



Roj: **STSJ GAL 4643/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:4643**

Id Cendoj: **15030330042021100324**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **20/07/2021**

Nº de Recurso: **15199/2020**

Nº de Resolución: **331/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN NUÑEZ FIAÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00331/2021

-Equipo/usuario: IL

Modelo: N11600

PLAZA GALICIA S/N

Correo electrónico: sala4.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

N.I.G: 15030 33 3 2020 0000553

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0015199 /2020 /

Sobre: HACIENDA MUNICIPAL Y PROVINCIAL

De D./ña. FCC AQUALIA SA Y CIVIS GLOBAL SL UTE

ABOGADO MARIA CANDELARIA SANCHEZ ALVAREZ

PROCURADOR D./D^a. MARIA DEL ROSARIO CASTRO CABEZAS

Contra D./D^a. CONCELLO DE CANGAS (PONTEVEDRA)

ABOGADO JUAN JOSE VARELA FERREIRO

PROCURADOR D./D^a.

PONENTE: D. MARIA DEL CARMEN NUÑEZ FIAÑO

La Sección 004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

MARIA DOLORES RIVERA FRADE PDTA.

FERNANDO FERNANDEZ LEICEAGA

MARIA DEL CARMEN NUÑEZ FIAÑO

A CORUÑA, veinte de julio de dos mil veintiuno.

En el recurso contencioso-administrativo número 15199/2020, interpuesto por FCC AQUALIA SA Y CIVIS GLOBAL SL. UTE, representada por la procuradora DÑA.MARIA DEL ROSARIO CASTRO CABEZAS, dirigida por la letrada DÑA. MARIA CANDELARIA SANCHEZ ALVAREZ contra ORDENANZA REGULADORA DA



PRESTACION PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO NON TRIBUTARIA POLOS SERVIZOS VINCULADOS AO CICLO INTEGRAL DA AUGA DO CONCELLO DE CANGAS BOP 13/02/20. Es parte la Administración demandada el CONCELLO DE CANGAS (PONTEVEDRA), representado por el letrado D.JUAN JOSE VARELA FERREIRO.

Es ponente el Ilma. Sra. Dña. MARIA DEL CARMEN NUÑEZ FIAÑO, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución impugnada en este procedimiento.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en la contestación de la demanda.

TERCERO.- Habiéndose recibido el asunto a prueba y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso jurisdiccional 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 la provincia de Pontevedra nº 30 de 13.02.2020).

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 de 24.04.2015 es contrario a la cláusula sexta del contrato de gestión del servicio público; que se ha omitido del informe técnico que 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.

El Concello demandado aduce que se ha seguido el procedimiento establecido en la LBRL, que no contempla el trámite de consulta previa. Este vicio, de concurrir, nunca sería determinante de la nulidad de la Ordenanza. En cuanto al estudio para determinación de las tarifas si fueron autorizadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, es obvio, que existió. Este estudio no es equiparable a un informe técnico económico propio de las Ordenanzas Fiscales. Además, concluye que este existe y no incurre en ninguno de los errores que advierte la parte.

SEGUNDO.- Dispone el artículo 48.4 de la LRJCA que: " *El expediente, original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. La Administración conservará siempre el original o una copia autenticada de los expedientes que envíe. Si el expediente fuera reclamado por diversos Juzgados o Tribunales, la Administración enviará copias autenticadas del original o de la copia que conserve.*"

Y en cuanto a la composición y forma del expediente administrativo el artículo 71 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que: " 1. *Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.*

2. *Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así*



como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

3. Cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. La autenticación del citado índice garantizará la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos.

4. No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento".

Pues bien, en el caso de autos la demandante afirma que el expediente no está foliado, lo que le genera indefensión ya que no puede localizar los documentos que lo integran. Sin embargo, como documento 0 del expediente figura un índice en el que se numeran e identifican todos los documentos que lo componen, de modo que la falta de paginación ninguna dificultad entraña para encontrarlos, como pudo comprobar este Tribunal al examinarlo. Estamos ante un expediente completo (la demandante en ningún momento aduce lo contrario y, aunque así lo hiciera, podría solicitar que se completara, como también que se foliara, artículo 55 LRJCA), que identifica y numera los documentos que lo forman, indexándolos correctamente, por lo que debemos rechazar cualquier lesión del derechos de defensa y, con ello, la trascendencia anulatoria que pretende la demandante. En tal sentido, el auto del TS de 30.01.2018 que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la sentencia 1564/2017, resalta el carácter subsanable de la falta de foliación del expediente, y, por ende, su intrascendencia anulatoria.

TERCERO: Sentado lo anterior, antes de entrar en el examen de los restantes motivos de impugnación importa destacar que una de las cuestiones más problemáticas en el Derecho Tributaria ha sido sin duda la relativa a la naturaleza jurídica del importe que se percibe de los usuarios si el servicio público se presta de forma indirecta, a través de concesionario.

A tal controversia se pone fin con una norma no tributaria, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

En su preámbulo se indica que pretende aclarar la naturaleza jurídica de las tarifas que abonon 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 1ª de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT); al artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), 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 (LTPP), añadiéndole una nueva letra c).

Las tres modificaciones entran en vigor el 9 de marzo de 2018, porque la disposición final decimosexta de la LCSP, dispone que esta entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el BOE, sin que establezca otro plazo distinto para las modificaciones de estas tres Leyes. Se aplicarán, por tanto, a todos los contratos vigentes a tal fecha como es el del caso enjuiciado, sin perjuicio de los límites establecidos en el mismo para la revisión de precios, debiendo significar, ya en este momento, que lo que aquí se recurre es la Ordenanza municipal que regula la prestación patrimonial de carácter público no tributaria, sin que podamos entrar a examinar los supuestos incumplimientos contractuales derivados de acuerdos municipales ajenos a la aprobación de la OF impugnada, ni determinar si de generar esta un desequilibrio económico procede indemnización alguna.

El marco normativo tendría, tras la reforma, el siguiente contenido:

La disposición adicional primera de la LGT dispone que " 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".

La disposición final novena de la mentada LCSP ha modificado la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos, añadiendo una nueva letra c) al artículo 2, con la siguiente redacción :

«c) Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de la obra o por la prestación del servicio a los concesionarios de obras y de servicios conforme a la legislación de contratos del sector público, que son prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias».

Por tanto, la Ley 8/1989 establece que los preceptos de la misma no serán aplicables a las tarifas que abonen los usuarios del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable prestado por concesionario. Tarifas que identifica con prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y sobre lo que no existe controversia en el caso de autos, debiendo reseñar que el TC en sentencia de 9 de mayo de 2019 confirma la constitucionalidad del carácter no tributario de dichas tarifas y que la LCSP colma el principio de reserva de Ley

Y, por último, el nuevo apartado 6 al artículo 20 TRLHL dispone: "*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."

Como señaló el TC en la citada sentencia, la reserva de Ley se cumplió conforme a las exigencias establece el artículo 31.3 CE, respecto de las prestaciones patrimoniales con la LCSP que incorpora el nuevo apartado 6 del artículo 20 TRLHL. Pero en las Entidades Locales sólo es posible disponer de los recursos que la legislación contempla cuando, en el ámbito de la autonomía municipal, la Corporación adopta los acuerdos con el procedimiento correspondiente, por lo que se contempla la regulación de dichas prestaciones a través de una ordenanza no fiscal. La sucinta referencia que realiza el precepto a la norma que debe regularlas conduce al cauce habitual para el ejercicio de la potestad reglamentaria de las entidades locales, esto es, al procedimiento previsto en la LBRL y LPAC, teniendo en cuenta, que además ha de solicitarse el informe de la Comisión de Precios u órgano semejante de la Comunidad Autónoma correspondiente, preceptivo en los supuestos como el de autos que nos encontramos con precios autorizados.

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

El artículo 49 LRBR 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 LBRL 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, excepcionando 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 atenerse 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 Roperó 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 e información 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 trámite 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 emitirlos 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.

QUINTO.- Conforme al artículo 139 de la Ley Jurisdiccional no hacemos especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales al apreciar fundadas dudas de Derecho.

FALLO

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

1. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "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 la provincia de Pontevedra nº 30 de 13.02.2020) y, en consecuencia, declarar su nulidad por ser contraria a Derecho por omisión del trámite de consulta pública previa.
2. No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que, dando cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se tome en consideración lo dispuesto en el punto III del Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2016, sobre extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación (B.O.E. del 6 de julio de 2016).

Publíquese una vez firme en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra.

Así se acuerda y firma.