



Roj: **STS 227/2023 - ECLI:ES:TS:2023:227**

Id Cendoj: **28079130022023100022**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **31/01/2023**

Nº de Recurso: **4791/2021**

Nº de Resolución: **108/2023**

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

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 2826/2021,**
ATS 595/2022,
STS 227/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 108/2023

Fecha de sentencia: 31/01/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4791/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4791/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 108/2023

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. Francisco José Navarro Sanchís



D. Rafael Toledano Cantero

D. Dmitry Berberoff Ayuda

D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 31 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 4791/2021, promovido por el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el procurador de los Tribunales don Vicente Ruigómez Muriedas, asistido por letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia núm. 1945, de 28 de abril de 2021, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso ordinario núm. 306/2020.

Comparece como parte recurrida Vodafone España, S.A.U, representada por la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, bajo la dirección letrada de don Javier Viloria Gutiérrez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por el Ayuntamiento de Barcelona contra la sentencia núm. 1945, dictada el 28 de abril de 2021, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso núm. 306/2020 formulado contra la Ordenanza fiscal núm. 3.16 del Ayuntamiento de Barcelona, publicada en el BOP de Barcelona de 30 de diciembre de 2019, relativa a la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal, a favor de empresas explotadoras de los servicios de telefonía móvil.

SEGUNDO.- La Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo con sustento en el siguiente razonamiento:

"SEGUNDO.- Sobre la omisión del trámite del art 133 de la Ley 39/15.

Este Tribunal a la hora de entender si la citada omisión se trata de un defecto formal insubsanable o no, constitutivo de nulidad de pleno derecho (nulidad invocada por la actora al amparo del art 47 Ley 39/15), ha de contemplar la redacción del precepto que habla en su primer apartado en términos de imperatividad ("...se sustanciará...") a través de la página web de la Administración competente (en nuestro caso el Ayuntamiento de Barcelona), de cara a dar audiencia (en especial sobre su necesidad y oportunidad, objetivos a perseguir etc) a posibles interesados y afectados en la temática que nos ocupa, ya sea recabando la opinión de las personas físicas o jurídicas individuales o colectivas, o ya de las organizaciones más representativas. No obstante, en el apartado cuarto se excepciona tal regla general cuando se trate de normas presupuestarias u organizativas en nuestro supuesto de la Administración local de Barcelona, o concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Estos motivos de excepcionalidad no han sido justificados por la demandada. Tampoco aduce ésta motivos de especial urgencia, por lo que en definitiva, cabe estimar esta pretensión actora. Por otro lado, de una interpretación sistemática del precepto en cuestión, este trámite de consulta pública es PREVIO a la aprobación inicial de la disposición en cuestión, ya que tras su aprobación inicial se abre el período de información pública (art 83 Ley 39/15 y arts 133.2 y 3 Ley 39/15) que es distinto del anterior. Se trata de un trámite el del art 133 Ley 39/15 concordante con el anuncio de regulación de la materia que en nuestro caso va a ser objeto de la ordenanza fiscal de referencia. El TC en su sentencia de 24-5-18 por lo demás ha validado este trámite consultivo en orden a las competencias municipales, pues no olvidemos que la referida STC mantiene la vigencia y constitucionalidad del precepto (aquí art 133 Ley 39/15) si bien es inaplicable para las CCAA (no para los entes locales) por ser contrarios al orden constitucional de competencias, CCAA éstas que podrán regular tales cuestiones de forma absolutamente diferenciada o siguiendo en su caso las pautas básicas recogidas en la Ley 39/15. Pero tal inaplicabilidad no se predica para los entes locales los cuales desde un plano material competencial se subsumen en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

A mayor abundamiento, no nos hallamos si quiera en presencia de una consulta de un borrador de ordenanza, de un documento de análisis o una consulta sobre una concreta materia, la de telefonía móvil, que aquí y ahora nos ocupa, sino que sencillamente se ha prescindido total y absolutamente de tal trámite preceptivo, sin justificación razonable al respecto, lo que conlleva la aplicación del art 47.1.e) Ley 39/15 y ello de cara a no conculcar principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como los de transparencia y/o publicidad activa -de la información de relevancia jurídica-, amén del de participación (art 3.1.c) Ley 40/15), buena regulación, o inclusive constitucionales (art 23 CE78 participación ciudadana en los asuntos públicos directamente).



Sobre la trascendencia del trámite previsto en el art 133.1 Ley 39/15 da cumplida respuesta los sentencias de esta Sala y Sección de 26 y 28 de junio de 2019 recaídas en recursos ordinarios nº 992/18 y 515/17 respectivamente, complementado con el informe de la Dirección General de Tributos sobre este concreto punto, de fecha 19 de enero de 2018. O bien, la reciente sentencia de este Tribunal de 17-9-20 recaída en recurso ordinario nº 573/19, que aparte de considerar que las ordenanzas fiscales son singulares y específicas, no por ello dejan de ser una norma reglamentaria que forma parte de la potestad normativa tributaria local, y el trámite del art 133 Ley 39/15 ha de considerarse de obligado cumplimiento, sin que ello choque con los específicos trámites de audiencia e información pública regulados en el TRLHL (art 17) aprobado por RDLegislativo 2/2004 de 5 de marzo. Y sobre la necesidad de tal trámite preceptivo, omitido por la demandada, queda patente cuando la propia demandada en su escrito de contestación a la demanda y en fase de conclusiones reconocen variaciones (si bien ligeras en su opinión, variaciones en aras a su mayor clarificación y concordancia con los principios de equivalencia y proporcionalidad) o cambios en la forma de cálculo de la cuota tributaria de la tasa en cuestión, modificaciones éstas que en todo caso han de ser objeto de previa consulta a la ciudadanía y entidades afectadas.

Finalmente decir que, el trámite del art 133 Ley 39/15 es un trámite básico, esencial, no prescindible -salvo de forma excepcional, por determinadas circunstancias que no acaecen en nuestro supuesto-, y de especial relevancia puesto que se configura como el PRIMER trámite -cronológicamente hablando- a realizar (de forma individual o conjuntamente con otras consultas de otras iniciativas) en la tramitación de la iniciativa normativa (aquí la ordenanza 3.16), previo inclusive a la solicitud de dictámenes e informes que sean preceptivos en cada caso (verbi gratia, el informe del Consell Tributari, cuya omisión ya provocó que esta Sala y Sección entre las mismas partes litigantes estableciera en su sentencia nº 500/2019 de 30 de abril recaída en el recurso ordinario nº 175/17 la nulidad de pleno derecho de la ordenanza en cuestión -pero del año 2015- al tratarse de un defecto sustancial). Por tanto, al igual que allí establecimos, en esta ocasión, la omisión del trámite del art 133 Ley 39/15 también está generando un defecto sustancial constitutivo de nulidad de pleno derecho, que ya "per se" haría innecesario el análisis del resto de motivos impugnativos, no obstante lo cual se dará somera respuesta a los mismos en los apartados siguientes. Por tanto, se trata con este trámite no subsanable, de recabar opiniones y aportaciones de los interesados y afectados por el ámbito de aplicación de la futura disposición normativa, que se complementarán con otros estudios o informes que detallen suficientemente la ordenanza próxima a nacer, y ello sin perjuicio de dar cumplida justificación a la oportunidad de su dictado, esto es, cumplida justificación o motivación técnica y jurídica del proyecto normativo, amén de justificar su necesidad (adecuación de la ordenanza a principios de proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, eficacia etc).

Recuérdese asimismo que la ordenanza aquí juzgada del 2019 es una ordenanza nueva y no una modificación de una ordenanza previa (como sucedía en la sentencia de nuestra Sala de 26.6.19 recaída en recurso ordinario nº 992/18), ya que la previa existente del 2015 fue expulsada del ordenamiento jurídico a raíz de la sentencia nº 500/2019 del TSJC antes comentada.

Por último, lo esencial es la realización de tal consulta pública previa, y no tanto la forma de desarrollo de la citada consulta, su metodología, cuestionario o duración, o sus resultados, a evaluar ulteriormente en el correspondiente informe. En consecuencia, este motivo impugnativo ha de tener favorable acogida por este Tribunal".

La representación del Consistorio preparó recurso de casación contra la meritada sentencia mediante escrito presentado el 28 de mayo de 2021, identificando como normas legales que se consideran infringidas la disposición adicional 1ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ["LPACAP"], en relación con los artículos 15 a 19 del 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 ["TRLHL"].

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 10 de junio de 2021.

TERCERO.- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 26 de enero de 2022, la Sección de Admisión de esta Sala acuerda:

"2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si en la elaboración de las ordenanzas fiscales municipales, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª del mismo texto legal, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender el cauce previsto en los artículos 15 a 19 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no.



3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación la disposición adicional 1ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con los artículos 15 a 19 del 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.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA".

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ["LJCA"], la representación del Ayuntamiento de Barcelona, mediante escrito registrado el 15 de marzo de 2022, interpuso el recurso de casación en el que responde a la cuestión casacional planteada proponiendo que "[...] en la elaboración de las ordenanzas fiscales municipales, no resulta exigible el trámite de consulta pública previa, previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015 siendo suficiente que en la confección de tales ordenanzas, se dé cumplimiento a lo previsto en los artículos 15 a 19 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales" (pág. 17 del escrito de interposición) y solicita el dictado de sentencia que "[e]stime el presente recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida, desestimando el recurso contencioso interpuesto y confirmando la resolución impugnada".

QUINTO.- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la procuradora de Vodafone España, S.A.U. presenta, el día 4 de mayo de 2022, escrito de oposición en el que, frente a la postura de la parte recurrente sostiene que "[...] en la elaboración de las ordenanzas fiscales municipales, resulta exigible el trámite de consulta pública previo contemplado en el artículo 133 de la Ley 39/2015, siendo un requisito preceptivo e ineludible, adicional a los previstos en los artículos 15 a 19 TRLHL, que busca garantizar la protección del derecho fundamental a la participación ciudadana con carácter previo a la elaboración de la norma, así como la protección de los principios básicos de buena regulación, y en particular, el principio de transparencia" (pág. 19 del escrito de oposición), por lo que suplica a la Sala que "[...] dicte Sentencia por la que desestime íntegramente el citado recurso de casación y confirme la Sentencia impugnada, imponiendo las costas al recurrente".

SEXTO.- Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 17 de enero de 2022, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso de casación.*

Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia núm. 1945, de 28 de abril de 2021, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso ordinario núm. 306/2020 promovido por Vodafone España SAU, contra la Ordenanza fiscal núm. 3.16 del Ayuntamiento de Barcelona, relativa a la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal, a favor de empresas explotadoras de los servicios de telefonía móvil.

SEGUNDO.- *Cuestión de interés casacional.*

En el auto de 26 de enero de 2022, la Sección de Admisión de esta Sala acuerda admitir el presente recurso de casación para examinar la siguiente cuestión de interés casacional:

"2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si en la elaboración de las ordenanzas fiscales municipales, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª del mismo texto legal, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender el cauce previsto en los artículos 15 a 19 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación la disposición adicional 1ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con los artículos 15 a 19 del 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.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA".

TERCERO.- *Marco normativo.*



A) Art. 133. *Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos.*

"1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella".

B) Disposición adicional primera. *Especialidades por razón de materia.*

"1. Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.

2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley:

- a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.
- b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.
- c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.
- d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo".

CUARTO.- *Las alegaciones de las partes en el recurso de casación.*

La representación de la parte recurrente, Ayuntamiento de Barcelona, fundamenta su recurso en la infracción, por inaplicación indebida, de la Disposición Adicional Primera de la LPAC, que a su entender ha sido ignorada por la sentencia recurrida, que ni tan siquiera la menciona. Alega que la sentencia se limita a interpretar el apartado 4 del art. 133 de la Ley 39/2015 sin tener en cuenta lo que dispone la Disposición Adicional Primera, invocada por dicha parte en el escrito de contestación a la demanda. Añade que la interpretación de la sentencia es errónea al abordar la cuestión de la consulta pública previa desde la perspectiva del régimen de las "excepciones" previstas en el apartado 4 del art. 133, sin tener en cuenta que ese régimen de excepciones



es independiente del caso de los procedimientos regulados en leyes especiales, como considera que ocurre en el presente supuesto. Por ello -afirma-, la exigibilidad del trámite no se debe analizar desde su omisión, por motivos de excepcionalidad, sino su aplicabilidad o exigibilidad si se tiene en cuenta el régimen especial previsto por leyes especiales por razón de la materia. Y concluye que no se ha producido una omisión de un trámite exigible sino que se ha seguido el procedimiento previsto en la ley especial por razón de la materia. En cuanto a los trámites previstos en la legislación de haciendas locales, afirma que del expediente administrativo se deduce que el Ayuntamiento de Barcelona ha cumplido con los trámites de exposición pública por 30 días previsto en el art.17 del TRLHL, y resto de trámites previstos en tal norma especial, sin que pueda afirmarse que el Ayuntamiento haya incumplido con los trámites previstos en la normativa especial aplicable por razón de la materia, en relación a la participación ciudadana.

Entiende, en definitiva, que la Disposición Adicional Primera de la LPAC es inequívoca en el sentido de que excluye la aplicación de en los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia, en el que, a su juicio, cabe incluir el de elaboración de las Ordenanzas locales en materia tributaria, y por ello es de aplicación lo dispuesto en la ley especial, no sólo para el caso de que ésta contenga trámites adicionales o distintos al de aquélla, sino también cuando no exija alguno de los trámites previstos en la LPACAP, como lo es dicho trámite de consulta pública. Todo ello, finaliza, sin perjuicio de que, aunque ciertamente se trate de trámites distintos, el de exposición pública previsto en el TRLRHL -cumplido por el Ayuntamiento-, en cuanto preceptivo bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la Ordenanza y de obligada resolución de las reclamaciones que se presenten, colma, desde luego, la finalidad de participación ciudadana a que responde el trámite, no siempre preceptivo el trámite de consulta e información pública regulado en la LPACAP, receptor de opiniones y no de reclamaciones de obligada resolución.

Por su parte, la oposición de Vodafone cita el criterio de la Dirección General de Tributos, subdirección general de tributos locales, que en su informe de 10 de enero de 2018, a instancias de la Federación Española de Municipios y Provincias, acerca de si el trámite de consulta pública previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015 es de aplicación a la potestad reglamentaria local y concretamente en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales locales, estableció el siguiente criterio:

"[...] El trámite de consulta previa establecido en el artículo 133 de la Ley 39/2015 no tiene equivalente en el TRLRHL, dado el carácter ex novo del mismo, y no puede considerarse incluido en el trámite de participación ciudadana regulado en el artículo 17 del TRLRHL, ya que son dos trámites distintos y que se realizan en dos momentos del tiempo diferentes: el trámite de consulta previa tiene lugar con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento y se sustancia a través del portal web de la Administración competente; mientras que el trámite de participación ciudadana del artículo 17 del TRLRHL tiene lugar posteriormente, una vez elaborada y aprobada la redacción provisional de la ordenanza fiscal y no se realiza por medios electrónicos, sino mediante su exposición en el tablón de anuncios de la Entidad Local y su publicación en el boletín oficial correspondiente.

En consecuencia en el procedimiento de aprobación de ordenanzas fiscales debe incluirse el trámite de consulta pública previa regulado en el artículo 133 de la Ley 39/2015 [...]."

Sobre la base del Informe de 10 de enero de 2018 de la DGT, relativo al impacto de la LPACAP en el procedimiento de aprobación de ordenanzas fiscales, así como sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que han seguido sus conclusiones, sostiene que dado que la del TRLHL sería una regulación de aspectos parciales de la materia, y que el único trámite al que se refiere la norma por este motivo es el de la consulta pública (art. 133.1 LPACAP) y no el de la audiencia e información pública (art. 133.2 LPACAP), por lo que éste debe realizarse aunque se trate de la modificación de una ordenanza fiscal.

QUINTO.- El juicio de la Sala.

El art. 133 LPAC regula específicamente dos consultas con el fin de proporcionar a los destinatarios de la iniciativa la "posibilidad de emitir su opinión", previo acceso a "los documentos necesarios", que serán "claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia" (apartado tercero). Se afirman como obligatorias salvo en el caso de "normas presupuestarias u organizativas" o cuando concurran "razones graves de interés público que lo justifiquen" (apartado cuarto, primer párrafo).

La primera es la consulta a través del portal web previa a la redacción del borrador de ley o reglamento para recabar la opinión de los sujetos y organizaciones representativas potencialmente afectados acerca de los problemas que la iniciativa pretende solucionar, su necesidad, oportunidad y objetivos, así como otras posibles respuestas (apartado primero). Podrá prescindirse de ella en los casos citados y, además, si así lo prevé el régimen de tramitación urgente que resulte de aplicación y cuando la propuesta carezca de impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a sus destinatarios o regule aspectos parciales de una materia (apartados primero y cuarto, segundo párrafo).



La segunda consiste en la publicación del texto ya redactado en el portal web correspondiente a fin de dar audiencia a los ciudadanos afectados y conseguir cuantas aportaciones adicionales puedan realizar otras personas o entidades (apartado segundo, primer inciso). Es la ausencia de la primera consulta la que motivó el fallo estimatorio de la sentencia recurrida.

En primer lugar hemos de determinar el ámbito de aplicabilidad del art. 133 de la LPAC. En tal sentido, hay que tener en cuenta que la STC 55/2018, de 24 de mayo, declaró inconstitucionales los arts. 132 y 133 -salvo el primer inciso de su apartado 1 y el primer párrafo de su apartado cuarto- de la Ley 39/2015, "por ser contrarios al orden constitucional de competencias, resultando por ello inaplicables a las Comunidades Autónomas". Es importante señalar que el título competencial en que se basa esta regulación es, según recuerda la STC 55/2018, que cita a su vez la STC 91/2017, el relativo a las "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas", establecido en el art 149.1.18 CE. En la STC 55/2018 se declara que, si bien "[...] [e]l art. 133, en sus apartados 1, primer inciso ("Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública") y 4, primer párrafo, contiene normas con parecido tenor que pueden reputarse bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), aplicables en cuanto tales a la elaboración de reglamentos autonómicos [...]", no ocurre igual con "[...] [l]as demás previsiones del art. 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico; vulneran por ello las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas en relación con la elaboración de sus propias disposiciones administrativas [...]".

Aunque tal declaración de inconstitucionalidad no se extiende explícitamente al ámbito de las Administraciones Locales, sí tiene relevancia en tanto que la declaración de inconstitucionalidad se sustenta en el carácter no básico de esta regulación, salvo los dos puntos ya exceptuados, y ello por cuanto el título competencial del Estado para regular el régimen local es aquí el mismo en que se fundamenta la regulación del art. 133 LPAC, esto es, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, ex art. 149.1.18 CE. Luego, lo que no constituye legislación básica respecto a las Comunidades Autónomas, tampoco puede tener tal consideración de legislación básica respecto a la Administración local.

Por consiguiente, hay que partir de esta premisa: el primer párrafo del art. 133, en su primer inciso, que establece la obligatoriedad de una consulta pública ("Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública") es básico, al amparo del art. 149.1.18 CE, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y, como tal, aplicable también a las Administraciones Locales. A partir de aquí, la consulta pública resultaría, en términos generales, obligatoria, si bien los demás aspectos de su realización, elementos que con mayor grado de detalle se regulan en el contenido restante del apartado 1 del art. 133 LPAC, no son normas básicas y, por tanto, no son aplicables directamente más que a los reglamentos estatales, no así a los reglamentos autonómicos y tampoco a los reglamentos en el ámbito de la Administración local. Todo ello, sin perjuicio de su aplicabilidad como norma supletoria, por su carácter de derecho estatal (art. 149.3 CE).

Ahora bien, además de esta limitación, ya de por sí intensa, hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional Primera LPAC establece determinadas excepciones, para los procedimientos administrativos regulados en las leyes especiales.

Aunque se ha sostenido que las excepciones que menciona expresamente el número 2 de la DA 1ª se refieren a procedimientos relativos a actos administrativos, lo cierto es que la previsión de la Disposición Adicional Primera, número 1, se basa en la aplicación preferente, por mandato de la propia Disposición Adicional Primera LPAC, de la regulación de procedimientos, de todo tipo, contenidos en las leyes especiales por razón de la materia. Lo que exige determinar, en este caso, si la legislación de haciendas locales, en la que se regula el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales, es una ley especial por razón de la materia. Y en tal sentido, es importante recordar que esta característica de legislación especial es proclamada por la propia Ley de Bases de Régimen Local, en su art. 111, que previene que "[...] Los acuerdos de establecimiento, supresión y ordenación de tributos locales, así como las modificaciones de las correspondientes Ordenanzas fiscales, serán aprobados, publicados y entrarán en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en las normas especiales reguladoras de la Imposición y Ordenación de tributos locales, sin que les sea de aplicación lo previsto en el artículo 70.2 en relación con el 65.2, ambos de la presente Ley [...]". Es decir, para la propia LBRL la de haciendas locales es una legislación especial en atención a la materia que regula.

Por tanto, no ofrece duda la relación de ley especial por razón de la materia, frente a la regulación general de la potestad reglamentaria local, contenida en la legislación de régimen local. Esta condición de procedimiento establecido por una ley especial por razón de la materia, al amparo de la Disposición Adicional Primera, 1ª LPAC, determina que sean de aplicación las normas específicas del procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, contenidas actualmente en el art. 17 del 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 (TRLHL), tanto respecto



a la no exigencia de trámites previstos en la LPAC, como es la consulta pública previa del art. 133.1 LPAC, como respecto a los tramites adicionales o distintos que se prevén en el TRLHL. Por lo demás, es de reseñar que las reglas procedimentales del art. 17 del TRLHL establecen en sí mismas un procedimiento completo que resulta aplicable por efecto de la ley especial por razón de la materia, sin que pueda considerarse, en modo alguno, que resulte necesario acudir a ninguna norma supletoria, ex art. 149.3 CE, para completar la regulación del procedimiento, por lo que tampoco por esta vía puede ser de aplicación la regulación contenida en el art. 133.1 LPAC.

Por último, no está de mas recordar que la potestad tributaria local no es una potestad originaria, sino derivada (art. 133.2 CE), que requiere del previo ejercicio por el Estado de la potestad originaria para crear y establecer tributos locales (art. 133.1 CE), que pueden ser obligatorios o potestativos, pero que, en todo caso, son creados y regulados -con mayor o menor exhaustividad dependiendo de su carácter facultativo u obligatorio- mediante el ejercicio de una potestad normativa que habilita los elementos esenciales de tributo, sin perjuicio del limitado ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria que en este ámbito tributario corresponde a las Entidades Locales. De ahí que el sentido y alcance de la consulta pública previa a la elaboración del proyecto de norma reglamentaria, que es lo singular y propio de la consulta pública previa del art. 133.1 LPAC no se acomode, en la concisa y genérica forma que dispone el primer inciso del art. 133.1 de la LPAC, a las características de la participación pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza fiscal en el ámbito local, pues esta iniciativa de ordenanza fiscal debe partir, en todo caso, de un conjunto de elementos normativos que resultan previamente impuestos, bien que con extensión variable, por la ley estatal. Lo expuesto aconseja que la loable finalidad de robustecer los mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de ordenanzas fiscales se acometa, si se estimase necesaria reformar los mecanismos de participación pública ciudadana, mediante la oportuna reforma de esta legislación que es especial por razón de la materia, atendiendo a la singular conformación del ejercicio de la potestad reglamentaria local en materia fiscal.

SEXTO.- Fijación de los criterios interpretativos.

Por todo lo expuesto, fijamos como criterio interpretativo sobre la cuestión de interés casacional que el art. 17 del 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, que regula el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales locales, constituye legislación especial por razón de la materia, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª, apartado 1, de la Ley de la Ley 39/2015, no resulta exigible seguir el trámite de consulta publica previsto en el art. 133.1 LPAC, como trámite previo al procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales establecido en el art. 17 TRLHL.

SÉPTIMO.- Resolución de las pretensiones.

De conformidad con los criterios interpretativos fijados, hemos de estimar el recurso de casación dado que la sentencia recurrida ha inaplicado indebidamente la Disposición Adicional Primera, punto primero LPAC, al considerar nulo de pleno derecho el acuerdo de aprobación de la Ordenanza, por omisión del trámite de consulta publica del art. 133.1 LPAC, que, sin embargo no es de aplicación en este procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, conforme a la excepción prevista en la citada Disposición Adicional Primera, apartado 1º LPAC. En consecuencia, hemos de estimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, y casar y anular en este punto la sentencia recurrida, y resolviendo sobre las pretensiones de las partes, y al haber sido desestimados por la sentencia recurrida el resto de motivos de impugnación formulados por la demandante, hemos de desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Ordenanza fiscal núm. 3.16 del Ayuntamiento de Barcelona, publicada en el BOP de Barcelona de 30 de diciembre de 2019, relativa a la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal, a favor de empresas explotadoras de los servicios de telefonía móvil.

OCTAVO.- Las costas.

Respecto a las costas del recurso de casación, no apreciamos temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, por lo que cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA. En cuanto a las de la instancia, dadas las serias dudas de derecho que la cuestión litigiosa ha suscitado, de conformidad con el art. 139.1 LJCA, no se hace especial imposición, por lo que cada parte soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

1.- Fijar los criterios interpretativos expuestos en el fundamento de derecho sexto.



2.- Haber lugar al recurso de casación 4791/2021 interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona contra la sentencia núm. 1945, dictada el 28 de abril de 2021 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso núm. 306/2020. Casar y anular la sentencia recurrida

3.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 306/2020 ante la Sala de instancia, interpuesto por la entidad mercantil Vodafone España S.A.U. contra la aprobación definitiva de la Ordenanza fiscal núm. 3.16 del Ayuntamiento de Barcelona, publicada en el BOP de Barcelona de 30 de diciembre de 2019, relativa a la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal, a favor de empresas explotadoras de los servicios de telefonía móvil.

4.- Hacer el pronunciamiento sobre costas en los términos expresados en el último fundamento.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ