

LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN LA APROBACIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO
Universitat de Barcelona

Cómo citar/Citation

Rodríguez Florido, I. (2023).
La interpretación jurisprudencial de la consulta pública previa
en la aprobación de disposiciones de carácter general.
Revista de Administración Pública, 221, 183-206.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.07>

Resumen

Una de las principales novedades de la reforma administrativa del año 2015 fue la incorporación de una regulación relativa a la potestad reglamentaria de aplicación a todas las Administraciones públicas. En el título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, destaca la exigencia de una consulta pública previa a la elaboración de determinadas iniciativas reglamentarias, un trámite distinto de los clásicos de audiencia e información pública, que trata de garantizar la participación ciudadana de forma preliminar a la redacción de un proyecto normativo. Sin embargo, este trámite ha suscitado dudas en cuanto a su constitucionalidad, circunstancia que comportó un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, así como su aplicación a determinadas materias con regulación propia, tales como el urbanismo o el tributario local. Asimismo, se ha planteado la duda en cuanto a los efectos jurídicos de la omisión de este trámite. El presente trabajo trata de sintetizar los distintos pronunciamientos emitidos recientemente por los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Palabras claves

Consulta pública previa; principio de especialidad normativa; aprobación de disposiciones de carácter general.

Abstract

One of the main innovations of the administrative reform of 2015 was the incorporation of a regulation related to the regulatory power applicable to all public administrations. In Title VI of Law 39/2015, of October 1st, on the Common Administrative Procedure of Public Administrations, the requirement of a prior public consultation stands out for the elaboration of certain regulatory initiatives, a different procedure from the traditional ones of public hearing and information, aiming to guarantee citizen participation prior to the drafting of a normative project. However, this procedure has raised doubts regarding its constitutionality, a circumstance that led to a pronouncement by the Constitutional Court, as well as its application to certain matters with their own regulation, such as urban planning or local taxation. Likewise, the doubt has been raised regarding the legal effects of omitting this procedure. This paper seeks to synthesize the different pronouncements recently issued by the courts of the administrative litigation order.

Keywords

Prior public consultation; principle of specialties by reason of matter; approval of general provisions.

SUMARIO

I. CARACTERÍSTICAS Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA NOVEDOSA CONSULTA PÚBLICA PREVIA. II. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OMISIÓN DEL TRÁMITE DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA: ¿NULIDAD EN TODOS LOS CASOS? III. LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LAS CAUSAS QUE PERMITEN LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA. IV. EL DESPLAZAMIENTO DE LA NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO COMÚN POR LA REGULACIÓN ESPECIAL SOBRE LA ELABORACIÓN DE PLANES URBANÍSTICOS. V. LA ESPECIALIDAD DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA Y LA NO EXIGIBILIDAD DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. CARACTERÍSTICAS Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA NOVEDOSA CONSULTA PÚBLICA PREVIA

Una de las novedades más relevantes de la reforma administrativa del año 2015 fue la incorporación de una regulación relativa a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de aplicación a todas las Administraciones públicas y Gobiernos de España¹. En este sentido, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) incorporó un Título VI (arts. 127-133) para establecer unos principios básicos de buena regulación², con el objetivo de incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas y dotar de una mayor

¹ Esta novedad se destaca, entre otros, por Oriol Mir Puigpelat, «¿Better Regulation o Marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley», en C. Velasco Ruiz (dir.) *Reflexiones sobre la reforma administrativa. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, pág. 210.

² Algunos de estos principios de buena regulación ya se encontraban en el art. 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

seguridad jurídica y predictibilidad del ordenamiento, tal y como se afirma en su exposición de motivos³.

Entre dichas reglas destaca la exigencia de una consulta pública previa a la elaboración de normas con rango de ley y reglamentarias (art. 133 LPAC)⁴. A diferencia de los trámites de audiencia e información pública, los cuales se realizan sobre una propuesta de redacción normativa, la consulta pública pretende recabar la opinión ciudadana con carácter previo a la elaboración de un texto, en una fase embrionaria de la iniciativa normativa⁵. Para ello se exige preceptivamente una consulta a través del portal web de la Administración en la cual se detallan: (i) los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa; (ii) la necesidad y oportunidad de su aprobación; (iii) los objetivos de la norma; y (iv) las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. Así mismo, se exige que se ponga a disposición de los ciudadanos, de forma clara, concisa y precisa, todos los documentos necesarios para que puedan pronunciarse sobre la materia y formular sus respectivas aportaciones⁶.

³ Así mismo, tal y como reconoce la exposición de motivos, el título VI trata de incorporar al ordenamiento jurídico español las recomendaciones de la Comisión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en la mejora de la protección normativa a través de la «Better regulation» y «Smart regulation». Específicamente se alude a las recomendaciones de la OCDE emitidas en 2014 en el Informe «Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement». En el Capítulo 3 de dicho informe, la OCDE aborda la mejora regulatoria como instrumento para incrementar la productividad española, haciendo énfasis en la necesidad de potenciar la «consulta regulatoria», la cual debería llevarse a cabo también antes de la elaboración de un primer borrador. La OCDE detecta que la audiencia pública que se realiza una vez que un borrador ha sido elaborado presenta dos problemas: el escaso margen para considerar soluciones no regulatorias o de mercado y el poco espacio para el ajuste dentro de las soluciones regulatorias. El informe destaca la necesidad de «revisar y estandarizar las prácticas de consulta mediante la expedición de directrices con requisitos específicos sobre cuándo deben realizarse» y de «involucrar a los ciudadanos para recuperar la confianza en el gobierno».

⁴ Esta regulación también se incorporó en términos sustancialmente equivalentes en el art. 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG) en su redacción dada por la LPAC.

⁵ Tal y como advierte Santamaría Pastor, se trata de una consulta que no versa sobre un borrador articulado de la norma, sino sobre cuestiones previas tales como su conveniencia y necesidad, un elemento de racionalización que «previene contra improvisaciones que, en el momento de plasmarse en un documento articulado, adquieren una notable resistencia al cambio». Véase J. A. Santamaría Pastor (2018), *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I. 5ª edición. Madrid: Iustel, pág. 238.

⁶ El art. 133 LPAC no regula el plazo durante el cual debe celebrarse esta consulta previa, sin embargo, para el ámbito de la Administración General del Estado, el art. 26.2 LG prevé que deberá proporcionarse un plazo suficiente, el cual no podrá ser inferior a quince días naturales (procedimiento que se detalla en la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016,

Sin embargo, el propio art. 133.4 LPAC prevé que se podrá prescindir de la consulta pública cuando concurren determinadas causas, tales como: (i) estar ante normas presupuestarias u organizativas de las Administraciones; (ii) concurrir razones graves de interés público; o (iii) la propuesta «no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia»⁷.

La novedad en esta cuestión radicó en la exigencia de la consulta pública previa con carácter general y de forma preceptiva, porque en determinadas normativas sectoriales ya se prevenían desde hace décadas estas formas de participación ciudadana en la iniciativa normativa, por ejemplo, en el ámbito urbanístico⁸. No obstante, esta consulta pública previa ha suscitado diversas cuestiones jurídicas, tales como su ámbito subjetivo de aplicación, su exigencia supletoria en materias con regulación especial o los efectos de jurídicos de su omisión.

En clave constitucional, cabe destacar que se estimó parcialmente un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos de este título VI de la LPAC, al apreciarse una invasión competencial y extralimitación del legislador estatal en el ejercicio de la competencia básica del art. 149.1.18 de la Constitución⁹. El Tribunal Constitucional, en la STC 55/2018, delimitó el alcance de estos preceptos al ámbito autonómico, declarando incons-

por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales).

⁷ En el dictamen al Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Consejo de Estado afirmó que la regulación ganaría en claridad si se evitasen el uso de conceptos jurídicos indeterminados «tales como “obligaciones relevantes”, “impacto significativo” o “regulación de aspectos parciales de una materia” como supuestos justificativos de la posible omisión de este trámite de consulta pública» (Dictamen CE de 29 de abril de 2015, ref. 275/2015). Sin embargo, la redacción final del texto articulado no se modificó.

⁸ Por ejemplo, en el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana se prevenía, con carácter potestativo, que las administraciones competentes, «antes de acordar la elaboración de cualquier Plan de Ordenación, Norma o Programa, la Administración urbanística actuante podrá abrir un período de información pública para recoger sugerencias u observaciones sobre la necesidad, conveniencia y demás circunstancias de la ordenación» (art. 116) o que «en el momento en que los trabajos de elaboración del Plan General hayan adquirido el suficiente grado de desarrollo que permita formular los criterios, objetivos y soluciones generales del planeamiento, la Corporación y Organismos que tuviesen a su cargo su formulación deberán anunciar en el “Boletín Oficial” de la provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación de la misma, la exposición al público de los trabajos, al objeto de que durante el plazo mínimo de treinta días puedan formularse sugerencias y, en su caso, otras alternativas de planeamiento por Corporaciones, asociaciones y particulares» (art. 125).

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018 (rec. inconstitucionalidad 3628/2016, ECLI:ES:TC:2018:55).

titucionales determinados incisos que aludían a las comunidades autónomas. En síntesis, el Tribunal Constitucional declaró que no eran aplicables los preceptos de la LPAC a las iniciativas legislativas de las comunidades autónomas¹⁰, pero reconoció que las «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE) pueden tener por objeto la elaboración de reglamentos autonómicos, siempre que no se trate de «una regulación de carácter marcadamente formal o procedimental que desciende a cuestiones de detalle»¹¹.

En cuanto a las previsiones del art. 133 LPAC, el Tribunal Constitucional consideró que: (i) la exigencia de una consulta pública previa, así como determinadas causas por las cuales se puede prescindir de la misma, pueden reputarse bases del régimen jurídico (art. 149.1.18 CE), aplicables por tanto a la elaboración de reglamentos autonómicos¹²; (ii) pero que las demás previsiones descienden a cuestiones procedimentales de detalle que desbordan el ámbito básico, vulnerando por

¹⁰ Concretamente se afirma por parte del Tribunal Constitucional que «los arts. 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 [...] 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» [FJ 7.b) de la STC 55/2018].

¹¹ El Tribunal Constitucional alude en diversas ocasiones a su doctrina marcada en la STC 91/2017 que analizó diversos preceptos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En este sentido, tal y como afirma Fernández Ramos, «la decisión del TC parece imbuida de un cierto arbitrio. Y, sobre todo, la STC 55/2018 sigue al pie de la letra la apreciación de la STC 91/2017 sobre los preceptos para la mejora de la regulación previstos en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, sin tener en cuenta que se trataba entonces de reglas de carácter marcadamente programático. Asimismo, se obvía que no se trata aquí de imponer un simple trámite más, sino de garantizar la participación de la ciudadanía en la elaboración de las disposiciones generales, finalidad que conecta con el mandato expreso del art. 105.b) CE», véase S. Fernández Ramos (2023), «El progresivo vaciamiento de las consultas previas en el procedimiento de elaboración de normas», blog EsPúblico, 22 de mayo [*online*].

¹² En este sentido, se afirma por parte del Tribunal Constitucional que: «El art. 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 art. 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico; vulneran por

tanto las competencias estatutarias de las comunidades autónomas. Así mismo, se añade que nada impide que las comunidades autónomas disciplinen aspectos de estas consultas previas en lo relativo a sus iniciativas normativas, «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 [...] incrementen los niveles mínimos de participación asegurados con carácter general y, por tanto, que acoten o reduzcan las excepciones previstas».

Por lo tanto, actualmente la ordenación básica de la consulta pública previa en la elaboración de disposiciones generales autonómicas se limita a ordenar su realización con carácter previo a la elaboración del texto, y prever que se pueda omitir en caso de normas presupuestarias u organizativas, o ante la concurrencia de razones graves de interés público que lo justifiquen, sin perjuicio de su aplicación supletoria en virtud del art. 149.3 Constitución¹³. En este sentido, la regulación del art. 133 LPAC en el ámbito estatal resulta de aplicación plena, mientras que en el ámbito autonómico es de aplicación básica —en cuanto a la necesidad del trámite y algunas de sus excepciones— y de aplicación supletoria —en cuanto a los aspectos detallados sobre el modo en que debe realizarse—.

II. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OMISIÓN DEL TRÁMITE DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA: ¿NULIDAD EN TODOS LOS CASOS?

Una de las principales cuestiones que se han planteado en torno a la consulta pública previa versa sobre las consecuencias jurídicas de la omisión de dicho trámite. La LPAC no prevé los efectos jurídicos que conlleva la falta de realización de la consulta previa, circunstancia que ha comportado una disparidad interpretativa. Tal y como se ha apreciado por la doctrina¹⁴, la mayoría de las salas de lo con-

ello las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas en relación con la elaboración de sus propias disposiciones administrativas» [FJ 7.c) de la STC 55/2018].

¹³ En este sentido, algunas comunidades autónomas han aprobado normas que concretan y detallan este trámite de consulta pública previa en el ámbito autonómico, como, por ejemplo, Aragón, en el vigente art. 43 del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón (regulación que se incorporó a la normativa anterior con la aprobación de la Ley 4/2021, de 29 de junio, de modificación de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón). Así mismo, en Catalunya se incorporó un art. 66 bis a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Catalunya (precepto añadido por el art. 178 de la Ley 5/2020, de 29 de abril).

¹⁴ Un exhaustivo estudio tanto doctrinal como jurisprudencial sobre los distintos posicionamientos puede encontrarse en L. Casado Casado (2020), «Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las

tencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia han considerado que la omisión de este trámite, o su práctica inadecuada, comporta la nulidad de pleno derecho de la disposición reglamentaria aprobada. En este sentido se han pronunciado, entre otros, los tribunales superiores de justicia de Cataluña¹⁵, Aragón¹⁶, Canarias¹⁷ y Navarra¹⁸.

En materia urbanística, ya en 2008 el Tribunal Supremo afirmó que la formulación de alegaciones en un período posterior de información pública no subsana la omisión de la exposición pública de los trabajos preparatorios de elaboración, por cuanto son dos fases diferenciadas y con objetivos distintos¹⁹.

disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho de la norma aprobada?», *REALA*, 14, octubre, págs. 29-48. Por ejemplo, Velasco Caballero es partidario de sostener, con determinadas cautelas, que «por sí sola la omisión de la consulta previa no determina la nulidad de la ordenanza», aunque dicha omisión puede ser relevante para la valoración de otros posibles defectos. Véase F. Velasco Caballero «Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común», *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 113, págs. 322-323.

¹⁵ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 588/2019, de 28 de junio de 2019 (Sección 2ª, rec. 515/2017, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4110).

¹⁶ Entre otros, como pronunciamiento más reciente, la Sentencia 166/2022, de 31 de marzo de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (rec. 374/2020, ECLI:ES:TSJAR:2022:328).

¹⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sede Las Palmas de Gran Canaria) 25/2022, de 27 de enero de 2022 (rec. 195/2017, ECLI:ES:TSJICAN:2022:2)

¹⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 88/2019, de 10 de abril de 2019 (rec. 307/2018, ECLI:ES:TSJNA:2019:141), en la cual se afirmó que «no puede ser suplantada por la publicación posterior y sometimiento a información pública y traslado a sindicatos integrados en la mesa sectorial del proyecto de Orden Foral [...] pues la consulta pública previa es un trámite anterior y distinto a estos, que pretende cumplir con el objetivo constitucional de lograr la participación ciudadana en la elaboración de las normas recabando con carácter previo a la elaboración la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias» (FJ 2º).

¹⁹ En la Sentencia del Tribunal Supremo 5395/2008, de 30 de septiembre de 2008 (rec. 5818/2004, ECLI:ES:TS:2008:5395), se afirmó que «el hecho de que la demandante en la instancia haya formulado alegaciones en el período de información pública no subsana la omisión de la exposición al público de los trabajos preparatorios, pues en esta fase no se trata de la defensa de intereses particulares afectados, sino de hacer efectivo el derecho de participación ciudadana reconocido en el art. 4.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y después por el art. 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, para hacer efectivo lo establecido en el art. 9.2 de la Constitución, y que tiene un significado distinto al trámite de información pública abierto cuando la voluntad de la Administración se ha manifestado en la aprobación inicial del Plan, dado que no se trata de si la demandante en la instancia ha sufrido o no indefensión, sino de una infracción que ha impedido alcanzar el fin propuesto con el trámite omitido, que no es otro que lograr

En dicho pronunciamiento el Alto Tribunal declaró la nulidad de la aprobación de unos instrumentos de ordenación urbanística por omitir la participación ciudadana previa, exigible en ese momento en la legislación estatal en materia de urbanismo.

En este mismo sentido, si bien con carácter de *obiter dicta*, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 133/2023, de 6 de febrero de 2023, ha reconocido que la omisión de la consulta pública previa del art. 133 LPAC comporta una causa de nulidad de pleno derecho, en tanto estamos ante un trámite esencial en la aprobación de disposiciones generales, sin que esté en discusión la relevancia de la participación ciudadana en estos procedimientos normativos urbanísticos²⁰. Por lo tanto, siguiendo dicha jurisprudencia, la omisión total o la práctica defectuosa del trámite de consulta previa deberá comportar la nulidad de pleno derecho de la normativa aprobada (art. 47.2 LPAC).

Sin embargo, este pronunciamiento contrasta con el mantenido en la Sentencia 1.650/2022, de 14 de diciembre de 2022, del Tribunal Supremo, de la misma sala pero de diferente sección, en la cual se consideró que la omisión de la consulta pública del art. 133 LPAC es una irregularidad procedimental pero sin alcance anulatorio²¹. En este caso, el Tribunal analizó un recurso que traía causa de una disposición de carácter general gallega que configuraba la distribución y apertura de las oficinas de farmacia, en cuya tramitación no se realizó la consulta

la elaboración de la norma urbanística con la más amplia participación ciudadana, razón por la que el primer motivo de casación alegado debe ser estimado para que, como pide la recurrente al articularlo, se repongan las actuaciones al trámite de sugerencias o alternativas previsto en los citados preceptos del Reglamento de Planeamiento Urbanístico» (FJ 3º).

²⁰ El Tribunal Supremo ha afirmado en la Sentencia 133/2023, de 6 de febrero de 2023 (Sección 5ª, rec. 1337/2022, ECLI:ES:TS:2023:290) que «no parece necesario examinar, porque tampoco se cuestiona, que la omisión de dicho trámite en el caso de autos comporta la nulidad de pleno derecho la Modificación del Plan aprobado en la resolución que se impugna, por ser dicha exigencia un trámite esencial en la aprobación de las disposiciones generales, naturaleza que no se niega tenga tales instrumentos de ordenación, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que se deja cita suficiente y concreta en la sentencia de instancia, a la que nos remitimos. Y es que, en el caso de autos no está en cuestión la relevancia que la participación ciudadana tiene, en concreto, en la aprobación de los instrumentos de ordenación [...] Este Tribunal es consciente, y la sentencia recurrida deja debida constancia, de la trascendencia que el trámite de participación ciudadana tiene en la ordenación territorial y urbanística, exigencia que engarza con la normativa europea que no parece necesario reseñar; y este Tribunal asume los acertados razonamientos que se contienen en la sentencia de instancia en relación con esa relevancia y, en lógica correspondencia, de los efectos invalidante por la omisión de dicho trámite, conforme a los supuestos de nulidad que se establecen en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas» (FJ 3º).

²¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 1.650/2022, de 14 de diciembre de 2022 (Sección 4ª, rec. 1.740/2021, ECLI:ES:TS:2022:4672).

pública previa del art. 133 LPAC²². En dicha sentencia, el Tribunal parte de la premisa de apreciar que este trámite era preceptivo por razones temporales, y que se omitió sin que fuese una excusa «que no se hubiera puesto en funcionamiento el Portal de Transparencia y Gobierno Abierto» y sin que estuviésemos ante alguna de las excepciones del art. 133.4 LPAC.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo afirmó que «esta omisión procedimental, aun siendo una irregularidad, no tiene el alcance anulatorio que pretende deducir el recurrente pues la consulta pública se habría centrado en oír sobre la finalidad de la iniciativa reglamentaria» y esta finalidad no se cuestiona por parte del recurrente. En este punto el Tribunal aprecia que el recurrente cuestionó algunas especificaciones del reglamento aprobado, pero considera que estas concreciones no son propias de la consulta pública previa, que se centran en la conveniencia de acometer la iniciativa, sino que pertenecen al texto articulado y este sí que se sometió a audiencia e información pública.

Este pronunciamiento del Tribunal Supremo se fundamenta en la jurisprudencia, cada vez más frecuente, según la cual no todo defecto procedimental en la tramitación de una disposición de carácter general debe comportar su nulidad de pleno derecho²³. Se adopta una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales, que evita análisis excesivamente rigurosos y formales, y que atiende a la finalidad de las reglas procedimentales y valora las especialidades concretas²⁴. Siguiendo esta jurisprudencia, se deberá atender a las concretas

²² Concretamente, el Decreto 127/2017, de 23 de noviembre, de la Xunta de Galicia por el que se aprobó el mapa farmacéutico de Galicia, se planificó la autorización de nuevas oficinas de farmacia y se fijó la delimitación territorial para su ubicación. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante la Sentencia 625/2020, de 20 de noviembre de 2020 (rec. 4056/20218, ECLI:ES:TSJGAL:2020:6772) desestimó en primera instancia el recurso, rechazando la vulneración del art. 133 LPAC. El asunto llegó al Tribunal Supremo que, mediante Auto de 27 de abril de 2022 (rec. 1740/2021, ECLI:ES:TS:2022:6277^a) apreció interés casación objetivo en determinar si «la omisión de la consulta previa del art. 133.1, primer inciso, de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en una disposición de carácter general que configura la distribución y apertura de las oficinas de farmacia, da lugar a la nulidad de la disposición».

²³ Un criterio que adoptó el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de septiembre de 1996 (Sección 4^a, rec. 7198/1991, ECLI:ES:TS:1996:4809).

²⁴ En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia 414/2022, de 4 de abril de 2022 (rec. 300/2020, ECLI:ES:TS:2022:1365), en la cual la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al enjuiciar un recurso contra la modificación del Reglamento de armas, afirmó que el criterio finalista en la aprobación de reglamentos aconseja no incurrir en un excesivo formalismo, circunstancia por la cual, para declarar la nulidad de un reglamento por la omisión de trámites, «es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de esos trámites por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, es decir, palpable y a todas luces evidente e inequívoca, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación

consecuencias de la omisión de la consulta pública previa, teniendo en cuenta que el objetivo de este trámite es permitir a la ciudadanía sobre la conveniencia y necesidad de acometer una determinada reforma normativa. Se supera un criterio rigurosamente formal, delimitado por un marco binario de respuesta, y se exige un análisis estricto y particular de los efectos de la concreta omisión y su grado de entidad en términos de indefensión.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que algunas normativas autonómicas recientes, como, por ejemplo, en el País Vasco, prevén que la consulta pública previa puede satisfacerse mediante los trámites de audiencia e información pública en la fase de instrucción del procedimiento normativo posterior²⁵. Esta regulación genera severas dudas en cuanto a su constitucionalidad y compatibilidad con las previsiones de la normativa básica de la LPAC (inconstitucionalidad mediata²⁶). En este punto debemos recordar que el Tribunal Constitucional mantuvo el carácter básico del primer inciso del art. 133.1 LPAC en virtud del cual la consulta pública previa se prevé con carácter imperativo (STC 55/2018), por lo tanto, dicha exigencia resulta de plena aplicación a las comunidades autónomas²⁷.

del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental [...] solo cuando la omisión de trámites del procedimiento previsto para la elaboración de las disposiciones generales o su defectuoso cumplimiento se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende la exigencia, conllevará la nulidad de la disposición de que se dicte» (FD 2º).

²⁵ En este sentido, el art. 11 de la Ley 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General, relativo a la consulta previa a la ciudadanía, prevé en su apartado cuarto que «el trámite de audiencia e información públicas en la fase de instrucción del procedimiento normativo posterior a la aprobación con carácter previo de un texto jurídico normativo puede satisfacer, dejando constancia de ello en las memorias, la exigencia de participación ciudadana contemplada en el presente artículo».

²⁶ Denominación utilizada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 104/2018, de 4 de octubre de 2018 (cuestión inconstitucionalidad núm. 5228-2017, ECLI:ES:TC:2018:104) en la cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de mayo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón en cuanto al carácter positivo del silencio en caso del transcurso del plazo máximo para resolver y notificar una petición de acceso. En dicha sentencia explicó que el Tribunal que «nos encontramos con un caso de inconstitucionalidad mediata, pues la posible inconstitucionalidad de la norma autonómica no proviene de su directa confrontación con la Constitución, sino de su examen a la luz de otra norma (infraconstitucional) dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias, que, en este caso, tanto para el órgano judicial que promueve la cuestión como para las partes personadas, se concretan en la regulación del “procedimiento administrativo común”, que le es encomendada al Estado por el art. 149.1.18ª CE» (FJ 3º).

²⁷ A mayor abundamiento, debemos recordar que en la STC 55/2018, al analizar la constitucionalidad de la consulta pública previa, se afirmó que nada impide que las comunidades autónomas «incrementen los niveles mínimos de participación asegurados con carácter general y, por tanto, que acoten o reduzcan las excepciones previstas» del art. 133 LPAC.

No parece admisible que, con carácter general y sin alusión a determinados supuestos excepcionales tal y como prevé el primer párrafo del art. 133.4 LPAC, se permita eludir la consulta pública previa so pretexto de realizar otros trámites también preceptivos —como son la audiencia y la información pública— que tienen objetivos distintos, naturaleza diversa y se proyectan en momentos temporales diferentes²⁸. Además, repararemos en la anomalía que supone el hecho que la justificación de la omisión del trámite de consulta pública se da en un momento posterior al cual debe realizarse²⁹.

Desde el punto de vista de la participación, supone una clara merma en los derechos de la ciudadanía el hecho de permitir, con carácter general, que la consulta pública previa pueda eludirse a través de los clásicos trámites de audiencia e información pública. La consulta pública previa tiene una sustantividad propia y unos objetivos distintos, debiendo permitir a la ciudadanía participar en la fase de preparación del proyecto normativo, antes de tomar la decisión de acometer una determinada regulación, permitiendo la proposición de alternativas y admitiendo la hipotética posibilidad de convencer a la Administración de acometer otra acción u omisión normativa.

En este sentido, no parece subsumible en los conceptos de acotación o reducción de las excepciones, el hecho de aumentar con carácter general la posibilidad de eludir el preceptivo y básico trámite de la consulta pública previa.

²⁸ Tal y como hemos visto, algunos tribunales han declarado la nulidad de disposiciones de disposiciones de carácter general en la tramitación de los cuales se ha omitido la consulta pública previa indicando específicamente que «no puede ser suplantada por la publicación posterior y sometimiento a información pública» (STSJ Navarra 88/2019, de 10 de abril de 2019, rec. 307/2018, ECLI:ES:TSJNA:2019:141). Asimismo cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 28 de junio de 2021 (rec. 345/2017, ECLI:ES:TSJBAL:2021:681), en la cual se declaró la nulidad de la ordenanza municipal reguladora de la ocupación de la vía pública en el municipio de Sant Antoni de Portmany, apreciando que el «Ayuntamiento cumplió con el trámite de información pública del texto propuesto previo a la aprobación definitiva, pero no hubo consulta pública previa» (FD 4º).

²⁹ Esta circunstancia fue advertida por parte de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en su Dictamen 186/2018, de 12 de diciembre de 2018 sobre el anteproyecto de ley, afirmando que «debe insistirse en que, según el esquema escogido, la consulta pública es un trámite que ha de realizarse antes de tomar la decisión de iniciar el procedimiento de elaboración, en tanto una de sus virtualidades es precisamente pulsar la opinión de la sociedad a fin de tomar la decisión sobre si es o no conveniente y necesario afrontar el dictado de una norma. 327. En esta perspectiva, resulta anómalo que la no realización del trámite se pueda justificar a posteriori. 328. Sería más adecuado establecer, en la forma que se estime mejor, los supuestos en los que el órgano promotor puede prescindir de someter a la opinión pública la intención del Gobierno de ejercer su iniciativa legislativa o reglamentaria. 329. Al delimitar estas excepciones no puede olvidarse la importancia que las consultas previas con las partes interesadas y la ciudadanía tienen en el marco de la regulación inteligente».

III. LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE LAS CAUSAS QUE PERMITEN LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA

El carácter preceptivo del trámite de la consulta pública previa se modula con la previsión de una serie de supuestos en los cuales cabe su no celebración. El propio art. 133.4 LPAC prevé una serie de circunstancias en las cuales se podrá prescindir del trámite de la consulta pública previa³⁰. Estas causas deben ser objeto de interpretación estricta, cuando no restrictiva, por cuanto suponen la omisión de un trámite esencial en la elaboración normativa que entronca con la participación ciudadana, un pilar en nuestro Estado social y democrático de derecho [art. 9.2 y 105.a) Constitución]. Así mismo, estas causas deben constar debidamente motivadas en el expediente administrativo que se tramite y, concretamente, en las respectivas memorias que se elaboren.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En este sentido, en la elaboración del Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, por el que se modificó el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), el Ministerio de Interior prescindió del trámite de consulta previa al considerar que la propuesta normativa no tenía un impacto significativo en la actividad económica, no imponía obligaciones relevantes y regulaba aspectos parciales de una materia³¹. Esta reforma del Reglamento Penitenciario tenía por objeto la introducción del uso de nuevas tecnologías en el ejercicio de los

³⁰ Recordemos que tras la STC 55/2018, las causas previstas en el primer párrafo del art. 133.4 LPAC —si la normativa tiene carácter presupuestario u organizativo o cuando concurren razones graves de interés público— tienen carácter básico y resultan aplicables a todas las Administraciones públicas, mientras que las circunstancias previstas en el segundo apartado —falta de impacto significativo en la actividad económica, no imposición de obligaciones relevantes a los destinatarios, regulación de aspectos parciales de una materia o tramitación urgente— son de aplicación plena al ámbito estatal y de aplicación supletoria a las comunidades autónomas y entidades locales.

³¹ En la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) del referido real decreto se argumentó la omisión del trámite de consulta previa al entender que no era preceptivo «en tanto que la propuesta no tiene un impacto significativo en la actividad económica, ni impone obligaciones a sus destinatarios, y además regula solamente un aspecto muy parcial de la materia a la que se refiere, supuestos todo ello que conforme al precepto legal citado habilitan para prescindir de esta consulta. En concreto, no impone obligaciones jurídicas a los ciudadanos que resulten adicionales a las ya previstas en la norma. Más bien al contrario, se regulan nuevas posibilidades de actuación enmarcadas en la normativa ya vigente. En cuanto a la creación del Premio Nacional Concepción Arenal, la misma se añade a las condecoraciones ya existentes. De este modo, se amplían las posibilidades de reconocimiento de la buena labor profesional en un ámbito de actuación tan relevante como el informativo. En relación al uso de las nuevas tecnologías, su regulación supone adecuar a la realidad tecnológica, el ejercicio de derechos ya reconocidos en la norma penitenciaria, sin restricción ni menoscabo de ninguno de ellos, y de forma complementaria a como se ejercen en la actualidad».

derechos de los internos³², la modernización de los medios de acceso a la información y comunicación de los establecimientos penitenciarios, y la creación de la distinción «Concepción Arenal» para reconocer las labores periodísticas que contribuyan a la difusión del medio penitenciario, un galardón sin dotación económica.

Frente a esta modificación se interpuso recurso contencioso-administrativo por parte de la asociación de trabajadores penitenciarios «Tu Abandono Me Puede Matar» (TAMPM) ante el Tribunal Supremo, invocando una indebida tramitación de la norma y una vulneración del art. 133 LPAC³³. Concretamente, la asociación consideraba que la omisión de la consulta previa no queda subsanada por la realización del trámite de audiencia posterior, y que la memoria de impacto normativo no había motivado de forma suficiente la concurrencia de las excepciones que permiten prescindir de este trámite. Se argumentaba que eran necesarios medios organizativos y económicos para poder desarrollar las modificaciones del Reglamento Penitenciario, con afectaciones tanto organizativas como presupuestarias, tanto para los funcionarios como para los internos, con las respectivas cargas administrativas.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 213/2023, de 21 de febrero de 2023³⁴, parte del reconocimiento de la importancia de la consulta pública, un trámite en la elaboración de disposiciones generales que trata de instrumentalizar la participación de los ciudadanos en estos procedimientos, a fin de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en los arts. 9.2 y 105.a) de la Constitución, tal y como sucede con la audiencia y la información pública de viejo anclaje en nuestro ordenamiento. Una consulta pública que se caracteriza por realizarse antes de la redacción del proyecto normativo y que permite a las Administraciones tener «un conocimiento directo de la percepción por los destinatarios de la norma de la concreta realidad que va a someterse al proceso normativo, de la necesidad u oportunidad de éste, de sus objetivos, problemas a solucionar o alternativas posibles, y todo ello, antes de su plasmación en un texto». Sin embargo, es un trámite del cual se puede prescindir, siempre que

³² Entre otros, se prevé que los derechos de los internos se puedan ejercer a través de las nuevas tecnologías, el uso de sistemas de videoconferencias para las comunicaciones, el reconocimiento de un mínimo de cinco llamadas por semana o la disposición de puntos de acceso a redes de información a través de las bibliotecas.

³³ Más allá de la omisión de la consulta previa, la asociación invocaba una vulneración del trámite de audiencia del art. 26.6 LG aduciendo que no se había celebrado y que, como prueba de ello, no constaba dicho trámite en la web del Ministerio. Sin embargo, en el expediente constaban las certificaciones del secretario general de Instituciones Penitenciarias y del secretario general técnico del Ministerio de Interior, conforme a las cuales sí que se había celebrado dicha audiencia, recordando el Tribunal Supremo que no existe obligación alguna de mantener de forma indefinida en el portal de la Administración los anuncios de los diversos trámites de los proyectos reglamentarios.

³⁴ Véase la Sentencia 213/2023, del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso (Sección 5ª, recurso 579/2022, de 21 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:566).

concurra alguno de los supuestos legalmente previstos y se haya justificado debidamente en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN). En este sentido, atendiendo al contenido sustancial de la norma, el Tribunal Supremo considera que la MAIN motivó debidamente las circunstancias que permitían prescindir la consulta previa en este caso, dado que la modificación se limita a dar rango normativo a la utilización de nuevas tecnologías de la comunicación y la información, una práctica habitual en los centros penitenciarios, intensificada especialmente tras la pandemia, la cual se proyecta sobre el ejercicio de derechos preexistentes de los internos.

Así mismo, el art. 133.4 LPAC permite prescindir de la consulta pública previa cuando la norma tenga meramente carácter organizativo. La concurrencia de esta causa debe analizarse de forma estricta, por cuanto comporta la omisión de un trámite esencial de participación ciudadana, sin atender meramente al aspecto formal del tipo de norma aprobada. En este sentido, cabe destacar el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Sentencia 166/2022, de 31 de marzo de 2022, que declaró la nulidad del acuerdo municipal que aprobó el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales (TMRC) de Zaragoza, al apreciar la omisión injustificada de la consulta pública previa³⁵.

A juicio del Tribunal aragonés, no estamos ante una norma meramente organizativa, sino sustantiva y que produce efectos en terceros³⁶, así como una innovación del ordenamiento jurídico, por cuanto el reglamento: (i) altera el objeto del recurso especial en materia de contratación, al ampliar el objeto de conocimiento de este tipo de órganos y variar los importes de los contratos susceptibles de impugnación; (ii) afecta a la competencia de otros órganos administrativos, como el tribunal de contratos autonómico de Aragón al que puede sustraer competencias; (iii) afecta a la competencia judicial, por cuanto, indirectamente, las decisiones dejarían de ser recurridas ante los juzgados y habrían de recurrirse ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón; (iv) vincula a terceros contratantes o interesados en impugnar las decisiones en materia de contratación, por cuanto cambia la competencia para los recursos especiales; y (v) afecta al régimen de incompatibilidades y retribuciones, al permitir que no se desempeñen funciones en dedicación exclusiva, afectando también a otras Administraciones y funcionarios de cualquier Administración.

³⁵ Sentencia 166/2022, de 31 de marzo de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección 1ª, rec. 374/2020, ECLI:ES:TSJAR:2022:328).

³⁶ Sobre esta cuestión también se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sus sentencias 126/2019 (rec. 122/2017, ECLI:ES:TSJAR:2019:630) y 127/2019, de 28 de marzo (rec. 111/2017, ECLI:ES:TSJAR:2019:630), al apreciar la omisión del trámite de consulta pública previa en la normativa de creación del Registro del Juego de Prohibidos de Aragón (REJUP), la cual se consideró que no regulaba aspectos simplemente organizativos.

IV. EL DESPLAZAMIENTO DE LA NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO COMÚN POR LA REGULACIÓN ESPECIAL SOBRE LA ELABORACIÓN DE PLANES URBANÍSTICOS

La exigencia de la consulta pública previa del art. 133 LPAC se ha cuestionado en cuanto a los procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico. El debate no se proyecta tanto sobre el contenido del citado precepto, sino sobre la disposición adicional primera LPAC y la exigencia de dichas consultas públicas previas en régimen de supletoriedad al ámbito urbanístico que, actualmente, es una materia de competencia autonómica.

Algunos tribunales han interpretado que el procedimiento de elaboración de normativa urbanística se rige por su propia legislación específica sectorial y que la aplicación supletoria del segundo apartado de la disposición adicional primera LPAC no es aplicable debido a la materia, ya que el urbanismo no está citado como una de las materias allí mencionadas³⁷. En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León al rechazar la nulidad total del Plan General de Ordenación Urbana de Valladolid³⁸.

En similares términos se afirmó por parte del Tribunal Superior de Justicia de Asturias al enjuiciar un recurso contra la modificación puntual de las Normas Subsidiarias Municipales de Ribadesella³⁹. En dicha sentencia el Tribunal recordó

³⁷ Recordemos que la disposición adicional primera LPAC regula las especialidades por razón de materia, indicando en el segundo de sus apartados que las actuaciones y procedimientos de determinadas materias se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por lo dispuesto en la LPAC. En dicha disposición se alude a determinadas actuaciones y procedimientos en materias tributarias, aduaneras, de Seguridad Social y Desempleo, tráfico y seguridad vial, extranjería y asilo.

³⁸ Sentencia núm. 302, de 8 de marzo de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León (rec. ordinario 606/2020, ECLI:ES:TSJCL:2022:978), en la cual se afirma que «además, aunque no se comparta lo expuesto en el párrafo anterior, ha de señalarse que la LPAC no se aplica a los procedimientos regulados en leyes especiales por razón de la materia a tenor de lo previsto en su Disposición adicional primera, en la que se establece: “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”, que es lo que aquí acontece, pues el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos se contiene en la legislación urbanística, lo que ha sido respetado en la tramitación y aprobación de la RPGOU de Valladolid por la Orden impugnada. No impide la anterior conclusión, frente a lo que se indica por la parte actora, lo previsto en el número 2 de la citada Disposición adicional primera LPAC, que se refiere a determinados procedimientos regulados en las leyes estatales que se mencionan, que se regirán “por su normativa específica” y supletoriamente por lo dispuesto en esa Ley, pero no supone que en otros procedimientos regulados en leyes especiales haya de aplicarse la LPAC, pues ha de estarse a lo previsto en el número 1 de la citada Disposición adicional primera» (FJ 4º).

³⁹ Sentencia 1082/2021, de 15 de noviembre de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias (rec. 193/2020, ECLI:ES:TSJAS:2021:3515), en la cual se afirmó, entre

que en materia de planificación urbanística las comunidades autónomas ostentan competencias exclusivas, entre las cuales cabe reconocer el procedimiento de elaboración del planteamiento urbanístico⁴⁰. En base a ello, el Tribunal apreció que en la normativa urbanística asturiana la consulta pública previa estaba prevista, pero con carácter meramente potestativo, circunstancia por la cual no cabía declarar su nulidad⁴¹. A mayor abundamiento, también se desestimó el recurso al considerar que la disposición aprobada estaba realizando una modificación parcial de la normativa urbanística, circunstancia que permite omitir esta consulta en virtud del art. 133.4 LPAC, y la inexistencia de indefensión en los recurrentes por cuanto pudieron realizar alegaciones en la tramitación del procedimiento.

Por el contrario, determinados tribunales adoptaron otro posicionamiento, como, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al conocer de diversos recursos contra la Modificación de las Normas Urbanísticas del Plan General Metropolitano que regulan los aparcamientos de Barcelona⁴². Para el Tribunal estamos ante un trámite esencial teniendo en cuenta que la disposición impugnada afecta a un conjunto de materias transversales (urbanismo, movilidad, medio ambiente, etc.) y que requiere una participación ciudadana previa a la elaboración del instrumento urbanístico, circunstancia que lo diferencia del resto de trámites previstos en la normativa urbanística catalana tendentes a garantizar la participación ciudadana (audiencia e información pública). Por lo tanto, es un trámite básico que no admite subsanación a través del posterior de información pública, porque genera indefensión al no permitir a los ciudadanos participar en la necesidad y oportunidad de la iniciativa o los objetivos a perseguir, com-

otras cuestiones, que en virtud de la disposición adicional primera de la LPAC «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» (FD 2º).

⁴⁰ Recordando expresamente la doctrina constitucional contenida, entre otras, en la STC 61/1997, de 20 de marzo (recursos de inconstitucionalidad acumulados 2.477/90, 2.479/90, 2.481/90, 2.486/90, 2.487/90 y 2.488/90, ECLI:ES:TC:1997:61), en la cual se afirma que «no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la Constitución es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo y por ende es a tales entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto» (FJ 6º).

⁴¹ Así se prevé en el art. 78 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Dicho precepto es una muestra de la existencia sectorial de este trámite de consulta previa reglamentaria en nuestro ordenamiento mucho antes de la LPAC.

⁴² El primero de ellos resuelto mediante la Sentencia 4.196/2021, de 28 de octubre de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera, rec. ordinario 288/2018). Posteriormente, con idéntico objeto y pronunciamiento, se dictó la Sentencia 4197/2021, de 28 de octubre de 2021 (rec. 293/2018, ECLI:ES:TSJCAT:2021:8859). Y sobre otra disposición urbanística impugnada, pero con el mismo pronunciamiento, la Sentencia 4615/2021, de 28 de octubre de 2021 (rec. 183/2019, ECLI:ES:TSJCAT:2021:8859).

portando omisión un defecto sustancial constitutivo de nulidad de pleno derecho⁴³. Así mismo, destaca que el Tribunal Constitucional consideró aplicable este trámite para los entes locales, y que en este caso se ha omitido completamente sin justificación razonable al respecto⁴⁴, comportando una conculcación de los principios básicos de transparencia, publicidad activa, buena regulación y participación ciudadana. En ningún momento se plantea el Tribunal la aplicabilidad de la disposición adicional primera LPAC.

Frente a dicho pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña prepararon sendos recursos de casación la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona, y el Tribunal Supremo apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en determinar si en la elaboración de los instrumentos de ordenación urbanística es aplicable el trámite previsto en el art. 133.1 de la LPAC, debiendo ser objeto de interpretación el citado precepto así como la disposición adicional primera de la referida LPAC⁴⁵.

De forma previa al análisis de la cuestión, el Tribunal Supremo en su sentencia 133/2023, de 6 de febrero de 2023, afirma que, si bien el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita copiosa normativa autonómica y local, la *ratio decidendi* se basa en la aplicación del art. 133 LPAC en el ámbito urbanístico, circunstancia por la cual resulta procedente la admisión de la casación⁴⁶. Delimitado el ámbito normativo, el examen de la cuestión casacional también comienza excluyendo del debate la relevancia de la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones de carácter general, concretamente en el ámbito urbanístico y en la aprobación de instrumentos de ordenación.

⁴³ Así mismo, afirma el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que no concurre ninguna de las causas previstas en el art. 133.4 LPAC que permiten omitir la consulta previa, dado que «para este Tribunal estos motivos de excepcionalidad no han sido justificados debidamente por la/s demandada/s, máxime cuando la conclusión alcanzada por esta Sala y Sección es que la disposición de carácter general de referencia aquí analizada, participa de una clara naturaleza normativa, con efectos “ad extra”, disposición modificativa ésta que no puede catalogarse de meramente puntual al afectar a más de una decena de preceptos, de evidente trascendencia práctica» (FD Segundo, Sentencia 4196/2021).

⁴⁴ El Tribunal destaca que «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» (FD Segundo, Sentencia 4196/2021).

⁴⁵ Concretamente mediante Auto de 25 de mayo de 2022, del Tribunal Supremo (recurso 1.337/2022, ECLI:ES:TS:2022:7934A).

⁴⁶ Recordemos en este punto que la casación por infracción de normativa autonómica está legalmente atribuida a los tribunales superiores de justicia autonómicos (art. 86.3 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Así mismo, está excluida de la casación ante el Tribunal Supremo el examen de las determinaciones de derecho local [entre otros, Autos del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2020 (rec. 86/2020, ECLI:ES:TS:2020:7130A) y de 14 de diciembre de 2022 (rec. 3176/2022, ECLI:ES:TS:2022:17549A)].

El criterio del Tribunal Supremo descarta, en primer lugar, que a los instrumentos de planeamiento urbanístico, por el hecho de ser considerados disposiciones de carácter general, les resulte de aplicación su normativa sectorial urbanística y todas las exigencias del procedimiento general que se imponen para la aprobación de los reglamentos. A juicio del Alto Tribunal, ello comportaría una complejidad de trámites.

Entrando en el núcleo de la cuestión, el Tribunal Supremo recuerda que la LPAC no contiene un régimen acabado del procedimiento, tal y como sucedía con la normativa del procedimiento administrativo común de 1956, sino que «establece una serie de principios generales que exceden de la mera dinámica de un procedimiento en sentido estricto de sucesión de actos». En este contexto, la disposición adicional primera LPAC supone una manifestación del principio de jerarquía normativa, en virtud del cual la normativa especial debe primar sobre la general⁴⁷.

A juicio del Tribunal Supremo, no resulta aplicable la doctrina constitucional de la STC 55/2018 sobre la aplicabilidad del art. 133 LPAC, por cuanto lo examinado en ese caso se ciñó a analizar si la consulta pública previa resulta exigible en relación con la normativa general sobre el procedimiento de aprobación de disposiciones generales. Por el contrario, en este caso se trata de analizar si la normativa general y la consulta pública previa de la LPAC también resulta exigible al ámbito urbanístico, pese a la existencia de normativa especial por razón de la materia.

Y abordando específicamente esta cuestión, el Tribunal destaca que la regulación sectorial regula minuciosamente el procedimiento para la aprobación de los instrumentos de ordenación y desplaza la aplicación del procedimiento de la LPAC. En este sentido, conforme al reparto competencial por razón de la materia, la legislación sobre urbanismo es de competencia autonómica y, como sucede en el caso de autos con la normativa catalana, existe una regulación especial integral que debe ser aplicada en un doble efecto: (i) en un ámbito subjetivo, la normativa especial y autonómica resulta aplicable con independencia de la Administración que deba aplicar dicha norma, ya sea autonómica o local; y (ii) en un ámbito objetivo, esa normativa especial desplaza, en lo que no se declare expresamente, la normativa general de la LPAC.

En definitiva, atendiendo específicamente al ámbito urbanístico, se constata que la legislación sectorial autonómica contempla una regulación exhaustiva y pormenorizada en materia de aprobación, modificación o revisión de instrumentos de ordenación, circunstancia que comporta la no aplicación de la norma-

⁴⁷ En este punto el Tribunal Supremo afirma que, en todo caso, las especialidades deben venir impuestas por normas de rango legal, sin que sea posible establecerse por vía reglamentaria (FD 3º, STS 133/2023, de 6 de febrero de 2023, rec. 1337/2022, ECLI:ES:TS:2023:290).

tiva general de aprobación de las disposiciones generales⁴⁸, sin perjuicio de que pudiera establecerse remisión expresa en la normativa autonómica.

V. LA ESPECIALIDAD DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA Y LA NO EXIGIBILIDAD DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA

Al igual que ha sucedido en el ámbito urbanístico, la exigencia de la consulta previa del art. 133 LPAC también ha suscitado controversia en otras materias, tales como la aprobación y modificación de ordenanzas fiscales⁴⁹. El Tribunal

⁴⁸ En este punto también afirma el Tribunal Supremo que «que hay materias sectoriales que, por su peculiaridad, requieren una tramitación especial más allá de las que, con toda evidencia, se mencionan de manera expresa en dicha norma (materia tributaria, aduanera, seguridad social, seguridad vial, extranjería y asilo) como puedan ser la expropiación forzosa, subvenciones, etc.; materias que no solo requieren esa especialidad procedimental, sino que regulan el correspondiente procedimiento con tales especialidades, regulación y justificación que no parece que en materia urbanística sea de mayor entidad y atención que en materia urbanística y, más aún, dentro de ésta, de la aprobación de unas normas tan peculiares, complejas y de difícil articulación como son los instrumentos de ordenación urbana a los que, por cierto, dada la relevancia de todo tipo que tienen dichos instrumentos es frecuente que la normativa sectorial más variada haya ido añadiendo trámites que comportan un conjunto de normativa sectorial más que acabada y suficiente que no parece necesario imponer, además de ello, la aplicación imperativa, no con carácter supletorio, de la normativa general de procedimiento» (FD 4º, STS 133/2023, de 6 de febrero de 2023, rec. 1337/2022, ECLI:ES:TS:2023:290).

⁴⁹ En el 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, se analizó esta cuestión considerando que era obligatorio el trámite de consulta pública previa en los casos de aprobación de una nueva ordenanza fiscal, si bien podía obviarse cuando se tratase meramente de una modificación de una ordenanza aprobada anteriormente. En dicho informe no se apreció un principio de especialidad en el ámbito tributario, afirmando que: «La disposición adicional primera de la Ley 39/2015 admite especialidades en el procedimiento, pero dichas especialidades deben discurrir dentro del marco del procedimiento común y para ello deben establecerse respetando las limitaciones establecidas. El trámite de consulta previa establecido en el art. 133 de la Ley 39/2015 no tiene equivalente en el TRLRHL, dado el carácter ex novo del mismo, y no puede considerarse incluido en el trámite de participación ciudadana regulado en el art. 17 del TRLRHL, ya que son dos trámites distintos y que se realizan en dos momentos del tiempo diferentes». Así mismo, cabe destacar la Circular Informativa de la Diputación Provincial de Huesca, de 18 de marzo de 2022, en la cual se concluye que es necesario este trámite del art. 133 LPAC «ante el riesgo de que sea declarada nula una Ordenanza Fiscal de nueva creación por no haber observado el trámite obligatorio de “consulta previa”, y teniendo en cuenta los importantes perjuicios económicos que puede conllevar, se recuerda que este trámite es absolutamente obligatorio. No así cuando se trata de una simple modificación de la Ordenanza Fiscal, salvo que esta sea de tal calado que pueda considerarse como una modificación no parcial sino total».

Supremo ha aclarado la cuestión, al resolver un recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que declaró la nulidad de la ordenanza fiscal relativa a una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal, a favor de empresas explotadoras de los servicios de telefonía móvil, por omisión del trámite de consulta previa⁵⁰.

Al abordar esta cuestión en su Sentencia 108/2023, de 31 de enero de 2023⁵¹, el Tribunal Supremo hace referencia a la STC 55/2018 afirmando que, si bien la declaración de inconstitucionalidad no se extendió al ámbito de las Administraciones locales, sí guarda relevancia el carácter no básico de determinados aspectos del art. 133 LPAC por vulneración del art. 149.1.18 de la Constitución, por cuanto «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 lo tanto, como premisa, sí que resultaría aplicable la obligatoriedad de una consulta pública previa en el ámbito local, al ser una cuestión con carácter básico, pero los demás aspectos para su realización del art. 133 LPAC no son aplicables directamente, sin perjuicio de su aplicación supletoria al amparo de lo dispuesto en el art. 149.3 de la Constitución.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo aborda la aplicabilidad de la disposición adicional primera LPAC para resolver la cuestión⁵². En este sentido, con-

⁵⁰ Véase la Sentencia 1945/2021, de 28 de abril de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. 961/2020, ECLI:ES:TSJCAT:2021:2826). En síntesis, el Tribunal catalán aprecia que este trámite es preceptivo, básico y esencial, distinto a los de audiencia e información pública, y que resulta aplicable a las entidades locales a tenor de la STC 55/2018. Así mismo, se considera que estamos ante una omisión total del trámite, que se configura con una especial relevancia porque es el primero cronológicamente. Finalmente, destaca la sentencia que estamos ante una ordenanza nueva, y no ante la modificación de una ordenanza previa, circunstancia que podría motivar la omisión de este trámite (tal y como se apreció en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2019, rec. 992/18). Este criterio también se afirmó en la Sentencia 3630/2020, de 17 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. 573/2019, ECLI:ES:TSJCAT:2020:642), al declarar la nulidad de pleno derecho de una ordenanza fiscal del Consell d'Aran sobre la expedición del permiso, licencias y concursos de pesca recreativa. Así mismo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia 331/2021, de 20 de julio de 2021 (rec. 15199/2020, ECLI:ES:TSJGAL:2021:4643), también consideró aplicable el trámite de consulta previa al procedimiento de aprobación de una ordenanza fiscal (sobre esta sentencia el Tribunal Supremo también ha acordado la admisión del recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Cangas, ATS 7629/2021, de 6 de julio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:10575A).

⁵¹ Resuelta en la Sentencia 108/2023, de 31 de enero de 2023, del Tribunal Supremo (Sección Segunda, rec. 4791/2021, ECLI:ES:TS:2023:227).

⁵² Una opinión contraria a la mantenida por el Tribunal Supremo la ofrece Araguàs Galcerà al afirmar que «a contrario sensu de lo que manifiesta el Tribunal en la Sentencia analizada, nuestra opinión es que el carácter básico de la exigencia de la consulta previa determinaría que este trámite se llevara a cabo en relación con todas las normas reglamentarias, siempre que la legislación especial no previera un trámite equivalente con el cual se produjeran duplicidades, ya sea por el momento procedimental en el que se realiza o por su objeto y

sidera que la legislación de haciendas locales, en la cual se regula el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, es una normativa especial por razón de la materia que, en este caso, permite omitir la regulación general de la potestad reglamentaria local⁵³. En este sentido, el Tribunal Supremo considera 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 (TRLHL) establece en sí mismo 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».

Finalmente, el Tribunal Supremo destaca la singularidad de la potestad tributaria, una potestad derivada (art. 133.2 Constitución) y que requiere de un previo ejercicio del Estado para crear y establecer los tributos locales, los cuales son creados y regulados, con mayor o menor exhaustividad, mediante el ejercicio de una potestad normativa que habilita los elementos esenciales, sin perjuicio del ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde a los entes locales. Por ello, considera el Alto Tribunal que la consulta pública previa del art. 133 LPAC no se acomoda a las características de la participación pública en la elaboración de ordenanzas fiscales en el ámbito local, por cuanto el ente local debe partir de los elementos normativos previamente impuestos en la legislación⁵⁴.

En la resolución de este recurso de casación el Tribunal Supremo evita recurrir al apartado segundo de la disposición adicional primera LPAC como parte de su *ratio decidendi*. En dicho apartado se prevé específicamente que las «actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera» se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo previsto en la LPAC. Sin embargo, en la sentencia parece indicarse que estas excepciones se «refieren a procedimientos relativos a actos administrativos» (FJ 5º STS 108/2023). Por lo tanto, el Tribunal reconduce la situación a la cláusula general del principio de especialidad por razón de la materia del primer apartado de la disposición adicional primera LPAC.

finalidad», véase I. Araguás Galcerà «La no exigibilidad del trámite de consulta previa en el procedimiento de elaboración y aprobación de ordenanzas fiscales locales. Consideraciones a la luz de la STS 108/2023, de 31 de enero de 2023», en el Blog Acento Local, 12 de abril de 2023 [online].

⁵³ El Tribunal Supremo cita el art. 111 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) para apreciar que, para la propia normativa básica local, la ley de haciendas locales es una legislación especial en razón de la materia que regula.

⁵⁴ Todo ello, añade el Tribunal Supremo, sin perjuicio de «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» (FD 5º de la STS 108/2023).

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La participación ciudadana en el procedimiento normativo tiene una nueva salvaguarda a través de la figura de la consulta pública previa a la elaboración de un proyecto reglamentario. A los clásicos trámites de audiencia e información pública el legislador estatal ha incorporado, con carácter básico, la obligación de sustanciar una consulta pública previa. Se trata de trámites singulares y con distinta proyección, si bien presentan ciertas similitudes, en tanto que todos ellos son manifestaciones del principio democrático y tratan de coadyuvar a la Administración en aras de cumplir con los principios de buena regulación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La consulta pública previa, desde un punto de vista temporal, se ubica en una fase embrionaria del proceso normativo en la cual todavía no se ha elaborado un proyecto de texto articulado y en la que se recaba la opinión ciudadana en cuanto a la conveniencia y necesidad de la iniciativa normativa. Por el contrario, los trámites de audiencia e información pública se realizan una vez se ha redactado un borrador del proyecto normativo y se solicita la opinión sobre aspectos más concretos y delimitados.

El carácter preceptivo de la consulta pública en el procedimiento común de aprobación de disposiciones de carácter general tiene carácter básico y ha recibido el aval del Tribunal Constitucional, en tanto forma parte de las «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE). Así mismo, revisiten carácter básico las excepciones previstas en el primer apartado del art. 133.4 LPAC. Por lo tanto, la regulación del art. 133 LPAC en el ámbito estatal resulta de aplicación plena, mientras que en el ámbito autonómico es de aplicación básica —en cuanto a la necesidad del trámite y algunas de sus excepciones— y de aplicación supletoria —en cuanto a los aspectos detallados sobre el modo en que debe realizarse— (art. 149.3 CE).

En la práctica, esta consulta pública previa puede omitirse si concurre alguna de las causas legalmente previstas que habilitan para ello (art. 133.4 LPAC). En general, estas causas pueden obedecer a cuestiones circunstanciales y coyunturales —p. ej., graves razones de interés público o tramitación por el procedimiento urgente— o materiales en relación al contenido del proyecto normativo —p. ej., normas presupuestarias, organizativas o de escaso impacto económico—. En cualquier caso, estas causas deben ser objeto de interpretación estricta, en tanto suponen la omisión de un trámite participativo ciudadano, y deberán constar debidamente motivadas en el expediente administrativo y la respectiva memoria.

En cuanto a los efectos jurídicos de la omisión del trámite de la consulta pública previa, la jurisprudencia es aparentemente dispar, como mínimo por parte de la Sala Tercera de Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (concretamente entre las Secciones 4ª y 5ª), tal y como hemos visto. Sin perjuicio de una deseable unificación doctrinal, el criterio finalista de este trámite y la huida de razonamientos excesivamente formales nos inclinan a pensar que no toda omisión debe comportar la nulidad de la disposición de carácter general aprobada. En este sentido, se deberá atender a las circunstancias concretas, la dimensión

de la omisión, la materia en la cual se ejerza la potestad normativa y el grado de indefensión. Todo ello teniendo en cuenta los objetivos de este trámite: permitir la participación en cuanto a la conveniencia y necesidad de la acción normativa.

La novedad de la consulta pública previa y su carácter preceptivo con carácter general ha suscitado el debate en cuanto a su aplicación a los procedimientos especiales que cuentan con normativa específica. En otras palabras, la consulta pública previa ha sido el pretexto para reinterpretar y formar jurisprudencia en cuanto a la disposición adicional primera LPAC y el principio de especialidad normativa por razón de la materia. Dada la novedad de este trámite, no contemplado con carácter general en las normativas especiales, ha comportado la aprobación de disposiciones de carácter general que no habían contado con una consulta pública previa.

Tanto en materia urbanística como en cuanto a la aprobación de ordenanzas fiscales locales, la respuesta del Tribunal Supremo ha sido clara y ha considerado que la normativa especial por razón de la materia desplaza los trámites previstos con carácter general en el procedimiento administrativo común de elaboración de reglamentos. Todo ello aun reconociendo el carácter básico de esta regulación y su carácter preceptivo. En este sentido, el Tribunal Supremo no ha analizado si la normativa sectorial aplicable en cada caso preveía un trámite análogo o distinto, sino que ha considerado directamente que la regulación sectorial propia desplaza los requerimientos del procedimiento administrativo común. Por lo tanto, la consulta pública previa será exigible en aquellas materias sectoriales que lo prevean expresamente en su regulación especial.