



Roj: **STS 5029/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5029**

Id Cendoj: **28079130022023100345**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **16/11/2023**

Nº de Recurso: **7629/2021**

Nº de Resolución: **1453/2023**

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

Ponente: **DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4643/2021,**
ATS 10575/2022,
STS 5029/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1.453/2023

Fecha de sentencia: 16/11/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7629/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.4

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7629/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1453/2023

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dmitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

D.^a Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 16 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 7629/2021, interpuesto por el Ayuntamiento de Cangas, representado y defendido por el letrado don Calixto Escariz Vázquez, contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2021 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ("TSJG"), en el recurso núm. 15199/2020.

Ha sido parte recurrida FCC Aqualia SA y Civis Global SL UTE (UTE Gestión Cangas), representado por la procuradora de los Tribunales doña Ana Rayón Catilla, bajo la dirección letrada de doña Candelaria Sánchez Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Dmitry Berberoff Ayuda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Resolución recurrida en casación

El presente recurso de casación se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJG núm. 331/2021 de 20 de julio, que estimó el recurso núm. 15199/2020, interpuesto por la representación procesal de FCC Aqualia S.A. y Civis Global, S.L., UTE contra el acuerdo del Pleno del Concello de Cangas de Morrazo de 27 de enero de 2020, por el que se aprueba definitivamente la modificación de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios vinculados al ciclo integral del agua (BOP de Pontevedra núm. 30 de 13 de febrero de 2020).

SEGUNDO. - Tramitación del recurso de casación

1.- Preparación del recurso. El letrado don Calixto Escariz Vázquez, en representación del Concello de Cangas, mediante escrito de 28 de septiembre de 2021, preparó el recurso de casación contra la expresada sentencia de 20 de julio de 2021.

El TSJG tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 20 de octubre de 2021, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo y emplazó a los litigantes para que comparecieran ante la Sala Tercera.

2.- Admisión del recurso. La Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por medio de auto de 6 de julio de 2022, en el que aprecia un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciado en estos literales términos:

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

Determinar si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, 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, habrán de ser objeto de interpretación:

3.1. El artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE de 3 de abril) ["LBRL"].

3.2. El artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre) ["LPACAP"].

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."

3.- Interposición del recurso (síntesis argumental de la parte recurrente en casación). El letrado don Calixto Escariz Vázquez, en representación del Ayuntamiento de Cangas, interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2022, que observa los requisitos legales.

Para fundamentar la estimación del recurso de casación y consiguiente anulación de la sentencia impugnada, argumenta que esta ha infringido el ordenamiento jurídico en cuanto a la aplicación del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ("LBRL"), "BOE" núm. 80, de 3 de

abril y del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("LPACAP"), "BOE" núm. 236, de 2 de octubre.

Considera que la cuestión de interés casacional "objetivo" es determinar si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la LPACAP con carácter previo a su aprobación inicial o si, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la LRBRL, 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.

Entiende que, siendo esta cuestión controvertida desde el mismo instante en que no existe norma que contemple cuáles son los efectos jurídicos de esta omisión y, sobre todo, porque dando cumplimiento al principio de especialidad normativa, existe una normativa que específicamente regula el proceso de elaboración de estas ordenanzas como es el artículo art. 49 LRBRL, el cual garantiza que en este proceso de elaboración normativa participe toda persona directamente afectada en el trámite procedimental de información pública que se apertura.

En este particular, considera que no existe ninguna duda en cuanto a que, conforme a la modificación operada por la Disposición Final 12 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria deben regularse como una ordenanza; luego, para su correcta elaboración debe seguirse el iter procedimental que regula el art. 49 LRBRL.

Afirma que, en un principio, se mantuvo que, por aplicación del principio de especialidad de la Disposición Adicional 1ª de la LPACAP, la consulta pública del artículo 133 no era necesaria, ya que la regulación local en este punto era completa y no concebía este trámite fácilmente incardinable en el 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"), "BOE" núm. 59, de 9 de marzo.

No obstante, como consecuencia del informe de la Dirección General de Tributos ("DGT") de 19 de enero del año 2018, señala que debe aplicarse a todas las ordenanzas nuevas. No obstante -prosigue-, ni ese informe de la DGT ni, en general, otra norma del ordenamiento jurídico establece las consecuencias jurídicas de la omisión de este trámite, siendo esta "falta de previsión" la cuestión que presenta interés casacional objetivo como se reconoció en el auto de Admisión de fecha 6 de julio de 2022.

Todo ello sin perjuicio de que siga manteniendo que, en su particular, estamos incurso en una de las causas que regula el citado artículo 133 de la LPACAP, en su apartado cuarto, para "exceptuar" esa obligada consulta previa, como es el hecho de encontrarnos ante una normativa que únicamente entra a regular aspectos parciales de una ordenanza ya existente, de modo que, lo único que pretende, regulando el mismo hecho imponible, es modificar su "terminología" para ajustarlo a la nueva denominación que fija la Ley Contratos del Sector Público, sustituyendo conceptos propiamente fiscales como "Hecho Imponible", "Sujetos Pasivos" y "Base Imponible" por otros ajustados a la nueva normativa como son "Objeto" y "Obligados al pago".

No obstante esta puntualización, entiende que, con carácter general, debe establecerse un criterio final que siente jurisprudencia respecto de los efectos que lleva aparejada consigo la "omisión" o "defectuosa tramitación" de esta respecto de este tipo de ordenanzas, tanto las que regulan las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria como, también, respecto de las ordenanzas fiscales al tratarse de un supuesto muy similar por su idéntica regulación procedimental contenida en el artículo 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).

Cita las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 34/2019, de 28 de enero de 2019 (rec núm. 144/2018); del Tribunal Superior de Cataluña 846/2019, de 26 de junio (rec. 992/2018); del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 75/2020, de 14 de febrero de 2020 (rec núm. 15113/2019), apuntando que contemplen supuestos idénticos al que aquí nos ocupa, esto es, ordenanza que modifica y altera aspectos parciales de una ya existente y por tanto no entra a resolver sobre los efectos de la omisión de este trámite, no obstante, estas resoluciones coinciden en su razonamiento cuando señalan que, atendiendo al tipo de materia que regulan estas ordenanzas municipales, el no sometimiento a la consulta previa en ningún momento debe acarrear la nulidad absoluta de la disposición impugnada y si, por el contrario, como una mera formalidad no invalidante desde el mismo instante en que la participación pública queda debidamente garantizada con el trámite procedimental de audiencia e información pública en el que se garantiza la efectiva participación de todos aquellos posibles interesados, de modo que, concluyen que en la tramitación de estas ordenanzas, tanto fiscales como las reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza no tributaria, en atención a la materia que regulan, la consulta previa no constituye un vicio invalidante.

Considera que lo que esta Sala debe ponderar en el momento de fijar su criterio final respecto a los efectos jurídicos que debe conllevar la omisión del trámite de <consulta previa>, es que esta clase de Ordenanzas, tanto las que regulan las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias como las fiscales, se tratan de disposiciones normativas que aunque deroguen ordenanzas anteriores pocas veces introducen "hechos nuevos" al referirse en su mayor parte a servicios que ya se vienen prestando y abonando por parte de sus destinatarios, de modo que, todas estas disposiciones que se dictan vienen a regular aspectos parciales de ordenanzas ya existentes

De esta forma -apunta-, la omisión de este trámite y su consecuente nulidad de pleno derecho debe interpretarse con suma cautela y, en su caso, restringirse a otras disposiciones normativas que regulen aspectos que no se encontraban regulados hasta la fecha o que supongan una notable alteración de lo ya regulado pues, de lo contrario, generaríamos una duplicidad de tramites totalmente innecesarios y la participación de personas que ningún interés tienen en la elaboración de esta normativa.

En todo caso -señala-, la omisión de ese trámite ninguna trascendencia debe tener en supuestos como el que aquí nos ocupa toda vez que la posible indefensión que pudiera ocasionar, motivo este de una hipotética nulidad de pleno derecho, queda subsanada con la ulterior participación de la parte recurrente/afectada en el trámite procedimental de información pública que regula el artículo 49 de la LRBRL.

Defiende que ante disposiciones legales o reglamentarias que regulen aspectos no regulados hasta la fecha o regulados vagamente, debe entenderse que esta "consulta previa" es de obligado acatamiento y cuya ausencia vicia de nulidad la disposición normativa tramitada, pero, en supuestos como el que nos ocupa, ordenanzas que regulan prestaciones que ya se venían prestando, considera que su "omisión" no debe interpretarse de manera tan restrictiva.

No obstante, en el particular que aquí nos ocupa, las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias como las ordenanzas fiscales, tienen su propia regulación específica en el artículo 49 de la LRBRL y, en consecuencia, deberían regirse por esta normativa atendiendo al principio de especialidad que recoge la Disposición Adicional Primera de la LPACAP, de modo que, cualquier omisión del trámite procedimental no recogido en esa normativa, como es el de la <consulta previa>, deberá ser considerado como un trámite necesario pero cuya omisión, en ningún caso, atendiendo al principio de seguridad jurídica, deberá acarrear la nulidad de pleno derecho.

En todo caso, afirma que no puede obviarse que la celebración de este trámite no era aquí necesaria al concurrir uno de los supuestos que excepcionan su realización, esto es, el encontrarse ante una Ordenanza que modifica aspectos parciales de la Ordenanza ya existente como bien señaló la sentencia de instancia y justificó en el escrito de interposición.

Concreta su pretensión en que se case la sentencia 331/2021 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJG de 20 de julio de 2021, y que la "omisión" o "defectuosa tramitación" del art. 133 LPACAP no debe acarrear la nulidad de pleno derecho de una ordenanza, dígame prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria como fiscal, siempre que se cumpla escrupulosamente su *iter* procedimental de elaboración en el que se garantice la efectiva participación de todos los ciudadanos interesados en atención al principio de especialidad que regula la DA 1ª de la LPACAP.

Pronunciamiento genérico que, entiende, haría innecesario el que esta Sala se tuviese que pronunciar respecto al caso específico que aquí nos ocupa, esto es, el reconocimiento de la no necesidad de celebrar este trámite procedimental de toda vez que la Ordenanza anulada por la sentencia cuya casación aquí se pretende, únicamente entraba a "modificar" aspectos parciales de una ya existente para ajustar los términos conceptuales a la nueva normativa y, en consecuencia, concurrían los supuesto excepcionales que contempla el artículo 133.4 LPACAP para reconocer como innecesaria la celebración de la -consulta previa- toda vez que no tiene sentido fomentar esta participación ciudadana cuando la norma ya estaba perfectamente definida.

4.- Oposición al recurso interpuesto (síntesis argumental de la parte recurrida en casación). La procuradora doña Ana Rayón Castilla, en representación de UTE Gestión Cangas, presentó escrito de oposición de fecha 15 de diciembre de 2022.

Para fundamentar la desestimación del recurso de casación, enfatiza que la Ordenanza reguladora da prestación patrimonial de carácter público no tributaria polos servizos vinculados ao ciclo integral da auga do Concello de Cangas no tiene naturaleza jurídica fiscal y que fue aprobada como consecuencia de la declaración de nulidad de las Ordenanzas previas en virtud de las sentencias 84/2017 22 de febrero, PO 15239/2016, ECLI:ES:TSJGAL:2017:1383, y 295/2018 de 17 de octubre, PO 15096/2017, ECLI:ES:TSJGAL:2018:6614, del TSJG con el objeto de adaptarse a las modificaciones legales introducidas por la Ley 9/2017 de 8 de Noviembre



de Contratos del Sector Público, que modifican la naturaleza jurídica de la retribución del concesionario y la califican como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.

Señala que el trámite seguido fue el de la aprobación de una nueva Ordenanza y no la modificación de una existente, por lo que no se aplica la excepción del artículo 133.4 de la LPACAP. Añade que, además, este trámite es esencial en los supuestos de aprobación de ordenanzas municipales que no tengan naturaleza fiscal.

La UTE GESTIÓN CANGAS -prosigue-, fundamentó sus alegaciones acreditando que constituía una Ordenanza *ex novo* y que, por lo tanto, era esencial el trámite de audiencia previa y que su omisión tenía como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la Ordenanza.

Considera que el error del planteamiento del recurso deriva de la insistencia de la recurrente en argumentar que la aprobación de la Ordenanza 2020 se encuadra en las excepciones del art. 133.4 de la LPACAP por consistir en la modificación de una Ordenanza que ya existía previamente, lo que no puede prosperar pues las Ordenanzas aprobadas desde el año 2014 (año de inicio de vigencia del contrato) han sido declaradas nulas de pleno derecho por las citadas sentencias 84/2017 y 295/2018 del TSJG, por lo que difícilmente la Ordenanza 2020 puede modificar unas Ordenanzas previas que son inexistentes.

Por otra parte, entiende, la aprobación de la Ordenanza responde a la modificación legal introducida por la Disposición Final 12 de la Ley de Contratos del Sector Público. Niega que la Ordenanza 2020 únicamente entra a regular aspectos parciales de una Ordenanza ya existente, ya que si bien es cierto que el apartado de las tarifas permanece invariable, se modifican los apartados referentes al (i) "Fundamento y Naturaleza", en el que en la nueva Ordenanza se invocan otras normas de aplicación, (ii) el "objeto" que sustituye al "hecho imponible", (iii) las "Tarifas de naturaleza social" que sustituyen a los "beneficios fiscales" así como el (iv) "cobro de la prestación patrimonial de carácter público no tributario" que sustituye al "cobro de la tasa", incluyéndose en la nueva Ordenanza las características que derivan de la nueva naturaleza de las prestaciones que abonarán los usuarios, todo ello sin contar que la Ordenanza 2016 (anulada) tenía naturaleza fiscal y la Ordenanza de 2020 carece de esta característica.

En efecto -prosigue-, las Ordenanzas previas aprobadas por el Ayuntamiento que regulan el ciclo integral del agua eran "Ordenanzas fiscales" en las que se regulan "tasas", cuya naturaleza jurídica es diferente a la de la ordenanza del año 2020 que es una "Ordenanza municipal" que regula "Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario", de ahí la imposibilidad que la publicación de la Ordenanza modifique las existentes con anterioridad.

Afirma la necesidad de consulta pública del artículo 133.1 de la LPACAP con carácter previo a la aprobación inicial de las Ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales no tributarias y cuya inobservancia tiene que ser sancionada con la nulidad de pleno derecho, sin que dicho trámite pueda ser sustituido por el establecido en el artículo 49 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen local.

Apunta que cabe la posibilidad de que además del trámite de "Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos" regulado en el artículo 133 de la LPACAP, pueda exigirse el cumplimiento del "trámite adicional" de Información pública y audiencia a los interesados incluido en el artículo 49 de la Ley Reguladora de Bases Local, sin que estos trámites sean excluyentes como pretende argumentar el Ayuntamiento.

Los trámites contenidos en el art.133 de la LPACAP y art. 49 de la LRRL no son excluyentes entre sí pues regulan dos fases del procedimiento diferentes con distintos objetivos y con diferente alcance subjetivo, por lo que ambos son exigibles en todo procedimiento de aprobación de Ordenanzas *ex novo*.

Por otra parte, y en contra de lo que pretende defender el Ayuntamiento, considera que en este supuesto no cabe la aplicación exclusiva de los trámites contenidos en la LRRL en cumplimiento del "principio de especialidad normativa" pues la regulación del artículo 49 de la LRRL no excluye la aplicación del artículo 133 de la LPACAP pues ambas normas regulan diferentes materias diferentes y en distintas fases del procedimiento. El trámite de consulta previa, contenido en el artículo 133.1 de la LPACAP es una novedad legislativa contenida en una "norma básica" y que además se aprueba con posterioridad a la LRRL, por lo que no cabe invocar el "principio de especialidad" de esta norma con el objeto de excluir la aplicación de su obligado cumplimiento.

Las consecuencias jurídicas derivadas de su omisión no pueden ser otras que la nulidad de pleno derecho, pues la modificación introducida por el artículo 133 de la LPACAP viene determinada por el derecho de participación ciudadana del artículo 9.2 y 105 a) de la Constitución, destacando la creciente relevancia que ha adquirido la aprobación de la normativa en materia de transparencia. En este sentido, el principio de consulta y participación nace con el objetivo de dar un mayor protagonismo a los ciudadanos por ser los destinatarios de las normas,

lo que cobra un mayor alcance en la elaboración de normas de los entes locales por ser más próximos a los ciudadanos.

Patrocina que la nulidad de pleno derecho de las Ordenanzas que incumplan la consulta previa viene establecida por el artículo 47.2 de la LPACAP, lo que impide su subsanación en los trámites de información pública.

Tiene en cuenta, además, que la omisión del trámite recogido en el artículo 133 de la LPACA contiene en su punto 4 las excepciones en las que no será obligatorio este trámite de consulta, audiencia e información pública, en concreto cuando se trate de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen o 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, circunstancias que -entiende- no concurren, por lo que el trámite debe de ser cumplido para la validez de la aprobación de las Ordenanzas municipales.

Señala que el Ayuntamiento de Cangas de Morrazo introduce una cuestión que no es objeto del "interés casacional objetivo" porque solicita un pronunciamiento sobre la omisión de la consulta previa en la elaboración de las ordenanzas locales de naturaleza fiscal, materia que no es objeto de estudio.

En consecuencia, patrocina que se declare la nulidad de la Ordenanza por omisión del trámite de "audiencia previa" recogido en el artículo 133.1 de la LPACAP.

5.- Deliberación, votación y fallo del recurso. 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, mediante providencia de fecha 16 de diciembre de 2022, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

Por providencia de fecha 7 de julio de 2023 se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Dmitry Berberoff Ayuda y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 31 de octubre de 2023, fecha en que comenzó su deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La controversia jurídica

El acuerdo plenario municipal, impugnado en la instancia, rechazó la necesidad del trámite previo de consulta pública, previsto en el artículo 133.1 de la LPACAP, conforme a las siguientes consideraciones:

"[...]Visto a aprobación das tarifas mediante de Resolución de data 27 de decembro de 2019 por parte da Comisión de Prezos de Galicia, Tendo en conta ós informes de Secretaría de data 22 de xaneiro de 2020 que consta no expediente (Informe 2020-003) no que se sinala o seguinte

'A modo de conclusión, a aplicación do trámite de consulta previa na tramitación dunha prestación patrimonial de carácter público non tributario resulta ser; tal e como se pon de manifesto o longo do presente informe unha cuestión alternamente controvertida tanto na súa esixencia coma nos efectos xurídicos derivados da súa ausencia.

Dada esta indefinición doctrinal, entendendo aplicable o principio de validez "iuris tantum" dos actos administrativos, o principio de conservación dos mesmos e a validez outorgada pola Comisión de Prezos de Galicia, considero que procede desestimar as alegacións presentadas. No tocante a ausencia de consulta previa no expediente."

En nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero, rec. 4791/2021, ECLI:ES:TS:2023:227, concluimos que la consulta previa del art. 133.1 LPACAP no resultaba exigible en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales.

Sin embargo, en el presente recurso de casación, las razones eventualmente existentes para prescindir del trámite no tienen por qué coincidir con el criterio de la referida sentencia 108/2023 de 31 de enero, al concurrir aquí una circunstancia -no cuestionada- y que, en definitiva, perfila otro escenario. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en aquella ocasión, en la que se impugnaba una ordenanza fiscal, en el presente recurso, la Ordenanza carece de naturaleza fiscal, por cuanto regula una prestación patrimonial de carácter público no tributaria por servicios vinculados al ciclo integral del agua.

El propio acuerdo de aprobación de la Ordenanza, reproduciendo un informe de la intervención de 22 de enero de 2020, reconoce que "dado que la contraprestación económica ya no tiene carácter de tasa sino de

prestación patrimonial de carácter público no tributario, es necesario adaptar la normativa local a la nueva realidad jurídica establecida por la modificación introducida por la Ley 1 /2077 y aprobar la correspondiente ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributario, que ya **no tendrá el carácter de ordenanza fiscal**."

SEGUNDO. - La argumentación de la sentencia de instancia

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por UTE GESTIÓN CANGAS contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cangas de 27 de enero de 2020, por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios vinculados al ciclo integral del agua, la entidad alegó como motivo de nulidad el incumplimiento del referido trámite previo de consulta pública del 133.1 de la LPACAP.

La argumentación de la sentencia de instancia sobre el particular se contiene en su Fundamento de Derecho Cuarto:

"CUARTO. - Por tanto, el procedimiento de elaboración y publicación de ordenanzas municipales, viene regulado en los artículos 49 y 70.2 LRBRL.

El artículo 49 LRBRL prevé: "La aprobación de las ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento:

a) Aprobación inicial por el Pleno.

b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno".

Y el artículo 70.2 dice: "Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el "Boletín Oficial" de la provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. Las Administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial".

A este trámite hay que añadir el informe preceptivo de la Comisión de Precios que es lo que exige el artículo 20.6 TRLHL. Y, en el caso de autos obra en el expediente la notificación de la Dirección Xeral de Comercio e Consumo de 27/12/2019 en la que consta que se autorizan las tarifas a la vista de la solicitud completa del Concello (lo que supone la remisión por este de toda la documentación precisa para adoptar dicha resolución, entre los que se haya el estudio económico al que alude el artículo 107.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local), así como del informe favorable de la Comisión de Precios.

Cabría plantearse si además de los anteriores trámites debe observarse el de consulta pública, previsto en el artículo 133.1 de la LPAC, lo que sustenta la actora.

El Concello demandado se opone pues la LRBRL agotaría la regulación. En todo caso, estima que al encontrarnos ante una modificación de la Ordenanza no sería necesario y que su omisión no es un vicio invalidante.

Dicho precepto, afectado por la Sentencia TC (Pleno) 55/2018 de 24 de mayo, fundamento jurídico 7 b) y c), establece en los apartados 1 y 2 la obligación de realizar una consulta pública con carácter previo a la realización del proyecto o anteproyecto de la norma, así como la audiencia a los ciudadanos cuyos intereses o derechos legítimos puedan verse afectados, exceptuando tal requisito en el apartado 4 para los casos en los que la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica...o regula aspectos parciales de la materia.

La anulación por este TSJ de las Ordenanzas Fiscales reguladoras de las tasas por el suministro que nos incumbe, así como la mutación operada por la LCSP de la naturaleza jurídica de la contraprestación en los términos anteriormente expuestos, impide que podamos conceptuar la regulación abordada por la Ordenanza que se impugna como una mera modificación parcial de otra existente. Buena muestra de ello, es el contenido de la providencia del Concello que inicia el procedimiento de elaboración de la Ordenanza en cuestión, justificando el interés y conveniencia de aprobarla a efectos de regular no solo las tarifas, sino todos los

elementos de la nueva figura introducida por la LCSP, que contempla como prestación patrimonial de carácter público no tributario, la retribución de los servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas.

Sentada la inaplicación al caso enjuiciado de la excepción prevista en el apartado 4, del artículo 133 LPAC, destacaremos que la disposición adicional primera de este mismo texto legal prevé con carácter general la aplicación de las leyes especiales a los procedimientos administrativos por ellas regulados por razón de la materia, que no exijan alguno de los trámites previstos en la LAPAC o regulen trámites adicionales o distintos.

No obstante, a propósito de esta previsión y proyección sobre el trámite analizado la DGT concluyó que sí era exigible para la elaboración de las Ordenanzas Fiscales, por lo que también cabría extender su argumentación a toda Ordenanza municipal. Así, según un informe de la Dirección General de Tributos de 19 de enero de 2018, sobre el impacto de la Ley 39/2015 en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales, el trámite de consulta previa establecido en el artículo 133 de la Ley 39/2015, en la medida en que no tiene equivalente en el TRLRHL, dado el carácter ex novo del mismo, no puede considerarse incluido en el trámite de participación ciudadana regulado en el artículo 17 del TRLRHL, pues son dos trámites distintos y que se realizan en dos momentos y formas diferentes, por lo que se concluye que 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. Este Tribunal en la sentencia 75/2020, de 14 de febrero de 2020 para el caso de las OF, consideró innecesario el trámite de consulta pública pues concurría una de las excepciones del apartado 4, del artículo 133 LPAC, por lo que la omisión carecía de trascendencia alguna.

Vaya por delante que falta en el caso de autos, a diferencia de lo que sucede con las OF, la especialidad por razón de la materia de la Ley que la Administración Invoca como reguladora del procedimiento, por lo que la LPAC completa el marco normativo de la LBRL, sobre la elaboración de las ordenanzas municipales no fiscales.

Aun así, la doctrina sobre este particular resulta dispar. Por ejemplo, Velasco Caballero, se sitúa en la tesis del Concello sobre la inaplicación de la consulta previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas, al prever la LBRL los trámites a seguir. Pero otros autores (Casado Casado, Merino Estrada, Orduña Prada, ...), consideran que este trámite es de aplicación general a las normas aprobadas por las administraciones locales pues el párrafo primero del apartado 4 del artículo 133 de la LPACAP -declarado conforme con la Constitución en la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, y aplicable a todas las administraciones públicas-, que recoge excepciones a la aplicación de la consulta pública, se refiere expresamente a la administración local, al margen del carácter básico de la LPAC y, en particular, de su Título VI y que las entidades que integran la administración local, de acuerdo con el artículo 2.1.c) de la LPAC, integran el ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley. Es cierto que la disposición adicional primera de la propia LPAC establece que "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". Y que la LBRL prevé la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas, una vez elaborada y aprobada provisionalmente la redacción de la ordenanza fiscal, a través de la exposición pública del acuerdo de aprobación provisional adoptado por la corporación local durante un plazo mínimo de treinta días, dentro de los cuales los interesados pueden examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas. Pero también lo es que no se prevé un trámite de consulta pública previa, anterior a la elaboración de la norma y a la existencia de un texto normativo y dadas las diferencias sustanciales que presenta con el trámite participativo allí previsto, entendemos que resulta aplicable a las Ordenanzas.

Sentado lo anterior, procede determinar cuáles son las consecuencias de su incumplimiento. La LPAC no acompaña al trámite ninguna concreta previsión sobre tal particular.

El artículo 47.2 de la LPACAP prevé que "serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Además, no se admite la anulabilidad para las disposiciones administrativas de carácter general, con relación a las cuales la invalidez despliega sus efectos en su grado máximo.

Por lo tanto, parece que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 133 de la LPACAP en relación con la consulta pública previa debería generar la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria estatal, autonómica o local que se apruebe sin haberse realizado la preceptiva consulta pública previa o habiéndose realizado de forma insuficiente, sin atenderse a lo establecido en la normativa vigente.

Pero otra vez nos encontramos con que las posiciones doctrinales y jurisprudenciales no son unívocas.

Entre la doctrina de los autores, existen dos posiciones claramente diferenciadas. Una primera, que defiende la invalidez y, por consiguiente, la nulidad de pleno derecho de la disposición de carácter general en cuyo

procedimiento de elaboración se haya omitido o realizado de forma sustancialmente inadecuada este trámite (Araguás Galcerá, Casado Casado, Cierco Seira y Ropero Vilaró, entre otros); y una segunda, mucho más flexible, que relativiza la eficacia invalidante de estos vicios y sostiene que tal omisión no acarrea, en todo caso, la nulidad de pleno derecho de la norma (Messeguer Yebra, Velasco Caballero...).

Desde la doctrina judicial, el TSJ de Castilla y León en su sentencia de 14.06.2018, recurso 548/2017, que se citaba en la nuestra, pero respecto de una OF concluye que " ...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 (por todas, STS de 15 de noviembre de 2013) 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, de consulta pública regulado en la LPACAP, receptor de opiniones y no de reclamaciones de obligada resolución".

Ni este TSJ de Galicia, en la citada sentencia 75/2020, ni el TSJ de Asturias en la de 28 de enero de 2019, recurso 144/2018 (FJ 7º), ni las que se citan en la demanda del TSJ de Cataluña llegan a pronunciarse sobre este particular, ya que resuelven la controversia desde la premisa de que en todos los casos se aborda una modificación de la OF, siendo innecesaria para estos casos la consulta pública.

Pero en el supuesto de autos, como ya hemos dicho, no estamos ante una mera modificación de una Ordenanza, de modo que sería exigible la consulta pública, por lo que debemos resolver las consecuencias de la indiscutida la omisión de este trámite en el caso enjuiciado.

Para resolver tal cuestión y, especialmente, si el trámite de información pública y audiencia a los interesados subsana la omisión de la consulta previa debemos partir de si estos trámites son idénticos en cuanto a finalidad, fundamento y ámbito subjetivo y objetivo que los caracterizan.

No cabe duda que con la introducción del novedoso trámite de consulta pública previa en la LPAC se pretende, en cumplimiento del artículo 105.a) CE, fomentar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas, lo que en el ámbito local se preveía en el artículo 49 LBRL mediante el trámite de información pública y audiencia de los interesados. Ahora bien, mientras aquel tiene lugar con carácter previo, este ya se realiza sobre un texto inicialmente aprobado, de modo que no son equiparables a nuestro entender. Y es que el momento en que se fija la consulta del artículo 133 LPAC, denota una clara finalidad: se introduce para garantizar la efectiva proyección en la futura norma de las opiniones de sus destinatarios o de quienes realicen aportaciones, pues dado su carácter previo tienen una real y efectiva posibilidad de emitirlas y de que estas sean ponderadas antes de la aprobación inicial, en lo que ahora interesa, de la Ordenanza. Ello es así porque en tal momento todas las opciones de regulación están abiertas, lo que implica reforzar, en buena medida, la participación contribuyendo, desde luego, a reducir la discrecionalidad administrativa.

Sentado lo anterior, parece evidente que el trámite del artículo 49 LBRL no puede suplir la omisión de la consulta pública previa, pues se realiza en un momento en que ya se ha aprobado inicialmente la Ordenanza, por lo que tal vicio ha de acarrear su nulidad. De no ser así, se estaría privando de toda eficacia a un trámite que supone un refuerzo importante de la participación ciudadana, al permitirla en una fase temprana, cuando las posiciones todavía no están bien definidas, ni las decisiones tomadas, encontrándose todas las posibilidades abiertas.

Además, aunque la nota fundamental de este cauce participativo de consulta pública previa radica en el momento en el que se efectúa, no podemos olvidar el marco subjetivo al que se abre, así como que la mayoría de las cuestiones sobre las que versa la consulta pública previa y que constituyen su objeto, ya no tendría sentido plantearlas en los trámites de audiencia e información pública y, por último, que si el trámite es preceptivo, salvo las excepciones previstas, las consecuencias de su omisión deben ser las mismas que las que se anudan a la inobservancia de los trámites posteriores del artículo 49 LBRL.

En consecuencia, siendo indiscutido que omitió la consulta pública previa procede declarar la nulidad de la Ordenanza cuestionada, sin necesidad de abordar los restantes motivos de impugnación."

TERCERO. - El marco normativo

1.- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El artículo 25 LRBRL expresa:

"1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

[...]

c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales."

Conforme al art 26 LRBRL:

"1. Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas."

A tenor del apartado segundo del art. 86 LRBRL:

"[...]

2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma."

El artículo 49 de la LRBRL dispone:

"La aprobación de las Ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento:

a) Aprobación inicial por el Pleno.

b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional".

2.- *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*

El artículo 133.1 de la LPACAP señala:

"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".

La sentencia del Tribunal Constitucional 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 que, a los efectos de una mejor identificación se enfatizan *ut supra* en negrita- de la LPACAP, en los términos y con el alcance que veremos más adelante.

Por su parte, la Disposición adicional primera de la LPACAP. *Especialidades por razón de materia*, recoge lo siguiente :

"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".

3.- *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.*

El Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público anuncia que la Ley modifica en sus disposiciones finales la regulación establecida en determinadas normas tributarias. En efecto, se persigue aclarar la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios, "tanto en los casos de gestión directa de estos, a través de la propia Administración, como en los supuestos de gestión indirecta, a través de concesionarios, como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. A estos efectos, se le da nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria; al artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, añadiéndole un nuevo apartado 6, y al artículo 2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos añadiéndole una nueva letra c)."

La Disposición final duodécima de la Ley de Contratos del Sector Público, modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), añadiendo un nuevo apartado 6 al artículo 20, en los siguientes términos:

"6. Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo

de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas."

4.- *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*

Su Disposición adicional primera, *prestaciones patrimoniales de carácter público*, establece:

"1. Son prestaciones patrimoniales de carácter público aquellas a las que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo.

2. Las prestaciones patrimoniales de carácter público citadas en el apartado anterior podrán tener carácter tributario o no tributario.

Tendrán la consideración de tributarias las prestaciones mencionadas en el apartado 1 que tengan la consideración de tasas, contribuciones especiales e impuestos a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley.

Serán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general.

En particular, se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado."

CUARTO. - La sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018. ECLI:ES:TC:2018:55

Como se ha dejado constancia, la sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018 se pronunció, entre otros preceptos, respecto del art. 133 LPACAP, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña que, básicamente, se fundamentaba en vulnerar el artículo 68 del Estatuto de Autonomía de Cataluña ("EAC") y por desbordar las competencias estatales (art. 149.1.18 CE) con invasión de las autonómicas relativas a la organización, el régimen jurídico y el procedimiento de las administraciones públicas (arts. 150 y 159 EAC).

Pues bien, el Tribunal Constitucional declaró que el artículo 133 LPACAP es contrario al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 b) de la sentencia y que no es aplicable a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas:

"b) Los Estatutos de Autonomía reconocen la iniciativa legislativa a los gobiernos autonómicos, no a sus administraciones. A diferencia de lo que ocurre con la potestad reglamentaria, que también corresponde al Gobierno, el ejercicio de esta prerrogativa se inserta en el ámbito de las relaciones del Gobierno con las cámaras parlamentarias. El procedimiento de elaboración y aprobación de proyectos de ley es la vía que permite al gobierno autonómico participar en la función legislativa y, por tanto, articular sus políticas públicas a través de normas con rango de ley. Consecuentemente, el ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de las Comunidades Autónomas, en general, y la elaboración de anteproyectos de ley, en particular, quedan por completo al margen del artículo 149.1.18 CE en lo que se refiere tanto a las "bases del régimen jurídico de las administraciones públicas" como al "procedimiento administrativo común".

Los artículos 129 (salvo el apartado cuarto, párrafos segundo y tercero, cuya impugnación ya hemos examinado), 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015 se refieren al ejercicio, por parte de los gobiernos nacional y autonómico, tanto de la potestad reglamentaria como de la iniciativa legislativa. Se aplican, por tanto, a las iniciativas de rango legal de las Comunidades Autónomas. Invaden por ello las competencias que estas tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes. Procede, pues, estimar el recurso en este punto y declarar en consecuencia la invasión competencial que denuncia el Gobierno de Cataluña.

Tal declaración, sin embargo, tampoco conlleva en este caso la nulidad de los artículos 129, 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015. Según acabamos de ver, tales preceptos se refieren también a las iniciativas legislativas del Gobierno nacional, lo que no ha suscitado controversia alguna en este proceso. De modo que, para remediar la invasión competencial señalada, basta declarar que estos preceptos son contrarios al orden constitucional de competencias y que, en consecuencia, no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas (STC 50/1999, FFJJ 7 y 8)."

Asimismo, consideró que el artículo 133 LPACAP -salvo el inciso de su apartado primero "Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública" y el

primer párrafo de su apartado cuarto-, es contrario al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 c), que contiene las siguientes consideraciones:

"[...]

La participación ciudadana está regulada en el artículo 133 de la Ley 39/2015. Este precepto no impide que las Comunidades Autónomas disciplinen, en cuanto a sus propias iniciativas normativas, aspectos tales como la duración de las consultas, el tipo de portal web en el que se llevan a cabo, su grado de difusión o el nivel de transparencia de la documentación y las alegaciones aportadas. Tampoco impide que incrementen los niveles mínimos de participación asegurados con carácter general y, por tanto, que acoten o reduzcan las excepciones previstas. No obstante, fija una serie relevante de extremos en relación con las formas, contenidos y destinatarios de las consultas.

La STC 91/2017, FJ 6, es la primera que ha enjuiciado la cobertura competencial de previsiones estatales relativas a la participación ciudadana durante la elaboración de cualesquiera disposiciones administrativas. Hasta entonces, este Tribunal había tenido oportunidad de examinar únicamente regulaciones estatales sobre la audiencia y la información pública durante la elaboración de instrumentos normativos concretos: las "disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a consumidores y usuarios" [STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 7 c)], la planificación ecológica (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 13) y el planeamiento urbanístico [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 c)].

De acuerdo con la STC 91/2017, FJ 6, deben reputarse bases del régimen jurídico de las administraciones públicas las previsiones siguientes: "se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa" (art. 4.6 de la Ley 2/2011); las administraciones públicas "prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos" (art. 5.2 de la Ley 2/2011).

El artículo 133, en sus apartados primero, primer inciso ("Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública") y cuarto, 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. Las demás previsiones del artículo 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.

Procede, en consecuencia, declarar que los artículos 132 y 133 -salvo el primer inciso de su apartado 1 y el primer párrafo de su apartado cuarto- de la Ley 39/2015 son contrarios al orden constitucional de competencias, resultando por ello inaplicables a las Comunidades Autónomas. Tampoco en este caso la declaración de la invasión competencial conlleva la nulidad, habida cuenta de que los preceptos se aplican en el ámbito estatal sin que ello haya sido objeto de controversia en el presente proceso (STC 50/1999, FFJJ 7 y 8)."

La lectura de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional permite arribar a una primera conclusión: únicamente responden al concepto de bases del *régimen jurídico de las administraciones públicas* (art. 149.1.18 CE), el artículo 133 LPACAP, en sus apartados primero, primer inciso ("Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública") y cuarto, primer párrafo, de modo que "las demás previsiones del artículo 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico."

En otras palabras, el artículo 133 LPACAP se aplica por completo en el ámbito estatal (tanto sus previsiones de carácter básico como *las demás previsiones*), y así lo corrobora la sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018.

Sin embargo, a los efectos de la elaboración de disposiciones reglamentarias, autonómicas o locales, únicamente se aplicarán las referidas previsiones de carácter básico. Esta es la conclusión que, por lo demás, consignamos en nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero rec. 4791/2021, ECLI:ES:TS:2023:227, pronunciamiento del que daremos cumplida cuenta en el siguiente Fundamento de Derecho, y en el que expresamente declaramos:

"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."

QUINTO. - No resulta exigible la consulta previa del art. 133.1 LPACAP en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales

Tal y como hemos anticipado, especial consideración merece nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero rec. 4791/2021, en la que se estableció la siguiente doctrina: "...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 pública 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."

Dicha sentencia posibilita la contextualización de la presente controversia. No obstante, hay que tener en cuenta que se limitó, exclusivamente, al ámbito de las ordenanzas fiscales, sin que las constantes referencias del escrito de interposición a una eventual equiparación o proximidad procedimental entre tales ordenanzas municipales fiscales y aquellas que no lo son, puedan justificar la aplicación automática de las consideraciones de aquella sentencia a una ordenanza que, como la aquí enjuiciada, regula prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria.

En cualquier caso, reproduciremos lo expresado en nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero, rec. 4791/2021, enfatizando en negrita aquellos párrafos que tienen una clara proyección sobre el asunto que nos ocupa:

"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 más 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

[...]"

Es de observar, por tanto, que en aquella ocasión el debate fue zanjado, apreciando 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 pública 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."

Por tanto, a efectos metodológicos, partiendo de la obligatoriedad de la consulta previa del art. 133.1 LPACAP, habrá que indagar si es posible apreciar, también en el caso que nos ocupa, tal especialización por razón de la materia (a partir de la Disposición adicional primera de la LPACAP) y, de no resultar procedente, si cabe justificar o avalar su preterición por alguna de las excepciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

SEXTO. - La consulta previa del art. 133.1 LPACAP es obligatoria respecto de las ordenanzas locales ajenas a las materias de la Disposición Adicional primera LPACAP, salvo que por causas legalmente previstas pueda prescindirse de dicho trámite

1.- La obligatoriedad de la consulta previa

Como premisa de partida, se reitera lo expresado en nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero, "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..."

2.- La inaplicación del principio de especialidad por razón de la materia

A diferencia del recurso de casación resuelto por nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero -relativo a una ordenanza fiscal- en el presente caso, el principio de especialidad, proclamado en la Disposición Adicional Primera de la LPACAP, no permite excepcionar la consulta pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza local.

En efecto, a tenor de lo indicado en la expresada sentencia 108/2023 de 31 de enero, la excepción prevista en la Disposición Adicional Primera de la LPACAP no viene referida, con carácter general, a cualquier ordenanza o disposición administrativa de carácter general local, sino que -por lo que concernía a aquel asunto-, se refiere a las ordenanzas fiscales.

Y, en este sentido, debemos asumir lo que expresa la sentencia de la Sala de Galicia, aquí recurrida: "Vaya por delante que falta en el caso de autos, a diferencia de lo que sucede con las OF, la especialidad por razón de la materia de la Ley que la Administración Invoca como reguladora del procedimiento, por lo que la LPAC completa el marco normativo de la LBRL, sobre la elaboración de las ordenanzas municipales no fiscales."

El Ayuntamiento reconoce que no estamos ante una ordenanza fiscal, si bien considera -de manera un tanto confusa-, que las ordenanzas fiscales constituyen un supuesto muy similar "por su idéntica regulación procedimental contenida en el artículo 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)."

Por eso, pese a no delimitar entre regímenes jurídicos diferenciados, expresa que el debate "lo centraremos en las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias como en las ordenanzas fiscales, disposiciones normativas cuya elaboración tiene su propia regulación específica en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Regulador de las Bases del Régimen Local (LBRL) y que, en consecuencia, deberían regirse por esta normativa atendiendo al principio de especialidad que recoge la DA 1 de la LPACP..."

En fin, mantiene "la existencia de una normativa, como es el artículo 49 de la LBRL y en semejantes términos el artículo 17 TRLSL, que regula de manera específica el trámite de elaboración de estas normas y que debería regir únicamente atendiendo al principio de especialidad que establece la D.A. 1 de la LPACP..."

Sin embargo, a juicio de esta Sala no es posible extender la especialidad prevista para las ordenanzas fiscales con relación a la elaboración de otras ordenanzas o disposiciones generales sobre cualesquiera otras materias que no aparezcan comprendidas en la referida Disposición Adicional primera de la LPACAP.

De entrada, en nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero afirmamos con nitidez que "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."

Además, como aduce la parte recurrida, los trámites necesarios para la validez de unas normas concretas - como las Ordenanzas reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias-, tienen sus características y reglas de elaboración específicas, siendo su naturaleza jurídica, regulación legal y objetivos, diferentes a las ordenanzas fiscales.

No podemos avalar, como parece sugerir el Ayuntamiento recurrente, que el principio de especialidad resida en el procedimiento mismo de elaboración de la ordenanza sin que trascienda a la propia materia que, en cada caso, constituya el objeto de regulación de la ordenanza. En efecto, la no exigencia de los trámites previstos en la LPACAP (en este caso, la consulta pública de su artículo 133) viene referida a procedimientos administrativos *regulados en leyes especiales por razón de la materia*, como certeramente mantiene la sentencia recurrida al afirmar que "falta en el caso de autos a diferencia de lo que sucede con las OF, la especialidad por razón de la materia de la Ley..."

En consecuencia, a los fines de la Disposición Adicional primera de la LPACAP, la LRBRL no conforma *per se* ese concepto pues, ha de estarse a las materias específicas que contempla el apartado segundo de la Disposición Adicional primera, entre otras, la tributaria, materia cuya naturaleza es diferente de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y, por supuesto, del servicio objeto de financiación, en este caso, el vinculado al ciclo integral del agua.

3.- Causas legales que permitan prescindir del trámite

A diferencia de lo que acontecía en el caso resuelto por nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero en la que, como venimos expresando, consideramos que el trámite de consulta previa resultaba prescindible en el ámbito de un ordenanza fiscal -insistimos, por determinación de la Disposición adicional primera LPACAP-, en el presente recurso acabamos de corroborar que dicha Disposición adicional no permite justificar la omisión del trámite.

En consecuencia, habrá que indagar el régimen de las excepciones legalmente previstas recordando que, a los efectos del artículo 133 LPACAP, únicamente tienen carácter básico las del primer párrafo de su apartado cuarto, que es el único que concierne también a la Administración autonómica y local: "[p]odrá 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."

Por tanto, no cabe ya aplicar con relación a este caso -referido a una Administración Local-, las excepciones contempladas en el segundo párrafo de dicho apartado cuarto ([c]uando 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") al declararse la inconstitucional de dicho segundo párrafo, en los términos y con el alcance expresados, manteniéndose solo para la Administración del Estado.

Recapitulando, como dijimos en nuestra sentencia -de constante cita- 108/2023 de 31 de enero rec. 4791/2021, ECLI:ES:TS:2023:227: "lo que no constituye legislación básica respecto a las Comunidades Autónomas, tampoco puede tener tal consideración de legislación básica respecto a la Administración local."

Pues bien, a tenor de lo expuesto, consideramos que la sentencia recurrida incurre en una doble quiebra del artículo art 133 LPACAP.

(i) Por un lado, porque entra a analizar las causas justificativas que, para prescindir de la consulta previa, esgrime el Ayuntamiento, reconduciéndolas a excepciones contempladas en el segundo párrafo del apartado 4 del art 133 LPACAP cuando, conforme hemos expresado, no resultan de aplicación a la Administración local -debemos insistir-, desde la sola óptica del artículo 133 LPACAP.

En efecto, es evidente que la sentencia aborda -desde la perspectiva de dicho segundo párrafo-, la argumentación *del Concello*, relativa a que nos encontramos ante una *modificación de la Ordenanza*; a estos efectos, la sentencia alude al "apartado 4 para los casos en los que la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica... o regula aspectos parciales de una materia [...]" (que son excepciones de ese segundo párrafo del apartado 4); considera la imposibilidad de "conceptuar la regulación abordada por

la Ordenanza que se impugna como una mera modificación parcial de otra existente"; y, finalmente, concluye en la "inaplicación al caso enjuiciado de la excepción prevista en el apartado 4, del artículo 133 LPAC."

Ahora bien, debe significarse que el régimen básico de excepciones -las del primer párrafo del apartado 4 del art 133 LPACAP- no tienen por qué agotar todos los supuestos en los que quepa prescindir de dicho trámite de consulta previa. Dicho de otro modo, a las excepciones previstas en el primero de los párrafos del apartado cuarto del artículo 133 LPACAP podrán adicionarse, en su caso, las que eventualmente contemple, -de forma autónoma o por remisión- la correspondiente legislación autonómica complementaria, sobre el *régimen jurídico de las administraciones públicas*, obviamente, respecto de aspectos que no formen parte -por lo que aquí interesa- de las bases del régimen local, normativa autonómica que, con independencia de que existiera -al fin y al cabo, ni el acuerdo impugnado ni las partes ni la sentencia de instancia la invocan- este Tribunal de casación no estaría autorizado a interpretar.

(ii) Por otro lado, porque la sentencia de instancia omite cualquier consideración en torno al primer párrafo del apartado 4 del art 133 LPACAP -este sí, de carácter básico- en el que se encuentra la excepción relativa a que concurran *razones graves de interés público* para prescindir del trámite de consulta pública. Ciertamente, el Ayuntamiento no parece invocar explícitamente y bajo esa formulación, la excepción de interés público; sin embargo -insiste-, en que la ordenanza *regula prestaciones que ya se venía prestando* y alude, asimismo, a la necesidad de alcanzar lo que denomina *una solución ágil a problemas que le surgen en su funcionamiento diario respecto de este tipo de prestaciones de naturaleza pública*.

Evidentemente, desde la perspectiva de la financiación del servicio público de abastecimiento de agua, nos encontramos ante una nueva realidad jurídica derivada de la Ley de Contratos del sector público. Ahora bien, es indudable que los servicios vinculados al ciclo integral del agua se venían prestando y el Ayuntamiento recurrente deberá seguir haciéndolo conforme a la normativa expuesta.

Desde esta perspectiva, estimamos que concurre un marcado interés público en la regularidad y prestación de los servicios a los que se refiere la Ordenanza impugnada -los servicios vinculados al ciclo integral del agua-, interés público que debió considerarse a los efectos de ponderar la ausencia de dicha consulta previa.

Resultan muy ilustrativos los términos de la LRBRL cuando, con relación al abastecimiento de agua potable a domicilio y a la evacuación y tratamiento de aguas residuales, el artículo 25.2.c) considera *el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales* como una materia respecto de la cual el municipio *ejercerá en todo caso competencias propias*; o asimismo, cuando con relación, nuevamente, al abastecimiento domiciliario de agua potable, su artículo 26 conmina a los municipios a prestar, *en todo caso*, ese servicio; o, en fin, cuando el segundo apartado del artículo 86 LRBRL *declara la reserva en favor de las Entidades Locales*, entre otros, del abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, que considera como una *actividad o servicio esencial*.

Y es aquí, cuando cobra razón la argumentación del Ayuntamiento recurrente que enfatiza en la necesidad de garantizar el funcionamiento diario de un servicio esencial, señalando explícitamente en su escrito de interposición del recurso, que el trámite de la consulta previa "retrasaría en exceso la entrada en vigor de normativa de gran relevancia para garantizar el correcto funcionamiento de la actividad municipal."

En este contexto, pues, cabe valorar que estamos en presencia de un servicio esencial, de prestación obligatoria por el municipio y que, evidentemente, venía ya siendo prestado por el Ayuntamiento. Tales circunstancias ahondan en la necesidad de garantizar la continuidad y regularidad de unos servicios tan esenciales, como los vinculados al ciclo integral del agua, centrándose lo novedoso de la regulación en la modificación del mecanismo de financiación del servicio, a partir de las tarifas preexistentes por efecto de la Ley de Contratos del Sector Público que, en realidad, viene a abrir una etapa de transición, por cuanto comporta la necesidad de adaptar la normativa a la nueva naturaleza jurídica (prestación patrimonial de carácter público no tributario) determinada por aquella ley.

En consecuencia, todas estas circunstancias, presididas por la necesidad de garantizar la continuidad y regularidad de los servicios vinculados al ciclo integral del agua, pergeñan, a juicio de esta Sala, unas razones de interés público lo suficientemente relevantes como para prescindir del trámite de consulta previa -en el caso que nos ocupa-, a tenor del párrafo primero del apartado cuatro del art 133 LPACAP, siendo este el parámetro de enjuiciamiento a través del cual debió analizarse la argumentación del Ayuntamiento.

SÉPTIMO. -Contenido interpretativo de esta sentencia y resolución de las pretensiones deducidas en el proceso

De conformidad con el artículo 93.1 LJCA, en función de lo razonado precedentemente, procede declarar lo siguiente:

La consulta previa a la que se refiere el art 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas es obligatoria respecto de las ordenanzas locales que, como las reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, no afecten a materias de la Disposición Adicional primera LPACAP, salvo que pueda prescindirse de dicho trámite por causas legalmente previstas.

A efectos de una ordenanza local, son causas legalmente previstas para prescindir del trámite de consulta previa, las contenidas en el primer párrafo del apartado cuarto del art 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas al tener carácter de legislación básica; y, en su caso, las que establezca la correspondiente legislación autonómica.

A la vista de la anterior doctrina, la sentencia del TSJ de Galicia debe ser casada y anulada.

Recapitulando, por un lado, la sentencia impugnada rechaza que la ordenanza regule aspectos parciales de una materia o modifique parcialmente una previa ordenanza existente, negando, en definitiva, que dicha circunstancia opere, en este caso, como una excepción del trámite de consulta del art 133 LPACAP, bajo la perspectiva del párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 133 LPACAP (párrafo que no tiene carácter básico), excepción que tampoco se justifica en una eventual legislación autonómica que avalara dicha omisión.

Por otro lado, no analiza las circunstancias anteriores ni la necesidad de garantizar la continuidad y regularidad de los servicios vinculados al ciclo integral del agua, desde la perspectiva de graves razones de interés público, como justificación de la omisión del trámite de consulta previa, a la luz del primer párrafo del apartado cuatro del artículo 133 LPACAP, este sí, aplicable por su carácter básico a la Administración local.

En atención a dichas circunstancias, una vez sentada doctrina con relación al artículo 133 LPACAP y proclamada la existencia, de acuerdo con las específicas circunstancias del caso, de graves razones de interés público para prescindir del trámite de consulta previa, procede ordenar la retroacción de actuaciones a los efectos de que por la sentencia de instancia aborde los restantes motivos -los aun no analizados-, esgrimidos por el Ayuntamiento en su demanda, sintetizados en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia: "Alega la entidad recurrente en fundamento de su pretensión anulatoria, de la ordenanza citada que el Concello demandado infringió el artículo 48 de la LRJCA al remitir un expediente que no está debidamente foliado, lo que dificulta la localización de documentos y le genera indefensión; que el acuerdo del Pleno de 24.04"2015 es contrario a la cláusula sexta del contrato de gestión del servicio público; que se ha omitido del informe técnico el Concello debía remitir a la Comisión de Precios de la Xunta de Galicia; que no se ha observado el trámite previo de consulta pública que exige el artículo 133 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento Administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC) y falta el informe técnico económico; que los informes del secretario incurren en vaguedades sin reconocer el derecho a la indemnización que le corresponde por la disminución que con las presentes tarifas. se produce en la retribución pactada y que el interventor se extralimita en sus funciones al realizar interpretaciones jurídicas que corresponden al secretario. Por último, alega que no es de aplicación al contrato la reforma posterior de la LCSP y la existencia de errores en el informe sobre equilibrio de económico emitido por la consultoría Fuentes Fernández que indebidamente la Administración local considera que es equiparable a una memoria o informe técnico económico."

OCTAVO. - Costas

De conformidad con el artículo 93.4 LJCA, no apreciándose mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación. En cuanto a las costas de la instancia, cada parte abonará las suyas 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.- Declarar la doctrina del presente recurso, expresada al Fundamento de Derecho Séptimo de esta sentencia.
- 2.- Estimar el recurso de casación 7629/2021 interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Cangas contra la sentencia núm. 331/2021 de 20 de julio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso núm. 15199/2020, sentencia que se casa y anula, ordenando la retroacción de actuaciones en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Séptimo
- 3.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.