en suelo residencial e indican que puede ser un uso industrial (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de marzo de 2017 y del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 4 de diciembre de 2017), y otras validan

la instalación de un crematorio en un polígono industrial (sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Oviedo de 21 de diciembre de 2007 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de noviembre de 2017).

Conviene, en primer término, detenerse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia de 28 de octubre de 1988 –ECLI:ES:TS:1988:7503– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) indicó, en relación con la denegación de una licencia para la instalación de un velatorio de difuntos, que “al margen de la calificación como molesta hecha por la Comisión Territorial de Actividades Clasificadas del Gobierno de Canarias y de su informe desfavorable a la instalación del velatorio, el acuerdo denegatorio del [...] Alcalde se encuentra legitimado por un inadecuado emplazamiento sin posibilidad de [...] medidas correctoras por no estar acorde la instalación con la normativa urbanística aplicable, ni haber solicitado la demandante que se le indicara otro lugar adecuado; ni controvertido en este proceso la falta del cumplimiento de la obligación del Ayuntamiento de prever en la normativa urbanística una zona para esa clase de servicios de estar carente de ella, lo que tampoco ha sido objeto de este proceso en el que la demandante tuvo oportunidad de alegar lo que en defensa de su interés creyó conveniente al formular su petición y darle el trámite de audiencia y posteriormente al articular su recurso de reposición; debiendo el derecho de libertad de empresa”, reconocido en el “artículo 38 de la Constitución, acomodarse en su ejercicio a la norma específica que regule la actividad a que se contrae, así como, en cualquier caso, a la urbanística que hace posible el uso racional del suelo y la convivencia de sus titulares, y el desarrollo de la vida en común que notoriamente no es compatible con la instalación de unos servicios funerarios en una zona destinada al uso residencial, comercial y hotelero de una ciudad”.

La Sentencia de 13 de diciembre de 1990 –ECLI:ES:TS:1990:9243– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) señaló, en relación con los tanatorios, que “de ello se desprende que tal actividad más que como sanitaria o religiosa, aunque en determinados aspectos participe de estas, debe ser comprendida dentro de las industriales, y así fue considerada en un informe por el Ingeniero municipal, ya que no se trata de una actividad simple en [la] que predomine lo sanitario o lo religioso, o ambos a la vez, sino de una actividad compleja en la que cumpliéndose algunas finalidades sanitarias y religiosas lo primordial es lo industrial-mercantil, caracterizado por prestar al público la realización de todo cuanto es necesario según los usos sociales para la inhumación de los cadáveres sin que quienes estén obligados a verificarla tengan que ocuparse personalmente de hacerlo”.

La Sentencia de 15 de noviembre de 2006 –ECLI:ES:TS:2006:7287– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) recuerda, con ocasión de un recurso que versaba sobre la prohibición –por una ordenanza municipal reguladora de hornos– de la implantación, en todas las zonas del suelo urbano y urbanizable (residencial o industrial), de hornos cuya finalidad fuese la cremación de cadáveres humanos o sus restos, que al planificador corresponde diseñar el modelo territorial del municipio, y que “la libertad de empresa no ampara un derecho incondicionado a la instalación de cualesquiera establecimientos en cualquier espacio, sino uno que ha de ejercerse dentro de un marco general configurado por las reglas estatales y autonómicas que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos”. Asimismo, aborda la cuestión de si siendo el cementerio municipal suelo “no urbanizable dotacional” podría instalarse en él un horno crematorio, a lo que el Tribunal Supremo responde afirmativamente, reseñando que “siendo cierto que una recta interpretación del artículo 50 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria (en el particular en el que ordena que el emplazamiento de los cementerios de nueva construcción diste por lo menos 500 metros de las zonas pobladas) impide acometer actuaciones que realmente impliquen ampliar los cementerios preexistentes sin respetar esa distancia; lo es también que esa recta interpretación no impide dotar a estos, a los cementerios preexistentes, de lo que no son más que meras instalaciones al servicio de ellos y de su mejor funcionalidad; pues ni el sentido de la norma es que esos cementerios preexistentes desaparezcan o dejen de cumplir la función que les es propia, ni lo es tampoco la de impedir que se doten de las instalaciones que sean necesarias o convenientes”.

La Sentencia de 27 de diciembre de 2011 –ECLI:ES:TS:2011:9054– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) indicó que “debemos partir de la norma que se afirma infringe la Ordenanza cuyo artículo [...] impone la limitación de distancia a la que deben sujetarse la instalación de los hornos crematorios asociados a tanatorios. Y como ya hemos expuesto la misma es proporcionada al bien jurídico que pretende proteger que en una doble vertiente es el del medio ambiente y la salubridad de las personas, no en vano se trata de una actividad calificable de molesta e insalubre. Sin embargo, se afirma por la recurrente que su actividad según el Real Decreto-ley 7/1996, cuyo artículo 22 liberaliza los servicios funerarios, está sometida a una autorización de carácter reglado y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos, que no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector./ Pues bien en este caso, partiendo de lo expuesto y asumiendo lo proporcionado de la medida adoptada, no se ha acreditado

fehacientemente que ese requisito desvirtúa la liberalización del servicio y, desde luego, lo que en modo alguno se demuestra es que esa limitación que se consigna en la Ordenanza y en la demanda se denuncia como arbitraria encubierta por parte del Ayuntamiento [...] el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, que es en lo que consiste el vicio de desviación de poder al que se refiere el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción”.

La Sentencia de 20 de diciembre de 2021 –ECLI:ES:TS:2021:4938– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a) señaló que “si el debate [...] debiera considerarse sobre si una determinada actividad (tanatorio-velatorio) puede ubicarse en una determinada categoría del suelo previsto en el planeamiento municipal (NNSS, con la simplicidad que comporta), y esa ubicación debe realizarse conforme a los términos generales que se establecen en dicho planeamiento [...], la respuesta ha de quedar condicionada a las determinaciones específicas del planeamiento y la regulación sanitario mortuoria autonómica”.

Por último, el Auto de 11 de mayo de 2022 –ECLI:ES:TS:2022:7122– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) admite como cuestión de interés casacional la consistente en determinar “si la distancia mínima de 500 metros de zonas pobladas para el emplazamiento de los cementerios de nueva construcción, prevista en el artículo 50 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, ha de aplicarse también en los casos de construcción de hornos crematorios, se encuentren o no en el recinto de un cementerio”. En él se recuerda que el Tribunal Supremo ha dispensado la aplicación del régimen de distancias cuando se trata de un crematorio que se instala en un cementerio preexistente al Decreto reseñado.

Respecto a los pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia, conviene reseñar los que siguen.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 19 de noviembre de 2008 –ECLI:ES:TSJAS:2008:6126– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) confirma la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Oviedo de 21 de diciembre de 2007, relativa al crematorio de Sotrongio, considerando que un crematorio no es una industria fabril, por lo que no se estima incompatible con los usos del suelo en el que se pretendía su implantación.

La Sentencia del mismo Tribunal de 4 de diciembre de 2017 –ECLI:ES:TSJAS:2017:3967– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) razona que “el uso de suelo e instalaciones para la actividad de tanatorio es distinto y autónomo del propio de crematorio. Una cosa es que

tanatorio y crematorio pueden ser servicios conjuntos y otra muy distinta que la autorización de una actividad comporte necesariamente la autorización de la siguiente, pues son distintas fases de la actividad fúnebre; en efecto, distinta es su naturaleza, pues el tanatorio está orientado a velar el cadáver sin incidencia sobre salubridad, medio ambiente y sin labores de combustión, mientras que el crematorio es una instalación encaminada a operar sobre el cadáver con incidencia sensible en medio ambiente y salubridad. De ahí que nada impide que existan actividades conexas, unas inocuas y las siguientes nocivas, o como es el caso dos actividades sujetas a la reglamentación de actividades clasificadas pero con distinta calificación y medidas de tutela pública asociadas”. No cabe, por tanto, “presumir una suerte de autorización del crematorio por derivación de la preexistente de tanatorio, y ello porque distinto es el riesgo, impacto y trámites para cada una de las actividades. El que todos los hornos crematorios estén en tanatorios no quiere decir que todos los tanatorios tengan crematorios, ni que todos deban tenerlos, ni que la autorización de unos englobe la de los otros”, concluyendo que “la actividad de crematorio desborda lo que son usos comerciales” y no tiene cabida entre los usos previstos por el Plan General “para el suelo comercial”.

Merece destacada mención la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de enero de 2022 –ECLI:ES:TSJAR:2022:162– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), en la que se razona que “el Área [...] en que se pretende ubicar el crematorio está clasificado en el PGOU como Industria tipo C. Su uso característico es la producción industrial y entre sus usos compatibles aparecen los de equipamiento de los artículos 104.4.3 (sanitario y asistencial), 104.4.4 (deportivo) y 104.4.7 (protección y seguridad), y no está previsto el del 104.4.8 del PGOU (cementeros, crematorios y tanatorios)./ Basta este razonamiento para determinar que existiendo claramente establecido el uso de cementeros, crematorios y tanatorios en el planeamiento superior, no es posible autorizar su uso, so pena de vulnerar la norma ordenancista”.

De lo hasta aquí expuesto, cabe conciliar los pronunciamientos que se reseñan, concluyendo lo siguiente: a) La actividad de crematorio se ha calificado como predominantemente “industrial-mercantil”, pero su instalación se admite por el Tribunal Supremo en suelo “no urbanizable dotacional” (como es el cementerio municipal, incluso aunque no guarde estrictamente el régimen de distancias arbitrado en la normativa posterior al establecimiento del camposanto). b) El uso de suelo e instalaciones para la actividad de tanatorio es distinto y autónomo del propio de crematorio, y aunque llegasen a ser presuntas de forma conjunta ello no conllevaría que la autorización para una de las actividades comporte la de la otra. c) Resulta determinante la ordenación

de usos del planeamiento, no solo la clasificación del suelo. Sin duda, el de crematorio puede configurarse en el planeamiento como un uso compatible en el suelo industrial. Ahora bien, cuando entre los usos previstos en el planeamiento se encuentra explicitado el de crematorio (e incluso aunque no se asigne ese uso a ningún área), no procede acudir a la vía interpretativa para darle cabida en una parcela para la que no está expresamente previsto. En cambio, cuando el planeador no ha contemplado específicamente el uso “crematorio” sí cabría entenderlo comprendido en el “uso industrial”, así como en el reservado a “cementerio”, pero no en el consignado como “tanatorio”, pues los primeros engloban una pluralidad de aprovechamientos, mientras que el último se refiere a una concreta instalación cuya definición legal no incluye el horno crematorio. d) La actividad de crematorio desborda lo que son usos comerciales en suelo residencial –no puede, por vía interpretativa, ubicarse en ese entorno–, y fuera de esa clase de suelo no puede orillarse que la incineración encierra un “proceso industrial”, por lo que tampoco debe autorizarse en un área o parcela ajena al uso industrial, faltando previsión expresa. Para que, fuera del entorno residencial, pueda ubicarse en una parcela reservada genéricamente a la industria, es suficiente que el planeador no haya contemplado el uso “crematorio” con separación del industrial, en cuyo caso podría entenderse embebido, pero para que pueda instalarse en un espacio “dotacional” (como los destinados a equipamientos) lo adecuado es que en el planeamiento (bastando el derivado, como el plan parcial) se consigne ese uso de crematorio entre los compatibles, a fin de dotar de seguridad jurídica a los operadores. e) El sometimiento de la instalación de los hornos crematorios a adicionales limitaciones de distancias por la normativa local resulta proporcionado al bien jurídico que se pretende proteger, por lo que han de aplicarse en tanto no desvirtúen la liberalización del servicio.

5

Conclusiones sobre emplazamiento de crematorios

Tal como se razona en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núm. 144/2022, la lógica que subyace en las resoluciones judiciales es que ha de partirse del imperativo de ofrecer espacios físicos que permitan la implantación de servicios funerarios, y que ante la carencia de una calificación urbanística explícita al efecto de ubicar las instalaciones indispensables para desarrollar tales actividades, debe optarse por seguir el proceso lógico de descartar aquellos espacios cuyos usos permitidos no se acompañen a la incidencia manifiesta del crematorio en el entorno, llegándose a la conclusión de

que a falta de planeamiento suficientemente preciso el suelo apto para la actividad industrial resultaría el más adecuado para su implantación. En este punto, procede reparar en que el interés general insito en los servicios funerarios y su proceso mismo de liberalización condicionan el procedimiento lógico a seguir a los efectos de resolver su implantación más acorde con la calificación urbanística, siendo el más conforme el ofrecido por la jurisprudencia, y que supone aceptar que, allí donde la normativa urbanística no ofrezca solución clara e inequívoca por no contemplar específicamente el uso de “crematorio”, el suelo destinado a actividades de índole industrial resulta el más adecuado para la implantación de estos hornos; conclusión que, por otra parte, coincide con la recomendación proporcionada por la *Guía de consenso sobre sanidad mortuoria* de 24 de julio de 2018, según la cual los “nuevos hornos crematorios se ubicarán preferentemente en suelos de clasificación industrial”.

Ahora bien, en rigor, las restricciones que recaen sobre la instalación de crematorios –a la luz de las sentencias examinadas– no se fundan tanto en la negación de su naturaleza como equipamiento sino en la discordancia de ese concreto equipamiento con un entorno residencial, en la medida en que la incineración de cadáveres vierte a la atmósfera elementos nocivos extraños a las actividades comerciales admisibles en los núcleos de población.

Lo relevante es la compatibilidad de usos y el respeto a las determinaciones del planeamiento. No se trata tanto de sentar una prevalencia de lo industrial sobre lo dotacional, o de la estricta incineración sobre el equipamiento, ni de forzar los conceptos más allá de lo que usualmente abarcan, sino de conciliar la incidencia de la actividad con el espacio llamado a acogerla. El crematorio no es una “industria” al uso (no es una “industria fabril”), pero en su seno se acomete un “proceso industrial”. Fuera de ese elemento, este tipo de instalaciones se acomoda de ordinario al concepto de “equipamientos” que se engloba en la consideración de “dotacional”, con una única singularidad insoslayable –las emisiones– que los separa de los tanatorios en los que en ocasiones se integran. De ahí que no pueda desconocerse esa naturaleza bifronte o dual, que en todo caso excluye esta actividad nociva de los entornos urbano y urbanizable residencial por causa de sus emisiones –y en tanto la técnica o la ciencia no alcancen a eliminarlas–.

Habiéndose apreciado en los pronunciamientos judiciales un carácter predominantemente “industrial-mercantil”, la cautela conveniente al otorgamiento de autorizaciones impone tomar en consideración las previsiones de planeamiento aplicables. Si en los instrumentos de planeamiento se contempla específicamente el uso de “crematorio”, solo deberá autorizarse allí donde esté asignado ese uso, y si no se ha asignado a ningún espacio habría que proceder a la modificación del planeamiento, pues si el propio planeador

lo contempló con separación del genérico “uso industrial”, no cabe después deducir por vía interpretativa su integración en este. En cambio, si en el planeamiento no se acoge una disciplina o clasificación de usos que contemple el de “crematorio” sí puede –por vía interpretativa, y siempre que no se revele incompatible con prescripciones explícitas– autorizarse sobre una parcela reservada genéricamente a la industria, con la que comparte el elemento nocivo que aboca a la interpretación restrictiva de usos. En este supuesto en el que la normativa municipal no contemple separadamente el uso de “crematorio” se estima que su autorización en suelo “dotacional” –no residencial– requiere (salvo en el caso de “cementeros”, al que antes se ha aludido) de una previa modificación dirigida a consignar ese uso entre los reservados o compatibles para la parcela, a fin de preservar la seguridad jurídica.

