

LOS SERVICIOS MORTUORIOS DE CEMENTERIO E INCINERACIÓN: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

JORNADA “Cementiris i serveis funeraris”. . Federació Catalana de Municipis. 27 d’octubre de 2017. Barcelona.

Francisco José Sospedra Navas. Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

- 1) DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO
- 2) EVOLUCIÓN Y MARCO NORMATIVO

II. EL SERVICIO DE CEMENTERIO

- 1) CEMENTERIOS MUNICIPALES
 - A) OBJETO DEL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL
 - B) RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES SOBRE NICHOS Y SEPULTURAS
 - B.1) TRANSMISIÓN DE DERECHOS FUNERARIOS
 - B.2) CADUCIDAD
- 2) CEMENTERIOS PRIVADOS

III. EL SERVICIO DE INCINERACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

1) DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

El estudio tiene por objeto el examen de la problemática jurídica que plantean los servicios mortuorios de cementerio e incineración, que presentan unos rasgos diferenciados en relación a los denominados servicios funerarios.

Aquí debe precisarse que, aunque la normativa no define de manera expresa qué se entiende por servicios funerarios y por servicios mortuorios, cabe entender que la segunda expresión tiene un alcance más amplio al abarcar los servicios de inhumación o cremación, que presentan características singulares, y por ello son analizados específicamente en este estudio.

Así, dentro de los “servicios mortuorios” pueden distinguirse tres categorías como son: (i) los servicios funerarios, incluidos los servicios de tanatorio, definidos como todas aquellas actividades que se realizan desde que se

produce el fallecimiento de una persona hasta el momento de su inhumación o cremación; (ii) servicios de incineración, consistente en la reducción a cenizas del cadáver por medio de calor; y (iii) servicios de cementerio o entierro¹.

Los servicios mortuorios se encuentran estrechamente relacionados entre ellos, y se pueden considerar complementarios, excepto los servicios de cementerio y de incineración, que son por lo general sustitutivos. Desde la perspectiva de análisis, existe cierto consenso en separar las actividades funerarias de los servicios de cementerio o cremación, dado que éstos últimos son ofertados normalmente por municipios y no por empresas privadas², presentando una problemática jurídica diferenciada a la que presentan los servicios funerarios, derivada principalmente de la consideración como servicio público esencial de la gestión de los cementerios, incluyendo la actividad de crematorio, por tratarse de una actividad sustitutiva.

Todos los servicios mortuorios se desarrollan en un mercado de referencia eminentemente local que se caracteriza, desde el punto de vista de la demanda, por ser estable, de primera necesidad, ocasional y urgente. La oferta por lo general es limitada, pues no es frecuente que en un mismo municipio operen más de dos empresas, y la demanda, desde la perspectiva del consumidor, se caracteriza por ser imprevista y adoptarse la decisión de contratar con cierta desinformación, derivada de su carácter ocasional y urgente, si bien existe un matiz importante derivado de que se trata de un mercado que tiene un elevado grado de intermediación por las compañías de seguros de decesos.

La problemática jurídica que se plantea en relación a los servicios mortuorios responde a grandes rasgos a las características apuntadas.

Un primer bloque de conflictos se corresponde con las singularidades del mercado de servicios funerarios que, pese a estar liberalizado, presenta una libertad de elección muy limitada, existiendo cierta tendencia en la práctica a

¹ Esta clasificación se recoge en el informe de TORNABELL GONZÁLEZ, I. Y VIVES VIVES, J. “Estudio sobre la competencia en el sector de los servicios funerarios en Catalunya”. Dirección General de Defensa de la Competencia Generalitat de Catalunya. 16 de marzo de 2007, pág. 4.

² Vid. Informe de Fiscalización de la gestión de Servicios funerarios y cementerios. Tribunal de Cuentas. Núm. 727. 20 de junio de 2016. Según dicho informe, los Ayuntamientos prestan el servicio de cementerios de forma directa, por sí o mediante sociedad mercantil de íntegra titularidad municipal, o por gestión indirecta mediante concesiones administrativas y empresas mixtas; además, algunos lo prestan de forma mancomunada con otros municipios. El 61% de los Ayuntamientos analizados presta el servicio de cementerio en gestión directa, en tanto que el 36% se presta de forma indirecta y sólo en el 3% de forma mancomunada.

vincular los diferentes servicios por parte de las empresas operadoras; por otra parte, el protagonismo de las aseguradoras en el ramo de decesos determina que en muchas ocasiones sean éstas las que elijan a la empresa funeraria que presta el servicio. Todo ello da lugar a que la competencia efectiva sea muy limitada, lo cual genera una conflictividad amplia en materia de derecho de la competencia, que se proyecta singularmente en la vinculación de servicios y en la existencia de condiciones económicas asimétricas en la prestación del servicio.

En el caso de los servicios mortuorios de cementerio y cremación o incineración, se presenta un ámbito de conflictividad común con el mercado de servicios mortuorios, pero que presenta matices diferenciados, singularmente en el caso del servicio de cementerio o enterramiento, el cual es un servicio público local que afecta a bienes de dominio público cuando se trata de cementerios de titularidad municipal, lo que plantea una problemática específica derivada de su naturaleza. Esta problemática se proyecta asimismo en el servicio de incineración, puesto que en muchas de las ocasiones los crematorios se ubican físicamente en el recinto de los cementerios y se gestionan por los municipios.

En la evolución del mercado, la incineración, servicio en principio liberalizado, es una opción cada vez más demandada, lo que ha venido desplazando el foco del conflicto hacia el servicio de crematorio, especialmente en cuanto a su apertura y ubicación. En el contexto actual, existe una tendencia clara a vincular los servicios de tanatorio y de incineración y, en consecuencia, a ubicar en la misma sede física ambas actividades, lo cual ha producido una problemática aplicativa intensa.

Todas estas cuestiones serán objeto de análisis en este estudio, si bien previamente examinaremos la evolución normativa y el marco vigente, con especial referencia a la situación de Cataluña.

2) EVOLUCIÓN Y MARCO NORMATIVO

La evolución normativa de los servicios mortuorios ha determinado la liberalización de gran parte de los servicios funerarios, quedando un reducido ámbito de reserva a favor de las entidades locales.

Partiendo de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985 (LRBRL), el artículo 25.2.j) atribuía a los municipios la competencia en materia de cementerios y servicios funerarios, en los términos que resultaran de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Más concretamente, en su artículo 86.3 declaraba la reserva en favor de las Entidades locales, entre otras materias, de los servicios mortuorios, la cual fue suprimida por la modificación operada por el art. 23 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio..

En el ámbito de la normativa precedente al RDL 7/1996, mayoritariamente de carácter estatal, debía aplicarse lo establecido en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, sobre control sanitario de los cementerios y servicios funerarios, así como en el Reglamento de Policía Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio, que regulaba las condiciones e instalaciones que debía tener todo cementerio y fijaba la obligación de que hubiera una empresa funeraria privada o municipal en poblaciones de más de 10.000 habitantes. Por su parte, algunas Comunidades Autónomas habían venido aprobando su propia normativa en la materia.

El marco normativo se vio alterado con la promulgación del citado Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que, según su Exposición de Motivos y entre otros objetivos, tenía el de liberalizar la prestación de los servicios funerarios y suprimir la consideración de los servicios mortuorios como servicios esenciales reservados a las Entidades Locales. Así, el artículo 22 dispuso la liberalización de la prestación de los servicios funerarios y la posibilidad de someter la actividad a un régimen de autorización reglado, debiendo precisarse normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla, lo que determinó que el art. 23 suprimiera la reserva en favor de las entidades locales en materia de servicios mortuorios recogida en el art. 86.3 de la LRBRL de 1985, como se ha indicado anteriormente.

Por tanto, después de la entrada en vigor del RDL 7/1996 la prestación de los servicios funerarios quedó liberalizada, sin perjuicio de que los ayuntamientos pudieran someter a autorización la prestación de dichos servicios. Esta autorización era de carácter reglado y debía limitarse a examinar si se cumplían o no los requisitos objetivos precisados normativamente.

En todo caso, la jurisprudencia ha venido interpretando que el Real Decreto-Ley 7/1996 no extrajo los servicios mortuorios o funerarios, incluidos los de cremación, del concepto de servicio público, aunque no le otorgara o se suprimieran las circunstancias que podrían derivarse de su conceptualización de servicios reservados, por más que dada su trascendencia pudiera pensarse que siguen siendo esenciales³.

Posteriormente, se impulsa esta línea de liberalización de los servicios funerarios con la modificación de dicho RDL 7/1996 por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, especificándose que el Estado y las Comunidades Autónomas debían fijar los criterios mínimos de acuerdo con los cuales los municipios podrían regular los requisitos objetivos necesarios para obtener la autorización para la prestación de servicios funerarios, y disponiendo que las normas que regulasen los requisitos

³ STS de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3101)

de estas autorizaciones no podían establecer exigencias que desvirtuasen la liberalización del sector.

Finalmente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, denominada “Directiva de Servicios”) incluye en su ámbito de aplicación los servicios funerarios. En concreto, la ley exige que cualquier medida que suponga una limitación al acceso o al ejercicio de una actividad de servicios debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general y debe ser proporcionada, es decir no debe existir ninguna otra medida menos restrictiva que permita salvaguardar el objetivo que se pretende con la regulación. En consecuencia, los requisitos y restricciones que se impongan a las empresas funerarias deben cumplir conjuntamente los principios de necesidad y proporcionalidad. Además, la habilitación para llevar a cabo cualquier actividad de servicios funerarios debe ser válida en todo el territorio nacional y con una duración ilimitada, estando las empresas funerarias sometidas a las obligaciones de información y a las previsiones sobre reclamaciones recogidas en la Ley.

Asimismo, en este marco de trasposición de la Directiva de Servicios, también se aprobó la Ley 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 para adaptar la normativa española al Derecho comunitario en diversos ámbitos. De acuerdo a esta normativa, los requisitos y restricciones que se impongan a las empresas funerarias deben respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia.

Normativa catalana. En el ámbito de la legislación autonómica catalana, se promulgó la Ley 2/1997, de 3 de abril, sobre Servicios Funerarios, a los que atribuye la condición de servicio esencial de interés general, disponiendo que pueden ser prestados por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos. Al tratarse de un servicio de competencia municipal, debe estarse al desarrollo normativo que se realice en cada municipio; para los casos en los que no hubiera reglamentos u ordenanzas municipales en la materia, la Ley preveía la adopción por parte del Gobierno de la Generalitat de Catalunya de un reglamento de servicios funerarios aplicable de forma supletoria. En cumplimiento de este mandato, se dictó el Decret 209/1999, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula, con carácter supletorio, los servicios funerarios municipales

En el ordenamiento catalán, la adaptación a la Directiva de Servicios se llevó a cabo por el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que modificó los artículos 3 a 8 y 12 de la Ley catalana 2/1997, de servicios funerarios.

El desarrollo reglamentario de los servicios de cementerio y cremación se contiene en el Decret 297/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de policía sanitaria mortuoria, en el que se regula, entre otras materias, las normas que han de cumplir los cementerios públicos, privados y mixtos, así como algunas normas sobre incineración de cadáveres y hornos crematorios.

A partir de este marco normativo, se analiza a continuación, de forma separada, la problemática jurídica que se plantea en relación a los servicios de cementerio e incineración.

II. EL SERVICIO DE CEMENTERIO

El servicio de cementerio es un servicio de competencia municipal, conforme a lo que dispone el art. 25.2.k) de la LRBRL, que debe ser prestado de forma obligatoria por todos los municipios (art. 26 LRBRL).

Para la garantía de la prestación del servicio de cementerio, los Ayuntamientos, además de atender a razones sanitarias, han tenido que adoptar progresivamente verdaderos criterios de política funeraria, dado el crecimiento constante de las ciudades y la paulatina situación de saturación que se ha producido en algunos cementerios, sobre todo en las ciudades de mayor dimensión. A estas dificultades derivadas de motivos urbanísticos, dada la expansión urbana, se añade las que se plantean, de forma paralela, por la evolución legislativa y conceptual en virtud de la cual se ha afianzado la calificación de los cementerios, y por ende de las sepulturas y enterramientos que contienen, como bienes de dominio público con el haz de potestades públicas que ello supone para los titulares de este dominio, que son incompatibles con un status propio de los bienes susceptibles de apropiación privada⁴.

A la hora de abordar el análisis del servicio de cementerio, debe acudirse a la distinción elemental que diferencia los cementerios públicos de los privados: los públicos son bienes de dominio público, al estar adscritos a un servicio

⁴ STS 7 diciembre 2000. (RJ 2001, 2420).

público⁵, mientras que los privados son aquellos cementerios cuyo titular es una persona jurídica de Derecho privado, destacando entre estos últimos los cementerios de las confesiones religiosas, y singularmente los denominados cementerios parroquiales⁶.

De hecho, en muchos municipios el único cementerio que existe es el parroquial –u otro privado-, a través del cual la corporación local presta el servicio público de cementerio que obligatoriamente debe garantizar ex artículo 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Esta circunstancia ha dado lugar a la firma de diferentes convenios entre ayuntamientos y parroquias- u otros sujetos privados- con la finalidad de que el ente municipal pase a gestionar el cementerio parroquial, lo cual puede lugar a regímenes jurídicos diferenciados en cuanto a los derechos funerarios de los particulares cuando la parroquia –o el sujeto privado- conserva la titularidad dominical.

Examinaremos separadamente el régimen jurídico de los cementerios municipales y de los cementerios privados.

1) CEMENTERIOS MUNICIPALES

Los cementerios de titularidad municipal se definen como bienes demaniales afectos a la prestación de un servicio público local (arts. 25.2.k) y 26.1.a) de la LRBRL), y que, como tales, son imprescriptibles e inalienables (artículo 132.1 de la Constitución), lo cual impide la propiedad de particulares sobre las sepulturas. Por tanto, tratándose de cementerios municipales, del carácter concesional de los derechos del particular se derivan unas consecuencias habida cuenta de que el municipio continúa siendo titular del dominio público y de que por el hecho mismo del otorgamiento de la concesión puede establecer válidamente limitaciones al uso del bien, amén de la privación del derecho

⁵ El art. 79.3 de la LRBRL establece que son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público. El artículo 4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, incluye a los cementerios dentro de los bienes adscritos a un servicio público. Estos bienes, según el artículo 80.1 de la LRBRL, son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno

⁶ Los cementerios privados más numerosos son los de la Iglesia Católica, si bien existen un número progresivo de cementerios privados judíos e islámicos. En la página web <http://www.observatorioreligion.es/cementerios> puede verse una información actualizada sobre los cementerios privados y las parcelas funerarias reservadas en cementerios municipales de las confesiones judía y musulmana existentes en España.

concesional por las vías establecidas en nuestro ordenamiento jurídico y con la correspondiente indemnización⁷.

Al ser un servicio mínimo esencial, los municipios deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la prestación del servicio, lo cual supone que las normas urbanísticas deben contemplar las necesidades que se planteen en relación al servicio de cementerio, tanto de nueva construcción como en cuanto a la ampliación de los ya existentes. En este punto, la normativa autonómica sobre policía mortuoria, de forma constante, establece reglas sobre la ubicación de los cementerios y la obligación de los municipios de recoger las previsiones oportunas en las normas urbanísticas para satisfacer a las necesidades que se planteen en cuanto a la prestación del servicio⁸.

Por tanto, la ordenación de los cementerios es una cuestión cuya competencia corresponde al Ayuntamiento de acuerdo a la normativa urbanística. La STS 6 julio 2004 (RJ 2004, 4855) indica que la liberalización de la prestación de los servicios funerarios y la supresión de la reserva a favor de las Entidades Locales de los servicios mortuorios, no sustrae la competencia que en la materia de Cementerios sigue atribuyendo a los Municipios el artículo 25.2.j) de la Ley 7/1985, ni exime a la Administración municipal del deber que le impone el ordenamiento urbanístico de establecer los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio, definiendo, entre

⁷ Vid. STSJ Galicia 9 diciembre 2004 (JUR 2005, 189729).

⁸ Así, el artículo 42 del Decret catalán 297/1997, de 15 de noviembre, establece “.1. Los planes generales de ordenación urbana y las normas subsidiarias de planeamiento deben incluir, entre los documentos informativos, un estudio sobre las necesidades que en relación al servicio de cementerio se pueden prever en el ámbito del planeamiento redactado. 2. Las diferentes figuras de planeamiento de la ordenación del suelo deben ajustarse, en el momento de su revisión, a las normas de este Reglamento sobre emplazamiento de cementerios. 3. En la tramitación de planes generales, de normas subsidiarias, de planes parciales y de planes especiales, siempre que incidan de forma directa o indirecta en las condiciones de emplazamiento de cementerios, y una vez aprobados inicialmente, de acuerdo con lo que prevé el artículo 57 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, debe solicitarse informe al delegado territorial del Departamento de Sanidad y Seguridad Social del ámbito correspondiente. .4. El emplazamiento de los cementerios de nueva construcción debe corresponder a lo que se prevea en el planeamiento de cada municipio. En caso que en el planeamiento urbanístico vigente en el municipio no se haya hecho ninguna previsión de emplazamiento de un cementerio nuevo, o no haya planeamiento, éste debe fijarse teniendo en cuenta lo que prevé el artículo 128 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, para las edificaciones en suelo no urbanizable.

otros, el sistema general de equipamiento comunitario, que ha de comprender todos aquellos centros al servicio de toda la población destinados a los usos que prevé el artículo 25.1.d) del Reglamento de Planeamiento, entre los que se encuentra el de cementerios, ya que, en definitiva, una cosa es el servicio y su régimen de prestación y otra la obligada previsión y localización del suelo necesario para un uso que, como el de cementerio, es de obvio interés social.

En relación al emplazamiento de los cementerios, se han venido planteando conflictos en relación a las distancias mínimas que deben observar respecto de las zonas habitadas o residenciales. El Decreto estatal 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, establece en su art. 50 que, salvo casos excepcionales, el emplazamiento de los cementerios de nueva construcción habría de hacerse sobre terrenos permeables, alejados de las zonas pobladas, de las cuales deberán distar, por lo menos, 500 metros, en cuyo perímetro no podía autorizarse la construcción de viviendas o edificaciones destinadas a alojamiento humano.

Ello planteó una problemática específica derivada del hecho de que muchos cementerios estaban ubicados a menos de quinientos metros de las zonas pobladas en algunas ciudades, lo cual planteaba problemas en el caso de que pretendieran ampliarse para cubrir nuevas necesidades de prestación del servicio. Esta cuestión fue examinada en la STS de 18 de febrero de 2004 (RC 51/2000), en la cual se afirma que los cementerios deben guardar esa distancia mínima de quinientos metros respecto de las zonas pobladas, lo que obliga tanto en la construcción de necrópolis como en la edificación de las viviendas o alojamientos. En cuanto al problema que se plantea con los antiguos cementerios enclavados dentro de las zonas pobladas que no guarda esa distancia mínima, el Tribunal Supremo entendió que se encontraban en una situación similar o equivalente a la que en el ordenamiento urbanístico se denomina fuera de ordenación, de manera que, al igual que sucede con las edificaciones así calificadas, están sujetos a limitaciones, entre ellas la de resultar imposible su ampliación salvo que, debido a las circunstancias de su emplazamiento, pudiese efectuarse respetando la distancia de quinientos metros de la zona poblada.

La distancia mínima de 500 metros fijada por el Reglamento estatal de 1974 se ha visto modificada en la posterior normativa autonómica que, con carácter general, fija distancias inferiores, a la vez que distingue entre cementerios de nueva construcción y ampliación de cementerios.

Así, en el Decret catalán 297/1997, de 25 de noviembre, el art. 39 establece las distancias para cementerios de nueva construcción, disponiendo dos perímetros: (i) una primera zona de protección en el entorno del suelo destinado a la construcción de un nuevo cementerio, de 25 metros de anchura,

en principio ajardinada y, en todo caso, libre de toda clase de construcción; y (ii) a partir del recinto de esta primera zona de protección debe establecerse una segunda de 225 metros de anchura, en la que únicamente se pueden autorizar: a) Instalaciones de carácter industrial o de servicios técnicos para la infraestructura urbanística y de equipación comunitaria; b) Viviendas unifamiliares; y c) Explotaciones agropecuarias.

Por su parte, el art. 41 del citado Decret 297/1997 establece las distancias para la ampliación de cementerios, entendida como toda modificación que comporte aumento de su superficie o incremento del número total de sepulturas autorizadas. En principio, la ampliación está sujeta a los mismos requisitos de emplazamiento exigidos para las nuevas construcciones, pero a partir de 50 metros del cementerio, se pueden permitir, también, viviendas plurifamiliares.

La normativa autonómica de policía sanitaria mortuoria sigue esta misma línea de reducir las distancias mínimas en relación a las zonas de uso residencial. Así, por ejemplo, el Decreto 1/1994, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Policía Sanitaria Mortuoria de Cantabria establece una distancia mínima de 200 metros en cementerios de nueva construcción, en tanto que el Decreto 62/2012, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Andalucía, aprobado por Decreto 95/2001, de 3 de abril, fija dos zonas de protección en los cementerios de nueva construcción: una primera de 50 metros no construidos, y una segunda de 200 metros sin uso residencial.

La cuestión de las distancias mínimas plantea una problemática específica en los casos en que el cementerio dispone de horno crematorio que es común a la del emplazamiento de los crematorios que se examinará en el siguiente apartado.

En cualquier caso, los cementerios de nueva construcción deben autorizarse en el ejercicio de la competencia del municipio, o en su caso dentro de las competencias supramunicipales u otras formas asociativas de prestación del servicio autorizadas legalmente. Así, la STS 5 de abril de 1991 (RJ 1991, 3289) anula un Plan Especial destinado a instalación de una necrópolis, calificando como zona verde destinada a cementerio "privado" un determinado terreno que por sus características y ubicación se preveía destinar al servicio de enterramiento y otros servicios funerarios, no sólo del Ayuntamiento en cuyo municipio se enclavaba, sino de otros municipios colindantes. El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que los municipios carecen de competencias para instaurar servicios públicos de ámbito metropolitano, competencia que corresponde a las Diputaciones Provinciales, Comunidades Autónomas, o formas asociativas de prestación (mancomunidades, etc.).

A) OBJETO DEL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL

El servicio de cementerio es un servicio público local, de prestación obligatoria, que la Corporación local puede prestar mediante las diferentes formas de gestión, ya sea directa por sí o a través de una sociedad mercantil de titularidad municipal; ya sea indirecta mediante concesiones administrativas, ya sea de forma mancomunada con otros municipios.

Desde la perspectiva de la competencia, y como quiera que es habitual que las empresas funerarias municipales o concesionarias presten los diferentes servicios funerarios, es una problemática relativamente frecuente en el ámbito de la prestación del servicio de cementerio que las empresas municipales o concesionarias impongan condiciones que puedan considerarse restrictivas, como las de pretender incluir alguno o algunos servicios funerarios adicionales, distintos del de cementerio o enterramiento, configurándolos con carácter monopolístico o de supremacía o en condiciones de restricción de la competencia.

Con carácter general, en la interpretación de los Tribunales, se distingue entre lo que constituye el servicio público esencial de cementerio, que engloba la regulación, construcción, gestión, cuidado y mantenimiento de las dependencias e instalaciones destinadas a este fin, y de otro, el servicio funerario, incluyendo en ese concepto el traslado de cadáveres y todo el conjunto de posibles prestaciones en relación al fallecimiento de una persona, entierro e incineración de cadáveres. Como principio, el hecho de que se puedan prestar por la empresa concesionaria servicios complementarios a los propios del tanatorio-crematorio o cementerio, identificables con los servicios funerarios, sin régimen de exclusiva, no vulnera el principio de libre competencia.⁹ Sin embargo, no es posible la restricción a la libre competencia con ocasión de la prestación del servicio de cementerio, atribuyendo en exclusiva a la empresa pública o al concesionario la prestación de determinados servicios complementarios que no están vinculados necesariamente al servicio de cementerio en sentido estricto. Puede citarse como ejemplo el caso en que se establecía una exclusiva de la empresa concesionaria sobre los productos y materiales necesarios para la inhumación o exhumación de cadáveres, incluyendo bolsas y cajas de restos y aquellos otros productos que puedan facilitar la eliminación de olores, insectos o descomposición de los cadáveres¹⁰, por no ser prestaciones directamente vinculadas a la de enterramiento.

⁹ Entre otras muchas, SSTSJ Baleares de 29 de octubre de 2010 (JUR 2011, 22216); STSJ Andalucía (Granada) 7 de julio de 2014 (JUR 2015, 133013)

¹⁰ STSJ Andalucía (Granada) 7 julio 2014 (JUR 2015, 133013)

Relacionado con la contratación de servicios adicionales y desde la perspectiva del coste de la prestación del servicio, también se plantea una problemática específica cuando se incluyen en las ordenanzas reguladoras de las tasas conceptos que se corresponden con servicios funerarios adicionales que deben prestarse en régimen de libre concurrencia. Al respecto, la contraprestación por la autorización para ocupar el dominio público, prestación de un servicio o emisión de una autorización es una tasa, y sin duda en este ámbito se incluye la prestación del servicio municipal de cementerio o columbario. Sin embargo, los servicios funerarios liberalizados no deben ser objeto de tasa, pues se desempeñan por el sector privado, de manera que no pueden incluirse en el hecho imponible de la tasa aquellos conceptos que no se corresponden con el servicio de cementerio en su sentido más propio y estricto. En este punto, se ha entendido que no puede integrar el hecho imponible de la tasa los servicios que son necesariamente anejos, como es el caso de la regulación de una cuota fija independiente por la lápida¹¹

B) RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES SOBRE NICHOS Y SEPULTURAS

La naturaleza demanial de los cementerios de titularidad pública determina que los derechos de los particulares deban articularse mediante el instituto de la concesión, por el cual se transfiere al particular un derecho sobre el dominio público, concretado en uso privativo del mismo, en este caso el nicho, sepultura, panteón u otro espacio donde realizar el enterramiento, durante un tiempo determinado.

Precisamente, el elemento temporal ha dado lugar a la problemática más frecuente en relación a la concesión de sepulturas y otros lugares de enterramiento, singularmente en cuanto a las concesiones otorgadas a perpetuidad, que ha sido analizada de forma uniforme por el Tribunal Supremo

¹¹ STSJ Andalucía (Granada) 13 julio 2015 (JUR 2015, 260153) que anula la cuota fija por lápida de nicho y de columbario, establecida en la Ordenanza de una manera independiente de la del nicho o columbario, por cuanto que se está gravando con el pago de la tasa un elemento que no integra en sí un servicio de cementerio en su sentido más propio y estricto, pues ese servicio no lleva aneja la lápida sino que es perfectamente diferenciable: por un lado, el servicio público de concesión de nicho o columbario como lugares de enterramiento de cadáveres que integra por antonomasia el servicio público de cementerio, y, por otro, la de un elemento de aquellos, como es la lápida con el que se ornan con la leyenda de los datos de quien en ellos reposan.

entendiendo que dichos bienes no son susceptibles de propiedad privada¹². En el caso de concesiones «a perpetuidad», la jurisprudencia expresa que no puede interpretarse literalmente ya que en cualquier caso los derechos sobre el dominio público no pueden otorgarse durante un plazo superior a 99 años, siendo conforme a derecho que los Ayuntamientos establezcan un plazo menor.

El referido plazo máximo de 99 años se estableció en el art. 126 del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de patrimonio del Estado, disponiendo el art. 127 que finalizado el término concesional se declarararía la caducidad. En el mismo texto legal se establecía, como principio general, que no podían otorgarse concesiones o autorizaciones por tiempo indefinido. En el ámbito local, este principio se complementaba con la previsión del art. 63 del Decreto de 27 de mayo de 1955, que aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, donde se contemplaba la improrrogabilidad del término de la concesión, previsiones éstas recogidas en los artículos 79 y 80 del Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que sucedió al Reglamento de 1955. De ello se deriva la interdicción de las concesiones demaniales indefinidas.

En el ámbito de Cataluña, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del Decret 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de los entes locales de Cataluña, que prevé un término máximo de 50 años para las concesiones sobre bienes de dominio público (art. 51). Sobre la interpretación de este precepto se pronunció la STSJ Cataluña de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005, 124706) en relación a un título de propiedad de una sepultura del año 1955, en la cual se expresa que (i) no es posible aplicar retroactivamente limitaciones temporales decretadas en las disposiciones reglamentarias posteriores; y (ii) ante la inexistencia de norma legal o reglamentaria en la fecha del título que estableciera limitación temporal alguna

¹² La STS 28 septiembre 2001 (RJ 2001, 9132), con citada de las SSTS 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8268) , 2 de junio de 1997 (RJ 1997, 5171) y 14 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 153) , afirma que “no obstante haber sido un elemento de nuestra cultura tanto popular como administrativa el otorgamiento de sepulturas y enterramientos a perpetuidad, ello no significa que dichos bienes (que por lo demás están fuera del comercio) sean susceptibles de propiedad privada. Ya el artículo 4,1 del Reglamento Municipal de Bienes aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 declaraba el dominio público de cementerios y sepulturas, declaración reiterada en el artículo 4 del Reglamento de Bienes vigente, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Por otra parte el artículo 60 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio, dispone en su apartado b) que respecto a los cementerios municipales son derechos y deberes de los Ayuntamientos la distribución y concesión de parcelas y sepulturas”.

a dicha concesión administrativa, procedía fijar la duración máxima de los 99 años, fijando el “dies a quo” en la fecha de expedición del título, no siendo posible adquirir la propiedad por tratarse de bienes de dominio público; por ello, transcurrido dicho período es cuando habrá de entenderse recuperada la libre disposición del enterramiento por las autoridades municipales.

B.1) TRANSMISIÓN DE DERECHOS FUNERARIOS

La transmisión de derechos funerarios sobre nichos, sepulturas y panteones se viene considerando tradicionalmente en la jurisprudencia como un negocio jurídico concesional sobre el dominio público¹³. La jurisprudencia distingue entre la transmisión del título de propiedad, público o privado, sobre sepulturas, la cual no puede darse cuando se trata de bienes demaniales, de la transmisión del derecho real administrativo de uso o aprovechamiento de un bien demanial, ya sea intervivos o mortis causa, supuesto éste en que la transmisión se encuentra subordinada a la autorización administrativa. En este punto, debe observarse que la transmisión sobre concesiones demaniales no comporta únicamente un cambio de titularidad, sino también la incorporación de un tercero al título concesional, por lo que se requiere la autorización de la Administración de acuerdo a lo previsto normativamente, por lo cual declare que el contenido del derecho preexistente y la transmisión son compatibles con el interés público, sin que ello suponga modificación del título concesional.

Como principio, el derecho concesional funerario no puede ser objeto de comercio, ni de transacción o disposición a título oneroso, lo cual no impide que el mismo sea transmisible a título gratuito, ya sea por actos inter vivos o mortis causa. Sin embargo, estas transmisiones gratuitas pueden estar sujetas a determinadas condiciones, ya sea de carácter formal, como la puesta en conocimiento del traspaso, o de carácter material, como que la transmisión por actos “inter vivos” se restrinja a un determinado ámbito de personas con relación de parentesco. Tampoco supone restricción el que el titular de la concesión deba hacer designación de beneficiarios para caso de fallecimiento, siempre y cuando esta designación pueda ser revocada o sustituida por el titular, por cuanto que no se le limita su libertad en la transmisión¹⁴.

Cuando se trata de dirimir controversias sobre la titularidad de los derechos concesionales, es competente la jurisdicción civil para conocer de los conflictos que surjan entre los particulares. Incluso, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, desde la STS de 25 de octubre de 1993 (RJ 1993,

¹³ SSTS 2 de junio de 1997 (RJ 1997, 5171) , 14 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 153) y 26 mayo 2004 (RJ 2004, 4062), entre otras.

¹⁴ Vid. STSJ Andalucía (Granada) 7 julio 2014 (JUR 2015, 133013)

7654) , viene subrayando que no es necesario traer al proceso civil al Ayuntamiento, puesto que, siendo el cementerio municipal un bien de dominio público destinado a cumplir un servicio público y como tal inalienable, imprescriptible e inembargable, las controversias que se susciten entre particulares sobre los derechos de enterramiento o sobre el suelo de un cementerio municipal no pueden afectar a aquel dominio público del Ayuntamiento puesto que tales derechos privados no serán en ningún caso equiparables a la propiedad del suelo que pertenece a la Entidad local de que se trate, aunque tales bienes de dominio público hayan sido objeto de una concesión a particulares para su uso privativo en cumplimiento del servicio público a que tales bienes están afectos.

B.2) CADUCIDAD

La concesión en favor de particulares se extingue por caducidad, pudiendo sistematizarse las causas en (i) por el transcurso del tiempo de la concesión; (ii) el abandono; y (iii) la falta de pago de los servicios o actuaciones realizadas sobre la unidad de enterramiento.

Desde el punto de vista de la actuación de la Administración, es esencial la observancia de las garantías procedimentales en los expedientes de caducidad, puesto que su falta de cumplimiento puede dar lugar a supuestos de hecho determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En este punto, existe una conflictividad reiterada en relación a reclamaciones de responsabilidad a las administraciones públicas por daños y perjuicios morales por traslado indebido y/o pérdida o imposibilidad de localización de los restos de familiares fallecidos, presentado especial litigiosidad el supuesto de hecho en que se ha declarado la caducidad con inobservancia de los requisitos procedimentales, singularmente el de falta de audiencia por notificaciones defectuosas. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Julio de 2000 estima la indemnización por daño moral derivado de la desaparición de restos mortales del cementerio por desalojo y traslado al osario común no notificado a los herederos.

2) CEMENTERIOS PRIVADOS

La calificación del cementerio como un servicio público municipal no excluye la posibilidad de que se establezcan cementerios por los particulares, definidos como aquéllos cuya titularidad corresponde a un sujeto de derecho privado. Por

tanto, que el servicio mortuario de cementerio no tiene que ser prestado siempre y en todo caso por el municipio¹⁵.

Dentro de los cementerios privados, destacan por su importancia los cementerios de las confesiones religiosas, singularmente los de la Iglesia Católica, denominados también cementerios parroquiales. En el detallado estudio de RODRÍGUEZ BLANCO¹⁶, se analiza el régimen jurídico de los cementerios privados de la Iglesia Católica, indicando que la concesión de sepulturas en los cementerios privados no está sometida al Derecho público, sino al Derecho privado. Para determinar qué derechos ha adquirido un usuario de un cementerio privado hay que atender a la reglamentación interna de las necrópolis, en el supuesto de que se ocupe de la concesión de sepulturas, y a lo pactado en cada caso concreto entre el titular del cementerio y el usuario; en el caso de cementerios parroquiales, el canon 1243 del Código de Derecho Canónico prescribe que deben establecerse por el Derecho particular las normas oportunas sobre el funcionamiento de los lugares destinados a sepultura, por lo que las diócesis cuentan con normativa sobre gestión de cementerios en la que se regula la concesión de sepulturas.

En los cementerios parroquiales, el gobierno y administración del cementerio y la propiedad del terreno en el que se asienta pertenecen a la Iglesia Católica. Como regla general, la concesión del derecho funerario en el cementerio parroquial no supone una enajenación del terreno a favor del particular que lo adquiere, por lo que éste no obtiene la titularidad dominical del bien. No obstante, ello no impide la cesión del uso de las distintas parcelas que lo componen y de los panteones o sepulturas existentes en las mismas a los particulares, mediante lo que se denomina "usufructo perpetuo", y tampoco la transmisión de dicho uso a terceros, en virtud de contrato o por sucesión hereditaria, formalizada con arreglo a la legislación civil, siempre que se someta a la licencia o autorización eclesiástica, según resulta de lo dispuesto en el Código de Derecho Canónico (canon 1241 y 1290)¹⁷.

¹⁵ STS 10 marzo 2003 (RJ 2003, 5407), que cita diferentes normas autonómicas: artículo 55 del Reglamento de Policía sanitaria mortuoria de Cantabria (Decreto 1/1994, de 18 de enero): «Podrán establecerse cementerios públicos y privados, siempre que reúnan los requisitos y autorizaciones establecidos en este Reglamento»; o el artículo 57 del Reglamento de Policía mortuoria de Madrid (Decreto 26/1991, de 11 de abril), de redacción idéntica al citado; o el artículo 58 del Reglamento de Policía sanitaria de La Rioja, que dice lo mismo (Decreto 30/1998, de 27 de marzo).

¹⁶ RODRIGUEZ BLANCO, M. "Régimen jurídico de cementerios y sepulturas". Ed. Comares. Granada. 2015.

¹⁷ Vid. SAP A Coruña 16 junio 2016 (AC 2016, 1256). En el mismo sentido la SAP Asturias 3 marzo 2015 (JUR 2015, 101035) expresa que, "de acuerdo con lo previsto

En definitiva, el particular puede adquirir, en función de los términos de la concesión, un usufructo perpetuo sobre el terreno -e incluso un verdadero derecho de propiedad sobre las construcciones particulares-, si bien se trata de un derecho limitado, en el sentido de que su uso y transmisión, como ya se ha dicho, se debe acomodar a las autorizaciones precisas de la autoridad eclesiástica¹⁸

En relación a los cementerios parroquiales, existe un bloque de conflictos relativos a la titularidad del propio cementerio cuando se ha producido la contribución económica por parte de particulares para su construcción o donación a la Iglesia de los terrenos en que se encuentran enclavados. Generalmente, estos conflictos suelen plantearse con los ayuntamientos y su resolución corresponde a la jurisdicción civil.

Por otra parte, y como quiera que en muchos municipios de zonas rurales, en especial Galicia y Asturias, el único cementerio que existe es el parroquial, se han firmado varios convenios entre ayuntamientos y parroquias con la finalidad de que el ente municipal pase a gestionar el cementerio parroquial, lo cual puede tener incidencia prospectiva en los derechos que ostentan los particulares cuando el Ayuntamiento adquiere la titularidad del cementerio.

Desde la perspectiva del precio del servicio, y si bien la competencia municipal sobre los cementerios privados resulta obligatoria en la forma definida en las normas que integran la policía sanitaria mortuoria, tanto estatales como autonómicas, los Ayuntamientos carecen de atribución competencial para regular mediante precios públicos los servicios mortuorios prestados por una entidad privada en un cementerio privado, pues, el carácter esencial de la

en las normas concordadas entre la Santa Sede y el Estado Español, la sucesión en el derecho al uso de sepulturas en cementerios parroquiales de la Iglesia Católica no se rige por las normas civiles aplicables a la sucesión hereditaria, sino por las disposiciones del Derecho Canónico. Dichas normas canónicas, contenidas principalmente en los cánones 1.205 a 1.209,1 del Código de Derecho Canónico, establecen, además de que la administración y gobierno de los cementerios parroquiales incumbe exclusivamente a la Iglesia y que los cementerios una vez bendecidos son cosas sagradas, que quedan fuera del comercio de los hombres; que en los panteones de familia cuyo uso se otorgue "canonice et in perpetuum" serán enterrados únicamente la esposa e hijos del concesionario, pasando sus derechos, al morir éste, al primogénito legítimo de la sangre. Por consiguiente, estos derechos no se podrán transmitir, ni enajenar sin aprobación expresa de la Iglesia".

¹⁸ Vid. SSAP Pontevedra de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006, 158694) y Barcelona de 11 de diciembre de 2007 (AC 2008, 466), entre otras.

prestación, no la convierte automáticamente en un servicio Público, que sólo es predicable de los cementerios municipales¹⁹.

III. EL SERVICIO DE INCINERACIÓN

El servicio de incineración o crematorio presenta especialidades en relación al servicio de cementerio examinado anteriormente, en tanto que se trata de un servicio en principio liberalizado. En efecto, a diferencia del servicio de cementerio, el cual es obligatorio y debe prestarse en todos los municipios, el servicio de incineración, como sustitutivo o complementario al de cementerio, es un servicio municipal que se configura con carácter general como voluntario y que en principio puede prestarse en concurrencia con la iniciativa privada.

Existe una zona de confluencia entre el servicio de cementerio y el crematorio, cuando las cenizas se depositan en columbarios o en parcelas que se encuentran dentro del recinto del cementerio, en cuyo caso deben satisfacerse las tarifas correspondientes²⁰. Al respecto, debe subrayarse que el traslado de las cenizas y su ulterior depósito no requiere de ningún control sanitario, según dispone el art. 53 del Reglamento estatal de Policía Sanitaria Mortuoria y el art. 16.4 del Decret 297/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de policía sanitaria mortuoria de Cataluña, por lo que los familiares pueden optar por depositarlas en el cementerio o en otros lugares.

En la evolución normativa, el servicio de incineración o crematorio estaba vinculado al servicio de cementerio. El artículo 53 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, establecía la obligatoriedad de 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 de población menor podían acordarlo también su instalación solicitándolo, como aquéllos, de la Dirección General de Sanidad. La norma establecía unos mínimos a cumplir en el servicio de cementerio, pero no limitaba una posible ubicación de los crematorios en sitios distintos a los cementerios, lo cual ha sido una constante en la evolución normativa en materia de servicios mortuorios, de manera que los crematorios pueden ubicarse en lugares diferentes a los cementerios.

¹⁹ STSJ Asturias 20 julio 2004 (JT 2004, 1274)

²⁰ El art. 17 del Decret catalán 297/1997 establece que “los cementerios pueden disponer de una zona de terreno para esparcir las cenizas procedentes de la incineración, o de columbarios para colocar las urnas de las cenizas mortuorias”.

En la práctica, gran parte de los Ayuntamientos que prestan el servicio de cementerio, también ofrecen el servicio municipal de crematorio, lo cual ha planteado conflictos desde la perspectiva del Derecho de la competencia en los casos en que se exigen requisitos adicionales para la prestación del servicio. Así, en relación a condiciones que se han considerado contrarias al art. 22 del RDL 7/1996, por ser restrictivas de la competencia, podemos citar las normas municipales que impiden el acceso al tanatorio-crematorio municipal por parte de empresas funerarias que disponen de este servicio en la localidad, o las que facultan a la concesionaria a establecer condiciones exigibles a los féretros para poder prestar el servicio de cremación en las instalaciones municipales, aunque estén ligados a objetivos medioambientales²¹.

Desde esta misma perspectiva de la competencia, y en relación al precio, debe indicarse que el servicio de incineración no necesariamente ha de estar sujeto a tasa, puesto que es un servicio que se presta también por el sector privado, por lo que la contraprestación en principio puede tener la naturaleza de precio público o tarifa cuando es prestado por una empresa pública o sus concesionarios.

En relación a la determinación de precios por el servicio de incineración, se ha planteado una problemática específica en cuanto a la fijación de precios reducidos o descuentos en casos de contratación masiva, que generalmente benefician a empresas aseguradoras de decesos²². En este punto, se ha

²¹ STSJ Andalucía (Granada) 28 septiembre 2016 (JUR 2016, 25743).

²² Con carácter general, sobre los precios de los servicios funerarios, la STS de 5 de julio de 2006 (RC 10384/2003) reitera el criterio ya mantenido en STS de 19 de abril de 1999 que se expresó en los siguientes términos: "No obstante, y rebasados los límites de los que deben ser considerados como servicios básicos [...] en el campo de las prestaciones funerarias que con carácter obligatorio determina el artículo 25.2.j) de la Ley 7/85 , servicios que han de ser de decorosa entidad, ajustados al nivel económico y cultural de la época en que se ofrezcan, se impone evidentemente el respeto al principio de libertad de empresa que proclama el artículo 38 de la Constitución [...] con la indudable consecuencia de admitir la libre fijación de precios de aquellos servicios funerarios de más ostentosa entidad que voluntariamente pueden desear concertarse". En consecuencia, se reconoce que, para fijar los precios de los servicios funerarios que la Ley de Bases de Régimen Local considera como mínimos, pueda ser necesaria la intervención de la Administración competente, pero, para todos aquellos servicios de esa naturaleza que excedan de esos mínimos, la libertad de precios está asegurada por el principio constitucional de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución. Ello no obstante, esta libertad de precios no legitima la fijación discriminatoria en cuanto al precio del servicio, la cual puede ser sancionada en el caso de prácticas concertadas o empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado.

venido considerando que los descuentos sobre precios públicos no encuentran amparo legal y, si bien los precios públicos pueden fijarse por debajo del coste del servicio prestado por razones legalmente previstas como causas benéficas, culturales o de interés público, una vez fijados, no pueden establecerse descuentos o bonificaciones para beneficiarios individuales por razones como la habitualidad en el uso del servicio, estimándose asimismo que pueden vulnerar el principio de igualdad (art. 14 CE)²³.

En este mismo ámbito de la competencia, también existe una problemática asociada a los servicios vinculados. En este punto, se pueden plantear problemas en caso de que se oferten en relación de vinculación contractual

²³ La STSJ Castilla León de 3 de febrero de 2012 (RJCA 2012, 140), en relación a la vulneración del principio de igualdad por tarifas reducidas en caso de contratación masiva, expresa: "En este sentido ya el artículo 150 del Decreto de 17 de junio de 1955 (RCL 1956, 85) , por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956, 85) , establecía que " 1. La tarifa de cada servicio público de la Corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias "; y si bien el apartado 2 del mismo precepto señala que " No obstante, podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles ", precepto del que aunque se deduce que la aplicabilidad del principio de igualdad no exige la absoluta prohibición de un trato diferente a diversas categorías de ciudadanos, sin embargo, sí es expresivo de la interdicción de una discriminación entre personas, categorías o grupos, que se estima no producida cuando se establece una diferencia racional o jurídica suficiente fundada en un criterio objetivo y razonable de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. En el presente caso, la extraordinaria singularidad del servicio que se presta por la Mancomunidad municipal -servicios funerarios y de cremación- permite descubrir que sólo hay dos tipos de clientes, y así lo reconoce expresivamente la Administración demandada: el particular que concierta un servicio; y la empresa (aseguradora) que lo hace habitualmente por razón de las pólizas de decesos suscritas con sus asegurados. El resultado final de la diferenciación tarifaria es el de provocar una discriminación subjetiva -sensiblemente favorable para personas jurídicas reconocibles de antemano- carente de justificación razonable. No es que esta Sala desconozca la existencia en distintos ámbitos de servicios públicos de descuentos ofrecidos con carácter general a todos los destinatarios por razón de su - posible- mayor o menor contratación -bonos de transporte, deportivos o culturales-, sino que lo que se rechaza es que en este caso la diferenciación desde la perspectiva del usuario pueda estar justificada ya que, a diferencia de los citados ejemplos, en el caso de los servicios funerarios secuentes al fallecimiento de un familiar, los particulares no se encuentran en situación de optar por una mayor o menor contratación, por lo que la reducción tarifaria está en realidad dirigida a muy pocos y predeterminados contratantes -señaladamente, dos aseguradoras del ramo de decesos-, lo cual se configura como una discriminación no justificada que conlleva su anulación de pleno derecho".

servicios funerarios determinados, singularmente el de tanatorio, con servicios complementarios como puede ser el de incineración; de hecho, como veremos posteriormente, existe una cierta tendencia en la práctica de las empresas funerarias a intentar reunir en una misma sede física el tanatorio y el crematorio en los casos en que es posible.

En el informe de la Autoritat Catalana de la Competencia de julio de 2016 sobre “El uso del tanatorio y sus efectos sobre la competencia en los servicios funerarios”²⁴ se advierte que la vinculación de servicios puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado, cuando se utiliza el tanatorio como instrumento para captar el resto de servicios funerarios y evitar la competencia de los demás operadores en el área geográfica de influencia, lo que puede conllevar unos precios elevados tanto en el mercado de servicio de tanatorio como en el mercado de servicios funerarios, ya sea mediante negativa de acceso al tanatorio y/o aplicación de precios discriminatorios.

Al margen de la problemática en sede de competencia, se plantea una conflictividad especial en cuanto a la ubicación de los crematorios y las distancias mínimas que deben observar respecto de zonas residenciales o habitadas. Esta conflictividad se ha intensificado desde el momento en que el servicio de incineración tiene una mayor demanda en el mercado y por la progresiva liberalización del servicio funerario, lo cual determina que muchas empresas opten por una oferta de servicios mortuorios de tanatorio y cremación que se pretende desarrollar en una misma sede física.

La regulación de la normativa de policía mortuoria es escasa en este punto. Como se ha visto anteriormente, las distancias mínimas contenidas en las normas se refieren a los cementerios, pero no así a los crematorios. Es cierto que el Reglamento de Policía Mortuoria de 1974 contemplaba la ubicación de crematorios en los recintos de los cementerios, necesariamente en poblaciones de más de medio millón de habitantes, lo que abrió una línea aplicativa que trasladó la distancia mínima de 500 metros prevista en el Reglamento para los cementerios al emplazamiento de hornos crematorios. Así, numerosos ayuntamientos han venido exigiendo para la instalación de crematorios de cadáveres una distancia mínima de 500 metros hasta las viviendas más cercanas, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

Esta situación normativa de falta de regulación expresa y la reducción de las distancias mínimas que deben guardar los cementerios en la normativa autonómica, da lugar a una singular problemática en relación a la ubicación de

²⁴ “El uso del tanatorio y sus efectos sobre la competencia en los servicios funerarios”. Autoritat Catalana de la Competencia. Ref. núm. ES 11/2005. Julio 2016.

crematorios, especialmente cuando se sitúan en lugares próximos a zonas habitadas, siendo controvertida cuál es la distancia mínima que han de guardar.

La cuestión plantea un especial interés, puesto que de las tres actividades vinculadas al tratamiento de cadáveres humanos, como son las de tanatorio, cementerio y crematorio, la última de ellas presenta un elemento diferencial, cualificado, porque está en juego el elemento ambiental y por las molestias, especialmente penosas, que provoca a los habitantes más próximo, pues produce emisiones de humo, gases y olores, que además de resultar potencialmente nocivas para la salud, también incluyen “de facto” un componente subjetivo, que es el que puede producir la sensación de respirar aire procedente de la cremación de difuntos, lo cual explica que exista cierta conflictividad cuando se pretende ubicar un crematorio en zonas más o menos próximas a las residenciales o habitadas. En este punto, la jurisprudencia viene reiterando que la actividad de horno crematorio para la incineración de cadáveres humanos general alarma social y puede calificarse de molesta e insalubre²⁵.

Precisamente, uno de los requisitos exigidos para la apertura de hornos crematorios es la licencia ambiental; en el caso de Cataluña, está sujeta al régimen de licencia ambiental la actividad de hornos crematorios en hospitales y cementerios (apartado 12.31 del Anexo II de la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades).

En cuanto a la ubicación de los crematorios, se ha planteado algún conflicto en relación a ordenanzas municipales que prescriben su instalación en el recinto de un cementerio. En este caso, la interpretación general ha sido la de admitir que el crematorio puede estar ubicado en un cementerio, en un tanatorio o de forma independiente, de acuerdo a las normas urbanísticas, por lo que no queda justificada una restricción genérica en cuanto a su ubicación exclusiva en el recinto de un cementerio, además de que esta prescripción puede contravenir los principios de liberalización del sector de servicios funerarios²⁶.

Con mayor frecuencia, en la práctica aplicativa se han planteado problemas derivados de la normativa urbanística que exige una distancia mínima entre los crematorios y los núcleos residenciales.

²⁵ STS 22 de septiembre de 2011 (RJ 2012, 901).

²⁶ Vid. STSJ Andalucía (Málaga) 5 noviembre 2007 (JUR 2008\55069). En similar sentido, STSJ Cataluña 19 mayo 2011 (JUR 2011, 367060).

La interpretación de los tribunales parte de las premisas sentadas en la doctrina constitucional y en la jurisprudencia sobre el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE, el cual no es un derecho absoluto, sino sometido a límites en razón de su función social, y por ello es la propia Constitución la que condiciona el ejercicio de esa libertad a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. En este sentido, la libertad de empresa no ampara entre sus contenidos -ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes- un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio”²⁷.

En orden a las normas urbanísticas que contemplan distancias mínimas entre los crematorios y viviendas, el Tribunal Supremo ha considerado conforme a derecho tales prescripciones fundadas en razones medioambientales siempre observen la debida proporcionalidad.

Así, la STS 22 de septiembre de 2.011 (RJ 2012, 901) desestima el recurso contra la modificación puntual del PGOU de Bilbao que introdujo una distancia mínima de 500 metros entre los hornos crematorios de cadáveres humanos y las viviendas más próximas, recordando que el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria Decreto de 20 de julio de 1974, en el artículo 50, establecía ya una distancia mínima de 500 metros para los cementerios²⁸.

²⁷ Entre otras, SSTC 152/2003, de 17 de julio (RTC 2003, 152) y STS 17 de mayo de 2.005 (RJ 2005, 5720).

²⁸ La STS 22 de septiembre de 2.011 (RJ 2012, 901) desestima el recurso en relación a la distancia mínima de 500 metros con la siguiente fundamentación en relación a un informe emitido por el Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento que justificaba la norma urbanística: “estimamos conveniente que los crematorios, en cuanto actividad de un horno incinerador con emisión a la atmósfera de sustancias contaminantes derivadas de la cremación de cadáveres, además de las propias de combustión, mantengan una distancia mínima con respecto a las viviendas. El mismo informe añade que...Los contaminantes atmosféricos emitidos en los procesos de cremación de cadáveres proceden, principalmente de tres fuentes: La combustión incompleta, la combustión, la volatilización de metales acumulados en el cuerpo humano, indicando a continuación que como resultado de la incineración se producen, entre otras, las siguientes sustancias tóxicas: monóxido de carbono, partículas sólidas, cloruro de hidrógeno, óxidos de nitrógeno, dióxidos de azufre, dioxinas, mercurio, cadmio y plomo. Y finaliza el informe indicando que en la determinación de la distancia mínima que deben guardar estas instalaciones respecto de las edificaciones residenciales más próximas...intervienen diversos factores: la orografía del terreno, los

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3101) en relación la instalación de los hornos crematorios asociados a tanatorios y enjuiciando la validez de una ordenanza que fijaba una distancia mínima de 250 metros con viviendas y núcleos habitados; en esta sentencia, se precisa que la limitación es proporcionada al bien jurídico que pretende proteger que, en una doble vertiente, es el del medio ambiente y la salubridad de las personas, pues se trata de una actividad calificable de molesta e insalubre. Esta misma interpretación ha sido sostenida por diferentes TSJ en cuanto a las distancias mínimas contempladas en las normas urbanísticas, que generalmente se establecen en los 500 metros²⁹

En definitiva, será la normativa urbanística la que defina los requisitos para la ubicación de los crematorios y determine las distancias mínimas, de acuerdo al principio de proporcionalidad.

vientos dominantes, la altura de la chimenea, los fenómenos habituales de temperatura en el terreno (frecuencia de inversiones térmicas)... en definitiva los condicionantes de dispersión del "penacho" de la chimenea de combustión, la dilución de los efluentes y su relación con los núcleos habitados adyacentes".

²⁹ Vid. STSJ, Andalucía (Granada) 29 de julio de 2014 (Rec 1566/2009)