ADMINISTRACION DE JUSTICIA

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1
ALBACETE

SENTENCIA: 00284/2022

Recurso de Apelación nº 108/21

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de CIUDAD-REAL

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª.

Iltmos. Sres.:

Presidente:

D. Ricardo Estévez Goytre

Magistrados:

D. Constantino Merino González

D. Guillermo B. Palenciano Osa

D. Antonio Rodríguez González

S E N T E N C I A Nº 284

En Albacete, a dieciséis de Noviembre de dos mil veintidós.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 108/21 del recurso de Apelación seguido a instancia del **EXCMO AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO** representado por la Letrada Dña. [redacted], contra la Sentencia de fecha 11/06/2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Ciudad-Real, dictada en el PO

Firmado por: RICARDO ESTEVEZ GOYTRE 16/11/2022 14:59 Minerva

Firmado por: ANTONIO RODRIGUEZ GONZALEZ 17/11/2022 09:44 Minerva

Firmado por: GUILLERMO B. PALENCIANO OSA 21/11/2022 08:53 Minerva

Firmado por: CONSTANTINO MERINO GONZALEZ 22/11/2022 14:29 Minerva

Firmado por: M.CARMEN GARCIA GARCIA 23/11/2022 08:40 Minerva

Código Seguro de Verificación[redacted] Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

118/2013 acumulado al PO 384/14 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Ciudad-Real, contra el **BANCO POPULAR**, que ha estado representado por el Procurador D. [redacted], sobre contratos; siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. [redacted].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia nº 123/2019, de 11 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los de Ciudad Real, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo Procedimiento Ordinario 118/2013. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

"*Que ESTIMO de manera ÍNTEGRA el recurso contencioso administrativo presentado y que dio pie a los presentes autos y en consecuencia ANULO:*

- El acto de fecha de 6 de Febrero de 2013.

- El acto de fecha de 9 de Julio de 2014.

- El acto de fecha de 11 de Septiembre de 2014.

- Todos los requerimientos, comunicaciones y actos derivados de aquellos respecto del demandante.

Se imponen las costas a la administración de conformidad a lo dispuesto en el apartado 7.2."

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se

señaló votación y fallo para el día 2 de noviembre de 2022; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Sobre la excepción de falta de legitimación activa alegada por la parte demandada.*

1.- *Alegaciones de la parte apelante.*

Alega la parte apelante, en primer lugar, que opuso la excepción de falta de legitimación activa de la recurrente, BANCO POPULAR, actual BANCO SANTANDER, S.A., para interponer la demanda, alegación que ha sido desestimada por la sentencia apelada.

La sentencia, tras analizar la aludida alegación, la desestimó por las razones que resumidamente recoge en el FD 3.3º, del siguiente tenor literal: "***En conclusión*** *podemos afirmar que el hoy demandante es interesado en el procedimiento en que se declare el incumplimiento del contrato en la medida en que el mismo se ve afectado por él y así se declara de manera expresa (art. 85.2 L. 30/2007), si bien, su legitimación es limitada derivada de su específica posición en el procedimiento y de la naturaleza de la obligación por él asumida, no admitiéndose más alegaciones que las que tengan que ver con la propia fianza*."

Entendiendo la parte apelante que la recurrente carece de legitimación activa para interponer la demanda, cuestión distinta a la de que es un "interesado", y siendo el aval presentado de los denominados "a primer requerimiento", aplicando la misma doctrina que sigue la sentencia, en la que se dice que el fiador renuncia a la defensa que pudiera caber para oponerse a la reclamación, asumiendo él la carga de probar que no le corresponde pagar, llega a la conclusión de que el avalista no puede oponer frente a la Administración ninguna causa de excusión, y se obliga a pagar al primer requerimiento; y sin embargo la sentencia concluye diciendo que hay un defecto procesal evidente y que genera indefensión con la omisión del trámite del art. 85.2 de la Ley 30/2007, pese a que en la contestación a la

demanda la Administración había alegado la STSJ de Baleares de 13 de marzo de 2013, que trata un caso exactamente igual al presente, en la que se dice que el recurso jurisdiccional promovido por el avalista "*no debería tener otro objeto que examinar si el recurrente ha acreditado (inversión de la carga de la prueba) que el deudor principal había cumplido lo garantizado*"; y esta es la única cuestión que debía haberse analizado en el presente recurso, y sin embargo nada acredita el avalista. En definitiva, entiende la parte apelante que en este tipo de avales "a primer requerimiento", el avalista solo puede oponer si la obligación que garantizaba ha sido cumplida, pero no puede pretender la revisión del procedimiento seguido con el obligado principal, suponiendo este tipo de obligaciones el compromiso de "PAGO AUTOMÁTICO" tan pronto como el beneficiario de la garantía lo reclame, y sin que pueda opone excepción alguna, por lo que la sentencia debe ser revocada y estimarse la excepción de falta de legitimación activa.

2.- *Alegaciones de la parte apelada*.

Entiende la parte apelada que el interés legítimo es, según la jurisprudencia, más amplio que el interés directo que recogía la LJCA de 1956 y que ese interés concurre en el presente caso toda vez que los actos notificados sustentan un perjuicio económico contra la demandante.

Además, los actos notificados le fueron notificados con pie de recurso, por lo que el Ayuntamiento no puede pretender que dichas notificaciones no pueden ser discutidas en sede jurisdiccional sobre una supuesta ausencia de legitimación, ya que él mismo la ha reconocido la posibilidad de plantear el recurso en el acto ablativo de derechos que se le notifica.

Alude, por otro lado, a la jurisprudencia que considera de aplicación., y cita la STS de 10 de noviembre de 2006, sobre la que indica que difícilmente puede reconocerse a un interesado por falta de audiencia si previamente no le ha sido reconocida la legitimación activa en base a un interés legítimo; y, en ese mismo sentido, la STS de 30 de enero de 2015 (recurso de casación 1825/2012), STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2017 y la sentencia de esta misma Sala de 20 de junio de 2016, dictada a favor del Banco Popular.

Y puntualiza que basta la lectura del art. 85.2 de la Ley 30/2007 (y en idéntico sentido el equivalente en el RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para concluir que el avalista

debe considerarse parte interesada en procedimientos de determinación del importe que se le va a exigir.

3.- *Posición de la* Sala.

Antes de pronunciarnos sobre la cuestión que en este FD se examina, conviene recordar lo que sobre la legitimación activa viene diciendo la jurisprudencia, cuya doctrina ha sido resumida por la STS de 3 de octubre de 2022, por citar una de las más recientes, en la que se citan las sentencias 181/2022, de 18 de febrero (casación 3773/2020 F.J. 4º) y 782/2022, de 20 de junio (recurso contencioso-administrativo 47/2021, F.J. 3º), entre otras muchas; y en la que se dice lo siguiente:

"*De lo expuesto en el F.J. 3º de esta sentencia 782/2022, de 20 de junio (recurso 47/2021) -que cita otros pronunciamientos anteriores de esta Sala-, vamos a reproducir ahora el siguiente fragmento:*

" (...) En primer lugar, como señalábamos en nuestra sentencia 510/2019, de 11 de abril (recurso contencioso-administrativo 645/2017, F.J. 3º),

[...]

" ... Esta Sala ha interpretado y aplicado en reiteradas ocasiones los apartados del artículo 19 que acabamos de citar; y, sin necesidad de hacer aquí una detenida reseña de esa jurisprudencia, baste destacar que en ella, si bien se interpreta con amplitud la noción de interés legítimo, queda excluida la legitimación de la persona física o jurídica que pretenda recurrir actuando como mero defensor de la legalidad, sin justificar la existencia de relación o vinculación entre el objeto del proceso y su esfera de intereses. Sirva de muestra nuestra sentencia 372/2019 de 19 de marzo de 2019 (casación 2784/2016), en la que a su vez se citan sentencias de esta Sala de 13 de diciembre de 2005 (recurso 120/2004) y 20 de marzo de 2012 (recurso 391/2010).

Como señala la citada sentencia de 19 de marzo de 2019, invocando esos otros pronunciamientos anteriores que acabamos de mencionar, para apreciar el requisito de la legitimación en una determinada persona física o jurídica, es preciso, salvo en los excepcionales supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de una acción pública, que exista un interés legítimo en la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso administrativo. Así, la

legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso- administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

En suma, la jurisprudencia existente define el interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, como la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Esa concreta relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso explica el carácter casuístico que presenta la legitimación, que también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestra las sentencias de 24 de mayo de 2006 (recurso 957/2003) y 26 de junio de 2007 (recurso 9763/2004)".

Por otra parte, es oportuno recordar que la jurisprudencia de esta Sala viene señalando de forma reiterada que las objeciones relativas a la legitimación ad causam, en tanto que vinculadas a la relación específica entre una persona y la situación jurídica que es objeto de litigio, es una cuestión relativa a la controversia de fondo. Puede verse en este sentido las consideraciones que se exponen en la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (casación 4453/2012, F.J. 4º), que luego han sido reiteradas en pronunciamientos posteriores, como es el caso de las sentencias 550/2018, de 5 de abril (casación 218/2016) y 181/2022, de 14 de febrero (casación 3773/2020, F.J. 4º). [...]"

La citada sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (casación 4453/2012) hace otras consideraciones -luego reiteradas en pronunciamientos posteriores, como son las SsTS 550/2018, de 5 de abril (casación 218/2016) y 782/2022, de 20 de junio (recurso contencioso-administrativo 47/2021, F.J. 3º)- de las que interesa destacar aquí varios puntos.

En primer lugar, la sentencia del Pleno, tras afirmar que la legitimación activa se erige en pieza clave de interpretación de nuestro derecho procesal y soporte del derecho a la tutela judicial efectiva, establece que, dado que en el terreno de la legitimación está en juego

el acceso a la jurisdicción, habrá de desplegar su máxima eficacia el principio pro actione, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la misma sentencia del Pleno explica en el F.J. 4º que,

"(...) El estudio de la legitimación ha distinguido entre la llamada legitimación "ad processum" y la legitimación "ad causam". La primera se identifica con la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, con la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, identificándose con la capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos. Distinta de la anterior resulta la legitimación "ad causam", como manifestación concreta de la aptitud para ser parte en un proceso determinado, por ello depende de la pretensión procesal que ejercite el actor. Constituye la manifestación propiamente dicha de la legitimación y se centra en la relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual esa persona puede intervenir como actor o demandado en un determinado litigio. Esta idoneidad deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el derecho material, por lo que se reputa más como cuestión de fondo y no meramente procesal, como hemos señalado en las SsTS de 20 de enero de 2007 (casación 6991/03, FJ 5) 6 de junio de 2011 (casación 1380/07, FJ 3) o 1 de octubre de 2011 (casación 3512/09, FJ 6)".

Desde otra perspectiva, el problema de la legitimación ha de contemplarse en el marco del artículo 19 de la LJCA, que dispone que "*1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo*".

Como ha señalado la STS de 3 de octubre de 2022, (recurso de casación 2953/2021)

"*La legitimación activa ha sido definida como la aptitud para ser parte en un proceso concreto, que se traduce en una consideración especial que la ley concede a las personas que se hallan en una determinada relación o posición con el objeto del litigio.*

Permite un tratamiento previo a la cuestión principal, y puede determinar un pronunciamiento con un alcance similar al que generan los presupuestos procesales, si bien pertenece al fondo (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso- administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 18 noviembre 2013, Rec. 3267/2010, con cita de la del Tribunal Constitucional, FD 5º,de 11 de noviembre de 1991), constituyendo una exigencia previa al examen de la pretensión de fondo (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Auto de 4 julio 2016, Rec. 2274/2015)."

Sobre la identificación o concreción de ese "interés legítimo" el Tribunal Constitucional ha declarado lo siguiente: "(...) *como tal resulta identificable con cualquier ventaja u utilidad jurídica derivada de la relación pretendida (ATC 356/1989). Ahora bien (...) la expresión interés legítimo (...) aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de "interés directo" ha de entenderse referido a un interés en sentido propio, cualificado o específico (...) (STC 97/1991, de 9 mayo; y en parecidos términos se expresa la posterior STC 195/1992, de 16 Nov.)*".

Proyectando dicha doctrina sobre el caso ahora analizado, vemos que lo que dice la sentencia apelada es que el avalista es interesado en el procedimiento y que en el mismo se he de dar audiencia, sin perjuicio de que sus facultades de alegación y prueba puedan verse limitadas a su específica posición en el mismo dentro de un contrato que es autónomo del contrato causal del aval en los términos que señala la STS de 14 de marzo de 2007. Dicha consideración está en consonancia no solo con la jurisprudencia que la sentencia apelada cita sino con la propia normativa de aplicación, y, en ese sentido, el art. 85.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que "*El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*"

Consecuentemente, entendida su condición de interesado en los términos que anteceden, consideramos que, sin perjuicio de que las alegaciones que excedan de la posición jurídica que en el proceso le corresponde estén condenadas al fracaso, ha de concluirse que la parte actora estaba legitimada para interponer el recurso contencioso-administrativo, pues la ventaja o utilidad jurídica que estimación del recurso le reportaría es evidente.

SEGUNDO.- *En relación con el acuerdo de 6 de febrero de 2013.*

1.- *De la sentencia apelada.*

Sobre esta cuestión dice la sentencia apelada lo siguiente:

"*Pues bien, si analizamos el expediente administrativo se puede llegar a las siguientes conclusiones:*

I.- No consta en momento alguno del expediente actuación anterior al ruego, petición o cualquier otra cuestión que queramos calificar a la notificación del ayuntamiento que solicita el pago del aval mediante un ruego en fecha de 20 de Febrero de 2013 (f. 4). Sólo después de la misma (f. 7) se vuelve a dirigir la administración a los mismos para que se limiten a 80.149,52 €.

II.- La incautación de una fianza, contractualmente hablando, es una consecuencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato (88.b L. 30/2007), lo que exige una previa declaración de tal incumplimiento (art. 196 L. 30/2007) que causaliza tal decisión.

III.- El acto original que se ha traído a conocimiento (fundamento 1.1, punto "I") es por tanto contrario a derecho en la medida en que el propio ayuntamiento toma conocimiento del exceso del mismo y "lo deja sin efecto", lo que no es posible, pues no puede una administración dejar o poner en efecto sus propios actos administrativos (art. 34 L. 39/2015, art. 53 LRJ- PAC) sino a través del procedimiento legalmente establecido y conforme a la legalidad a la cual está sometida (art. 103.1 CE). El acto se deja sin efecto ahora y por su abierta nulidad al ser desproporcionado, excesivo y haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente exigible al no permitir alegación de tipo alguno respecto del requerimiento de pago de las cantidades avaladas, o lo que es lo mismo, prescindiendo de cualquier tipo de trámite respecto de quien es interesado y debe formar parte del mismo.

En este sentido cabe citar la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 20 de Junio de 2016 que dice que "En el caso de autos, es cierto que no interviene el avalista en el desarrollo del expediente administrativo, una vez que se constatan los defectos en la realización de las obras. En este sentido, se debe mencionar que la mera aceptación por la Administración de la condición de avalista, generaba entre ambas partes una relación vinculada al contrato pero independiente, con obligaciones y derechos autónomos, aunque

subordinada a los propios del acto garantizado. Y es que la recurrente al prestar el aval se comprometió a responder por el avalado, pero sólo en lugar de éste, generando obligaciones autónomas con la Administración de las que ha de dársele oportunidad de defenderse, alegando incluso los derechos que pudiera ejercer su avalado, pues su responsabilidad está subordinada a la de éste. En suma, una cosa es que la recurrente pueda y deba invocar en su favor y en defensa de sus intereses, los derechos propios de quien resulta fiador; y otra bien distinta que no pueda ampararse para rechazar el cumplimiento de la fianza en las relaciones internas con su avalado. Esa mera posibilidad obliga, ya de principio, a darle intervención en el procedimiento, con independencia de la procedencia o no de atender sus alegaciones. Por tanto, es indiscutible la condición de interesado que se debe predicar del Banco Popular Español S.A".

IV.- Como se ha visto ningún procedimiento se ha seguido con el hoy demandante. No hay traslado para alegaciones ni ningún otro trámite antes del doc.3 (de 20 de Febrero de 2013, folio 7) del expediente administrativo, lo que supone la privación de todo tipo de posibilidad de hacer alegaciones, pues ni tan siquiera se ofrece dicha posibilidad entonces. Hay, por tanto un vicio de nulidad al haber prescindido de cualquier tipo de procedimiento en relación con el requerimiento, pues o bien se entiende como una obligación autónoma y, por tanto debe darse el cumplimiento al trámite de audiencia, o bien se entiende derivada de la relación causal y debe considerarse interesado en el mismo. En cualquier caso no se ha cumplido con ningún tipo de trámite y por ello se ha de dar la razón al demandante, pues a diferencia del caso analizado en la sentencia del TSJ de CLM antes citada aquí ni tan siquiera en el requerimiento se le ha conferido audiencia o trámite de alegaciones por plazo alguno. Sólo se le exigía el pago.

Hasta tal punto ello es así que incluso el ayuntamiento asume que ha errado en la determinación de la extensión de la obligación, pues modifica en varias ocasiones las cantidades objeto de reclamación. No es hasta el 1 de Agosto de 2014 cuando el demandante comparece y realiza alegaciones oponiéndose (f. 15 del expediente del juzgado nº 1). En las mismas se hace relación de que se ha interpuesto recurso contencioso administrativo y lo hace en relación con las notificaciones que ha recibido.

V.- La trascendencia de la omisión se puede ver de la complejidad de la garantía, pues hay más de un avalista y se ha producido un reparto de responsabilidades entre ellos sin ese trámite de audiencia (f. 16 del expediente del juzgado nº 1).

En conclusión *hay un defecto procedimental evidente y que genera indefensión con la omisión del trámite del art. 85.2 L. 30/2007 por la falta de posibilidad de alegación y prueba.*"

2.- *Alegaciones de la parte apelante.*

Sobre este particular señala la parte apelante que dicho acto no puede ser anulado por la sentencia dictada toda vez que ya estaba anulado por otro acto posterior del Ayuntamiento de Puertollano, el de fechas 9 de julio de 2014. Y considerara que la Administración para nada estaba limitando los derechos de la mercantil avalista, sino que lo que ha hecho ha sido anular un acto que incurría en nulidad de pleno derecho y dictar otro acto administrativo distinto y acorde a la normativa aplicada y a la situación producida. El Ayuntamiento retrotrae el expediente al momento en que se produjo un acto administrativo que se reconoce inválido por erróneo, al haberse ejecutado por la Comisión de Gobierno de 6 de febrero de 2013 la totalidad de la cantidad afianzada, por importe total de 440.086,21 euros, cuando la cantidad que correspondía ejecutar por obras no realizadas o no ajustadas al proyecto, según informe técnico, era de 80.149,52 euros; estando esta facultad de revisión de oficio de actos y acuerdos de los órganos administrativos en el art. 4 de la Ley 7/1985, así como en el art. 102 y 105 de la Ley 30/1992, por lo que la Administración no tiene que esperar a la resolución judicial de un Acto que ella misma puede revisar, y que ha sido notificado a todos los efectos a la interesada, a los efectos de comparecer y manifestar cuando convenga a su derecho. En ese sentido, cabe entender que la Administración, en el ejercicio de sus potestades, inicia un expediente de anulación del acto administrativo recurrido, el de 6 de febrero de 2013, y por tanto el Juzgador no puede anular algo que ya está anulado, y al negarse ese derecho a la Administración se estaría negando también la posibilidad de allanarse la demandada a las pretensiones de la demanda (art. 75 de la Ley Jurisdiccional), al no ser el allanamiento sino una revisión de oficio de sus actos por la propia Administración reconociendo ante el Juzgado los incumplimientos cometidos. En suma, la sentencia se equivoca cuando acuerda la anulación de un acto que ya estaba anulado.

3.- *Alegaciones de la parte apelada*.

Considera la parte apelda que la cuestión carece de consecuencia práctica desde el momento en que el acto debe ser expulsado de la vida jurídica, y que lo lógico es entender que si el acto estaba totalmente anulado por la contraria, debió procederse al allanamiento total de las pretensiones de la demanda, y no lo hizo, sin que sea razonable que la actora tenga que exponerse a retirar sus demandas ante una Administración de voluntad tan cambiante, que anula constantemente su s actos para pretender conseguir que la suma de todos ellos de lugar, al menos, a un acto válido. Así como que sobre esta cuestión ya se ha pronunciado esta misma Sala en sentencia de 11 de julio de 2016, dictada en el recurso de apelación 203/2015, a consecuencia de los presentes autos, la cual es firme, diciendo que " *... se evidencia que el acto de incautación de la fianza continúa y lo que únicamente se ha llevado a cabo es una rectificación de la cantidad prevista inicialmente ...*", con lo que se manifiesta que la voluntad última del Ayuntamiento era la misma y sin que pueda concluirse que la Administración tenga mermada ninguna facultad de revisión de oficio, sino solamente las supuestas facultades que se ejercitan sin sujeción a procedimiento alguno, generando indefensión y vulnerando el ordenamiento jurídico.

4.- *Posición de la Sala*.

No falta razón a la apelante cuando sostiene que la Administración tiene reconocida legalmente la posibilidad de revisar de oficio sus actos administrativos en los supuestos legalmente previstos, y que de hecho podía haberse allanado a las pretensiones de la demanda, pero del hecho de que el art. 75 LJCA reconozca a la Administración dicha posibilidad no puede extraerse que ello deba ser así en cualquier caso; para ello existe un procedimiento, regulado en el mencionado precepto, y que finaliza con sentencia en la que ha de valorarse si el allanamiento vulnera el ordenamiento jurídico; procedimiento que en modo alguno puede afirmarse haya instado la Administración demandada, hoy apelante. En consecuencia, al estar impugnado el mencionado acuerdo y no haberse instado la terminación del procedimiento por ninguna de esas vías, no podemos acoger las alegaciones que al respecto hace la parte apelante.

Y en relación con la posibilidad de entender terminado el procedimiento por satisfacción extraprocesal, nos remitimos a lo dicho por esta Sala y Sección en la sentencia de 11 de julio de 2016 (recurso de apelación 203/2015), que es firme, en el que se decía que

"*La satisfacción extraprocesal de las pretensiones implica que por voluntad de la Administración se reconoce totalmente y en vía administrativa las pretensiones del demandante produciendo una perdida sobrevenida del objeto del proceso, ya que ha perdido el interés de obtener la tutela judicial pretendida.*

Ahora bien, aplicando este concepto al Acto impugnado se debe concluir que no existe esta satisfacción procesal, pues basta la mera lectura de los acuerdos de la junta de gobierno local, para percatarse que no existe la anulación que profesan. Es decir, tanto el acuerdo de 11 de septiembre de 2014, como el acuerdo de 8 de julio de 2014 deciden dejar sin efecto el Acuerdo nº 17 de la Junta de Gobierno Local aprobado en fecha 5 de febrero de 2013 que ordenaba la incautación de la fianza por importe de 440.086,21 euros y en cambio ordenan la incautación y ejecución de las garantías por cantidad de 80.149,52 euros. Sostener lo contrario, llevaría al recurrente a iniciar un nuevo peregrinaje judicial en relación con el mismo acto administrativo.

Por más que se disfrace en los acuerdos bajo la terminología de "anular" o "dejar sin efecto" el acuerdo nº 17, (dejando al margen el procedimiento utilizado para ello), lo cierto es que se evidencia que el acto de incautación de la fianza continúa y lo que únicamente se ha llevado a cabo es una rectificación de la cantidad prevista inicialmente. Suma que por cierto, coincide con la que se venía exigiendo al recurrente antes de dictar precisamente dichos acuerdos, según oficio de la Sra. Tesorera, Dª Cecilia de fecha 27 de febrero de 2013.

Así las cosas, no pudiendo existir una satisfacción extraprocesal parcial de conformidad con el artículo 76 LJCA, el proceso habrá de continuar, puesto que los acuerdos posteriores únicamente anulan la fianza en lo que excede de la cantidad de 80.148,52 euros."

En todo caso, y más allá de que la propia apelante reconoce la falta de un trámite esencial para revisar de oficio del acuerdo a que ahora nos referimos, como lo es el doctamente del Consejo de Estado, ninguna consecuencia práctica tendría, a los efectos de

este recurso de apelación, el hecho de que la demandada ya hubiese revisado previamente un acto administrativo que la sentencia anula.

TERCERO.- *En relación con el acto de 9 de julio de 2014.*

1.- *De la sentencia* apelada.

La sentencia apelada resuelve la impugnación del aludido acto en los siguientes términos:

"*El acto en cuestión supone una vulneración doble, pues se sigue prescindiendo del trámite del art. 85.2 L. 30/2007 por un lado y, por otro, además se obvian las limitaciones de la disponibilidad de un acto administrativo que estaba judicializado y los más elementales trámites para "dejar sin efecto" un acto administrativo.*

La administración no puede dejar sin efecto un acto administrativo que es definitivo más que a través de los recursos ordinarios y extraordinarios que se puedan interponer, o bien a través de las facultades de revisión de los mismos. Ninguna de ellas le autoriza a dejar sin efecto un acto administrativo.

Asumiendo que el acto administrativo no es de anulación, sino de mera modificación (STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 11 de Julio de 2016) de la cuantía, el vicio es exactamente el mismo, pues la cuantía se modifica nuevamente prescindiendo de cualquier participación del demandante y cuando ya existía además el presente proceso judicial entre las partes.

Por otra parte no puede asumirse que se trate de una mera rectificación de errores que sería el único procedimiento que permitiría realiza tal pronunciamiento novatorio de una manera más sencilla. Implica una nueva revisión de hechos y actuaciones y una nueva calificación jurídica de las mismas y, por ello, se prescinde de todo procedimiento (art. 62.1.e LRJ- PAC, art. 47.1.e L. 39/2015).

***En conclusión** este acto supone igualmente la nulidad del mismo por falta de la audiencia exigida en el art. 85.2 L. 30/20017 y, además, por prescindir de cualquier tipo de procedimiento para modificar las cantidades, lo que ahonda en la indefensión y, además, elude todo procedimiento para "dejar sin efecto" un acto administrativo anterior, lo que es abiertamente irregular.*"

2.- *Alegaciones de la parte* apelante.

Considera la parte apelante que la Juzgadora de instancia incurre en un error porque el propio acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de julio de 2014, que ahora se anula, dispone, en su punto 3º, "*Dar traslado del presente acuerdo a los departamentos de ..., así como a alas entidades bancarias donde están depositados los avales, BANCO POPULAR Y GLOBALCAJA, para trámite de audiencia y alegaciones por el plazo de 15 días, hábiles contado a partir del siguiente hábil a partir de la notificación del presente acuerdo, ...*"; constando en el expediente las notificaciones de dicho acuerdo a la entidad recurrente así como las alegaciones formuladas por la misma con fecha 8 de agosto de 2014. Por tanto, la sentencia incurre en un error en el sentido de que no falta la audiencia exigida por el art. 84.2 de la Ley 30/1992, pues sí se dio ésta y además el Banco Popular formuló alegaciones que le fueron desestimadas mediante acuerdo de 11 de septiembre de 2014.

Por otra parte, la sentencia concluye que el procedimiento seguido por el Ayuntamiento es manifiestamente defectuoso y ha impedido la realización de trámites esenciales que llevan a la nulidad, entendiendo la apelante que la Administración sí llevó a cabo el procedimiento establecido, a excepción de solicitar el dictamen del Consejo de Estado (art. 102.1 de la Ley 30/1992).

3.- *Alegaciones de la parte apelada*.

Dice la parte apelada que cuanto sostiene las premisas en que se basa la apelante en relación a que nominalmente se otorgó audiencia al haberse presentado escrito de alegaciones y que sí existió procedimiento, son falsas. Y ello por cuanto la audiencia concedida a la recurrente no era previa a la formación de la voluntad de la Administración, sino posterior, motivo por lo que la recurrente advirtió que en tal circunstancia nada podía alegar sobre el fondo, una vez que la decisión ya estaba adoptada; y en cuanto al procedimiento seguido, la propia apelante reconoce que no se solicitó el informe preceptivo del Consejo de estado, motivo suficiente para entenderse su nulidad, además de que la supuesta valoración de las obras es ignota según se desprende de la pericial judicial practicada.

4.- *Posición de la Sala*.

Esta Sala y Sección se ha pronunciado ya en distintas ocasiones acerca de la necesidad de audiencia previa al acuerdo de incautación de la fianza. Así se desprende, entre otras, de las sentencias de 1 de abril de 2004 (recurso de apelación 198/2001) y de la más reciente de 20 de febrero de 2017 (recurso de apelación 221/2015), en la que se señala que "*La resolución del contrato tuvo su causa en el incumplimiento de la empresa mediante resolución de 27 de abril de 2011; de ahí que debamos acudir a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público, prescribiendo primeramente su artículo 195 que "En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista" y más adelante el artículo 207, disponiendo que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación "siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca", lo que conduce al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, R.D. 1098/ 2001, de 12 de octubre, cuyo artículo 109 establece los trámites de rigor , sin que contemple audiencia a eventuales entidades endosatarias (de haberse cedido los derechos de crédito dimanante de las certificaciones de obra); omisión que no parece obedecer a un olvido del reglamentador estatal, porque sí contempla como trámite preceptivo al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía*."

Doctrina cuya aplicación al caso ahora examinado nos lleva derechamente a desestimar las alegaciones que al respecto se hacen en el recurso de apelación.

CUARTO.- *En cuanto al acto de 11 de septiembre de 2014*.

1.- *De la sentencia* apelada.

Finalmente, en relación con dicho acuerdo, la sentencia apelada dice lo siguiente:

"*Por último se puede ver en el doc. 15 del expediente del juzgado número 1 (PO 382/2014) acumulado a las presentes como se hace una relación cronológica de los actos del procedimiento (ff. 30 y 31 de tal expediente). En el mismo se realizan una serie menciones y es importante señalar que tiene su origen en una respuesta a las alegaciones de 1 de Agosto de 2014 que antes hemos comentado.*

Así defiende su potestad de revisión de oficio amparándose en el art. 102 LRJ- PAC (hoy art. 106 LPAC), siendo que sin embargo ningún procedimiento, más allá de la expresión de su propia voluntad, ha seguido la administración. No hay audiencia, no hay informe del Consejo Consultivo, no hay propuestas ni nada que se le parezca. Sólo un acto administrativo que anula de plano y de manera inmotivada. Como se ha dicho es nulo de pleno derecho por tal actuar (art. 62.1.e LRJ- PAC) y, además, es un uso desviado de tal cuestión pues no se anula, sino que se modifica la cuantía que es el real objeto de este acto administrativo.

En relación a las restantes cuestiones la administración elude que, sin perjuicio de la efectividad material de su relación "a primer requerimiento", ese primer requerimiento de pago exige en este tipo de procedimientos que el avalista haya tenido oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga anteriormente y con independencia de la extensión y procedencia de todas las alegaciones, pues sólo podrá alegar alguna de ellas, pero tiene derecho a participar. Sólo tras el trámite de audiencia podrá realizar el requerimiento y aquí no se ha hecho y basta ver el folio 32 de ese expediente del P 382/2014 para ver que hay una distribución de responsabilidades entre el demandante, Globalcaja y la mercantil avalada que sí que afecta al ámbito autónomo de su propia obligación.

***En conclusión** no se discute ni la relación y naturaleza del aval ni la obligación de satisfacerlo. Aquí únicamente se ha discutido el procedimiento seguido por el ayuntamiento que es manifiestamente defectuoso y ha impedido la realización de los trámites esenciales que llevan también aquí a la nulidad.*"

2.- *Alegaciones de la parte apelante.*

En relación con esta cuestión alega la parte apelante que la sentencia apelada no entra en el estudio detallado del mencionado acuerdo, y por tanto no expresa las razones por las que lo declara nulo. Dice que la sentencia se refiere en términos generales y reiterativos al "*procedimiento manifiestamente defectuoso*". La impugnación de dicho acuerdo dio lugar al procedimiento ordinario 382/2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ciudad Real, cuyo objeto era la desestimación de las alegaciones del Banco Popular frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de julio de 2014, donde se ordenaba la incautación y ejecución de la fianza depositada por ACONSA, S.L., por importe de 80.49,52

euros, de las cuales 45.530,558 (sic) euros correspondían al Banco Popular; y sin embargo la sentencia no determina porqué anula dicho acuerdo.

3.- *Alegaciones de la parte apelada*.

En relación con dichas alegaciones, la parte apelada entiende que el FD Sexto de la sentencia apelada es muy ilustrativo sobre la improcedencia de la "revisión de oficio" llevada a cabo por la demandada. Además, la propia recurrente reconoce que no consta siquiera el informe preceptivo del órgano consultivo, y las alegaciones no han podido valorar el fondo del asunto, ya que no se ha trasladado un procedimiento con sus trámites sino directamente tres acuerdos resolutorios de la misma cuestión, calificados por este Tribunal como disfraz, para conseguir un fin ilegítimo. En todo caso, en el pleito que dio lugar a la impugnación del acuerdo de 11 de septiembre, la ahora apelada puso de manifiesto el imposible contraste de los gastos (verificado por el perito nombrado juridicialmente), la existencia de un documento de cancelación del aval y la existencia de reiterada jurisprudencia del TS que exige dar audiencia en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en materia de contratación administrativa.; la audiencia no se concede para formar la voluntad de la Administración en un procedimiento iniciado y pendiente de resolución, sino cuando el procedimiento ya se ha resuelto, con el acto de 9 de julio de 2014, con la finalidad de dar una apariencia.

4.- *Posición de la Sala*.

Como dice la parte apelada, la cuestión ha sido resuelta con acierto en el FD SEXTO, cuyas consideraciones hacemos nuestras.

QUINTO. – *Sobre la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2016*.

Finalmente, la parte apelante señala que la sentencia dictada en estos mismos autos por esta Sala y Sección, de fecha 11 de julio de 2016 (recurso de apelación nº 203/2015), después de analizar los tres acuerdos de la Junta de Gobierno Local que aquí se anulan, dice que "*... el proceso habrá de continuar, puesto que los acuerdos posteriores únicamente*

ANULAN *la fianza en lo que excede de la cantidad de 80.148,52 euros ...*". Pero nada se dice de las irregularidades procedimentales a que se refiere la sentencia impugnada.

A lo que contesta la parte apelada que la aludida sentencia sí que considera que el Ayuntamiento actuó con una finalidad ilegítima, y no en vano, tras hablar de disfraz en la actuación administrativa, ordena la continuación del pleito y la acumulación de acciones solicitada.

A esta sentencia ya nos hemos referido en el FD SEGUNDO. La lectura de lo que al respeto dijo la Sala en relación con los acuerdos concernidos da respuesta a la cuestión que ahora plantea la parte apelante, de lo que se deduce que la Administración actuó con una finalidad ilegítima, hasta el punto de referirse a dicha actuación como un "disfraz", es suficiente para desestimar la alegación que ahora nos ocupa.

SEXTO.- *Costas*.

En cuanto a las costas de esta instancia, y por aplicación del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y habida cuenta que la sentencia de instancia inadmitió el recurso contencioso-administrativo y de las dudas de hecho y de derecho que el asunto ha generado, entendemos que no ha lugar a efectuar pronunciamiento de condena en costas en ninguna de las instancias.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S:

1.- Desestimamos el recurso de apelación.

2.- No ha lugar a efectuar pronunciamiento de condena en costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, doy fe Albacete.