

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 101/2021

SENTENCIA NÚMERO 177/2021

ILMOS/A. SRES/A.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a cinco de mayo de dos mil veintiuno.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra el Auto dictado el 1 de diciembre de 2020 por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao, en la Pieza de medidas cautelares núm. 23/2020, dimanante del recurso contencioso-administrativo número 236/2020, en el que se impugna: Decreto de 15/09/2020 del Ayuntamiento de Mungia por el que se acuerde aprobar liquidación provisional relativa a los gastos correspondientes al suelo urbano no consolidado (sunc); contra factura numero larr-00093 sin identificación del i.v.a. correspondiente al pago de la cuota que se reclama por la finca numero zrf-d/46 y contra talon o carta que dimana de la factura numero larr-00093 con la referencia 000004973180 para el abono en cuenta bancaria del ayto. de dicha cuota y con fecha de vencimiento de ingreso en periodo voluntario de 02 de noviembre de 2020.

Son parte:

- **APELANTE:** AYUNTAMIENTO DE MUNGIA, representado por el Procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y bajo la dirección letrada de su Servicio Jurídico municipal.

- **APELADO:** D. JON ELGUEZABAL GOYENECHÉ, representado por la Procuradora D^a. ISABEL SOFIA MARDONES CUBILLO y dirigido por el Letrado D. JOSÉ ÁNGEL ESNAOLA HERNÁNDEZ.

Ha sido Magistrada Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Bilbao se dictó, en Pieza de Medidas Cautelares nº 23/2020, Auto de fecha 1/12/2020 por el que se acordaba adoptar la medida cautelar solicitada, consistente en la suspensión de la ejecución por la que se le requiere al pago de la cuota de urbanización por importe de 13.779,25 euros en la factura núm. LARR-00093, emitida por el Ayuntamiento de Mungia.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso por el Ayuntamiento de Mungia recurso de apelación ante esta Sala, solicitando se dictase sentencia por la que, con estimación del recurso de apelación, se revoque el auto apelado y se deniegue la medida de suspensión solicitada.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al recurso y, en su caso, adherirse al mismo.

Por D. Jon Eleguezabal Goyeneche se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia por la que, con desestimación íntegra del recurso de apelación que se impugna, se confirme en su totalidad el Auto recurrido de fecha 1/12/2020, manteniéndose en sus mismos términos la medida cautelar adoptada por el mismo. Todo ello con condena en costas al apelante.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo 04/05/2021, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Mungia ha interpuesto recurso de apelación contra el Auto de 1 de diciembre de 2020 dictado en el incidente de medidas cautelares núm. 23/2020 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Bilbao, que acordó suspender la ejecución del requerimiento de pago de la cantidad de 13.779,25 euros, factura núm. LARR-00093, emitida por el Ayuntamiento de Mungia.

El auto expone que se ha constituido garantía real del pago de cuota en la cuenta final de equidistribución, que la ejecución puede afectar al interesado persona de edad avanzada y jubilado, y que existen diversos procedimientos en trámite con afección directa en la presente causa. Y que se ha constituido garantía real de pago de la cuota a favor de la Administración, por lo que la suspensión cautelar del requerimiento de pago no supone una perturbación grave de los intereses generales o de tercero; y, sin embargo, afecta de manera clara al patrimonio del recurrente.

El Ayuntamiento de Mungia explica que se trata de la liquidación en concepto de cuota de urbanización de la parcela identificada como ZRF-D/46, en el proyecto de reparcelación del Area de SUNC de Larrabizker. Se argumenta que se trata de una cuota de urbanización, que las cuotas de urbanización son ingresos públicos, y que se corresponde con la obligación de los

propietarios de costear la urbanización del sector donde se encuentran sus fincas. Y que no se acredita el perjuicio para el recurrente, a quien le corresponde acreditarlo, tratándose de unos importes económicos, reparables. Se explica que la garantía real del pago, se corresponde con la previsión del art. 45.1.c) de la Ley 2/2006 (afección real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente), efecto del Acuerdo de reparcelación, pero no justifica el impago del importe requerido de la cuenta de liquidación provisional.

El apelado expone que se ha venido adoptando la misma medida cautelar en distintos Juzgados, respecto de los propietarios; se hace referencia a los litigios pendientes, y se indica que la mayoría de los propietarios del suelo urbano de Larrabizker son jubilados y no “promotores urbanísticos”. Se indica que se aportó un informe pericial que inicialmente acredita que se les reclama más cuantía que la “garantizada ente esta Sala en el escrito de oposición del Ayuntamiento de Mungia al recurso de apelación núm. 248/2017” (una cantidad de 1.457.305,93 euros que se corresponde con el 11,50 % del conjunto de la urbanización), y se les está girando por una cantidad superior (un porcentaje del 19,14 %).

Se indica que se trata de una persona de edad avanzada, jubilada, siendo su esposa copropietaria, sin recursos propios y enferma; se añade que se le denegó un aval bancario, que solicitó al Banco Santander.

SEGUNDO.- Suspensión cautelar. Marco legal y jurisprudencial.

La tutela cautelar responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional siendo una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y, aun partiendo de la regla general de ejecutividad del acto administrativo, autoriza su suspensión o la adopción de otra medida paliativa, si concurre un auténtico peligro para los intereses del recurrente en la demora del proceso –periculum in mora- que, ponderado junto a los intereses públicos y de terceros que exijan su ejecución o se opongan a la medida pretendida, resulte prevalente y digno de tutela.

El régimen jurídico de la tutela cautelar establecido por la Ley 29/98, de 13 de julio, tiene como condición necesaria la pérdida de la finalidad legítima del recurso en el caso de no adoptarse la medida cautelar que se interese, ya que como reza literalmente el art. 130.1 LJCA “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

Es por ello que todo análisis de una pretensión de tutela cautelar ha de comenzar necesariamente por verificar la concurrencia de dicha condición necesaria, puesto que de no concurrir procede su denegación y deviene ocioso todo otro análisis de la cuestión, pese a que, con una deficiente técnica legislativa, el art.130.1 LJCA parece dar a entender que resulta previa la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, conclusión errónea, ya que es manifiesto que dicha ponderación de intereses es ociosa si no concurre la condición necesaria de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, y por tanto dicho juicio de ponderación de intereses, por exigencias de orden lógico y razones de economía, debe seguir necesariamente a la verificación de la condición necesaria.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso ha sido equiparada por la doctrina jurisprudencial (STS de 18 de noviembre de 2002 y las que en ella se citan) a la creación de situaciones irreversibles con merma del principio de identidad entre lo dispuesto en el fallo y la ejecución posible del mismo, o bien a perjuicios irreparables o difíciles de reparar. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es condición necesaria para la adopción de cualquier medida cautelar, pero no suficiente, ya que una vez acreditada han de ponderarse los intereses en conflicto, pudiendo ser denegada cuando con ella se cause grave perturbación de los intereses generales, o de tercero, que el Tribunal debe ponderar circunstanciadamente. Resta por decir que el criterio del *fumus boni iuris*, es de muy matizada aplicación en supuestos en que luzca de modo evidente sin necesidad de examinar la cuestión de fondo mediante complejas argumentaciones. De ello es exponente la STS 29 de septiembre de 2014 (Rec. 1653/2013), del siguiente tenor:

<< TERCERO .- Es conocida, y de ella dan cuenta los autos impugnados, la jurisprudencia de esta Sala acerca de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) como criterio para adoptar medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, y sobre su prudente y matizada aplicación, a fin de evitar prejuzgar la cuestión de fondo y quebrantar el derecho a un proceso con las debidas garantías. De este modo, el Tribunal Supremo ha acotado su operatividad a aquellos casos en los que (i) el acto cuya suspensión se pretende haya sido dictado en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula o sea idéntico a otro ya anulado en vía judicial, (ii) adolezca de un vicio determinante de su nulidad radical que se presente claro y manifiesto, de manera que su invalidez pueda ser apreciada prima facie en el momento inicial del proceso, o (iii) ignore un criterio reiterado de la jurisprudencia, evidenciando una resistencia contumaz de la Administración a su aplicación [además del auto de 14 de junio de 2012 (recurso 344/12 , FJ 2º.e), que el impugnado de 31 de enero de 2013 reproduce, pueden consultarse las sentencias de 18 de mayo de 2011 (casación 1489/10, FJ 3 º) y 7 de junio de 2012 (casación 5479/11 , FJ 8º), así como los autos de 5 de febrero de 2009 (recurso 35/08, FJ 2º.e) y 15 de noviembre de 2011 (recurso 339/11, FJ 3º)].>>

Esta doctrina se reitera en la 24 de marzo de 2017 (Rec.1605/2016) y las que en ella se citan, así como en la STS de 12 de febrero de 2018 (Rec. 103/2017).

En suma, con carácter general la tutela cautelar requiere como condición necesaria la prueba, siquiera indiciaria, de que su no adopción causa perjuicios de imposible o difícil reparación que cuestionan la correcta ejecución de la sentencia. Únicamente si se acredita su existencia, procede la ponderación de tales perjuicios con los intereses generales y derechos de terceros que se opongan a su concesión, juicio de ponderación en el que adquiere relevancia la apariencia de derecho.

TERCERO.- No quedó acreditada la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Estimación del recurso.

El auto apelado considera acreditada la pérdida de la finalidad legítima del recurso, esto es, la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación para recurrente como consecuencia de la exacción de la cuota reclamada en atención a lo avanzado de su edad y de su condición de jubilado.

Una clásica doctrina jurisprudencial (SSTS de 5 de junio de 2001, recurso nº 2194/1998 y de 5 de Febrero del 2010, recurso nº 2880/2007), establece que los actos susceptibles de valoración económica no son, en principio, determinantes de perjuicios de imposible o difícil reparación, en la medida en que son susceptibles de resarcimiento por las Administraciones públicas, salvo que la parte que pretenda la tutela cautelar acredite la concurrencia de especiales circunstancias que cualifiquen el perjuicio y le den sustantividad propia con independencia de un futuro resarcimiento económico, lo que no hace la parte apelada.

Ni la edad avanzada ni la condición jubilado cualifican especialmente el perjuicio económico derivado del pago de la cantidad reclamada. Serán, por el contrario, sus circunstancias personales y patrimoniales las que, en su caso, puedan evidenciar que el pago de la cantidad reclamada, en atención a su cuantía, puede originar perjuicios de difícil reparación aun cuando, en ejecución de sentencia, puedan ser devuelta con sus intereses, carga de la prueba que le incumbe al recurrente y que en el caso de autos no se ha levantado.

Por lo demás, es asimismo clásica la doctrina jurisprudencial (SSTS que establece el claro interés público en la ejecución del planeamiento que resulta prevalente respecto de intereses particulares de los propietarios del ámbito salvo que se acrediten perjuicios irreparables o de muy difícil reparación. Así:

*STS 16 de marzo de 2002 (R.3993) “debe ser prevalente en todo caso el interés público inherente a la ejecución de los instrumentos de ordenación urbanística en la fase de gestión de que se trata”.

*2001/8808 TS 3ª sec. 5ª , S 23-03-2001, rec. 1934/1999. Pte: Sr. Rodríguez-Zapata Pérez.

“La doctrina de los autos recurridos es conforme a la de esta Sala al ponderar los intereses en presencia conforme al artículo 122 de la LJCA y considerar prevalente el interés público que supone la ejecución de un instrumento de planeamiento que implica - según aprecia - una mejora sustancial para el urbanismo de la ciudad frente a los perjuicios económicos, fácilmente cuantificables.”

*STS 20 de marzo de 2001 (R. 2748) “ en la ejecución de los Planes de Urbanismo e instrumentos de ejecución de los mismos, el interés general en su materialización, prevalece, en principio, sobre los intereses de los particulares, siendo necesario para ser considerados secundariamente tal interés en la ejecución de los Planes, la acreditación de muy graves perjuicios, casi irreparables, de no suspenderse la ejecución del acto administrativo...”

*STS 6 de julio de 1999 “En supuestos de suspensión de instrumentos de ordenación urbanística, en principio, el interés público concretado en la ejecución del planeamiento debe primar sobre unos daños y perjuicios perfectamente determinables y resarcibles”

*STS 18 de mayo de 1999 “La especial dificultad de acordar la suspensión provisional de los instrumentos normativos de planeamiento deriva de la prevalencia del interés público en su ejecución, dado el carácter de generalidad de sus determinaciones y la amplitud de sus efectos, frente a los posibles perjuicios que se pudieran irrogar, susceptibles siempre de reparación económica”

Idem: 16 de marzo, 5 y 10 de mayo de 1999.

**STS 21 de julio de 1998 (R. 5764) “la ejecución de un Planeamiento Urbanístico municipal a través de un instrumento de la misma como es el proyecto de Reparcelación es en principio, de prevalente interés para la comunidad respecto del de los particulares afectados por la materialización del proyecto...”*

-Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 5ª, S 11-09-2015, rec. 4233/2014, IdCendoj:, 28079130052015100308

“Ahora bien, este Auto se apoya igualmente en las razones dadas en el precedente de 8 de julio de 2014 al que se remite; y no podemos por menos que concluir que, de este modo, la indicada resolución judicial, lo mismo que su precedente, aparece correctamente fundada. En efecto, los daños causados son de índole esencialmente económica y, por tanto, susceptibles en última instancia de reparación por la indicada vía. No se ha alcanzado a acreditar la producción de una grave situación de insolvencia que comprometiese la actividad económica de la entidad; y siendo ello así, no procede acordar la suspensión interesada.

En rigor, del modo expuesto, tampoco procede realizar el juicio de ponderación de intereses, tal y como se argumenta igualmente, porque, decaída la premisa indicada, resulta innecesario efectuar dicho juicio.

c) Pero, en cualquier caso, y a mayor abundamiento, tampoco está de más agregar ahora en esta sede, para desvanecer ya definitivamente cualquier género de duda, que, de haberse procedido a la realización del juicio de ponderación de intereses cuya ausencia se echa en falta por la entidad recurrente, no otra habría debido ser la conclusión.

En efecto, no puede dejar de observarse la existencia de un inequívoco interés público confluyente en el caso, representado por la necesidad de asegurar la virtualidad de las disposiciones urbanísticas adoptadas respecto de la ordenación del suelo en el municipio de Albalat dels Sorells, ya en vigor al tiempo de pronunciarse la Generalitat valenciana respecto de la prórroga de la declaración de interés comunitario y la declaración de caducidad de dicha declaración. Y dicho interés público vendría a decantar el juicio de ponderación, inevitablemente, a favor de la no suspensión de la eficacia del acto impugnado, contrariamente a lo pretendido por el recurso promovido en la instancia.”

-Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 3ª, S 31-01-2014, rec. 4552/2012, IdCendoj:, 28079130032014100030

“En este caso no procede acceder a lo solicitado, porque la pérdida de la finalidad legítima exigiría justificar la irreparabilidad del perjuicio que la ejecución del acto va a ocasionar a la parte actora, sin que pueda servir para alcanzar dicho objetivo la mera alegación de dificultades económicas. Debe tenerse presente que los actos de contenido económico, como es el caso que nos ocupa, difícilmente pueden dar lugar a perjuicios irreversibles que no pudieran ser suficientemente compensados, en el caso de que el tribunal estimase el recurso, mediante la fijación de una adecuada indemnización.”

El auto apelado fundamenta la suspensión en la existencia de una garantía real del cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes, como consecuencia de la aprobación del proyecto de reparcelación en virtud de lo previsto por el artículo 45.1.c) LSU. Sin embargo, aun cuando se trata de una garantía del pago de las cargas de urbanización, no puede asentarse en ella la suspensión de los requerimientos de pago correspondientes a los gastos de urbanización, puesto que ello impediría la ejecución del planeamiento o bien desplazaría sobre las arcas

municipales el coste temporal de su ejecución, que sólo a los propietarios del ámbito corresponde, con menoscabo de recursos para la atención de los demás servicios públicos municipales.

Es preciso tener en cuenta que en la dinámica de la reparcelación dentro del sistema de cooperación, los saldos de la cuenta de liquidación provisional son deudas líquidas y exigibles que median entre cada uno de los interesados y la Administración actuante y que en caso de impago procede la vía de apremio de acuerdo con lo previsto por el artículo 127 del Reglamento de gestión urbanística aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (RGU), y de conformidad con lo previsto por el artículo 132 texto refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana aprobado por el Decreto 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76) la Administración actuante podrá exigir a los propietarios afectados el pago de las cantidades a cuenta de los gastos de urbanización, que no podrán exceder del importe de las inversiones previstas en los próximos seis meses, preceptos ambos de supletoria aplicación. En suma, ejecuta la Administración a costa de los propietarios, sin que la garantía real que pesa sobre las fincas de resultado excuse el levantamiento de las cargas de urbanización en el momento en que procede su ejecución.

Por lo demás no concurre en favor del recurrente la apariencia de que litiga con razón dentro de los limitados términos en que lo admite la doctrina jurisprudencial consignada en el fundamento jurídico segundo, a la que tampoco se ajusta el auto apelado al hacer descansar la concurrencia del *fumus* en la mera existencia de numerosos procedimientos ante distintos juzgados. En relación con las circunstancias personales del recurrente se argumenta que es una persona de edad avanzada, jubilada, que padece una enfermedad grave. Y se añade que se le ha denegado un aval bancario que solicitó el 28 de octubre de 2020. Se aportó como documento núm. 6 un certificado del Banco Santander en el que se indica que se deniega la emisión del aval solicitado para garantizar el pago de las cuotas de urbanización de Larrabizker. Pese a esta circunstancia, estima la Sala que procede mantener el criterio general entendiendo que no está suficientemente acreditada la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación que justifiquen la suspensión cautelar, sin garantía, del pago de los gastos de urbanización que, como hemos indicado, son deudas líquidas y exigibles, y que, en caso de impago, dejan expedita la vía de apremio, y, por lo tanto, la posibilidad de aseguramiento del abono de unos gastos que, en un proceso reparcelatorio, corresponde asumir a los propietarios.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, la revocación del auto apelado y el dictado de una sentencia por la que se deniegue la suspensión cautelar interesada.

ÚLTIMO.- Costas.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 LJCA, la estimación del recurso comporta la no imposición de costas del mismo y respecto de las de instancia, la desestimación del incidente cautelar comporta la imposición a la parte que lo promovió conforme a lo previsto en el art. 139.1.y 4 de la LJCA, si bien con el límite de 300 euros por todos los conceptos, en relación con los honorarios de Letrado de la parte que se opuso al incidente.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

I.- Estimamos el presente **recurso de apelación nº 101/2021** interpuesto por el Ayuntamiento de Mungia contra el Auto de 1 de diciembre de 2020 dictado en el incidente de medidas cautelares núm. 23/2020 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Bilbao, , contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Mungia de fecha 15 de setiembre de 2020, que acuerda aprobar la liquidación provisional relativa a los gastos correspondientes al SUNC de Larrabizker, y la ejecución del requerimiento de pago de la cantidad de 13.779,25 euros, factura núm. LARR-00093, emitida por el Ayuntamiento de Mungia; auto que acordó la suspensión cautelar de la ejecución del requerimiento.

II.- Revocamos y dejamos sin efecto el auto apelado.

III.- Denegamos la medida cautelar interesada.

IV.- Sin imposición de las costas del recurso de apelación y con imposición de las de instancia en los términos del último fundamento jurídico.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJPV de fecha 3 de junio de 2016 , y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0101 21, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
