

Informe Jurídico: Autorización instalación de Tanatorio Móvil.

ANTECEDENTES

Primero.- El Alcalde del Ayuntamiento de XXX, con fecha de entrada en esta Diputación el día YYY, solicita informe sobre el “concreto procedimiento a seguir, documentación a recabar etc.” en relación con una solicitud de “autorización para instalar un Tanatorio Móvil en suelo municipal, cuando algún vecino o particular de su Municipio o Pedanías, demande la realización de las pompas fúnebres”.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud se remiten por el Ayuntamiento los siguientes documentos:

- Solicitud de autorización suscrita por la Funeraria XXX de 3 de diciembre de 2014.
- Requerimiento de documentación del Ayuntamiento de XXX a la citada Funeraria.
- Contestación de la Funeraria con fecha de YYY

Tercera.- La solicitud de informe fue remitida inicialmente al servicio de Arquitectura y Urbanismo, emitiéndose informe por el Arquitecto del Servicio, indicando que “se desconoce en virtud de qué tiene que ser informada la solicitud por el servicio de Arquitectura, pues no se trata de ninguna edificación”.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por el alcalde de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1), sin embargo debe reflejarse que no existe informe del Secretario manifestando su

opinión en el asunto concreto (art. 14). Pese a la ausencia de dicho informe, se va a prestar la asistencia solicitada, si bien debe precisarse que la razón de ser de la necesidad de dicho informe es disponer de todos los elementos de juicio necesarios para prestar la asistencia solicitada con las debidas garantías, por lo que el informe se evacuará con las necesarias cautelas debidas a la posible falta de datos necesarios para la correcta emisión del mismo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

Segundo.- La legislación aplicable en esta materia viene determinada, fundamentalmente, por lo dispuesto en:

- Ley 7/85, de 2 de abril de Bases Régimen Local (LBRL), en su redacción por Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.
- Decreto 16/2.005 de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León.
- Ley 11/2.003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, en su redacción por ley 8/2014, de 14 de octubre (LPACYL).
- R.D. 1372/1986 de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL).

Tercero.- Este informe se va a abordar desde una triple perspectiva, siendo la primera de ellas la relativa al ámbito competencial, normativa sectorial aplicable y régimen de intervención administrativa en esta materia.

El artículo 25.2 k) de la LBRL establece que el Municipio ejercerá, en todo caso, como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, la de cementerios y actividades funerarias. Resulta, pues, de competencia municipal la gestión de estos servicios, y por ende, puede considerarse un servicio público en el sentido definido por el artículo 85 de la LRBRL. Si bien, se configura como servicio mínimo obligatorio los cementerios, ex artículo 26 LRBRL, pero no se realiza la misma previsión respecto del resto de actividades funerarias.

La expresión actividades funerarias es ciertamente genérica y omnicomprendiva. Podemos utilizar la definición del Tribunal de Cuentas, en el Informe de Fiscalización de la gestión de los servicios funerarios y cementerios, de julio de 2006, que las define como aquellas que incluyen toda clase de servicios desde que se produce el fallecimiento de una persona hasta el momento de su inhumación o cremación. Se trata, por tanto, de actividades económicas entre las que no se incluyen los servicios de cementerio y cremación, pero sí prácticamente el resto de la totalidad de actividades relacionadas.

A los efectos que nos ocupan en este informe, estarían incluidas las funciones de tanatorio.

Hasta 1996, la LBRL consideraba las actividades funerarias como servicios esenciales y reservaba su actividad a las Entidades Locales. No obstante, el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, liberalizó los servicios funerarios, abriendo el mercado a las empresas privadas, pero previendo que los municipios pudieran someter a autorización la prestación de estos servicios o actividades, remitiendo a un desarrollo posterior los requisitos exigibles.

Por tanto, la materia de actividades funerarias continuó permaneciendo, pese a la liberalización, en el ámbito competencial de las entidades locales.

Este desarrollo, en Castilla y León, lo encontramos en el Decreto 16/2005 de 10 de febrero, por el que se regula la Policía Sanitaria Mortuoria en la Comunidad de Castilla y León, que tiene por objeto la regulación de la policía sanitaria mortuoria en el ámbito territorial de la Comunidad de Castilla y León comprendiendo toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres, restos cadavéricos y restos humanos, las condiciones técnico-sanitarias de la prestación de servicios funerarios, así como de crematorios, cementerios y otros lugares de enterramiento debidamente autorizados, y, por último, la función inspectora y la potestad sancionadora en el supuesto de incumplimiento de la normativa aplicable.

El artículo 2 de dicho Decreto define los tanatorios y velatorios como aquellos establecimientos funerarios debidamente autorizados como lugar de etapa intermedia del cadáver entre el lugar de fallecimiento y el destino final, que reúnan las condiciones establecidas en el presente Decreto.

El artículo 3 del Decreto dispone que de acuerdo con la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, las competencias administrativas en materia de policía sanitaria mortuoria en el ámbito de la Comunidad Autónoma corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma y a las Corporaciones Locales, estableciendo como competencias de los Ayuntamientos las siguientes:

- La regulación de los servicios funerarios en su municipio.
- La concesión de autorización sanitaria para la exhumación de cadáveres, cuando se vaya a proceder a su reinhumación o reincineración en el mismo cementerio.
- La suspensión temporal de exhumaciones en época estival o por cualquier otra causa justificada.
- La concesión de autorización de establecimiento de las empresas funerarias.
- La comunicación a la Dirección General competente por razón de la materia de los datos necesarios para la actualización del Registro de Empresas, Instalaciones y Servicios Funerarios de Castilla y León.
- La concesión de licencia ambiental de tanatorios, velatorios, crematorios y cementerios.
- La concesión de licencia de apertura de tanatorios, velatorios, crematorios y cementerios.
- La tramitación y resolución de los expedientes de construcción, ampliación, reforma y clausura de cementerios.
- La organización y administración de los cementerios de titularidad municipal.

- La clausura de cementerios.
- La suspensión de los enterramientos en los cementerios ubicados en el municipio.
- El control sanitario de los cementerios.
- Las demás funciones atribuidas en el Decreto y demás normas que resulten de aplicación.

El artículo 22 del citado Decreto establece que los servicios funerarios tendrán la consideración de servicios básicos para la comunidad y podrán ser prestados por las Administraciones Públicas, por empresas públicas, mixtas o privadas, y en régimen de concurrencia competitiva, correspondiendo a los Ayuntamientos la regulación de los servicios funerarios en su municipio.

De ello cabe concluir que sería recomendable que por el Ayuntamiento aprobara una ordenanza, siempre que no se disponga de la misma, lo que desconoce quien suscribe este informe.

Los artículos 23 y 24 del Decreto establecen los servicios que deben prestar las empresas funerarias, entre los que se incluyen los de tanatorio, sea propio o concertado, y el personal adecuado, instalaciones y material necesario para prestar los mismos, correspondiendo al Ayuntamiento, según dispone el artículo 25, la autorización para el establecimiento de las empresas funerarias en cuyo término se ubiquen, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean necesarias de conformidad con la normativa sectorial aplicable, debiendo comunicar a la Dirección General de la Junta de Castilla y León competente los datos establecidos en dicho artículo 25. Los artículos 27 a 29 señalan los requisitos que deben cumplir los tanatorios.

En lo que afecta al ámbito de la intervención administrativa, el artículo 30 del Decreto dispone que los tanatorios y velatorios estarán sometidos a la obtención de licencia ambiental, de conformidad con lo previsto en la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León. Con carácter previo a la concesión de dicha licencia, será necesario informe del Servicio Territorial con competencias en sanidad al que se le remitirá el expediente completo para su emisión. Dicho informe será preceptivo y deberá emitirse en el plazo de quince días. Una vez obtenida la licencia ambiental, y con carácter previo al inicio de la actividad, deberá obtenerse la licencia de apertura, de conformidad con lo establecido en la LPACYL.

Por tanto, de una primera lectura de ese precepto, no derogado expresamente, se desprende que sería necesaria licencia ambiental y de apertura.

No obstante lo cual, la actividad funeraria quedó sometida al marco de regulación de las actividades de servicios que estableció la Ley 17 /2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 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, normativa de transposición de la llamada Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006), que establecía que cualquier medida que supusiera una limitación al acceso o al ejercicio de una actividad de servicios debía estar justificada por una razón imperiosa de interés general y debía ser proporcionada, bajo una pretensión de desregulación del

mercado interior, simplificación administrativa, liberalización del establecimiento de los prestadores de servicios y eliminación de la abundancia de trámites administrativos.

Con ese espíritu, la LPACYL, en su redacción por ley 8/2014, de 14 de octubre, dispone hoy en su artículo 24 que quedan sometidas al régimen de licencia ambiental las actividades o instalaciones susceptibles de ocasionar molestias considerables, de acuerdo con lo establecido reglamentariamente y en la normativa sectorial, como sería el caso del Decreto analizado, pero excluye de esta intervención las actividades o instalaciones sujetas a los regímenes de autorización ambiental y de comunicación ambiental, que se regirán por su régimen propio.

En este sentido, el artículo 58 de esta ley indica que las actividades o instalaciones comprendidas en el Anexo V de la presente Ley para iniciar la actividad precisarán previa comunicación al Ayuntamiento del término municipal en que se ubiquen, sin perjuicio de la aplicación de esta Ley en lo que proceda, así como de la normativa sectorial. Dicho Anexo recoge, entre otras muchas actividades sujetas a comunicación ambiental, las actividades incluidas en el anexo de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 m, entre las que se encuentran los servicios de pompas fúnebres, en la que podemos incluir las actividades funerarias en general, y los tanatorios en particular, según la definición antes reflejada del Tribunal de Cuentas. A mayor abundamiento, esa ley estatal que hace suya en el Anexo la norma autonómica es legislación básica y por tanto sería incluso de aplicación por sí misma al ámbito territorial de Castilla y León.

Continúa diciendo el referido artículo 58 de la LPACYL que la presentación de la comunicación ambiental no exime de la obtención de otras autorizaciones o licencias, ni de otros medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos que sean necesarios para el ejercicio de la actividad, debiendo acompañarse la comunicación ambiental, al menos, y sin perjuicio de lo que se establezca reglamentariamente o en las correspondientes ordenanzas municipales, de la documentación señalada en el apartado 5 de este precepto:

- Una descripción de las instalaciones en la que se indique la incidencia ambiental de las mismas.
- Una memoria ambiental que determine las emisiones, catalogaciones ambientales de la instalación de manera justificada, medidas correctoras, controles efectuados para confirmar la idoneidad de las medidas correctoras y medidas de control previstas.

De esta regulación cabe concluir que, aunque ya no se pueda exigir licencia de actividad ni de apertura, estando sujeta la actividad únicamente a comunicación ambiental, sigue vigente la necesidad de informe del Servicio Territorial correspondiente de la Junta de Castilla y León con competencias en sanidad, en virtud del artículo 30 de la LPACYL, además de lo que diremos en el apartado siguiente, informe que deberá ser recabado por la empresa prestadora de los servicios y presentada al Ayuntamiento junto con la comunicación ambiental antedicha.

Una última consideración es la prevenida en el artículo 27 del Decreto, que dispone que Los tanatorios y velatorios, dada su naturaleza de servicios básicos para la comunidad, deben ser considerados como dotaciones urbanísticas, con carácter de equipamientos, si bien, dada la naturaleza móvil de este tanatorio, no se va a entrar en más consideraciones.

Cuarto.- Todo lo dicho hasta aquí se puede predicar tanto de los tanatorios fijos como móviles, pero respecto de estos últimos, que es lo que ocupa a este informe, cabe abordar una segunda perspectiva, que hace referencia a la ocupación del dominio público local.

Este informe parte en este aspecto de un total desconocimiento del lugar en que se pretende la ubicación del tanatorio móvil, pero dada las características de estos, cabe deducir que se tratará de una vía pública. En este sentido, el artículo 3 del RBEL enumera como bienes de uso público local, entre otros, los caminos, plazas, calles, paseos y parques.

El artículo 74 del RBEL señala que la utilización de los bienes de dominio y uso público se regirá por las disposiciones de esta sección, y el artículo 84 de la LPAP, que es básico, determina que nadie puede, sin título que lo autorice, otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.

El artículo 75 del RBEL dispone que en la utilización de los bienes de dominio público se considerará:

1º. Uso común, el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará:

- o a) General, cuando no concurren circunstancias singulares.
- o b) Especial, si concurrieran circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante.

2º. Uso privativo, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados.

3º. Uso normal, el que fuere conforme con el destino principal del dominio público a que afecte.

4º. Uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino

En lo que afecta a este informe, el problema se plantea ante la distinción entre uso privativo y uso común especial. A la vista de dicha diferenciación, se viene considerando por la doctrina y por la jurisprudencia que uso privativo es aquél que excluye la utilización del dominio público a los demás. Por ejemplo, un quiosco; porque la porción de demanio público que ocupa el quiosco no puede ser utilizado por los demás; mientras que uso común especial es un uso anormal, porque no es conforme al destino principal, y además especial, por su intensidad de uso, siendo el ejemplo clásico el de las terrazas móviles de mesas y sillas, respecto de las que el uso no llega a ser privativo porque los viandantes pueden pasar por el espacio

donde están las mesas y sillas, y cuando se recogen no suponen ningún uso especial.

El apartado 2 del art. 85 de la LPAP, aunque no tiene el carácter de básico ni de aplicación plena, determina que es un uso que sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan el exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste. Como gráficamente ha dicho el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de julio de 1987, "el uso común especial del que habla la norma, es común sólo convencionalmente, es -podríamos decir- común... pero menos".

En la práctica puede ser difícil efectuar una correcta delimitación entre el uso especial y privativo. Uno de los elementos que se han tenido en cuenta para diferenciar a ambos usos ha sido la mayor o menor fijeza de las instalaciones: así, las instalaciones desmontables o provisionales se han considerado uso especial; en cambio, si de instalaciones fijas se trata -que indican intención de permanencia- se les ha calificado de uso privativo.

En virtud de las anteriores consideraciones cabe concluir que en este caso del tanatorio móvil nos encontraríamos ante un uso común especial, disponiendo el artículo 77.1 del RB que este uso se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general.

Esta licencia tiene, siguiendo a Garrido Falla, entre otras, las siguientes implicaciones que habrán de ser tenidas en cuenta:

- Es un acto administrativo unilateral, sin que ello se oponga el hecho de que se concedan previa petición del particular. Resulta así su distinta naturaleza jurídica respecto de las concesiones de ocupaciones del dominio público cuyo carácter contractual es admisible, como regla.

- Es, en general, revocable, lo que determina una situación jurídica de precario para el autorizado. El derecho del usuario se limita, por tanto, a poder utilizar el dominio en la forma autorizada, y en tanto la autorización esté vigente. El art. 92.4 de la LPAP, que es básico, determina que las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.

- Puede someterse a la exacción de una tasa, cuestión a la que se hará referencia en el siguiente apartado del informe.

- Según disponen los artículos 77.2 del RBEL y 92.1 de la LPAP, básico, se otorgará directamente, salvo si por cualquier circunstancia se limitare el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación y, si no fuere posible, porque todos los autorizados hubieren de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo.

- Tal y como prevén los artículos 77.3 del RBEL y 92.2. de la LPAP, también básico, no serán transmisibles las licencias que se refieran a las cualidades personales del sujeto o cuyo número estuviere limitado; y las demás, lo serán o no según se previera en las ordenanzas. Cabría recordar aquí lo dicho previamente sobre la conveniencia de una ordenanza.

- El artículo 79 del RBEL dispone que en ningún caso podrá otorgarse licencia alguna por tiempo indefinido. Como el artículo 92.3, que establece un plazo

máximo de duración de la autorización (licencia) de cuatro años no es básico, se podría acudir a lo dispuesto en el artículo 93.3., para las concesiones, este sí de carácter básico, que señala un plazo máximo de 75 años, incluidas las prórrogas, salvo que se establezca otro plazo menor en las normas especiales que sean de aplicación.

- El órgano municipal competente para el otorgamiento de la licencia es el Alcalde, a no ser que las leyes sectoriales atribuyan la competencia al Pleno o la Junta de Gobierno Local. Competencia que puede ser delegada. Así viene previsto en el art. 21.1.q) y 3 de la LBRL.

Quinto.- En tercer y último lugar, como se apuntó antes, esta licencia puede ser gravada con una tasa.

El artículo 20.1 y 3 del TRLRHL establecen que las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, como acontece aquí en el caso que nos ocupa.

En el mismo sentido, el artículo 93.4 de la LPAP, con carácter de básico, dispone que las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, especificando a continuación que no estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla, supuestos estos últimos que no concurren en este caso.

Por su parte, el artículo 57 del TRLRHL establece que los ayuntamientos podrán establecer y exigir tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal, según las normas contenidas en la sección 3.ª del capítulo III del título I de esta ley. Pero en ese caso, al tratarse de un tributo potestativo, es necesario que el municipio lo haya establecido y lo haya regulado mediante la correspondiente Ordenanza Fiscal, al amparo de lo establecido en el artículo 15.1 del TRLRHL que dispone que salvo en los supuestos previstos en el artículo 59.1 de esta ley, las entidades locales deberán acordar la imposición y supresión de sus tributos propios, y aprobar las correspondientes ordenanzas fiscales reguladoras de estos.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Las actividades funerarias, entre las que se incluyen los tanatorios, sean móviles o no, son hoy actividades sujetas a comunicación ambiental, que deberá presentar el prestador de servicios ante el Ayuntamiento, acompañada de la documentación a la que se ha hecho referencia en este informe y del informe del Servicio Territorial correspondiente de la Junta de Castilla y León con competencias en sanidad.

Sería recomendable que por el Ayuntamiento se aprobara una ordenanza, siempre que no se dispusiera ya de la misma, que regulara las actividades funerarias en los términos analizados en este informe.

Segunda.- En lo que hace referencia a la ocupación del dominio público local que supone la instalación de un tanatorio móvil, nos encontraríamos ante un uso común especial, uso que está sujeto a licencia, que se podrá conceder en los términos vertidos en este informe.

Tercera.- Esta uso puede ser gravado con una tasa, en cuyo caso el Ayuntamiento debería aprobar la pertinente ordenanza fiscal.

Zamora a 2 de julio de 2015

EL SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS