



Roj: **STSJ MU 360/2018 - ECLI: ES:TSJMU:2018:360**

Id Cendoj: **30030330022018100131**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **28/02/2018**

Nº de Recurso: **295/2017**

Nº de Resolución: **150/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ABEL ANGEL SAEZ DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/AD

MURCIA

SENTENCIA: 00150/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

N56820

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5, 3ª PLANTA -DIR3:J00008051

UP3

N.I.G: 30030 45 3 2015 0002138

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000295 /2017

Sobre: HACIENDA MUNICIPAL Y PROVINCIAL

De D./ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Representación D./Dª. GEMMA MARIA PEREZ HAYA

Contra D./Dª. AYUNTAMIENTO DE MURCIA

Representación D./Dª.

ROLLO DE APELACIÓN núm. 295/2017

SENTENCIA núm. 150/2018

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

Compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

Dª. Leonor Alonso Díaz Marta

Dª. Ascensión Martín Sánchez

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY



la siguiente

SENTENCIA nº. 150/18

En Murcia, a veintiocho de febrero de dos mil dieciocho.

En el rollo de apelación nº. 295/17 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia 187/16 de 4 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 2 de Murcia, recaído en el Procedimiento ordinario nº. 264/15, en cuantía indeterminada, figuran como **parte apelante el BANCO POPULAR, S.A.**, representado por la Procuradora D^a. Gemma Pérez Haya y defendido por el Abogado D. Pablo Fuertes Martínez, y como **parte apelada el Ayuntamiento de Murcia**, representado y defendido por un Letrado de sus Servicios Jurídicos, sobre impugnación de ejecución de aval.

Siendo Ponente el Magistrado **Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech**, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 2 de Murcia lo admitió a trámite y remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, que designó Magistrada Ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 16 de febrero de 2018.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestima el recurso formulado por el Banco Popular S.A. contra el acuerdo de 15 de julio de 2015 del Pleno del Consejo Económico Administrativo, que desestima la reclamación económica administrativa formulada por el Banco Pastor contra el Decreto del Concejal delegado de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Murcia que decide iniciar la vía de apremio contra el Banco Popular S.A. y más concretamente contra el requerimiento de pago de 27 de junio de 2014 para la ejecución parcial del aval prestado en su día, con el número NUM000, por dicha entidad bancaria para garantizar, entre otras cosas, el pago de los gastos de urbanización por la entidad Tecón Promociones y Construcciones, S.L., a la Junta de Compensación de la UE III del PP CR-6 de Murcia, en relación con la parcela 17 en la que pretendía construir un edificio (127.432,33 euros de principal más 169,48 euros de intereses legales de demora).

Llega la sentencia referida a la citada conclusión con base en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

PRIMERO.- Los datos precisos para presente litigio son los siguientes:

En noviembre de 2010 la JUNTA DE COMPENSACIÓN DE LA UE III DEL PP CR-6 DE MURCIA solicitó de la mercantil TECÓN, SL, el pago de las cantidades siguientes en concepto urbanización: parcela 6, giro CR6.03.07: 22 (22.249,88 euros de principal+29,59 euros estatutarios); parcela 11 (proindiviso), giro CR6.03.07: 1.892,7 euros, (1.890,19 euros de principal+2,51 euros de intereses estatutarios); parcela 16, giro CR6.03.07: 49.203,78 euros, (49.138.43 euros de principal+65,35 euros de intereses estatutarios); y parcela 17, giro CR6.03.07: 127.601,81 euros, (127.432,33 euros de principal+169,48 euros de intereses concediendo el plazo de un mes para su pago, ff y 18 de la documentación acompañada a la

Transcurrido el plazo de pago voluntario de la deuda y previa certificación de su importe, ff 2, 7, 12 y 17 de la misma documentación, **la JUNTA DE COMPENSACIÓN solicitó el 25-7-2011 del AYUNTAMIENTO DE MURCIA el cobro por la vía de apremio** de las cantidades citadas a la mercantil TECÓN, SL **y la no devolución de los avales prestados por ésta**, ff 1, 6, 11 y 16 de la misma documentación.

El 16-9-2011 el AYUNTAMIENTO DE MURCIA dio **traslado de los escritos referidos a TECÓN**, SL concediéndole el plazo de quince días para que formulara alegaciones, f 22 de la misma documentación; alegaciones que no consta que fueran presentadas.

El 22-10-2013 el CONCEJAL DELEGADO DE URBANISMO Y VIVIENDA DEL AYUNTAMIENTO DE MURCIA **acordó proceder al cobro por la vía de apremio a la mercantil TECON, SL**, de las cantidades adeudadas a la JUNTA DE COMPENSACIÓN, ff 23 y ss. de la misma documentación, 118 y ss. del expediente administrativo.

El decreto fue notificado a la mercantil en la persona de un empleado el 13-11-2013, ff 30 vto. de la misma documentación y 121 del expediente administrativo, **no constado que TECÓN, SL satisficiera las cantidades reclamadas**.

Por ello el 27-4-2014, el Jefe de Servicio de Recaudación del Ayuntamiento de Murcia se dirigió al BANCO PASTOR, SA, (hoy Popular, S.A.), para que hiciera efectivo el pago de la cantidad de 133.981,90 euros



(127.601,81 euros de principal más 6.380,09 euros de recargo de apremio) correspondiente a la parcela núm. 17 de las referidas, con cargo al aval bancario de fecha 30-11-2009, por importe de 1.197.434 euros, presentado por TECÓN, SL en el Ayuntamiento, ff 122 y ss. del expediente administrativo.

Contra el anterior requerimiento BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA interpuso reclamación económico-administrativa, ff 4 y ss. del expediente administrativo, desestimado por acuerdo de 15-7-2015 del PLENO DEL CONSEJO ECONÓMICO ADMINISTRATIVO, ff 207 y ss. del expediente administrativo, que constituye el objeto del presente litigio.

En el suplico de la demanda presentada se pide que se dicte sentencia por la que se declare contrario a derecho el acuerdo recurrido.

SEGUNDO.-El primer argumento que alega la actora en apoyo de su pretensión es que el requerimiento de pago de 27-6-2014 se hizo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido porque: -no consta que la suma reclamada lo fuera a TECON, SL, en período voluntario y que ésta no la pagara concurriendo así los presupuestos para el inicio de la vía de apremio; -no consta que la suma reclamada lo sea en concepto de gastos de urbanización, tratándose de gastos inespecíficos de conservación que deben ser asumidos por la Administración actuante; -la notificación del decreto de 22-10-2013 a TECON, SL carece de eficacia porque no consta a quien se efectuó; -el Decreto de 22-10-2013 no fue notificado a la actora; -la ejecución de la garantía tuvo lugar sin que la entidad bancaria fuera previamente oída.

A lo anterior opone el AYUNTAMIENTO DE MURCIA que: -la cantidad reclamada lo es en concepto de gastos de urbanización imputables a la parcela núm. 17, titularidad de TECON, SL, de la UNIDAD DE EJECUCIÓN III DEL PP CR-6 DE MURCIA, por lo que sí existe obligación de pago de los mismos por TECON, SL; -el decreto de 22-10-2013 **se dictó al amparo del art. 181.2 del RGU, que permite reclamar los gastos de urbanización por la vía de apremio**, y fue notificado a TECÓN, SL; - **el requerimiento de pago de 27-6-2014 se hizo a BANCO PASTOR, SA, (hoy BANCO POPULAR, SA), advirtiendo del inicio de la vía de apremio caso de no pagar voluntariamente; -el aval prestado por la entidad bancaria, (hoy BANCO POPULAR, SA), era solidario y en él se renunció al beneficio de excusión**.

Dos son las cuestiones que plantea el primero de los argumentos que opone la actora: -si estaba obligada o no al pago de la suma de dinero reclamada; -si el procedimiento seguido para su cobro fue o no ajustado a derecho.

Empezando por lo primero, **el BANCO PASTOR, SA avaló el 30-11-2009 a TECON, SL, promotora de la construcción** de un edificio en la parcela núm. 17 de la UE III DEL PP CR-6 DE MURCIA, ante la GERENCIA DE URBANISMO DEL AYUNTAMIENTO DE MURCIA, por la cantidad total de 1.197.434 euros, de forma solidaria y sin que se pudiera utilizar el beneficio de excusión, para responder de: 1.- **los costes de urbanización del interior de la unidad de actuación** imputable a la finca; y 2.- **el importe de los posibles desperfectos que por las obras se pudieran causar en vías públicas o servicios públicos**, f 177.

En contra de lo que sostiene la parte recurrente, **las sumas reclamadas por la JUNTA DE COMPENSACIÓN a TECON, SL lo fueron en concepto de gastos de urbanización**, según resulta de la lectura de las reclamaciones obrantes a los ff 3, 8, 13 y 18 de la documentación acompañada a la contestación, **y no de gastos de conservación** como sostiene el primer resultando del decreto de 22-10-2013.

Adicionalmente, **ni en el expediente ni en los autos existe prueba alguna del detalle de tales gastos que permita dudar de que estuvieran cubiertos por el aval prestado** como sostiene la actora. **En última instancia, caso de tratarse de gastos de conservación de las obras de urbanización y de las dotaciones e instalaciones de servicios públicos a que se refiere el art. 67 del RGU no está acreditada su cesión a la Administración actuante como presupuesto para imputar a ésta aquellos.**

En definitiva, lo reclamado fueron gastos de urbanización a cuyo pago estaba obligado TECÓN, SL y la actora en cuanto avalista.

Sentado lo anterior, y continuando con la consideración de la **segunda de las cuestiones apuntadas**, el art. 181 del RGU dispone que:

"1. El incumplimiento por los miembros de la Junta de Compensación de las obligaciones y cargas impuestas por la ley y desarrolladas en este reglamento, incluso cuando el incumplimiento se refiera a los plazos para cumplir dichos deberes y cargas, habilitará a la Administración actuante para expropiar sus respectivos derechos en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria.

2. Cuando el incumplimiento consista en la negativa o retraso en el pago de las cantidades adeudadas a la Junta, ésta podrá optar entre solicitar de la Administración actuante la aplicación de la expropiación al miembro moroso o interesar de la misma el cobro de la deuda por la vía de apremio.



Las cantidades percibidas aplicando este procedimiento se entregarán por la Administración actuante a la Junta de Compensación.

3. No podrá instarse ninguno de los procedimientos señalados en el número anterior hasta transcurrido un mes desde el requerimiento de pago efectuado por la Junta de Compensación.

4. El pago de las cantidades adeudadas a la Junta, con los intereses y recargos que procedan, realizado en cualquier momento anterior al levantamiento del acta de ocupación, dará lugar a la cancelación del expediente expropiatorio.

5. El procedimiento de expropiación será el establecido en este reglamento para actuaciones aisladas".

Como dice la **sentencia de 15-7-2014 del TSJ-MADRID** , (recurso 296/2014), el precepto reproducido reconoce a las Juntas de Compensación un privilegio por el que, aparte de la facultad que tienen de poder ejercitar acciones ante la jurisdicción civil para el cobro de las cantidades que le adeuden sus miembros, **tienen la posibilidad de instar del Ayuntamiento del municipio en que están constituidas que ejercite la vía de apremio contra los referidos miembros a los mismos efectos** ; es decir, las Juntas de Compensación, para el cobro de las deudas de su miembros pueden acudir, potestativamente, tanto a la vía civil como a la administrativa y en este caso requiriendo al Ayuntamiento el inicio de la vía de apremio sirviendo de título el correspondiente certificado de deuda emitido por la Junta.

En el presente caso y como se ha dicho: la JUNTA DE COMPENSACIÓN interesó de TECON, SL el pago de determinadas cantidades en concepto de gastos de urbanización; TECON, SL no atendió a los requerimientos de pago y entonces la JUNTA DE COMPENSACIÓN interesó del AYUNTAMIENTO DE MURCIA el cobro de los gastos correspondientes a la parcela núm. 17 por la vía de apremio previa certificación de la deuda; el AYUNTAMIENTO DE MURCIA acordó oír previamente a TECON, SL; **ante el silencio de ésta acordó iniciar la vía de apremio sobre el aval** a que hemos hecho referencia **oyendo primero al banco avalista** ; el aval se prestó de forma solidaria y con renuncia al beneficio de excusión, lo que posibilitó al Ayuntamiento dirigirse directamente contra la entidad bancaria.

Lo anterior contradice la afirmación de que la ejecución de la garantía prestada por el banco se acordó de plano y priva de fundamento las alegaciones que se hacen contra el proceder de la Administración.

Procede, por tanto, desestimar el primer argumento en que se funda la pretensión de la actora.

TERCERO.- En segundo lugar sostiene la entidad bancaria que: -el aval prestado lo fue para responder de los costes de urbanización del interior de la unidad de actuación imputables a la parcela núm. 17 de la UE III del PP CR-6 de Murcia y de los posibles desperfectos que dichas obras pudieran causar en las vías públicas; **sin embargo, la suma que reclamada lo fue en concepto de gastos de conservación** de la obra una vez terminada; - **el aval se prestó para responder de las obligaciones frente a la GERENCIA DE URBANISMO DEL AYUNTAMIENTO DE MURCIA y no frente a la JUNTA DE COMPENSACIÓN constituida** .

A lo anterior opone el AYUNTAMIENTO DE MURCIA que: -la deuda reclamada lo fue por costes de urbanización; -quien reclamó por la vía de apremio no fue la JUNTA DE COMPENSACIÓN sino la Administración Municipal.

Ambas cuestiones constan resueltas en el fundamento

Por lo que se refiere a la naturaleza de la deuda, ya hemos dicho que, aunque el Decreto de 22-10-2013 habla de gastos de conservación, las reclamaciones originarias fueron de costes de urbanización; que ni en el expediente ni en los autos existe prueba alguna del detalle de tales costes/gastos que permita dudar de que estuvieran cubiertos por el aval prestado; y que en última instancia, caso de tratarse de gastos de conservación de las obras de urbanización y de las dotaciones e instalaciones de servicios públicos a que se refiere el art. 67 del RGU, no está acreditada su cesión a la Administración actuante como presupuesto para imputar a ésta aquellos.

En cuanto a la posibilidad de ejecutar los costes de urbanización de la parcela núm. 17 sobre el aval, por una parte, **el art. 181.2 del RGU** admite que **las Juntas de Compensación puedan interesar de los Ayuntamientos el cobro por vía de apremio de los gastos de urbanización** ; por otra, **el aval prestado tenía por finalidad garantizar frente al Ayuntamiento el pago de tales gastos** ; en última instancia, **es el Ayuntamiento y no la Junta de Compensación quien pretendió el cobro de la deuda con el aval** .

CUARTO.-Sostiene también la actora que la suma a detraer del aval prestado debe ser, en su caso, la de 72.938,87 euros y no la de 133.981,90 euros reclamados porque: -del aval por importe de 1.197.434 euros se detrajeron por el Banco 421.533,73 euros; -el 4-11-2010 el Banco pagó a la Junta de Compensación en concepto de gastos de urbanización de la parcela 17, correspondiente a los giros CR06.03.04 y CR0 6.05.05, la cantidad de 702.961, 42 euros, (y así lo reconoció la Junta de Compensación en escrito presentado en el



Ayuntamiento); -después solicitó del Ayuntamiento la minoración del importe del aval en la cantidad citada, debiendo entender que la petición fue estimada por silencio positivo; -sobre esta cuestión se ha pronunciado el JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUM. 8 DE MURCIA en sentencia de 18-9-2015 aceptando la detracción de la cantidad de 715.052,28 euros para el pago de otra deuda distinta; -las cantidades detraídas redujeron el aval a 72.938,87 euros.

A lo anterior opone el AYUNTAMIENTO DE MURCIA que: -la actora pretende una minoración del importe del aval, cuestión que debió decidirse recurriendo contra la desestimación presunta de la solicitud de minoración no contestada, incurriendo el planteamiento de aquella en el presente litigio en desviación procesal; -no consta que el AYUNTAMIENTO DE MURCIA haya autorizado la minoración pretendida; -la cantidad de 702.961,42 euros fue pagada directamente por el Banco a la Junta y no en ejecución del aval depositado del que no consta detraída la cantidad citada.

La alegación debe ser desestimada, no porque incurra en desviación procesal, al constar que fue planteada en la reclamación económico-administrativa y que la pretensión deducida en la demanda coincide con la formulada en aquella, sino porque el documento acompañado a la demanda en el que se solicitó la minoración del aval no acredita que el pago realizado por el Banco a la Junta tuviera lugar en ejecución del aval depositado por aquella.

QUINTO.- Por último, sostiene la entidad bancaria que no procede el pago de la cantidad reclamada en concepto de **recargo de apremio** porque: -el procedimiento de apremio iniciado es nulo, conforme se ha dicho; -el procedimiento a seguir, en su caso, no es el específico de las deudas tributarias sino el general de la LGP porque las obligaciones garantizadas con el aval no tenían carácter tributario.

A lo anterior opone el AYUNTAMIENTO DE MURCIA que: -el art. 181.4 del RGU prevé que a la JUNTA DE COMPENSACIÓN se abonen las cantidades adeudadas con los intereses y recargos que procedan; -el pago del recargo de apremio procede por aplicación de los arts. 58 de la LGT y 76 del RGR ; -la sentencia citada del JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUM. 8 DE MURCIA también lo admitió.

La alegación debe ser desestimada con fundamento en el art. 181.2 del RGU en el que se dice que las cantidades percibidas aplicando este procedimiento se entregarán por la Administración actuante a la Junta de Compensación, debiendo entender por cantidades percibidas no sólo el principal reclamado sino también los intereses de demora y los recargos procedentes; y en el art. 181.4 de la misma norma en el que se prevé que la cancelación del expediente expropiatorio iniciado para el cobro de las cuotas impagadas tenga lugar cuando la Junta reciba las cantidades adeudadas con los intereses y recargos que procedan.

La parte apelante fundamenta el recurso de apelación en los siguientes argumentos:

1) **HECHOS** . En su Fundamento de Derecho Primero, la sentencia comienza refiriendo una serie de "datos precisos para la comprensión del presente litigio" que deben ser objeto de las siguientes puntualizaciones:

1. En cuanto a la solicitud de la JUNTA DE COMPENSACIÓN DE LA UE III DEL PP CR-6 DE MURCIA a la mercantil TECÓN, relativa al pago de una serie de cantidades "en concepto urbanización" y, en particular, el giro CR6.03.07 correspondiente a la parcela 17, por importe de 127.601,81 euros (127.432,33 euros de principal + 169,48 euros de intereses), **NO EXISTE EN EL EXPEDIENTE LA MENOR CONSTANCIA DE DICHOS GASTOS DE URBANIZACIÓN, NI DE LA DEUDA OBJETO DEL GIRO CR.6.03.07.**

2. Dice a continuación la sentencia, que transcurrido el plazo de pago voluntario de la deuda, y previa certificación de su importe, la JUNTA DE COMPENSACIÓN solicitó del AYUNTAMIENTO DE MURCIA el cobro por la vía de apremio de las cantidades citadas a la mercantil TECÓN, y en cumplimiento de dicha petición el Ayuntamiento dio traslado de los escritos referidos a la empresa, concediéndole el plazo de quince días para que formulara alegaciones, que no consta que fueran presentadas "conforme acredita el folio 22 de la misma documentación acompañada a la contestación". **SIN EMBARGO, lo único que figura al citado folio 22 es el oficio del Ayuntamiento destinado a TECON, SIN QUE CONSTE SU REMISION, NI LA NOTIFICACION DEL MISMO A DICHA ENTIDAD.**

3. Añade la sentencia, que mediante decreto de 22-10-2013 "notificado a la mercantil en la persona de un empleado el 13-11-2013, ff 30 vto. de la misma documentación y 121 del expediente administrativo", el CONCEJAL DELEGADO DE URBANISMO Y VIVIENDA DEL AYUNTAMIENTO DE MURCIA acordó proceder al cobro por la vía de apremio a la mercantil TECON, de las cantidades adeudadas a la JUNTA DE COMPENSACIÓN, **PERO TAMPOCO CONSTA ACREDITADA LA NOTIFICACIÓN DE DICHO ACUERDO A LA EMPRESA** : el f. 30 vuelto del expediente aportado con la contestación es una sentencia unida a la misma como documento nº 2; y la página 121 del expediente CEAM 623/2014 tampoco acredita la notificación, por las razones expresadas en el apartado II del FD Segundo de la demanda, respecto de las cuales la sentencia omite toda consideración.



4. Así las cosas, la primera notificación al Banco fue la del requerimiento de fecha 27.6.2014, efectuado por el Jefe de Servicios de Recaudación del Ayuntamiento, sobre ejecución parcial de la garantía, para que hiciese efectivo el pago de la cantidad de 133.9821,90 euros (127.601,81 € de principal y 6.380,09 € de apremio) con cargo al aval de fecha 30.11.2009. Contra ese requerimiento, el Banco interpuso reclamación económico-administrativa que fue desestimada por acuerdo de 15.7.2015 del Pleno del Consejo Económico Administrativo, el cual, a su vez, fue objeto del recurso contencioso-administrativo seguido ante el Juzgado n.º 2 de Murcia que ha sido desestimado por la sentencia ahora apelada.

EN DEFINITIVA, y por lo que a los hechos se refiere: se desconocen las cuotas o liquidaciones objeto del "GIRO CR6.03.07"; tampoco existe constancia de que el Ayuntamiento otorgase audiencia a TECON antes de iniciar el apremio, ni tan siquiera que se le hubiese notificado el acuerdo de cobro por vía de apremio; y, por su parte, el Banco no tuvo intervención en ninguno de dichos expedientes hasta la notificación del requerimiento de pago de 27.6.14, del que trae causa el presente recurso, por el que se ejecuta parcialmente el aval otorgado a TECON, ante la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, para responder de los costes de urbanización del interior de la UNIDAD DE EJECUCIÓN III DEL PLAN PARCIAL CIUDAD RESIDENCIAL 6 DE MURCIA y que resultan imputables de la parcela 17 sobre la que dicha empresa proyectaba construir una edificación.

SEGUNDO.- NULIDAD DE PLENO DERECHO . La sentencia rechaza que la ejecución de la garantía prestada por el Banco se acordase de plano, y para ello hace supuesto de la cuestión, pues da por sentado que el Ayuntamiento notificó a TECON el inicio de la vía de apremio (2.1), y que acordó el apremio "oyendo primero al banco avalista" (2.2), cuando la demanda denunciaba, precisamente, el incumplimiento de tales requisitos, según reconoce el primer párrafo del Fundamento de Derecho Segundo de la propia sentencia.

2.1) Tal y como se razona en el motivo de impugnación primero del presente recurso (hechos), no figura acreditado que el Ayuntamiento otorgase audiencia a TECON (y menos aún al Banco) antes de proceder al cobro por vía de apremio, ni tampoco que le notificase el acuerdo de apremio dictado en 22.10.2013.

Lo único que aparece en el expediente (folio 22 unido a la contestación) es un oficio del Ayuntamiento dirigido a TECON para alegar sobre la solicitud de cobro por vía de aprecio formulada por la Junta de Compensación, pero no consta la remisión de dicho oficio a la citada empresa, ni tampoco al Banco.

En cuanto al Decreto de 22-10-2013 que se dice "notificado a la mercantil en la persona de un empleado el 13-11-2013, ff 30 vto. de la misma documentación y 121 del expediente administrativo", por el que el Ayuntamiento acuerda proceder al cobro por la vía de apremio a TECON, de las cantidades adeudadas a la JUNTA DE COMPENSACIÓN, tampoco consta acreditada dicha notificación: el f. 30 vuelto del expediente aportado con la contestación es una sentencia de otro asunto; y el justificante que obra al folio 121 del expediente no identifica el acto a que se refiere, y el receptor es un nombre con apellido ilegible, con la rúbrica "empleado" (se desconoce de qué empresa), sin consignar el N.I.F. del firmante, cuyas omisiones impiden tener por efectuada la notificación, tal y como ha declarado, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 20.12.2000 (Aranz. RJ 2001/1137), transcrita en la demanda, que a su vez cita la de 21 de julio de 1999.

Al no constar la notificación a ninguno de los interesados, el acuerdo de incoación del procedimiento de apremio dictado el 22 de octubre de 2013 deviene ineficaz (por todas, sentencia del TS de 19.07.1999 -Aranz. 6718-).

2.2) Si bien la omisión de los presupuestos del apremio impide acudir a dicho procedimiento de ejecución forzosa de la deuda, la ejecución parcial la garantía contenida en el requerimiento de 27.6.2014 resulta igualmente contraria a derecho, al haberse acordado SIN EL PRECEPTIVO TRÁMITE DE AUDIENCIA PREVIO AL AVALISTA contemplado, tanto el artículo 20.1 c) del Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, como el propio artículo 15.1 c) del Reglamento del Servicio de la Caja Municipal de Garantía y Depósitos del Ayuntamiento de Murcia .

Conforme se razonaba en la demanda, una cosa es que el aval se preste de forma solidaria y con renuncia al beneficio de excusión, lo que posibilita que el Ayuntamiento pueda dirigirse directamente contra la entidad bancaria avalista, y otra, muy distinta, la necesidad de que, en todo caso, la incautación de la fianza se sujete a un procedimiento que garantice la intervención del avalista y su derecho de defensa (sentencia del Tribunal Supremo de 11.06.2002 -Aranz. 7931-, que a su vez cita otras muchas), pues no se puede relegar la posición del fiador frente al acreedor a la de un simple ejecutado, sin posibilidades de defensa (sentencia del Tribunal Supremo de 10.11.2006 -Aranz. 916-), ya que ello "desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un simple reconocimiento de deuda, al pretender que el avalista venga obligado a pagar siempre y en todo caso, cualquiera que fuesen las obligaciones afianzadas por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones «Aval a primera demanda» o «Primer requerimiento», pues ... sólo cuando estas obligaciones válidamente existan vendrá obligado el fiador" (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990 -Aranz. 7464-).



Eso es exactamente lo que aquí ha sucedido, pues se ha privado al Banco de toda posibilidad de defensa y se le ha incautado el aval prestado, sin tener el menor conocimiento de las liquidaciones de las cuotas que han determinado dicha incautación, la cual, según se viene denunciando, ha sido acordada de plano y es, por consiguiente, nula de pleno derecho (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1991 (Aranz. 4146).

TERCERO.- OBLIGACIÓN GARANTIZADA .

El Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia rechaza que los costes reclamados al avalista se refieran a los de conservación de la obra que no se encuentran garantizados por el aval (1); así como que el aval se hubiese prestado por el propietario (TECON) para responder de sus obligaciones frente al Ayuntamiento, y no frente a la Junta de Compensación (2).

1) Respecto a la naturaleza de la deuda de cuya ejecución se trata, la sentencia reitera lo dicho en su precedente Fundamento Jurídico Segundo, acerca de que a pesar de que el Decreto de 22.10.13 habla de gastos de conservación, las reclamaciones originarias fueron de costes de urbanización (1.1); que no existe prueba alguna del detalle de tales costes/gastos que permita dudar de que estuvieran cubiertos por el aval prestado (1.2); y que los gastos de conservación de las obras de urbanización y de las dotaciones e instalaciones de servicios públicos no son imputables al Ayuntamiento al no constar acreditada su cesión al mismo (1.3).

Ninguna de dichas razones puede compartirse.

1.1) Al no constar en el expediente las liquidaciones o cuotas cuyo impago ha determinado la ejecución del aval, respecto de las cuales el único dato que es conocido es el número de giro (CR6.03.07), **resulta imposible determinar si corresponden a gastos de urbanización y, en concreto, los específicos gastos de urbanización del interior de la UA garantizados por el aval, o bien a gastos de conservación**, siendo estos últimos los únicos que menciona el Decreto de 22.10.2013 que acordó proceder al cobro por vía de apremio y que han desembocado en la incautación del aval.

1.2) Resulta sorprendente que, ante la falta de prueba sobre tales gastos, la sentencia excluya cualquier duda acerca de que los mismos se encuentran cubiertos por el aval, pues **el procedimiento de ejecución no puede iniciarse sin que estén acreditados, de forma indubitada, los hechos que constituyen el presupuesto del mismo**, ya que, en otro caso, se invertiría el principio de la carga de la prueba.

Incumbe a la Administración la carga de probar los hechos que sustentan su pretensión y, por tanto, aquí, la existencia de obligaciones cubiertas por el aval, y en este sentido procede citar, entre otras, las sentencias del TS de 25.11.2009 (Aranz. 1826 de 2010) y 12.02.2009 (Aranz. 3219) expresiva, esta última, de que:

" al recurso contencioso-administrativo son de aplicación las normas probatorias de la legislación civil. Señalando al respecto que LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD que corresponde al acto administrativo, ex artículo 57 de la Ley 30/1992 , NO IMPLICA, en modo alguno, EL DESPLAZAMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA, pues dicha presunción únicamente impone la carga de recurrir en sede judicial la resolución administrativa, PUDIENDO OBTIVAMENTE BASARSE LA IMPUGNACIÓN EN LA FALTA DE PRUEBA DE LOS HECHOS QUE SIRVEN DE PRESUPUESTO FÁCTICO AL EXPRESADO ACTO.

El principio de presunción de validez del artículo 57.1 de la Ley 30/1992 , por tanto, significa únicamente que ha de entenderse transferida al destinatario de la resolución la carga de impugnar los actos de la Administración, para evitar que esa presunción de ser conforme a Derecho los convierta en inmunes ante la pasividad que supone el transcurso de los plazos impugnatorios. La presunción de que los actos administrativos se acomodan a la legalidad NO ALTERA, sin embargo, las reglas de distribución de la carga de la prueba que fija el artículo 217 de la LEC , NI SUPONE OTORGAR PRESUNCIÓN DE CERTEZA A LOS HECHOS QUE EN LAS RESOLUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN SE DECLAREN PROBADOS".

Acorde con dicha doctrina, y refiriéndose, en concreto, al contrato de fianza, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990 (Aranz. 7464) recuerda que para ejecutar la fianza es "indispensable" examinar las obligaciones garantizadas, y constatar el incumplimiento y las responsabilidades que de ello se derivan.

1.3) Ciertamente que, como apunta la sentencia, el art. 67 RGU establece que *" la conservación de las obras de urbanización ...serán de cargo de la Administración actuante una vez que se haya efectuado la cesión de aquéllas", pero no se trata aquí de que su importe se cargue al Ayuntamiento por la Junta de Compensación o por los propietarios, sino de que es el Ayuntamiento quien se lo reclama improcedentemente al avalista al no estar cubierto por el aval .*

2) En cuanto a la segunda cuestión, los costes a los que se refiere la ejecución del aval son los que supuestamente corresponden a la parcela de TECON dentro de los totales de la urbanización a cargo de la Junta de Compensación, mientras que, como reconoce la propia Administración demandada en escrito de contestación, la garantía prestada por el Banco responde ante el Ayuntamiento del cumplimiento de lo



dispuesto en el artículo 211 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, que en caso de ejecución simultánea de la urbanización y la edificación, obliga al Ayuntamiento a exigir al promotor garantía en la cuantía del coste de los servicios urbanísticos necesarios para asegurar que, al término de la edificación, la parcela va a tener la condición de solar.

Dado que, según asimismo admite la contestación, "AQUÍ LA URBANIZACIÓN SÍ SE HA EJECUTADO" (pág. 13 de 18), la garantía carece de objeto y procedería su devolución, pues una cosa es que el incumplimiento por los miembros de la Junta de Compensación de las obligaciones y cargas inherentes al sistema, habilite al Ayuntamiento, previa petición de la Junta, para exigir su pago por la vía de apremio, y otra, muy diferente, que en el seno dicho procedimiento éste pueda ejecutar una garantía que no responde del incumplimiento de dichas obligaciones, sino de otras diferentes asumidas directamente por el promotor con el propio Ayuntamiento, y que han sido cumplidas a su satisfacción.

En línea con lo dicho, en la demanda se transcribió in extenso la STSJ de Andalucía de 14.06.12 que aborda esta cuestión, a la que la sentencia apelada no hace ninguna referencia, por lo que estimamos suficiente remitirnos ahora a lo entonces dicho.

CUARTO.- MINORACIÓN DE LA CUANTÍA DEL AVAL

El FD Cuarto de la sentencia incurre en contradicción, pues si afirma que el aval garantiza la deuda de avalado frente a la Junta de Compensación, entonces los pagos parciales realizados por el Banco a esta última, ya sea directamente, ya sea a través del Ayuntamiento, deben minorar dicha garantía.

El aval se constituyó por una cuantía total 1.197.454€. Por los gastos de urbanización correspondientes a la parcela propiedad de TECON, la empresa abonó a la Junta de Compensación en 04.11.04 la suma de 702.961,40€ mediante cheque bancario n° NUM001 emitido en la misma fecha por el Banco avalista; y también abonó la suma de 421.533,73€, por lo que, tal como se significó en la demanda, el aval solo podría ejecutarse por la cantidad que restaba (72.938,87€) tras deducir de su inicial importe (1.197.454€) los dos pagos referidos.

Ni el Ayuntamiento ni la sentencia apelada cuestionan la minoración del aval en la segunda de las cantidades abonadas (421.533,73€), pero sí la primera (702.961,40€), que la sentencia rechaza en su Fundamento de Derecho Cuarto, "porque el documento acompañado a la demanda en el que se solicitó la minoración del aval no acredita que el pago realizado por el Banco a la Junta tuviera lugar en ejecución del aval depositado por aquella", y es que, en efecto, para el cobro de los gastos de urbanización correspondientes a la parcela 17 (giros CR6.03.04 y CR6.03.05) no llegó a ejecutarse el aval, sino que se inició el procedimiento de apremio contra el deudor avalado (TECON, S.L.), y habiéndose realizado el pago en cuestión, ya no fue necesario continuar el procedimiento de apremio iniciado, ni requerir su pago al avalista.

Pero, a diferencia de lo que considera la sentencia que apelamos, la cantidad total avalada, quedó minorada por el importe del mencionado pago, ya que:

a) Tal como dispone el art. 1847 C.c. "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor", de suerte que habiéndose extinguido parcialmente el total de la obligación avalada en virtud del pago realizado, también se extingue, correlativamente y en la misma medida, la obligación del fiador. En el mismo sentido dispone también el art. 1849 CC que "si el acreedor acepta voluntariamente cualesquiera efectos en pago de la deuda... queda libre el fiador".

b) El pago en cuestión se realiza al acreedor (la Junta de Compensación) para satisfacer los giros CR6.03.04 y CR6.03.05 (así lo expresa el doc. n° 1 unido a la demanda) y se aceptó también por el beneficiario del aval (la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento), pues el inicial Decreto que acordó seguir el procedimiento de apremio contra el deudor, una vez realizado el pago a la Junta, se dejó sin efecto el anterior y el apremio por el nuevo Decreto de la propia Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de 20.01.11.

c) El repetido pago se instrumentó en un cheque bancario emitido por el propio Banco avalista, que se dirigió en 08.02.11 a la Gerencia municipal de Urbanismo (doc. n° 2 de la demanda), comunicándole que "el aval inicial, emitido por importe de 1.197.434,00 EUROS se ha aminorado, respondiendo actualmente de 494.472,60 EUROS", y le rogaba "nos comuniquen si pretenden sustituir el citado aval número NUM000 por un nuevo aval por el nuevo importe avalado, esto es, 494.472,60 euros", minoración parcial del aval que ha de considerarse aceptada por el Ayuntamiento, pues la falta de resolución expresa tiene un sentido estimatorio del silencio tal como declaró la Sala que ahora conocerá de la apelación en su s. de 16.02.07, dictada en un caso en que lo que se había solicitado y no resuelto por el Ayuntamiento era la total devolución del aval y que, con mayor razón, procede cuando, como aquí sucede, no se trata de la devolución total del aval, sino de la reducción de su cuantía.

QUINTO.- IMPROCEDENCIA DE EXIGIR RECARGOS

La ejecución del aval se realiza por un importe de 133.981,90€, de los que 127.601,81€ corresponden al principal, 169,48€ a intereses (conceptos ambos incluidos en el giro CR6.03.07) y 6.380,09€ al recargo de apremio, concepto este último que en ningún caso procede.

En primer lugar, porque no se trata aquí de ninguna deuda tributaria garantizada con aval, ni en el procedimiento de apremio para hacer efectivo el aval son aplicables los recargos de apremio en que incurren las deudas tributarias que no hubiesen sido satisfechas dentro del período voluntario de cobranza.

En la constitución del aval no se garantizaba ninguna deuda preexistente, como ocurre con las deudas tributarias (que solo son tales cuando han sido liquidadas o autoliquidadas y, por tanto, están cuantificadas), sino que respondía de los costes de urbanización y posibles desperfectos que pudieran causarse en el interior de la UA. Por esa razón el aval de que se trata no se ajusta en los términos y contenido a lo establecido en las normas tributarias, que cubren la deuda a satisfacer en período voluntario, más intereses y un 25% más (art. 48 RGR), y deuda, intereses y recargos cuando se trate de suspender la ejecución de la deuda impugnada (art. 233 LGT), y de ahí que ni el aval prestado se extienda a intereses y recargos, y que el beneficiario del mismo lo admitiera sin reparo, sin que pueda ahora pretender ejecutarlo por conceptos no cubiertos por la garantía, pues tal como establece el art. 1827 C.c ., "no puede extenderse a más de lo contenido en ella".

Y como decíamos, tampoco son de aplicación los recargos en que inciden las deudas tributarias, en caso de que se proceda a su cobro por la vía del procedimiento de apremio, porque una cosa es que en caso de impago de las "cantidades adeudadas a la Junta" de compensación, pueda ésta solicitar de la Administración actuante "el cobro de la deuda por la vía de apremio", tal como establece el art. 181.2 RGU, y otra muy distinta que, aparte de la deuda, se incluyan también en la ejecución recargos que son exclusivos de las deudas tributarias cuando éstas no se satisfagan dentro del período voluntario de cobranza.

Al respecto es necesario significar que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (v.gr. en su sentencia de 26.04.90), la finalidad del recargo es *"disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias y compensar al erario público por el perjuicio que a éste supone la no disposición tempestiva de todos los fondos necesarios para atender a los gastos públicos"* finalidad que no concurre en el caso que nos ocupa, puesto que de conformidad con lo que dispone el párrafo segundo del citado art. 181.2 RGU, *"las cantidades percibidas aplicando este procedimiento se entregarán por la Administración actuante a la Junta de Compensación"*, declarando apodícticamente la sentencia que apelamos y sin la menor explicación *"debiendo entender como cantidades percibidas no solo el principal reclamado sino también los intereses de demora y los recargos procedentes"*, con lo que, en tal caso, **la Junta obtendría un enriquecimiento sin causa**. Y menos sentido tiene todavía -y lo decimos con absoluto respeto-, que la sentencia se refiera seguidamente al apartado 4 del citado art. 181 LGU, que menciona "el pago de las cantidades adeudadas a la Junta, con los intereses y recargos que procedan, realizado en cualquier momento anterior al levantamiento del acta de ocupación", porque dicho apartado se refiere al caso de que se acuda a la expropiación de los derechos del propietario, tal como indica su último inciso, en relación con la posibilidad expropiatoria que contempla el apartado 1 del propio artículo.

Tampoco estará de más recordar que, como indica la propia sentencia que apelamos (Fundamento de Derecho Segundo), citando la STSJ de Madrid de 15.07.14, para el cobro de las cantidades que le adeuden sus miembros, puede la Junta "acudir, potestativamente, tanto a la vía civil como a la administrativa, y en este caso requiriendo al Ayuntamiento el inicio de la vía de apremio sirviendo de título el correspondiente certificado de deuda emitido por la Junta", por lo que vendría a resultar que si acude a la vía civil, la Junta solo podría reclamar el importe de la deuda, y en cambio si utiliza el procedimiento administrativo de apremio obtendría, además del cobro de la deuda, recargo e intereses, lo cual sería absurdo, como fácilmente se comprende.

Y resulta incluso contradictorio con la exigencia de intereses, que no permite la normativa tributaria, pues el art. 28.5 LGT dispone que *"cuando resulte exigible el recargo ejecutivo [que es el que se ha aplicado en el presente caso] ...no se exigirán los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo"*.

En cualquier caso, aunque se tratase de una deuda tributaria (quod non), el recargo sería igualmente improcedente, puesto que el procedimiento de apremio no puede entenderse iniciado mientras que no se notifique al deudor la correspondiente providencia de apremio y, según se viene diciendo, el Decreto de 22.10.2013 que acordó proceder al cobro por vía de apremio no incluía el recargo, ni consta notificado.

El Ayuntamiento de Murcia apelado se opone al recurso de apelación solicitando la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos. En concreto señala:

1) **El acto administrativo inicialmente recurrido** fue el acuerdo de 15 de julio de 2015 del CEAM que desestima la reclamación económico-administrativa presentada por el BANCO PASTOR S.A. contra el requerimiento de



pago de 27 de junio de 2014 para la ejecución parcial de garantía por importe de 133.981,90€ (127.601,81€ de principal y 6.380,09€ de recargo de apremio consistente en aval bancario inscrito con el número NUM000) resultante de las obligaciones económicas derivadas de las cuotas e intereses pendientes de ingresar a la JUNTA DE COMPENSACIÓN (JC) de la Unidad de Ejecución III del Plan Parcial CR6 por la Entidad TECON PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES S.L. correspondientes a gastos de urbanización de la parcela nº 17

2) **Motivos de oposición al recurso de apelación presentado .-**

Para una mejor exposición, vamos a indicar las razones por las que no procede la estimación del recurso de apelación y sí la confirmación de la Sentencia, en correlación con los motivos relatados en el recurso.

3) **EN RELACIÓN CON LOS HECHOS.**

Al contrario de lo expuesto de contrario, sí que están probados los siguientes hechos:

a) La constancia de la existencia de los gastos de urbanización por los que se ejecuta el aval queda acreditada con los requerimientos dirigidos a TECON S.L. por burofax y recibidos por la misma que constan en los folios 3 a 5, 8 a 10, 13 a 15 y 18 a 20 del expediente 1661GC01 aportado con el escrito de contestación a la demanda. De igual manera, en los folios 2, 7, 12 y 17 del mismo expediente consta la certificación del Sr. Secretario de la JC acordando la solicitud del inicio de la vía ejecutiva para el cobro de los giros.

b) La constancia de la notificación a TECÓN S.L. de la solicitud de la JC del cobro por la vía de apremio está efectuada en el folio 22 vuelto de dicho expediente por persona identificable, cumpliéndose así las exigencias precisas para que el acto pueda alcanzar su fin. Como también está notificado a TECÓN S.L. en persona perfectamente identificable con nombre y apellidos en el f. 30 vuelto de aquél expediente el Decreto del Sr. Concejal de 22 de octubre de 2013 por el que se dispone proceder al cobro por la vía de apremio de las anteriores cantidades adeudadas a la JC, con especificación de las mismas, giro e importe de principal e intereses, con indicación de los recargos procedentes en función del momento del ingreso (también págs. 118 a 121 del expediente CEAM 0623/2014.

c) Consta notificación a BANCO PASTOR S.A. en las págs. 122 y ss., en la que se le pide el pago en voluntaria en los plazos que se señalan; y se le dice de forma expresa que "(...) en caso de no realizar el pago nos veríamos obligados a iniciar la vía de apremio contra el garante para la ejecución de la garantía", de donde se desprende que se le dio la posibilidad de pagar antes de ejecutar el apremio

4) **SOBRE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO .**

Conforme se indica en la Sentencia apelada, y dadas las notificaciones acreditadas en los expedientes que hemos indicado, no concurre tal motivo de nulidad: las personas receptoras de las notificaciones dirigidas tanto a TECON S.L. como a BANCO PASTOR S.A. son perfectamente identificables.

De igual forma se les ha concedido a ambas entidades la posibilidad de cumplir voluntariamente sus obligaciones, no constando tal. En consecuencia, la actuación municipal es ajustada a derecho.

5) **RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA .**

Se niega de contrario la naturaleza de "gastos de urbanización" de las cantidades reclamadas.

El argumento deber ser rechazado por las siguientes razones:

1º.- constan los requerimientos y certificaciones de la JC que se han expuesto en el apartado anterior. En aquellos se indica claramente el concepto "gastos de urbanización" (folios 3, 8, 13 y 18 del expediente 1661GC01); y 2º.- la parte ha incumplido su deber probatorio que le impone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no ha propuesto ni aportado ninguna prueba que acredite la veracidad de sus afirmaciones: ni con la demanda, ni a la vista de nuestra contestación al amparo del artículo 60.2 de la LJCA ("2. si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba y expresar los medios de prueba que se propongan dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, sin perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 56.")

Se invoca de nuevo la Sentencia del TSJ de Andalucía de 14 de junio de 2012, pero como dijimos en nuestra contestación, la misma no es aplicable al presente caso por dos motivos:

1. el supuesto de hecho es diferente: en aquella, la Junta de Compensación correspondiente incumplió sus obligaciones urbanizadoras. Aquí la urbanización sí se ha ejecutado por la JC, pero el avalado no ha pagado la parte que le corresponde como miembro de aquella y que estaba garantizado con el aval; y



2. la regulación legal también es distinta: la Sentencia aplica la legislación andaluza. En cambio, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley Del Suelo de la Región de Murcia . (TRLSRM, vigente al momento de los hechos) impone al promotor de la edificación (TECÓN, S.L., en nuestro caso) la obligación de garantizar el coste de los servicios urbanísticos necesarios para que la parcela tenga la condición de solar, por remisión, a su vez, del artículo 71, que es lo que se ha hecho con la urbanización.

6). REFERENTE A LA MINORACIÓN DEL AVAL .

Nos remitimos a lo dicho en la sentencia y a lo expuesto en nuestra contestación a la demanda y en la vista de conclusiones que damos por reproducidas.

En particular destacamos la afirmación de aquella en relación con la falta de prueba: "(...) no acredita que el pago realizado por el Banco a la Junta tuviera lugar en ejecución del aval depositado por aquella."

7) SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE EXIGIR RECARGOS .

De igual forma nos remitimos y damos por reproducidas tanto la sentencia como nuestra contestación a la demanda y en la vista de conclusiones.

Únicamente añadir que el artículo 78.2 del Reglamento General de Recaudación es claro en esta cuestión al incluir los recargos entre las cantidades a abonar: "2. Si la garantía consiste en aval, fianza, certificado de seguro de caución u otra garantía personal, se requerirá al garante el ingreso de la deuda, incluidos los recargos e intereses que, en su caso, correspondan hasta el límite del importe garantizado, en el plazo establecido en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria . (...)"

SEGUNDO.- Es sabido que el objeto del recurso de apelación está constituido por la sentencia apelada. Es esencial por tanto hacer una crítica de la misma, rebatiendo sus argumentos para que dicho recurso pueda prosperar. Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 y 22 de junio de 1999 , el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia.

Por otro lado la jurisprudencia (sentencias de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993), ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la **plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas** , por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, **sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia , puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo** . Por lo tanto los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso, ello sin perjuicio claro está de recordar que el recurso de apelación es un "**novum iudicium**" (Sentencia del TC 1998\101, de 18 de mayo), **que permite la revisión "ex novo" de los hechos y de las pruebas practicadas** y, por consiguiente, valorar aquellos y éstas en conciencia, **pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en la instancia** (auto del TC 122/98, de 1 de junio y las varias sentencias del propio TC que allí se citan). Como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, lo que significa un examen crítico de la sentencia apelada, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, "... la indebida o defectuosa apreciación de la prueba..." o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada (STS de 17 de enero de 2000).

TERCERO.- En el presente caso, la parte apelante más que criticar la sentencia lo que hace es reproducir los argumentos que ya alegó en la instancia y que después de valorar la prueba en su conjunto han sido rechazados por el Juzgador que la dicta, discrepando de la referida valoración. La sentencia fija unos hechos probados después de valorar la prueba practicada de los que discrepa la parte apelante que alega pese a lo que se dice en la misma que: no se notificó el inicio del procedimiento de apremio a Tecón SL., ni al Banco Popular; que el Ayuntamiento acordó ejecutar el aval sin oír previamente a la entidad bancaria avalista; que la deuda reclamada no era por gastos de urbanización, únicos garantizados por el aval, sino por gastos de conservación



(no pudiéndose en cualquier caso concretar a que gastos obedecía); que debe entenderse minorado el aval en la cantidad abonada por el Banco a la Junta de Compensación por cuenta de Tecón S.L., lo que supone que haya quedado reducido a 494.472,90 euros; y por último, que garantiza el pago de recargos ni intereses de demora sino solo la deuda principal.

Pues bien es evidente que ni esta Sala ni tampoco la parte recurrente pueden sustituir la valoración de la prueba que hace el Juzgador de instancia, de forma objetiva e imparcial, de acuerdo con los principios de inmediación y oralidad, por la suya propia, salvo que dicho Juzgador hubiera incurrido en un error ostensible en la valoración de la prueba que evidentemente no se ha producido.

Ello no obstante procede decir en relación con los **hechos estimados probados por la sentencia**:

a) En primer lugar que el hecho de que los gastos reclamados eran de urbanización y no de conservación queda acreditada por los requerimientos dirigidos por la Junta de Compensación a TECON S.L. por burofax y recibidos por la misma que constan en los folios 3 a 5, 8 a 10, 13 a 15 y 18 a 20 del expediente 1661GC01 aportados con el escrito de contestación a la demanda. De igual manera, en los folios 2, 7, 12 y 17 del mismo expediente consta la certificación del Sr. Secretario de la referida Junta acordando la solicitud del inicio de la vía ejecutiva para el cobro de los giros. No existe ningún dato en el expediente que haga pensar que son gastos de conservación.

b) En segundo lugar que aunque el Banco Popular no tiene legitimación para alegar la falta de notificación del inicio de la vía de apremio a TECÓN S.L., consta en el expediente que el acuerdo del Ayuntamiento de iniciar la vía de apremio accediendo a la solicitud de la Junta de Compensación para el cobro de los gastos de urbanización se hizo a persona identificable, concretamente a D. Alejandro , empleado de dicha empresa, el día 13-11-2013, a través de un Agente notificador que firma el documento, cumpliéndose con ello las exigencias precisas para que el acto pueda alcanzar su fin (art. 59 de la ley 30/1992).

c) Consta asimismo la notificación realizada el 4 de julio de 2014 al BANCO PASTOR S.A. por medio de Agente notificador, del inicio de la vía de apremio, concretamente a través de la apoderada de una de sus oficinas D^a. Serafina . En el acto notificado se le dice de forma expresa se le requiere de pago de la cantidad adeuda, así como que "(...) *en el caso de no realizar el pago nos veríamos obligados a iniciar la vía de apremio contra el garante para la ejecución de la garantía* ", de donde se desprende que se le dio la posibilidad de pagar antes de ejecutar el apremio.

Sobre la nulidad de pleno derecho alegada en el recurso de apelación, procede señalar que conforme se indica en la Sentencia apelada, y dadas las notificaciones referidas, no concurre tal motivo de nulidad. Las personas receptoras de las notificaciones dirigidas tanto a TECON S.L. como a BANCO PASTOR S.A. son perfectamente identificables y se hicieron cargo de la notificación con obligación de hacerla llegar a su destinatario dándose los requisitos exigidos para la validez de las notificaciones en los arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992 . Por tanto ambas entidades han tenido oportunidad de cumplir voluntariamente sus obligaciones e incluso de defenderse frente a la vía de apremio, sin que puedan alegar indefensión alguna por esta causa, máxime cuando la actora lo ha hecho en esta vía jurisdiccional. La reposición de las actuaciones para que se lleve a cabo dicha notificación a la apelante iría en contra del principio de económica procesal siendo el único efecto logrado el de retrasar la decisión de las cuestiones de fondo planteadas.

Respecto a la obligación garantizada, asimismo la Sala considera que la sentencia es ajustada a derecho. Alega la parte apelante que no está acreditado que se tratara de "gastos de urbanización", sin embargo tanto en los requerimientos como en las certificaciones de la Junta de Compensación se indica claramente el concepto "gastos de urbanización" (folios 3, 8, 13 y 18 del expediente 1661GC01). Por otro lado la parte recurrente aquí apelante pese a tener la carga de la prueba de acuerdo con el art. 217 LEC y no ha propuesto ni aportado ninguna prueba alguna que acredite la veracidad de sus afirmaciones: ni con la demanda, ni a la vista de la contestación a la misma formulada por el Ayuntamiento de Murcia de acuerdo con el art. 60.2 LJ (*si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba y expresar los medios de prueba que se propongan dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, sin . perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 56. "*).

En cualquier caso procede recordar que frente a la providencia de apremio solamente cabe alegar los motivos tasados establecidos en el Reglamento General de Recaudación, sin que el anterior pueda ser encuadrado en alguno de ellos (art. 167.3 LGT 58/2003).

Además como señala la sentencia apelada: "*en última instancia, caso de tratarse de gastos de conservación de las obras de urbanización y de las dotaciones e instalaciones de servicios públicos a que se refiere el art. 67 del RGU no está acreditada su cesión a la Administración actuante como presupuesto para imputar a ésta aquellos.*"



Se invoca por la apelante de nuevo la Sentencia del TSJ de Andalucía de 14 de junio de 2012, sin embargo la misma no se considera aplicable al presente caso por dos motivos:

1. El supuesto de hecho es diferente: en aquella, la Junta de Compensación correspondiente incumplió sus obligaciones urbanizadoras. Aquí la urbanización sí se ha ejecutado por la Junta, sin que el avalado haya pagado la parte que le corresponde como miembro de aquella y que estaba garantizado con el aval; y
2. La regulación legal también es distinta: la Sentencia aplica la legislación andaluza. En cambio, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia . (TRLRSM, vigente al momento de los hechos) impone al promotor de la edificación (TECÓN, S.L., en nuestro caso) la obligación de garantizar el coste de los servicios urbanísticos necesarios para que la parcela tenga la condición de solar, por remisión, a su vez, del artículo 71, que es lo que se ha hecho con la urbanización.

En lo referente a la minoración del aval , procede señalar que además de no encontrarse dentro de los motivos tasados que cabe oponer contra la providencia de apremio, tampoco es procedente en la medida de que la sentencia considera que la entidad recurrente no ha acreditado que el pago realizado por el Banco a la Junta de Compensación a costa de TECON SL, tuviera lugar en ejecución del aval depositado por aquella.

Por último, sobre la improcedencia de exigir recargo de apremio asimismo debe ser confirmada la sentencia de instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 181.2 y 4 del RGU en relación con los arts. 58 de la LGT y 76 del RGR .

El art. 181.2 del RGU dice que las cantidades percibidas aplicando este procedimiento se entregarán por la Administración actuante a la Junta de Compensación, debiendo entender por cantidades percibidas no sólo el principal reclamado sino también los intereses de demora y los recargos procedentes; y en el art. 181.4 de la misma norma en el que se prevé que la cancelación del expediente expropiatorio iniciado para el cobro de las cuotas impagadas tenga lugar cuando la Junta reciba las cantidades adeudadas con los intereses y recargos que procedan.

Además el artículo 78.2 del Reglamento General de Recaudación es claro en esta cuestión al incluir los recargos entre las cantidades a abonar: "2 . *Si la garantía consiste en aval, fianza, certificado de seguro de caución u otra garantía personal, se requerirá al garante el ingreso de la deuda, **incluidos los recargos e intereses** que, en su caso, correspondan hasta el límite del importe garantizado, en el plazo establecido en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria . (...)*"

CUARTO.- En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación conformando la sentencia de instancia por sus propios fundamentos con expresa imposición de costas a la parte apelante de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NO S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación nº 295/17, interpuesto por el BANCO POPULAR S.A. contra la sentencia 187/16 de 4 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 2 de Murcia , recaído en el Procedimiento ordinario nº. 264/15, que se confirma en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley . El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA .

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.