Roj: **STSJ GAL 8046/2016** - ECLI: **ES:TSJGAL:2016:8046**

Id Cendoj: **15030330022016100608**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Coruña (A)**
Sección: **2**
Fecha: **16/11/2016**
Nº de Recurso: **4303/2016**
Nº de Resolución: **671/2016**
Procedimiento: **Recurso de Apelación**
Ponente: **DIANA SANTIAGO IGLESIAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00671/2016

RECURSO DE APELACIÓN N.º 4303/2016

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. JOSE ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.

D. JOSE MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

D.ª DIANA SANTIAGO IGLESIAS

A Coruña, 16 de noviembre de 2016.

La sala ha visto el recurso de apelación N.º **4303/2016**, interpuesto en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N.º 1 de A Coruña por D. Eliseo , representado por el Procurador D. Luis Sánchez González y bajo la dirección del letrado D. Carlos Abal Lourido, contra la sentencia N.º 66/2016, dictada con fecha de 17 de marzo de 2016 , en el Procedimiento Ordinario N.º 383/2014. Es parte apelada el Ayuntamiento de A Coruña, representado por la Letrada del Ayuntamiento de A Coruña D.ª Mª. José Macías Mourelle.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de A Coruña se dictó Sentencia N.º 66/2016, con fecha de 17 de marzo de 2016 , en el Procedimiento Ordinario N.º 383/2014 con la siguiente parte dispositiva: " *Que debo declarar inadmisible el recurso promovido en lo que hace referencia a la resolución de fecha 15 de enero de 2013 en relación a la aprobación de la liquidación del canon entre los años 2002 a 2012 al amparo causa C) del art. 69, es igualmente inadmisible en base art. 69 de la Ley Jurisdiccional la petición respecto al error en la determinación del canon por falta de agotamiento de la vía administrativa y desestimar el recurso contencioso administrativo en lo restante interpuesto por Don Eliseo representado por el procurador Sr. Sánchez y asistido del letrado Sr. Abal contra el Concello de A Coruña, representado por el letrado del Ayuntamiento de A Coruña sobre concesión manteniendo la resolución recurrida con imposición de costas procesales a la parte recurrente con el límite de 700 euros para gastos de representación y defensa* " .

SEGUNDO.- Por la representación de D. Eliseo se interpuso recurso de apelación contra la citada resolución judicial, en el que se solicitó que " *con estimación del recurso de apelación, dicte sentencia revocando la de instancia y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra los actos administrativos impugnados, teniendo a tal efecto por expresamente subsanado el error material padecido*

al identificar el objeto del recurso, tal como se peticionó en la demanda o, subsidiariamente, acordando la ampliación del recurso a los actos en cuestión, como también se interesó oportunamente. Todo ello con expresa imposición de costas al Concello demandado ".

TERCERO.- El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a la representación del Ayuntamiento de A Coruña, que interesa se desestime el recurso de apelación y se confirme íntegramente la sentencia de instancia.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron ambas partes con las representaciones indicadas, por providencia de 27 de octubre de 2016 se señaló para votación y fallo el 2 de noviembre de 2016.

QUINTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Es ponente la Magistrada D.ª DIANA SANTIAGO IGLESIAS.

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada en todo aquello en que no discrepen de la presente, en base a los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Con el fin de centrar adecuadamente la cuestión debatida debemos destacar los siguientes hechos y argumentos.

Tal y como resulta acreditado en el expediente y se señala en la sentencia recurrida, el recurrente solicitó la autorización para uso privativo de una parcela de dominio público de 140 m2 en el Polígono de Adormideras a fin de instalar una farmacia, debido a la imposibilidad de alquilar un local con este fin en dicha zona. El 13 de noviembre de 2000 se aprueba el pliego de condiciones del concurso para la adjudicación de la concesión de dicha parcela, publicándose para su información pública en el DOGA de 20 de noviembre de 2000. En la cláusula 19ª de dicho pliego "canon anual" se dispone: " *La cantidad fijada como canon anual a satisfacer por el concesionario será como mínimo de 2.400.000 ptas. IVA incluido, revisable anualmente en función del incremento del IPC* ".

En el escrito de alegaciones presentado por la recurrente sobre la cláusula 19ª del pliego indica: " *sin entrar en discusión sobre el importe que se fija, ciertamente importante, si se hace necesario apuntar que no se determina la fecha de inicio de su pago* ". Con posterioridad solicita una exención o moratoria del pago del canon. El Ayuntamiento responde a ello que, siendo el canon un elemento esencial del contrato no parece viable acceder a dicha exención. En 2009, solicita la revisión del canon anual y por resolución de 3 de febrero de 2010 se desestima dicha petición y se requiere a D. Eliseo el abono del canon adeudado. Por resolución de 31 de enero de 2013 se desestima el recurso de reposición interpuesto por este último frente a la resolución de 3 de febrero de 2010 y se le requiere el abono del canon adeudado desde el año 2002 al 2012.

El 29 de octubre de 2014, D. Luis Sánchez González interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo por el Ayuntamiento de A Coruña de la acción de nulidad contractual por error en el consentimiento instada por el recurrente con fecha de 4 de julio de 2014, en relación con la adjudicación de la concesión de una parcela en el Polígono de Adormideras de A Coruña, suplicando en la demanda al juzgado que se dicte sentencia por la que " *se declaren no conformes a Derecho los actos impugnados, anulándolos, y asimismo, y de conformidad con lo peticionado en vía administrativa, se entienda que se ha incurrido en un error en la determinación del canon, condenando al Concello a que lo establezca, con carácter retroactivo, en la cantidad anual de 917,91 euros. Subsidiariamente se interesa que, con estimación del recurso y anulación de los actos impugnados, se anule la adjudicación de la concesión a mi representado y consiguientemente el contrato suscrito, por haber incurrido el recurrente en un claro error al prestar el consentimiento. Todo ello con imposición de costas al Concello demandado* ". Asimismo, mediante escrito complementario a la demanda se solicita " *se tenga por corregido el error material padecido al identificar el objeto del recurso en el Hecho primero de la demanda. En su lugar debe decir y entenderse que el recurso se dirige contra la desestimación por silencio de la solicitud de 4.07.2014, así como contra la desestimación por silencio de los dos recursos de reposición interpuestos en fecha 25.04.13 contra las dos Resoluciones de la Teniente de Alcalde de Hacienda de 31.01.13, sobre desestimación del recurso de reposición presentado en fecha 18.03.10 contra Resolución de 3.02.10 y de revisión del canon* ".

El Ayuntamiento de la Coruña se opuso interesando que se dictase sentencia por la que se desestimase el recurso.

SEGUNDO.- El apelante sostiene, en primer lugar, que la sentencia de instancia incurre en incongruencia, al no tener en cuenta las alegaciones, realizadas en conclusiones, con respecto a las obligaciones procesales opuestas por el ayuntamiento, ni tampoco la solicitud de ampliación presentada el 30 de marzo de 2015. Indica

que el Ayuntamiento alegó la inadmisibilidad del recurso por desviación procesal, al haber ampliado en la demanda el objeto del recurso y por no agotar la vía administrativa, al no haber formulado reclamación en vía económico-administrativa. Sin embargo, sostiene que la sentencia no tuvo en cuenta lo expuesto en el escrito de conclusiones. Por una parte, en relación con la supuesta desviación procesal, sostiene que en la segunda demanda presentada el 30 de marzo de 2015, una vez transformado en ordinario el procedimiento, se interesó expresamente la corrección del error al identificar el objeto del recurso cometido en la primera demanda y se solicitó la ampliación del mismo a la desestimación por silencio de los dos recursos de reposición presentados el 25 de abril de 2013 contra las dos resoluciones de 31 de enero de 2013. Así, según sostiene, el juzgado no se habría pronunciado sobre la petición de corrección de error material ni tampoco sobre la petición de ampliación del recurso. Asimismo, tampoco se habría pronunciado sobre la existencia de causa de inadmisibilidad por no haberse agotado la vía administrativa previa, añadiendo que " *habiéndose interpuesto por segunda vez recurso de reposición, expresamente ofrecido por el Concello, éste debería haberlo tramitado en todo caso por el propio Concello, independientemente de la denominación dada por el recurrente, como una reclamación económico-administrativa o, en todo caso, este es el carácter que debe dársele a la misma, desestimada en todo caso por silencio* ".

La parte apelada se opone indicando que no concurre el vicio alegado, ya que la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos los argumentos de las partes, sino dar los argumentos jurídicos que justifiquen el fallo y en este caso la sentencia habría motivado suficientemente los motivos de inadmisión del recurso.

En la sentencia apelada se dispone: " *En primer lugar se solicita la inadmisibilidad del art. 69 apartado C) en relación con el art. 28 de la LJ ya que si bien inicialmente la recurrente fija como objeto de recurso la desestimación por silencio frente a la acción de nulidad instada en fecha 4 de julio de 2014 en la demanda se amplía frente a la desestimación presunta de los recursos de reposición formulados en fecha 25 de abril de 2013 frente a dos resoluciones de fecha 31 de enero de 2013.*

Revisado el expediente tienen razón la demandada que incurre la recurrente en desviación procesal en este aspecto ya que las alegaciones respecto al error en el canon y la cantidad que debería de exigírsele fueron desestimadas por resolución de fecha 3 de febrero de 2010 confirmada en alzada por resolución de fecha 15 de enero de 2013 (folios 360 a 362 del expediente) tras lo cual deviene inadmisible al amparo del art. 69 causa C de la Ley jurisdiccional respecto a la resolución de fecha 3 de febrero de 2010 ".

Asimismo, en lo que respecta a la reclamación económico-administrativa previa, la sentencia apelada establece: " *en lo que hace referencia a la segunda cuestión planteada relativa a la fijación del canon para el periodo 2002 a 2012 resultaría preceptiva la reclamación previa económico administrativa lo cual fue advertida la parte en la notificación del acto recurrido de fecha 15 de marzo de 2013 al indicar que «podrá presentar la reclamación económico administrativa que tendrá carácter preceptivo [...] razón que al no haberse interpuesto por la parte no agotó la vía administrativa previa por lo que en igual medida el acto recurrido es inadmisible al amparo del art. 69 de la Ley Jurisdiccional »* ".

No puede acogerse este motivo de impugnación alegado por la parte apelante, por entender que en la sentencia se ha dado respuesta suficiente a las cuestiones planteadas.

TERCERO.- En segundo lugar, se indica que no concurren las causas de inadmisibilidad reseñadas en la sentencia. Por una parte, se indica que no puede afirmarse que exista desviación procesal cuando en la propia demanda presentada el 30.03.15 se pide expresamente que se tenga por corregido el error material padecido al identificar el acto objeto de recurso y, con carácter subsidiario a dicha petición se solicita la ampliación del recurso, que ha quedado sin resolver. Por otra parte, indica que según el art. 110.2 de la Ley 30/1992 , el error formal en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, por lo que no puede apreciarse la causa de inadmisibilidad por no haber agotado la vía administrativa previa ya que " *bien pudo el Concello tramitar los recursos planteados por el recurrente como reclamaciones económico-administrativas, independientemente de la denominación dada por el recurrente* ".

La parte apelada se opone señalando que concurren los motivos de inadmisión y que éstos fueron acogidos en la sentencia, señalando que " *es en el escrito de interposición en el que se debe fijar el objeto de recurso, sin que sea posible que más adelante se extienda a otros diferentes, excepto en los supuestos de acumulación, supuesto que aquí no ocurre* ". Asimismo, añade que " *con independencia de lo anterior, la Resolución de 31-01-2013 ya había desestimado el recurso de reposición formulado frente a precedente Resolución de 3-02-2010 (por la cual se había rechazado la existencia de error en la fijación del canon), por lo que en aplicación de lo previsto en el art. 117.3 de la LRJAP y PAC el recurso de reposición formulado contra aquella Resolución de 31-01-2013 deviene inadmisible y su desestimación presunta no puede ser objeto de ulterior recurso contencioso-administrativo* ".

Además señala que el recurso formulado frente a la desestimación presunta del recurso de reposición sería también inadmisible por no agotarse la vía económico-administrativa, tal y como había sido advertida la parte.

En lo que se refiere a la resolución del 31/01/2013 (15/03/2013) por la que se desestima el recurso presentado frente a la resolución de 03/02/2010, por la que se desestima la petición de revisión del canon y la resolución de 31/01/2013 (15/03/2013), por la que se fija el canon para el año 2013 y se requiere su pago a D. Eliseo , se confirma lo señalado en la sentencia apelada sobre la inadmisibilidad en relación con la petición de revisión del canon y, también, en relación con lo que respecta a su liquidación, en este caso, debido a la necesidad de agotar la vía administrativa interponiendo la reclamación económico administrativa correspondiente, ya que no se trata del supuesto referido en el artículo 110.2 de la Ley 30/92 " *el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter* ", por no haberse producido un error en la calificación del recurso por el recurrente, sino que éste ha optado, claramente, por una de las opciones que se le ofrecían en el pie de recurso: " *interponer, con carácter previo y potestativo, recurso de reposición previsto en el artículo 14 R.D.L. 2/2004 [...].*

Contra la resolución del recurso de reposición o ante la ausencia de resolución expresa en el plazo de un mes desde su interposición podrá presentar la reclamación económico-administrativa, que tendrá carácter preceptivo previo al recurso contencioso-administrativo [...] ".

CUARTO.- La parte apelante sostiene que la sentencia de instancia ha incurrido en error al indicar que el escrito de 4 de julio de 2014 se limita a reiterar peticiones anteriores, ya que el planteamiento que se formula en dicho escrito, de nulidad de la adjudicación por error en el consentimiento, es totalmente novedoso. Señala que no es cierto, como se afirma en la sentencia, que en el escrito de 4 de julio de 2014 se reproducen argumentos y formulados, sino que en él se realiza un planteamiento novedoso, ya que, además de denunciar una vez más el error cometido por el Ayuntamiento alega la existencia de error en el consentimiento prestado por el propio recurrente, sin que en la sentencia se resuelva nada sobre este extremo. Además, indica que la sentencia no se ha pronunciado sobre la petición de revocación por motivos de oportunidad del art. 105 de la Ley 39/92 planteada por el recurrente, ni sobre la alegación de vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

Por otra parte, en relación con las cuestiones de fondo, solicita a la Sala que se pronuncie sobre: a) el error en la fijación del canon, que debió de haberse fijado en el 5% del valor del suelo y b) y sobre el hecho de que, como consecuencia de dicho error, el recurrente ha incurrido en error en el consentimiento, como se reflejó en el escrito de 4 de julio, lo que debe llevar a la anulación de la adjudicación.

La parte apelada se opone indicando que se trata de la reproducción de los argumentos que ya se habían hecho valer en el recurso de reposición formulado el 18/03/2010 frente a la resolución de 3/02/2010 y que fueron expresamente desestimados en la resolución de 31/01/2013; asimismo, indica que resultaría de aplicación, en este punto, la jurisprudencia del TS (recurso n.º 2672/2007).

La sentencia apelada dispone, en relación con dichos extremos: " *respecto a la petición contenida en el escrito de fecha 4 de julio de 2014 es, como bien indica la demandada, una reproducción de argumentos ya formulados en el escrito de recurso de reposición de fecha 18 de marzo de 2010 y desestimados en la resolución de fecha 15 de enero de 2013 señalando que tampoco cabe acoger el motivo de nulidad relativo al canon ya que no sólo no cabe la nulidad instada cuando se fundamenta en un acto propio cual el la proposición aceptada de la cláusula 19 del pliego que aceptó íntegramente y se comprometió a acatar, y sin que pueda tampoco prosperar la petición subsidiaria ya que no cabe una revisión retroactiva del importe del canon cuando fue aceptado expresamente por el recurrente como fundamento de la concesión y de la cual derivó el uso del bien durante todos estos años.*

El recurso debe ser declarado inadmisible en lo que hace referencia a la resolución de fecha de 15 de enero de 2013 en relación a la aprobación de la liquidación del canon entre los años 2002 a 2012, es igualmente inadmisible la petición respecto al error en la determinación del canon por falta de agotamiento de la vía administrativa previa y desestimado en lo restante ".

No pueden acogerse los motivos de impugnación alegados por la parte apelante, por entender que en la sentencia apelada se ha dado respuesta suficiente a las cuestiones planteadas. Asimismo, se confirman los argumentos indicados en la sentencia de instancia, según la que, por una parte, en lo que respecta al supuesto error en la determinación del canon, el escrito del 4/07/2014 contiene los mismos argumentos indicados en el recurso de 18 de marzo de 2010 -que, además, fueron expresamente desestimados por resolución de 31/01/2013(15/03/2013)- y, por otra parte, en lo referente al error en el consentimiento alegado, que el importe del canon se había espeficado en los pliegos y fue aceptado expresamente por el recurrente, sin que pueda entenderse que ha existido un error en la fijación del canon sino que la Administración habría seguido un criterio de cálculo distinto al propuesto por la parte actora.

QUINTO.- Procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación, al ser desestimado, a quien lo interpuso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.2 de la LJCA , dentro del límite cuantitativo de 1.000 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Eliseo contra la sentencia dictada con fecha 17 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 1 de A Coruña en el Procedimiento Ordinario N º 383/2014; 2) Imponer al apelante el pago, con el límite indicado, de las costas procesales causadas por el recurso de apelación.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional , que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley .

Firme que sea la presente, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada ponente D.ª DIANA SANTIAGO IGLESIAS al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ