



SENTENCIA Nº 5892 /2022
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA
SECCION SEGUNDA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 160/2021

Ilmos Sres Magistrados:

D. Fernando de la Torre Deza

D^a María Rosario Cardenal Gómez

D Santiago Macho Macho

En la ciudad de Málaga a veintidós de diciembre de 2022

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el recurso contencioso-administrativo nº 160/2021, interpuesto por la "Asociación de Viviendas Turísticas de Andalucía", representada por la procuradora D^a María Castrillo Avisbal, contra la modificación aprobada el 23 de diciembre de 2020 de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios y actividades relacionadas con la recogida de residuos sólidos urbanos, siendo parte demandada el Ayuntamiento de Málaga, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representado por la procuradora D^a Aurelia Berbel Cascalea, se ha dictado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, correspondiendo la ponencia al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de febrero de 2021, la "Asociación de Viviendas Turísticas de Andalucía", representada por la procuradora D^a María Castrillo Avisbal, interpuso recurso contencioso administrativo contra la modificación de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios y actividades relacionadas con la recogida de residuos sólidos urbanos, aprobada el 23 de diciembre de 2020 registrándose con el número de orden 160/2021.

SEGUNDO: Una vez admitido a trámite el recurso, previa recepción del expediente, se dio traslado a la parte recurrente a fin de que presentase escrito de demanda, lo que hizo el 27 de mayo de 2021 en el que interpuso recurso directo contra la modificación de la Ordenanza de 23 de diciembre de 2020, y recurso indirecto contra la Ordenanza, y en el





tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió aplicables, intereso en el suplico que se declarasen disconformes a derecho tanto la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios y actividades relacionadas con la recogida de residuos sólidos urbanos, como la modificación llevada a cabo el 23 de diciembre de 2020.

TERCERO: De dicha demanda se dio traslado a la parte demandada que procedió a contestarla, oponiéndose a lo interesando y solicitando la desestimación del recurso,

CUARTO: Practicada la prueba interesada y admitida, pasaron los autos para conclusiones y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 30 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Antes de entrar a conocer acerca de los motivos alegados por la parte recurrente, a la vista del doble recurso interpuesto, directo contra la modificación de la Ordenanza e indirecto contra ésta, para evitar posibles confusionismos, es preciso reordenar los diferentes motivos que la recurrente aduce, pues, tal cual se exponen en la demanda, se entremezclan. De esta manera, los motivos que alega la parte son los siguientes:

Con respecto al recurso directo contra la modificación de la Ordenanza, alega los siguientes:

En primer lugar, que dicha modificación no es una disposición general, sino un acto administrativo plúrimo, ya que no tiene vocación de perdurar en el tiempo, lo que hace posible la interposición del recurso indirecto contra la Ordenanza, interposición por otra parte posible en la medida en que el vicio producido en la tramitación para la aprobación de la Ordenanza es de tal intensidad que ha producido una omisión clamorosa, patente y absoluta del procedimiento seguido para su aprobación.

En segundo lugar, porque la modificación supone la ruptura del principio de igualdad en la reducción de la Tasa, pues así como a los establecimientos hoteleros, casas de huéspedes y campings se le rebaja la tarifa entre un 30,90%, a las viviendas con fines turísticos se le rebaja únicamente un 25,70%.

Con respecto al recurso indirecto contra la Ordenanza, tras entender procedente el recurso indirecto, por la razón expuesta anteriormente, alego los siguientes:

En primer lugar, en cuanto al informe económico financiero, justificativo de la aprobación de la Ordenanza, en el que no se menciona a las viviendas con fines turísticos, porque no solo es insuficiente, pues por un lado hay un notorio desfase entre la fecha de su elaboración, 25 de junio de 2013, y la entrada en vigor del decreto 28/2016 de las viviendas con fines turísticos, sino también porque no justifica la razón por la que se grava con la Tasa a dicho tipo de viviendas, cuando no hay diferencias con otro tipo de viviendas como las que se encuentran sin alquilar, que están exentas.

En segundo lugar, porque en el arrendamiento de viviendas para uso turístico, al no prestarse otros servicios auxiliares, no puede calificarse de contrato de hospedaje, lo que hace que no debería estar incluida en la tarifa 5.7 que es la aplicable a dicho tipo contractual, al tiempo que no solo no se explica en qué manera se generara la obligación





de pago, sino porque aun cuando se considera una actividad económica, el Epígrafe del Impuesto de Actividades Económicas delimita que no se trata de un servicio de hospedaje.

En tercer lugar, porque se vulneran los principios de seguridad jurídica, de capacidad de proporcionalidad y de igualdad administrativa que genera una actividad administrativa arbitraria en el ejercicio de su potestad tributaria derivada pues por un lado no existe diferencia entre la producción de basuras y residuos sólidos con respecto a las viviendas sin arrendar de uso propio que están excluidos de la tasa; por otro lado, porque las cuotas relativas a los servicios de hospedaje son más bajas que las de los arrendamientos turísticos; por otro lado, porque no se contempla la contingencia de que solamente se arriende a tales fines turísticos parte de la vivienda, y por otro, porque no se contempla la situación sanitaria consecuencia de la pandemia del Covid que hace que se vayan a producir menos basuras y residuos sólidos.

A dichos motivos se opuso la parte demandada que, entendiéndola ajustada a derecho la modificación de la Ordenanza, interesó la desestimación del recurso, al tiempo que entendió que al recurrirse por vía indirecta la Ordenanza, se incurría en desviación procesal, pues la modificación se limitó a modificar, para reducirlas las tarifas, sin que en momento alguno estableciese tarifa alguna.

SEGUNDO: Entrando a conocer del primero de los submotivos alegados con respecto al recurso directo interpuesto contra la modificación de la Ordenanza – motivo por el que la parte recurrente entiende que dicha modificación no es una disposición general, sino un acto administrativo plúrimo, ya que no tiene vocación de perdurar en el tiempo, lo que hace posible la interposición del recurso indirecto contra la Ordenanza, interposición por otra parte posible en la medida en que el vicio producido en la tramitación para la aprobación de la Ordenanza es de tal intensidad que ha producido una omisión clamorosa, patente y absoluta del procedimiento seguido para su aprobación – el mismo no puede ser acogido y ello por cuanto que, en primer lugar, en lo que atañe a la temporabilidad de la norma, ello no puede servir de base para calificar la modificación de la Ordenanza como un acto plúrimo, pues no solo, y sabido es, que hay normas jurídicas “temporales” que no se ven privadas de dicha naturaleza por el hecho de que vean limitada su eficacia y aplicación a un periodo de tiempo, como así se contempla en el C. Civil en su art 4º.2 al establecer que “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal...”, sino también porque si la Ordenanza en si misma tiene carácter de disposición general, va de suyo que su modificación también tenga dicho carácter, y en segundo lugar porque como ha establecido el T.S. en la sentencia dictada en el recurso de casación 2986/2012 “*Es criterio asentado en la doctrina y en la jurisprudencia, para la distinción entre el acto y la norma, el que se centra en la consideración de si el acto de que se trate innova o no el ordenamiento jurídico, integrándose en él, con carácter general y abstracto, y siendo susceptible de ulteriores y sucesivas aplicaciones; o si se trata de un acto ordenado que no innova el ordenamiento, sino que es un acto aplicativo del mismo, en cuya aplicación se agota la eficacia del acto*”, lo que viene a recoger lo establecido por el mismo tribunal en la sentencia dictada en el recurso de casación 2709/1997, en la que estableció que “En este momento conviene hacer una primera manifestación y ésta es que la naturaleza de disposición de carácter general o acto administrativo no viene determinada simplemente por una diferencia cuantitativa, destinatarios generales o indeterminados para el Reglamento y determinados para el acto administrativo, sino que la diferencia sustancial





entre disposición de carácter general y acto administrativo es una diferencia de grado, o dicho de otro modo, la diferencia está en que el Reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, en tanto que el acto se limita a aplicar el derecho subjetivo existente, máxime cuando, como acertadamente destaca el Sr. Abogado del Estado, se admite pacíficamente la figura de los actos administrativo generales que tienen por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos”, por todo lo cual y teniendo la modificación de la Ordenanza un carácter innovador del ordenamiento jurídico, procede la desestimación del motivo.

Por lo que respecta al segundo de los submotivos – submotivo por el que la parte entiende que la modificación supone la ruptura del principio de igualdad en la reducción de la Tasa, pues así como a los establecimientos hoteleros, casas de huéspedes y campings se le rebaja la tarifa entre un 30,90%, a las viviendas con fines turísticos se le rebaja únicamente un 25,70%. – el mismo ha de correr la misma suerte desestimatoria que el anterior y ello porque, como razona la parte recurrida, una vez que el cálculo de la rebaja de la tarifa del 25%, es consecuencia de la aplicación a cada una de las tarifas, de manera que la diferencia entre la rebaja para cada uno de los establecimientos, no trae causa la alegada quiebra del principio de igualdad, sino en el hecho de que al aplicarla a cada deuda, se modifica su cuantía, no resulta alterado el principio de igualdad, pues una cosa es la cuantía de la rebaja y otra el resultado de aplicar dicha cuantía al caso concreto, el cual variara según la cuantía de la deuda de los distintos establecimientos.

TERCERO: Desestimados los motivos alegados en el recurso directo, y entrando a conocer sobre los motivos alegados en el recurso indirecto interpuesto contra la Ordenanza de 19 de marzo de 2020 – motivos por, los que en síntesis la parte recurrente entiende que el informe económico financiero es insuficiente, que el alquiler de viviendas para fines turísticos no puede calificarse de contrata de hospedaje, así como que se han vulnerado los principios de seguridad jurídica, de capacidad de proporcionalidad y de igualdad administrativa – los mismos no pueden ser acogidos y ello porque sin necesidad de entrar a conocer de cada uno de ellos, una vez que consta que la parte en su momento no interpuso el recurso directo contra dicha Ordenanza, no puede aprovechar su modificación para interponer el recurso indirecto pues sabido es en dicho recurso indirecto no pueden alegarse motivos relativos al procedimiento seguido para su elaboración, sino que ha de centrarse en motivos de fondo, lo que no es al caso, no pudiendo argüirse que al constituir el defecto padecido en la elaboración de la Ordenanza una, como dice la recurrente, “ omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación”, si cabe dicho recurso indirecto pues sustentándose el vicio procedimental en el hecho de entender que no es sino hasta el 23 de octubre de 2020 cuando se expone por primera vez al público la Ordenanza, y teniendo en cuenta que dicha exposición iba referida al hecho de levantarse la suspensión que se había acordado en su disposición transitoria en la que se acordaba que en tanto en cuanto no se crease la “Limpieza de Málaga SAM” estaría en vigor la Ordenanza fiscal nº 19, no puede entenderse que se ha quebrantado el procedimiento de elaboración, máxime cuando el 1 de junio de 2020 se procedió a levantar la suspensión de los plazos administrativos, cuestión distinta a que la parte entienda que, no obstante dicho levantamiento de la suspensión, en realidad continuaba en suspenso pues a dicha fecha no se había creado la mencionada empresa, no pudiendo pues aprovechar la modificación de la disposición general para recurrirla aduciendo una total vulneración del procedimiento seguido para





su elaboración, cuando dicho defecto procedimental resulta inexistente, por todo lo cual, sin necesidad de entrar a conocer de los motivos concretos que se aducían para interesar la nulidad de la Ordenanza, procede desestimar el recurso.

CUARTO: En cuanto al pago de las costas procesales causadas, vista la desestimación del recurso procede, al amparo de lo dispuesto en el art 139 de la ley 29/98, condenar a su pago a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto directamente por la procuradora D^a María Castrillo Avisbal, en la representación indicada, contra modificación de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios y actividades relacionadas con la recogida de residuos sólidos urbanos, aprobada el 23 de diciembre de 2020, y el recurso indirecto interpuesto contra la Ordenanza aprobada el 19 de marzo de 2020, condenando a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

Librese testimonio de la presente para unir al procedimiento de su razón

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma

Así lo acuerdan y firman los magistrados que constan en el encabezamiento

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.



