

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ084833

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 26 de enero de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4791/2021

SUMARIO:

Tasas. Doctrina general y cuestiones normativas. Proceso de elaboración de las Ordenanzas fiscales. Necesidad del trámite de participación ciudadana. La cuestión con interés casacional, está siendo resuelta de forma contradictoria por distintos órganos jurisdiccionales, consiste en determinar si en la elaboración de las ordenanzas fiscales municipales, ha de observarse el trámite previsto en el art.133 LPAC, (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) con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, y de conformidad con lo dispuesto en la disp. adic. 1.ª del mismo texto legal, es suficiente, en la elaboración de este tipo de disposiciones, atender el cauce previsto en los arts. 15 a 19 TRLHL a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del art. 133 LPAC, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no.

PRECEPTOS:

Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47, 83 y 133 y disp. adic. primera.

Constitución Española, art. 23.

RDLeg. 2/2004 (TRLHL), arts. 15 a 119.

PONENTE:

Doña María Esperanza Córdoba Castroverde.

AUTO

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

Dª. María Isabel Perelló Doménech

D. Rafael Toledano Cantero

Dª. Ángeles Huet De Sande

Dª. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 26 de enero de 2022.

HECHOS

Primero. Preparación del recurso de casación.

1. El procurador don Jesús Sanz López, en representación del Ayuntamiento de Barcelona, con la asistencia de su letrado consistorial, preparó recurso de casación contra la sentencia 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 nº 306/2020 deducido contra la Ordenanza fiscal nº 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.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringida la disposición adicional 1ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre) ["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 (BOE de 9 de marzo) ["TRLHL"].

3. Razona que las infracciones han sido relevantes y determinantes del fallo.

4. Constata que la norma infringida forma parte del Derecho estatal.

5. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se dan las circunstancias contempladas en las letras a), b), c) y g) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ["LJCA"], así como las presunciones contempladas en el artículo 88.3.a) y c) LJCA.

Segundo. *Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 10 de junio de 2021, habiendo comparecido la parte recurrente, el Ayuntamiento de Barcelona, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA. De igual modo lo ha hecho la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de la mercantil Vodafone España, S.A., que no se ha opuesto a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.^a Esperanza Córdoba Castroverde, Magistrada de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. *Requisitos formales del escrito de preparación*

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y el Ayuntamiento de Barcelona se encuentra legitimado para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifica con precisión la norma del ordenamiento jurídico estatal que fue alegada en la demanda y tomada en consideración por la Sala de instancia, así como la jurisprudencia que se dice infringida. También se justifica que la infracción imputada a la sentencia ha sido relevante para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque la sentencia impugnada fija, para supuestos sustancialmente iguales, una doctrina (i) contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) de la LJCA], (ii) gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.b) de la LJCA], (iii) que afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) de la LJCA], (iv) interpreta y aplica aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional [artículo 88.2.e) LJCA], (v) e interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial [artículo 88.2.f) LJCA], (vi) resuelve un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general [artículo 88.2.g) LJCA], siendo así que, además (v) aplica una norma en la que se sustenta la razón de decidir respecto de la que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) de la LJCA] y (vi) declara nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente. De las razones que ofrece para justificarlo se infiere la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que se cumple también el requisito exigido por el artículo 89.2.f) de la LJCA.

Segundo. *Hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.*

La sentencia recurrida estima totalmente el recurso contencioso administrativo y declara la nulidad de pleno derecho de la ordenanza fiscal impugnada merced a un único argumento de naturaleza formal: la omisión del trámite de consulta previa contemplado en el artículo 133 LPACAP, al considerar que ha de ser previo a la aprobación inicial, invocando como refuerzo de esta tesis tanto precedentes de la misma Sala, como el informe de la Dirección General de Tributos de 19 de enero de 2018 que respalda la preceptividad insubsanable del referido trámite.

El fundamento segundo de la sentencia recoge esta postura en los siguientes términos:

" SEGUNDO. *Sobre la omisión del trámite delart 133 de la Ley39/15*

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 CE 78 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 judicada 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." (sic).

Tercero. *Normas que deberán ser interpretadas.*

A estos efectos, el recurrente plantea la interpretación de 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.

Cuarto. *Cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional.*

1. Conforme a lo indicado anteriormente y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el 90.4 de la misma norma, procede admitir a trámite este recurso de casación, precisando que la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de 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 elaboración 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.

Quinto. *Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.*

1. Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque está siendo resuelta de forma contradictoria por distintos órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) LJCA], no en vano, la postura contenida en la sentencia impugnada pugna con la doctrina contenida en la sentencia nº 574/2018, de 14 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que resuelve un supuesto sustancialmente igual al presente, y sin embargo, "no comparte la interpretación con resultado radicalmente anulatorio que postula la recurrente sobre la aplicación al procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales previsto en el TRLRHL del trámite de consulta pública contemplado en el artículo 133 de la LPACAP, y es que la disposición final primera de ésta es clara en el sentido de que en los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia -como lo es el de elaboración de las ordenanzas fiscales previsto en el TRLRHL, lo que admite la Dirección General de Tributos en su informe- 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 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 (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 e información pública regulado en la LPACAP, receptor de opiniones y no de reclamaciones de obligada resolución.

En fin, la anterior consideración no se desvirtúa por el hecho de que el Ayuntamiento demandado haya dado lugar a dicho trámite con ocasión de la aprobación de la nueva Ordenanza no tributaria que ha de regular las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente -denominadas prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario- que se perciban por la prestación de los servicios públicos como el que aquí nos ocupa, de conformidad con el apartado 6 del artículo 20 del TRLRHL añadido por la disposición final 12 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con efectos de 9 de marzo de 2018. " (sic).

2. Además, la cuestión planteada afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA], lo que hace conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que la esclarezca, en beneficio de la seguridad jurídica y de la consecución de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho (artículos 9.3 y 14 CE).

Conviene, por tanto, un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva para dar respuesta a la cuestión nuclear que suscita este recurso de casación.

Sexto. *Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.*

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión descrita en el fundamento jurídico cuarto.

2. Los preceptos legales que, en principio, serán objeto de interpretación, son 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.

Séptimo. *Publicación en la página web del Tribunal Supremo.*

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

Octavo. *Comunicación inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.*

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

LA SECCIÓN DE ADMISIÓN ACUERDA:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/4791/2021, preparado por don Jesús Sanz López, en representación del Ayuntamiento de Barcelona, con la asistencia de su letrado consistorial, contra la sentencia 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 nº 306/2020.

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.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

Así lo acuerdan y firman.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.