



Roj: **STS 2971/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2971**

Id Cendoj: **28079130052021100204**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/07/2021**

Nº de Recurso: **8063/2019**

Nº de Resolución: **1001/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8944/2019,**
ATS 4111/2020,
STS 2971/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.001/2021

Fecha de sentencia: 12/07/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8063/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 8063/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1001/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 12 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 8063/2019, interpuesto por PARCESA PARQUES DE LA PAZ S.A., representada por la procuradora D.^a Concepción Tejada Marcelino, bajo la dirección letrada de D. Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade, contra la sentencia nº 601/2019, de 25 de septiembre dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación nº 336/2018.

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Madrid, actuando en su representación y defensa su Letrada.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por resolución de 30 de marzo de 2016 del Gerente de la Agencia de Actividades, integrada en la Subdirección General de Actividades Económicas del Ayuntamiento de Madrid se denegó a la mercantil PARCESA PARQUES DE LA PAZ S.A. la licencia única de obra y actividad para la instalación de horno crematorio en el tanatorio de la M-40, sito en Avenida Los Rosales, nº 36 de Madrid, al resultar inviable por no respetar la distancia mínima de 250 metros respecto de otros usos exigida en el artículo 52.3 de la Ordenanza de Protección de Medio Ambiente de Madrid.

Frente a dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo la representación procesal de PARCESA PARQUES DE LA PAZ S.A. y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Madrid se dictó sentencia desestimatoria en fecha 12 de enero de 2018.

SEGUNDO.- La representación de PARCESA PARQUES DE LA PAZ S.A. impugnó en apelación la mencionada sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó sentencia con fecha de 25 de septiembre de 2019, cuyo fallo literalmente establecía:

"[...] En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 2^a) en el recurso de apelación formulado por la mercantil Parcesa Parques de La Paz SA contra la Sentencia de 12 de enero de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Madrid en el procedimiento ordinario nº 216/2016, ha decidido:

Primero.- Desestimar dicho recurso de apelación.

Segundo.- Efectuar expresa condena en costas en esta instancia a la apelante en los términos fijados en el último Fundamento de esta Sentencia."

TERCERO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la mercantil PARCESA PARQUES DE LA PAZ S.A., el cual se tuvo por preparado en auto de 29 de noviembre de 2019 dictado por el Tribunal de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo y remisión de las actuaciones.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de 25 de junio de 2020 declaró que la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar:

"[...] Si la distancia mínima (250 m) a viviendas u otros lugares de permanencia habitual de personas, exigida en el art. 52.3 de la Ordenanza General de Protección de Medio Ambiente de Madrid para la instalación de hornos crematorios, posee sustento legal habilitante y cumple los requisitos de proporcionalidad y no discriminación legalmente establecidos."

Y, a tal efecto, dicho auto, identificó como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los "[...] Arts. 5 apdos a) y c) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 84 bis) apdo. 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local."

QUINTO.- La parte recurrente formalizó la interposición del recurso de casación en escrito presentado el 18 de agosto de 2020, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó:

"[...] Que, teniendo por presentado este escrito, lo admita y, en su virtud, tenga por presentada en tiempo y forma la interposición del recurso de casación por parte de PARCESA contra la sentencia de la Sala de lo



Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 601 del día 25 de septiembre de 2019 y, tras la oportuna tramitación, dicte sentencia estimatoria en los términos indicados la sección IV de este escrito, con expresa condena en costas a la Administración."

SEXTO.- Por providencia de 9 de septiembre de 2020 se dio traslado a la parte recurrida para que pudiera oponerse, lo que así hizo en escrito presentado el 13 de noviembre siguiente en el que, tras las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, terminó suplicando:

"[...] Que tenga por recibido el presente escrito, tenga por formulado ESCRITO DE OPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN, en tiempo y forma, en la representación que ostento del AYUNTAMIENTO DE MADRID contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2019, recaída en el Recurso de Apelación 336/2018; y seguido por sus trámites, desestime el recurso por los motivos aducidos, y resuelva conforme a derecho dentro de los términos en que aparece planteado el debate."

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción y, considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

OCTAVO.- Por providencia de 12 de abril de 2021 se designó nuevo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 22 de junio siguiente, en que comenzó la deliberación, finalizando el 29 de junio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso.

Se impugna en este recurso de casación la sentencia nº 601/2019, de 25 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso de apelación nº 336/2018, interpuesto por PARCESA PARQUES DE LA PAZ S.A. contra la sentencia dictada el 12 de enero de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de la capital.

Esta sentencia del Juzgado, a su vez, había desestimado el recurso interpuesto por la mencionada entidad contra la resolución dictada el 30 de marzo de 2016 por el Gerente de la Agencia de Actividades, integrada en la Subdirección General de Actividades Económicas del Ayuntamiento de Madrid, que denegó a aquélla la solicitud formulada el 12 de marzo de 2015 de concesión de licencia única de obra y actividad para la instalación de horno crematorio en el tanatorio de la M-40, sito en Avenida Los Rosales, nº 36 de Madrid, al resultar inviable por no respetar la distancia mínima de 250 metros respecto de otros usos, exigida en el artículo 52.3 de la Ordenanza de Protección de Medio Ambiente de Madrid, precepto que a su vez es recurrido de forma indirecta.

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional suscitada en el presente recurso.

Conforme a lo acordado en el auto dictado por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera el 25 de junio de 2020, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar "si la distancia mínima (250 m) a viviendas u otros lugares de permanencia habitual de personas, exigida en el art. 52.3 de la Ordenanza General de Protección de Medio Ambiente de Madrid para la instalación de hornos crematorios, posee sustento legal habilitante y cumple los requisitos de proporcionalidad y no discriminación legalmente establecidos".

Y, en consonancia con la indicada cuestión, señala el auto de admisión que las normas jurídicas que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación en sentencia son: los apartados a) y c) del artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y el apartado 2 del artículo 84 bis) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

El tenor literal de estos preceptos es el siguiente:

Ordenanza General de Protección de Medio Ambiente, de 24 de julio de 1985 (redacción dada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 28 de noviembre de 2002).

Artículo 52.3

"Los hornos destinados específicamente a la incineración de cadáveres de personas deberán instalarse siempre en cementerios o asociados a tanatorios, de tal modo que la distancia del foco o focos de emisión a viviendas o lugares de permanencia habitual de personas, como industrias, oficinas, centros educativos o asistenciales,



centros comerciales, instalaciones de uso sanitario o deportivo, parques, etc., no sea nunca inferior a 250 metros. Por otra parte, sus emisiones deberán cumplir los límites que en cada momento fueran legalmente de aplicación".

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Artículo 5. Regímenes de autorización.

"La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado, y

c) proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control "a posteriori" se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad".

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre).

Artículo 84 bis.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

2. Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:

a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.

b) La capacidad o aforo de la instalación.

c) La contaminación acústica.

d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.

e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.

f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.

3. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente".

Adicionalmente, conviene precisar a este respecto que, con posterioridad al auto de admisión, ha tenido lugar la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid de la Ordenanza 4/2021, de 30 de marzo, de Calidad



del Aire y Sostenibilidad, que ha derogado el Libro I " *Protección de la atmósfera frente a la contaminación por formas de materia*" de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano, de 24 de julio de 1985, en el que estaba incluido el mencionado artículo 52.3, si bien el contenido de este precepto coincide, sustancialmente, con el del artículo 22 de la nueva Ordenanza. Dice así el nuevo precepto:

Ordenanza 4/2021, de 30 de marzo, de Calidad del Aire y Sostenibilidad.

Artículo 22. Hornos crematorios.

" *Los hornos destinados específicamente a la incineración de cadáveres de personas deberán instalarse siempre en cementerios o asociados a tanatorios, de tal modo que la distancia del foco o focos de emisión no sea nunca inferior a 250 metros respecto a viviendas o lugares de permanencia habitual de personas, como industrias, oficinas, centros educativos o asistenciales, centros comerciales, instalaciones de uso sanitario o deportivo, parques. Por otra parte, sus emisiones deberán cumplir los límites que fueran legalmente aplicables en cada momento*".

TERCERO.- Alegaciones de la parte recurrente.

En su escrito de interposición, la parte recurrente alega, en síntesis, que la Ordenanza y la sentencia cuya casación se pide han infringido las normas y la jurisprudencia por las siguientes razones:

a) La regla de distancia exigida por el artículo 52.3 OGPMAU incumple el requisito de no discriminación establecido en el artículo 5.a) de la Ley 17/2009 (carácter discriminatorio que resulta, además, injustificado y que redundaría en que el cumplimiento de dicha norma resulte imposible salvo para el propio regulador, Ayuntamiento de Madrid, con los consecuentes efectos lesivos de la libre competencia).

b) La regla de distancia impuesta por el artículo 52.3 OGPMAU incumple el requisito de proporcionalidad previsto en el artículo 5.c) de la Ley 17/2009, en el triple sentido de que no resulta idónea (por no ser el instrumento más adecuado para proteger los valores medioambientales y de salud pública que persigue), que existen medidas menos restrictivas para conseguir eficazmente dichos fines y que la sentencia no ha realizado una correcta ponderación de los valores en juego.

c) El establecimiento de tal regla de distancia por la OGPMAU no posee sustento legal habilitante -exigido tanto por la LBRL como por las Leyes 17/2009 y 25/2009- toda vez que existe reserva de ley para establecer una limitación de este tipo y que, además, el establecimiento de esta norma vulnera el mandato liberalizador de servicios funerarios previsto en una norma con rango de ley y resulta contradictorio con la normativa medioambiental estatal, habiéndose producido la invalidez sobrevenida de dicho precepto (tanto por infringir las mencionadas normas con rango de ley, como por resultar contrario a los mandatos legales contenidos en el RDL 7/1996, de 7 de junio -en su redacción por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre- y en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre).

Después de desarrollar en su escrito el indicado esquema argumental, la parte recurrente incluye bajo la rúbrica " *Recapitulación*" lo siguiente:

"59. *En consideración a las citadas normas estatales y de la Unión Europea (Directiva 2006/123/CE, Ley 34/2007, Leyes 17/2009 y 25/2009 y modificación de la LBRL por la Ley 27/2013), a las decisiones jurisprudenciales sobre esta materia (especialmente, SSTs de 22 de septiembre de 2011 y 21 marzo 2012) y a los criterios administrativos expuestos orientados a la consecución de una mayor libertad en el ejercicio de las actividades económicas y al generalizado abandono de los criterios protectores de distancia por considerarlos injustificados (Acuerdos de la Comisión de Seguimiento del PGOU de Madrid y la llamada "Guía de Consenso sobre Sanidad Mortuoria"), el art. 52.3 de la OGPMAU carece del necesario presupuesto legal habilitante y además adolece de invalidez sobrevenida por infracción de diversos preceptos legales, constituyendo este recurso el mecanismo adecuado con el que evitar la pervivencia de esta norma de rango reglamentario que ha devenido contraria al ordenamiento jurídico*".

Y concluye precisando la doctrina que debería fijar esta Sala en los siguientes términos:

" 60. *Conforme a todo lo expuesto, la doctrina que debería sentar la Sala a la que tengo el honor de dirigirme sería que, a la luz de la Directiva 2006/123/CE, la Ley 34/2007, las Leyes 17/2009 y 25/2009 y la modificación de la LBRL por la Ley 27/2013, la distancia mínima (250 m.) a viviendas u otros lugares de permanencia habitual de personas, exigida en el art. 52.3 de la OGPMAU para la instalación de hornos crematorios, no posee sustento legal habilitante y no cumple los requisitos de proporcionalidad y no discriminación legalmente establecidos por cuanto existen otras medidas menos restrictivas que permiten obtener el mismo resultado. En este sentido, en la ponderación entre las libertades de prestación de servicios y de establecimiento y la protección de valores sanitarios y ambientales, en un marco de libertad de empresa abierto a la competencia, resultan ilegales por desproporcionadas -y, si cierran dicha competencia, discriminatorias- las normas que, como el art. 52.3 OGPMAU,*



se basan exclusivamente en la fijación de un criterio de distancia, sin permitir que la preservación de aquellos valores se realice mediante medidas alternativas (controles de emisiones contaminantes) menos interventoras".

CUARTO.- Alegaciones de la Administración recurrida.

La Administración recurrida se opone a las alegaciones de la parte recurrente señalando que el cumplimiento de la distancia mínima a otros usos, establecida en el artículo 52.3 de la Ordenanza de 24 de julio de 1985 General de Protección del Medio Ambiente Urbano, constituye una condición indispensable para la implantación de la actividad, por lo que es necesario analizar en primer lugar la localización de la chimenea proyectada en relación con su entorno.

Y a este fin, transcribe el informe desfavorable de evaluación ambiental de actividades, en el que se precisa lo siguiente:

" (...) A la vista de lo anterior, una vez examinada la documentación técnica y las alegaciones remitidas por la Agencia de Actividades, se concluye que la actividad pretendida incumple la distancia mínima a otros usos, establecida en el artículo 52. 3 de la Ordenanza de Protección del Medio Ambiente Urbano (OGPMAU), condición ambiental indispensable para su implantación.

En consecuencia, vista la propuesta de informe precedente emitida en fecha 6/11/2015 y estudiadas las alegaciones presentadas por el promotor, se informa DESFAVORABLEMENTE la Evaluación Ambiental de la actividad pretendida en el emplazamiento propuesto y de determina la no conveniencia de realizar el proyecto, a los solos efectos ambientales y con independencia de otras normativas que le fueran de aplicación.

Dado que el proyecto presentado incumple la distancia mínima a otros usos establecida en la OGPMAU, no procede analizar las posibles repercusiones ambientales derivadas ni la adecuación de las medidas preventivas y correctoras previstas por el titular".

Destaca, además, que el informe de evaluación ambiental de actividades tiene carácter preceptivo y vinculante para la concesión de la licencia solicitada, por lo que, si bien el proyecto es viable desde el punto de vista de las normas urbanísticas, no lo es desde el punto de vista medioambiental, como ha ratificado la sentencia impugnada en casación (cuyos razonamientos al efecto transcribe).

Por ello, solicita que *" se desestime el recurso por los motivos aducidos, y resuelva conforme a derecho dentro de los términos en que aparece planteado el debate".*

QUINTO.- La conveniencia de enmarcar la cuestión controvertida en el contexto temporal adecuado: la evolución normativa y tecnológica acaecida desde la aprobación de la Ordenanza en 1985.

Para dar una correcta respuesta a los requerimientos del auto de admisión conviene que comencemos por enmarcar la cuestión polémica en el contexto temporal adecuado.

I. La Ordenanza mencionada data de 1985 y la redacción de su artículo 52.3, aplicado en este caso, fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid en 1992. Es evidente, por tanto, que las circunstancias que inspiraron aquella normativa, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico de la protección de la salud humana y del medio ambiente, como de los recursos tecnológicos susceptibles de proporcionar dicha protección, han evolucionado notablemente hasta nuestros días (conclusión que aparece corroborada expresamente en el preámbulo de la nueva Ordenanza 4/2021 antes citada).

Por otro lado, a la hora de aplicar esa normativa no cabe olvidar que, a impulso del derecho comunitario, se ha ido abriendo camino paulatinamente en nuestro ordenamiento la regla general de libertad en el ejercicio de actividades económicas y en la prestación de servicios. Esta regla general, sin embargo, encuentra con toda lógica excepciones en la propia normativa fundadas en diferentes motivos, entre los que se encuentran los atinentes a la protección de la salud de las personas y del medio ambiente.

II. En este sentido, es imprescindible citar la *Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera*, dictada al amparo de las competencias exclusivas del Estado previstas en la Constitución en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, que recuerda en su preámbulo que *" para alcanzar y mantener un nivel de protección elevado de las personas y del medio ambiente frente a la contaminación atmosférica de manera compatible con un desarrollo sostenible, esta ley aborda la gestión de la calidad del aire y la protección de la atmósfera a la luz de los principios de cautela y acción preventiva, de corrección de la contaminación en la fuente misma y de quien contamina paga, y desde un planteamiento de corresponsabilidad, con un enfoque integral e integrador".*

A) Esta ley es singularmente relevante en nuestro caso por varios motivos:



(i) En primer lugar, porque -como acabamos de ver- cita expresamente entre sus principios inspiradores los de "acción preventiva" y "corrección de la contaminación en la fuente misma", principios que, por tanto, pueden y deben tomarse en la debida consideración en la resolución de supuestos como el que ahora nos ocupa.

(ii) En segundo lugar, porque estamos en presencia de una ley básica estatal en materia de protección del medio ambiente y, por tanto, de una norma que, además, de ser posterior, es de superior rango a la Ordenanza aplicada en este caso.

(iii) En tercer lugar, porque dada la fecha de publicación de la Ley 34/2007 (en el BOE de 16 de noviembre de 2007) y de su entrada en vigor (al día siguiente de su publicación), no pudo ser tenida en cuenta en el momento de aprobación de la redacción original de la Ordenanza (1985), ni en el momento en que se dio nueva redacción al polémico artículo 52.3 (en 2002).

Es más, ni siquiera pudo ser tenida en cuenta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la hora de dictar su sentencia de 5 de junio de 2007, que desestimó en primera instancia el recurso directo interpuesto -por la misma recurrente que ahora- contra el mencionado artículo de la Ordenanza. Y, sin duda por esta razón, tampoco fue mencionada en nuestra STS de 27 de diciembre de 2011 (recurso 5385/2007), que confirmó en sede casacional dicha sentencia del Tribunal madrileño.

B) Sin embargo, la trascendencia de esta Ley es evidente, y no sólo por su carácter básico, sino por su propio contenido, del que, a los efectos que ahora interesan, conviene destacar algunas de sus previsiones:

- Conforme al artículo 5.3, las entidades locales, en el ámbito de sus competencias, deberán adaptar las ordenanzas existentes y el planeamiento urbanístico a las previsiones de esta ley y de sus normas de desarrollo.

- A tenor del artículo 9.2, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, adoptarán las medidas necesarias para mantener y, en su caso, mejorar la calidad del aire y cumplir los objetivos que se establezcan, de conformidad con lo establecido en esta ley.

- El artículo 13 dispone que a los efectos de esta ley se consideran como actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera las incluidas en el catálogo que figura en el anexo IV.

Y, asimismo, que sin perjuicio de los demás medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos exigibles por otras disposiciones, quedan sometidas a procedimiento de autorización administrativa aquellas instalaciones en las que se desarrollen alguna de las actividades incluidas en el catálogo recogido en el anexo IV de esta ley y que figuran en dicho anexo como pertenecientes a los grupos A y B. Las actividades incluidas en el grupo A estarán sujetas a unos requisitos de control de emisiones más exigentes que aquellas incluidas en el grupo B.

- Por su parte, el artículo 26.1 establece que las comunidades autónomas y, en su caso, las entidades locales en los términos del artículo 5.3, serán las competentes para adoptar las medidas de inspección necesarias para garantizar el cumplimiento de esta ley.

- Y en el Anexo IV de la Ley (que lleva por rúbrica *Catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera*), la actividad de "Cremación" está etiquetada con el Código 0909, y dentro de ella figuran, en apartados separados:

· La "Incineración de cadáveres humanos o restos de exhumación", clasificada en el grupo B, código 09090100, y

· La "Incineración de animales muertos o desechos cárnicos incluidos subproductos de origen animal no destinados al consumo humano. Plantas de capacidad ≥ 50 kg/ hora", clasificada en el grupo B, código 09090201, figurando en este apartado una llamada a nota a pie con el número 2.

En esa nota a pie se indica:

"(2) Las actividades pertenecientes al grupo B pasarán a considerarse como grupo A, las pertenecientes a grupo C pasarán a considerarse grupo B y las actividades sin grupo pasarán a considerarse grupo C a criterio del órgano competente de la comunidad autónoma, en el caso en que se utilicen sustancias peligrosas o la actividad se desarrolle a menos de 500 m de alguno de los siguientes espacios:

- núcleos de población,

- espacios naturales protegidos de acuerdo al artículo 27 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, incluidas sus zonas periféricas de protección,

- espacios pertenecientes a la Red Natura 2000,

- áreas protegidas por instrumentos internacionales".



De esta nota a pie cabe deducir, por tanto, que la ley no exige imperativamente que exista una distancia mínima entre la instalación y un núcleo de población, sino que, en aquellos casos en que esa distancia sea inferior a 500 metros, el órgano competente de la Comunidad Autónoma podrá decidir, según su criterio, que la actividad encuadrada en el grupo B, como es el caso de los hornos crematorios, pase a considerarse como grupo A, con la consecuencia que ello comporta, prevista en el artículo 13.2 de la ley, de quedar la actividad sujeta a unos requisitos de control de emisiones más exigentes que aquellas incluidas en el grupo B.

III. En línea con las consideraciones vertidas en los anteriores apartados, conviene destacar también la relevancia que a los efectos de este recurso presenta la modificación operada en el artículo 84 bis de la *Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local por virtud de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, que dio nueva redacción a aquel precepto, toda vez que se trata de una norma posterior a nuestra STS de 27 de diciembre de 2011, pero que ya estaba en vigor cuando la recurrente solicitó en 2015 la correspondiente licencia para la instalación de horno crematorio en el supuesto que ahora enjuiciamos.

Este artículo 84 bis prescribe con carácter general que el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo, aunque prevé que podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

Y, más aun, establece que las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado, añadiendo que la evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones.

IV. De lo expuesto en los anteriores apartados de este Fundamento se desprende, con toda claridad, que aunque la regla general en nuestro ordenamiento sea la de libertad en el ejercicio de actividades económicas, esta regla general encuentra excepciones justificadas en los casos previstos en la propia ley, en los que será precisa una autorización para dicho ejercicio, si bien la exigencia de licencia, autorización u otros medios de control preventivo solo podrá entrar en juego cuando no existan otros medios menos restrictivos para lograr los objetivos de protección previstos y perseguidos por la ley.

A este respecto, cabe constatar la sintonía de las previsiones de las normas citadas con las de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, sintonía que no solo se desprende de su artículo 5 (cuyo tenor literal hemos reproducido en el Fundamento Segundo), sino también de los pronunciamientos contenidos en el Preámbulo de esta Ley, de entre los cuales destacamos ahora -resumidamente- los siguientes:

(i) El fin de esta Ley es impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios.

(ii) A tal efecto, la ley establece como régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español, regulando como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades.

(iii) La Ley impone -en su artículo 9- obligaciones específicas en cuanto a los principios que deben cumplir los requisitos que regulen el acceso a las actividades de servicios y el ejercicio de las mismas para garantizar que éstos resulten menos gravosos y más predecibles para los prestadores de servicios.

(iv) Lo anterior se complementa con la enumeración -en el artículo 10- de una serie de requisitos prohibidos, a cuyo cumplimiento no puede supeditarse en ningún caso el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, y la previsión - artículo 11- de otros requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa.

(v) Por último, conviene transcribir -por ser particularmente reveladora del espíritu reformador que inspira la ley y de la primacía que atribuye a sus determinaciones respecto de la normativa hasta entonces vigente en la materia- la siguiente declaración también incluida en el Preámbulo: "*Ahora bien, es importante destacar que para la mejora del marco regulador del sector servicios no basta con el establecimiento, mediante esta Ley, de las disposiciones y los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios. Por el contrario, será necesario llevar a cabo un ejercicio de evaluación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conforme a los principios y criterios que esta Ley establece y, en su caso, modificar o derogar esta normativa*".



V. En definitiva, constituye una evidencia incontestable que el marco jurídico y tecnológico existente al tiempo de aprobarse la Ordenanza General de Protección de Medio Ambiente de Madrid ha cambiado sustancialmente, por lo que, necesariamente, los preceptos de dicha Ordenanza y, singularmente, su artículo 52.3, deben ser interpretados y aplicados a la luz de las circunstancias normativas y tecnológicas actualmente vigentes.

SEXTO.- La conveniencia de completar la doctrina establecida en la STS de 13 de diciembre de 2011 (recurso de casación nº 5385/2007), relativa a la interpretación y aplicación del precepto cuestionado.

I. Como antes dijimos, la STS de 13 de diciembre de 2011 (recurso de casación nº 5385/2007) vino a desestimar el recurso de casación que en su momento interpuso la ahora recurrente contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había desestimado, a su vez, el recurso directo interpuesto contra el polémico artículo 52.3 de la Ordenanza.

En dicha sentencia se reflejaba con toda nitidez la singularidad de la actividad a la que estamos aludiendo y se afirmaba con rotundidad que el precepto de la Ordenanza que se cuestiona, el artículo 52.3, en modo alguno vulneraba el artículo 38 de la Constitución, referido a la libertad de empresa, señalando al respecto:

"Desde luego en modo alguno puede sostenerse que la sentencia al dar por bueno ese precepto de la Ordenanza esté vulnerando el artículo 38 de la Constitución".

"La libertad de empresa, en definitiva, 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".

"Son normas de distinta naturaleza las que pueden incidir sobre el derecho a la libertad de empresa, como se indica en dicha sentencia, teniendo en cuenta que no se trata de un derecho de carácter absoluto, lo que permite su regulación en los aspectos que no resulten esenciales mediante normas reglamentarias, como pone manifiesto la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1.993, de 9 de julio, cuando, tras señalar que la libertad de empresa no es un derecho absoluto e incondicionado, que impida una regulación de los establecimientos comerciales que salvaguarde las necesidades del urbanismo y de los consumidores, añade que "la remisión al Reglamento para desarrollar la Ley o el empleo de conceptos jurídicos indeterminados resultan inevitables...".

"No se advierte que los concretos requisitos objeto de impugnación, relativos a las características y localización de tanatorios, crematorios (...) constituyan elementos o limitaciones esenciales del derecho a la libertad de empresa, sino que son aspectos de una concreta actividad empresarial, que como se ha señalado antes no constituye una regulación del derecho reconocido en el art. 38 de la Constitución".

II. Este planteamiento conserva, a nuestro juicio, plena vigencia, aunque conviene completarlo a la vista de las importantes reformas normativas acaecidas en esta materia desde que se aprobó la Ordenanza en 1985, entre las que cabe citar, principalmente, las derivadas de la publicación de la Ley 34/2007 y de la modificación en 2013 de la redacción del artículo 84 bis de la Ley de Bases de Régimen Local (sobre las que, por las razones antes expresadas, no se pronunció la STS de 27 de diciembre de 2011), así como de la Ley 17/2009.

En este sentido, el examen del artículo 52.3 de la Ordenanza de 1985 a la luz de esas normas posteriores y de mayor rango, actualmente vigentes, nos lleva a efectuar, con carácter general, las siguientes consideraciones:

1) Conforme a las previsiones legales establecidas al respecto, la incineración de cadáveres humanos o restos de exhumación constituye una actividad económica sujeta a autorización.

Ello supone una excepción al vigente principio de liberalización de las actividades económicas, fundada en razones de interés general determinadas en la propia ley, atinentes a la protección de la salud humana y del medio ambiente.

2) El otorgamiento de la autorización municipal relativa a la instalación de hornos crematorios para el desarrollo de la mencionada actividad habrá de ajustarse a las exigencias previstas en la correspondiente Ordenanza, y ésta, a su vez, deberá adaptarse a los criterios y determinaciones previstos al respecto en la normativa de rango superior (comunitaria, estatal y autonómica) que resulta de aplicación.

3) La referida autorización habrá de adecuarse tanto a la normativa urbanística como a la normativa de protección del medio ambiente y de la salud de las personas.

4) La autorización puede y debe imponer las limitaciones al ejercicio de la referida actividad que resulten necesarias para la protección de la salud humana y del medio ambiente, tomando en la debida consideración los principios de acción preventiva y de corrección de la contaminación en la fuente misma que se establecen expresamente en la legislación básica estatal.



5) Con arreglo a ello, no cabe descartar, de entrada y con carácter general, que limitaciones como la referida al establecimiento de una distancia mínima entre el horno crematorio y el núcleo de población más cercano puedan tener sustento legal, aunque su imposición no se establezca imperativamente en la ley.

6) Pero, en todo caso, la posibilidad de su imposición no excluye la necesidad de efectuar la adecuada ponderación entre las diversas medidas limitativas que pudieran resultar potencialmente idóneas para conseguir los objetivos de protección de la salud humana y el medio ambiente a la vista de las circunstancias concurrentes.

7) Así, de entre todas las medidas limitativas teóricamente idóneas para conseguir esos objetivos, solo serán legalmente aceptables y admisibles en cada caso aquéllas que puedan considerarse las más adecuadas y proporcionadas, por permitir alcanzar dichos objetivos imponiendo las menores restricciones posibles a la libertad de ejercicio de la actividad económica indicada.

8) En este sentido, por exigencia de los principios de acción preventiva y de corrección de contaminación en la fuente, será preciso tomar en consideración las posibles medidas correctoras que, conforme a los avances tecnológicos, pudieran permitir neutralizar o, en su caso, minorar las emisiones contaminantes en el mismo foco de emisión, a fin de poder decidir razonable y motivadamente si tales medidas son suficientes para proteger la salud humana y el medio ambiente o si, por el contrario, no lo son y precisan ser complementadas o, en su caso, sustituidas por otras medidas más restrictivas, como la referida al establecimiento de una distancia mínima a núcleo de población.

9) Consecuencia de ello es que la exigencia de distancia mínima no encuentra sustento en la ley como requisito exclusivo y excluyente, aisladamente contemplado, para conseguir el objetivo de proteger la salud humana y el medio ambiente; o, dicho de otro modo, esa exigencia no puede imponerse sin tomar en consideración la posible existencia de circunstancias técnicas que puedan permitir un control de las emisiones contaminantes que resulte menos restrictivo para el ejercicio de la actividad. Y ello porque puede resultar ilógica y absurda la imposición de una distancia mínima cuando los avances técnicos permitan controlar en origen la potencial contaminación.

En este sentido, conviene recordar que la Ley 34/2007 insta al "uso de las mejores técnicas disponibles" y que el capítulo V de esa ley está dedicado a la promoción de instrumentos de fomento de la protección de la atmósfera, en el entendimiento de que la lucha contra la contaminación requiere del concurso de múltiples acciones en muy diversos ámbitos, proponiendo diversas medidas al respecto, entre las que incluye las relativas a investigación, desarrollo e innovación, previsiones que carecerían de sentido si solo hubiera que tomar en consideración la distancia mínima a núcleos poblados para autorizar el ejercicio de la actividad de cremación.

10) No cabe apreciar que la mera imposición de un requisito de distancia mínima a lugares habitados suponga, en sí misma, una vulneración del principio de no discriminación, pues no cabe deducir de la Ordenanza que ese requisito no fuera exigible, en principio, a todo solicitante de licencia de horno crematorio, con independencia de su nacionalidad, o de la ubicación del establecimiento o de su domicilio social.

Ahora bien, esta medida limitativa -como, en general, cualquier otra que pudiera establecerse al respecto- debe ser aplicada de forma no discriminatoria, esto es, de modo que no dé lugar a desigualdades de trato no justificadas entre quienes ejerzan la actividad y quienes pretendan acceder a dicho ejercicio.

11) Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores constituyen una exigencia ineludible incorporada a la normativa actualmente vigente, derivada de la evolución habida en la materia, de manera que, aun cuando el tenor literal del precepto de una Ordenanza municipal -en nuestro caso, el artículo 52.3 de la Ordenanza madrileña- no contemple expresamente dicha previsión, dicho precepto deberá ser, en todo caso, interpretado a la luz de dicha exigencia.

Solo de esta manera puede entenderse que el contenido de dicho precepto no resulta incompatible con la normativa posterior y de mayor rango vigente actualmente.

III. A tenor de las consideraciones expuestas en el apartado anterior, podemos dar respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión, estableciendo la siguiente *doctrina jurisprudencial*:

1. La distancia a núcleos poblados, establecida en el artículo 52.3 de la Ordenanza General de Protección de Medio Ambiente de Madrid de 1985, puede ser considerada un requisito con sustento legal para obtener autorización para instalar hornos crematorios cuando esté justificada por razón de la protección de la salud y del medio ambiente, pero solo cuando otros requisitos o medidas limitativas menos restrictivos (como el control de emisiones en la fuente de origen) sean insuficientes, por sí solos, para garantizar la protección de la salud humana y del medio ambiente.



2. La aplicación de esta medida limitativa debe realizarse de forma no discriminatoria, esto es, de modo que no dé lugar a desigualdades de trato no justificadas entre quienes ejerzan la actividad y quienes pretendan acceder a dicho ejercicio.

SÉPTIMO.- Aplicación de la referida doctrina al caso enjuiciado: conclusiones y costas.

En el supuesto ahora enjuiciado, la Administración denegó la licencia solicitada por la entidad recurrente para la instalación de un horno crematorio, asumiendo el contenido del informe de evaluación ambiental de actividades (reproducido en el escrito de oposición) que, al efecto establecía:

"Examinada la documentación técnica del proyecto y efectuada visita al entorno del emplazamiento, se comprueba que en un radio aproximado de 250 metros de la chimenea proyectada para la evacuación de los gases resultantes del proceso, se localizan los siguientes usos (consta en el informe incorporado al expediente plano de situación de los mismos):

Zona Verde Singular (Parque Metropolitano) y edificios residenciales de la calle Oligisto, pertenecientes al API 12.07 "La Perla".

Zona Verde Singular (Parque Lineal del Manzanares), perteneciente al APE 12.01 "Manzanares Sur- Tramo I" (previsto en el PGOUM- 97, parcialmente ejecutado).

Zona Verde Básica (Parque del Espinillo), Equipamiento Básico Educativo (IES El Espinillo) y Dotacional Deportivo, pertenecientes al API 17.05 "El Espinillo".

Industrias, oficinas y centros comerciales, localizados en la Avenida de Los Rosales".

"A la vista de lo anterior, una vez examinada la documentación técnica y las alegaciones remitidas por la Agencia de Actividades, se concluye que la actividad pretendida incumple la distancia mínima a otros usos, establecida en el artículo 52. 3 de la Ordenanza de Protección del Medio Ambiente Urbano (OGPMAU), condición ambiental indispensable para su implantación.

En consecuencia, vista la propuesta de informe precedente emitida en fecha 6/11/2015 y estudiadas las alegaciones presentadas por el promotor, se informa DESFAVORABLEMENTE la Evaluación Ambiental de la actividad pretendida en el emplazamiento propuesto y de determina la no conveniencia de realizar el proyecto, a los solos efectos ambientales y con independencia de otras normativas que le fueran de aplicación.

Dado que el proyecto presentado incumple la distancia mínima a otros usos establecida en la OGPMAU, no procede analizar las posibles repercusiones ambientales derivadas ni la adecuación de las medidas preventivas y correctoras previstas por el titular".

Pues bien, basta la simple lectura del referido informe para constatar que, en este caso, la interpretación y aplicación que la Administración ha efectuado del artículo 52.3 de la Ordenanza no se ha ajustado a la doctrina que hemos establecido en esta sentencia, dado que, al no haber efectuado ponderación alguna entre las diferentes medidas que potencialmente pudieran ser idóneas para garantizar la adecuada protección de la salud de las personas y del medio ambiente, a fin de elegir, de entre ellas, la que fuera menos restrictiva para la libertad de ejercicio de la actividad económica en cuestión, no ha podido alcanzar -motivada y razonablemente- la conclusión de que la imposición de ese requisito de distancia mínima era el "*instrumento más adecuado*" para conseguir el objetivo de proteger la salud humana y el medio ambiente.

Esto es, la Administración se ha limitado a constatar que, aun siendo viable el proyecto desde el punto de vista de las normas urbanísticas, no lo era -a su juicio- desde el punto de vista medioambiental, por ser inferior a 250 metros la distancia entre el emplazamiento propuesto para la instalación y los destinados a los otros usos que cita, manifestando expresamente que por esta razón "*no procede analizar las posibles repercusiones ambientales derivadas ni la adecuación de las medidas preventivas y correctoras previstas por el titular*".

En consecuencia, este motivo es suficiente para acoger el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, al confirmar la sentencia del Juzgado de lo Contencioso, había validado, en definitiva, la referida resolución administrativa.

Sin embargo, la favorable acogida que nos merece esa impugnación no puede conducirnos, sin más, a otorgar la licencia solicitada por la recurrente, dado que no debemos sustituir a la Administración en la realización de la ponderación que antes hemos mencionado.

Por ello, debemos casar y anular la sentencia impugnada, y ordenar la correspondiente retroacción de actuaciones, a fin de que el órgano competente de la Administración resuelva motivadamente la solicitud formulada por la entidad recurrente atendiendo a la doctrina establecida en esta sentencia.



En cuanto a las costas, conforme a lo previsto en los artículos 93.4 y 139.1 LJCA, cada una de las partes asumirá las causadas a su instancia y las comunes por mitad, tanto respecto de las de casación (al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes) como de las de la instancia (dada la complejidad jurídica del asunto y las serias dudas de derecho concurrentes).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1) Establecer la doctrina jurisprudencial indicada en el Fundamento Jurídico Sexto.
- 2) Declarar haber lugar y estimar el recurso de casación nº 8063/2019 interpuesto por la entidad PARCESA PARQUES DE LA PAZ S.A. contra la sentencia nº. 601/2019, dictada el 25 de septiembre de 2019 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación nº 336/2018, que se casa y anula por no ser ajustada a Derecho.
- 3) Ordenar la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución de la solicitud de autorización para la instalación de horno crematorio formulada por la entidad recurrente, a fin de que el órgano competente de la Administración resuelva motivadamente dicha solicitud atendiendo a la doctrina establecida en esta sentencia.
- 4) Imponer las costas conforme a lo establecido en el último Fundamento de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.