

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Tercera C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004**  
33010280

## **Recurso de Apelación 876/2017**

**Ponente:**

**Apelante:**

**Procurador:**

**Apelado: Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón ( Madrid )**

**Letrado: Sr. Letrado de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón ( Madrid )**

### **SENTENCIA nº 596**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

Don

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Doña

Don

En Madrid, a 11 de octubre del año 2018, visto por la Sala el Recurso de apelación arriba referido, interpuesto por la mercantil., representada por el Procurador Don, contra la Sentencia número 103/2017 de 21 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 18 de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 47/2016. Comparece como parte apelada el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón ( Madrid ), defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, en la representación que por Ley le corresponde. Es ponente de esta Sentencia el Ilmo. Sr. Don, que expresa el parecer de la Sala.

### **Antecedentes de Hecho**

**Primero.-** Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 18 de Madrid, con fecha 21 de marzo del año 2018 se dictó la Sentencia número 103/2017 en el Procedimiento Ordinario número 47/2016, interpuesto por la mercantil contra la desestimación por silencio administrativo, de su reclamación de fechade octubre de 2015, relativa a el abono de la euros ( por obra ejecutada ) y euros ( por lucro cesante ), así como la reclamación de fecha de octubre de 2015 por importe de euros, en concepto de mayores costes derivados del contrato consistente en la construcción de cinco nuevos tramos de carril

bici en Pozuelo de Alarcón, siendo el fallo de la Sentencia la estimación parcial del Recurso, reconociendo el derecho de la parte recurrente a percibir los costes superiores que significaron el incremento del espesor de la unidad, a fijar en ejecución de Sentencia tomando como referencia los criterios establecidos en el informe elaborado por la Dirección facultativa de la obra el día de septiembre de 2015 en sus páginas 11 y 12, es decir los folios 323 y 324 del expediente administrativo, con desestimación del resto de las pretensiones de la demandante, todo ello sin costas.

**Segundo.-** Notificada la Sentencia anterior a las partes, por el recurrente en la instancia se interpuso contra aquella Recurso de apelación en el que, tras exponer las razones en las que lo fundaba, terminaba suplicando una Sentencia que, estimándolo, revoque la Sentencia apelada, y estime en su integridad el Recurso contencioso-administrativo promovido ante el Juzgado, imponiendo al Ayuntamiento las costas de la segunda instancia.

**Tercero.-** El Letrado del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón impugnó el Recurso de apelación anterior, y concluyó interesando su íntegra desestimación, imponiendo las costas al apelante.

**Cuarto.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y Sección, por Auto de febrero de 2018, confirmado en reposición, se denegó el recibimiento a prueba de la apelación interesado por la parte apelante, tras lo cual quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 30 de mayo del año 2018. En la tramitación de este Recurso se han cumplido las prescripciones legales excepto el plazo para dictar Sentencia, por la carga de trabajo que en este momento pesa sobre el ponente.

### **Fundamentos de Derecho**

**Primero.-** La mercantil apelante comienza diciendo que la Sentencia que recurre ha prescindido, como si no existieran, de los informes periciales aportados por aquella y admitidos en su momento, los cuales no son objeto de valoración alguna, valorando únicamente los informes de la dirección facultativa de las obras de de septiembre de 2015 ( folios 312 a 324 del expediente administrativo ) y de 28 de octubre de 2015 ( folios 486 al 491 del expediente administrativo ).

Afirma la apelante que estos informes no se pueden considerar, como hace la Sentencia que recurre, como emitidos por los órganos técnicos municipales, ya que el director facultativo de las obras, ni era técnico municipal ni funcionario municipal, sino un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos que prestaba sus servicios para una sociedad anónima cliente del Ayuntamiento, y a quien por tanto no se le pueden atribuir las cualidades de independencia e imparcialidad propias de los funcionarios, sino más bien lo contrario por la relación de clientela de su empresa con el Ayuntamiento, por lo que concluye que se ha infringido el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que obliga a valorar la prueba pericial con arreglo a la sana crítica.

Por otra parte estima que la falta absoluta de valoración por la Sentencia de los informes periciales de la empresa “ aportados por la parte recurrente, es igualmente contraria al artículo 348 referido, porque contienen opiniones bien razonadas en contrataste con los informes del director facultativo, que realizan afirmaciones no explicadas e incluso contradicen los hechos que la Sentencia declara como probados, lo que es especialmente

llamativo respecto a las opiniones de la Ingeniero municipal de obras y servicios, que no solo en sus informes, sino también en su declaración ante el Juzgado, realizó determinadas afirmaciones con las que, según la apelante, faltaba a la verdad.

En relación a la modificación de la obra como consecuencia de variarse su trazado a la que se refiere la Sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto, dice la apelante que solo se tuvo en cuenta el tercer informe de la dirección facultativa de 11 de noviembre de 2015 ( folios 890 al 894 del expediente administrativo ), siendo así que el objeto de este informe no eran las modificaciones de la obra y su valoración, sino los retrasos en la obra, como indica su propio título, sin tener en cuenta en absoluto el informe de “, que explicaba las razones de la modificación en cuestión.

Reseña la apelante el informe de “ “ sobre este punto, y añade que el Juzgado contaba con la declaración del testigo Don, a cuyo cargo estuvo el control de la obra.

Aborda a continuación la parte apelante la unidad. Incremento de excavación en desmonte por medios MEC en terreno tránsito “, ya que a consecuencia del cambio de trazado la excavación tuvo que ejecutarse no solo en desmonte sino en caja, lo que supuso un menor rendimiento, valorándose por tanto dicha unidad con un nuevo precio como reconoce el artículo 234 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto a la unidad “. Rellenos de trasdós de bordillo o rígola con material de excavación “, que el informe del director facultativo ( folio 317 vto. ) rechazó por considerarlo como un trabajo auxiliar, dice que de acuerdo al informe de ““ se trata de una unidad que no incluía el transporte del material, ni el lugar donde verterlo, ni el canon que en su caso habría que pagar, de forma que habría que haber incrementado el precio de esta unidad de obra, lo que se evitó utilizando material para el relleno del trasdós de los bordillos, lo que no formaba parte de la unidad en cuestión, y por tanto debía pagarse aparte para evitar un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento.

De la unidad “. Apertura en caja para bordillo o rígola “, explica “ “ que se trata de un nuevo trabajo que se ejecutó con pleno conocimiento de la dirección facultativa y que fue útil para la obra, no siendo necesario ser experto en construcción para apreciar que no se trata de un trabajo auxiliar como sostiene la dirección facultativa.

La unidad Serrado de pavimento “, se justifica en el informe de ““ porque también el cambio de trazado para pasarlo sobre una acera, obligó a serrar el pavimento, no siendo un trabajo auxiliar como sostiene el director facultativo, cortándose ese pavimento con una máquina especial, siendo por tanto una unidad nueva que debe ser abonada a la contratista.

En cuanto al nuevo precio de la unidad. Remate de hormigón in situ con asfalta “, la justifica “ “ porque se refiere a un trabajo que fue consecuencia del cambio de trazado en el Eje-2 y en la zona que se indica en la fotografía que aparece en la página 23 del informe pericial, afirmando que el director facultativo se limitó en su informe ( folio 318 ) sin dar razón alguna, a afirmar que este trabajo estaba incluido en los precios del proyecto, pero sin especificar en cuáles en concreto.

Sobre la unidad “Suplemento del precio del pavimento de baldosa “, el director facultativo dice en su informe ( folio 318 ), que se trata de una unidad incluida en los precios

del proyecto, pero sin demostrar en cuáles concretamente ni por qué era así, añadiendo que en todo caso esta unidad no estaba incluida en el contrato, como demuestra "" con el plano nº 6, plano 1 de 1 en la página 11 de su informe.

La reclamación de la unidad "Levantado de bordillo ", se considera por "" que se debe abonar porque para la ejecución de los bordillos barbacana se tuvo que realizar una demolición de bordillo no contemplada en el proyecto, en contra de lo que sostiene el director facultativo ( folio 318 ) al decir que se incluían en la demolición de hormigón, y ello porque no existe en el proyecto ninguna unidad de hormigón en masa.

En relación a las dos unidades cuyo pago reconoce la Sentencia apelada, debe reconocerse a la apelante no solo que se le pague el exceso de espesor del pavimento, sino también que la medicación de ese exceso se valore conforme al nuevo precio que corresponde al cambio de ese pavimento, pues de no ser así la Sentencia no sería congruente con su previa declaración de que el pavimento ejecutado no fue el del proyecto, y lo mismo cabe decir del acabado de zahorra del carril bici, que implicó operaciones de carga, transporte y extendido del material de zahorra que no contemplaba el proyecto, que solo recogía el transporte interior del movimiento de tierras.

Reprocha a la Sentencia no haberse pronunciado sobre una partida reclamada en vía administrativa en concepto de lucro cesante por importe de euros derivado de no haberse podido repercutir sobre su medición original el coste de una determinada partida que había sido eliminada, cambiándola por otra distinta, lo que también se acredita en el informe de "

La última pretensión contenida en el escrito de demanda de la empresa apelante era la relativa a la indemnización por los costes derivados de la mayor duración de la obra, cuyo plazo pasó de tres a ocho meses, de los que aquella dedujo un mes y medio por razones climatológicas que debe asumir el contratista.

En este sentido sostiene la apelante que no es de recibo el argumento de la Sentencia que recurre relativo a que ninguna mención hizo al retraso ni a la indemnización en el acto de la recepción de las obras el día 25 de junio de 2015, ni tampoco con ocasión del acta complementaria de 11 de agosto de 2015, y ello porque no cabe interpretar ese silencio como una renuncia tácita a la indemnización, en primer lugar porque el objeto único y exclusivo de la recepción de las obra es verificar que ésta se ha verificado conforme al proyecto y, si es así, aprobarla, sin que proceda hacer referencia en ese momento a la valoración ni a los costes para el contratista, que son objeto de la posterior certificación final y liquidación del contrato.

En cuanto a la remisión de la Sentencia al informe de la dirección facultativa de de noviembre de 2015 para denegar la indemnización de la que hablamos, considera la apelante que no es una valoración acomodada a las reglas de la sana crítica conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A continuación afirma que el acta de de mayo de 2015 que recoge un listado de 35 remates al que se refieren los informes de la dirección facultativa y de la Ingeniero municipal, no dice que entre esos remates había trabajos no contratados como era una solera de hormigón que había ejecutado otra empresa, y la colocación de una valla tipo sol junto a

la carretera M-502 que produjo un retraso de tres semanas no imputable a la empresa recurrente.

En relación a la falta de disponibilidad de determinados terrenos en la zona de Metro Ligero, afectó pesa a lo afirmado por la Sentencia a más de un 30 por 100 del trazado que aparecía en el proyecto, siendo así que esa falta de disponibilidad no es imputable a la recurrente.

Por último y en cuanto al desistimiento de la apelante del Recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid ( P.A. 392/2015 ) en el que se impugnaba la imposición a aquella por el Ayuntamiento de una multa por importe de euros por los retrasos habidos en la obra, dice que en ese procedimiento no se habría podido hacer valer la justificación del retraso derivada de las modificaciones de la obra, pues esto era una cuestión a dilucidar en el procedimiento en el que ahora estamos, como también lo era si respecto de tales modificaciones se siguió por la Administración el procedimiento legalmente previsto para modificar el proyecto, lo que el Ayuntamiento no hizo pese a admitir que el cambio de trazado del carril bici debió haberse tramitado como una modificación de proyecto de conformidad con lo prevenido en el artículo 234 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**Segundo.-** La Sentencia apelada dice en sus Fundamentos de Derecho lo que sigue textualmente:

“ **PRIMERO.-** Constituye el objeto de este proceso la impugnación la presunta desestimación por silencio administrativo negativo de la reclamación planteada por la empresa ahora demandante al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, el de octubre de 2015, para que se le abonasen euros (por obra ejecutada) y euros (por lucro cesante); así como también por la reclamación presentada el día de octubre de 2015, por importe de euros, en concepto de mayores costes derivadas del contrato consistente en la construcción de cinco nuevos tramos de carril bici en Pozuelo de Alarcón.

La parte actora pretende que se le abonen las obras realmente ejecutadas, por un lado, la ejecución de unidades o partidas de obra no incluidas en el proyecto original (con relación al cambio de trazado del carril bici en la zona afectada por el Metro Ligero); y, por otro lado, la aplicación de una fórmula de trabajo distinta de la proyectada para la unidad de microaglomerado en caliente que fue propuesta por el contratista. También que se le indemnice por los costes indirecto soportados por el retraso en la ejecución de las obras y las consecuencias adversas a nivel económico que esa situación le ha provocado. En este sentido, se reclaman en el suplico del escrito de demanda euros (sin IVA), más sus intereses legales por la liquidación de la obras y euros (sin IVA), más sus intereses como indemnización por costes indirectos.

Para avalar sus pretensiones, la empresa recurrente se apoya en un informe pericial elaborado por la consultora “”, el día de julio de 2016, que se acompaña como documento número 1 del escrito de demanda, y en el que destacan las siguientes partidas y cantidades en su apartado sexto:

|  |               |               |
|--|---------------|---------------|
|  | TOTAL SIN IVA | TOTAL CON IVA |
|--|---------------|---------------|

|  |  |  |
|--|--|--|
| Valoración de la obra realmente ejecutada según proyecto (descontando microaglomerado) |  |  |
| Valoración de las partidas realmente ejecutadas y no contempladas en proyecto          |  |  |
| Lucro cesante  |  |  |
| A descontar certificación final  |  |  |
| <b>TOTAL</b>   |  |  |

**SEGUNDO.-** La parte actora pretende que se le abonen, por un lado, la ejecución de unidades o partidas de obra no incluidas en el proyecto original (con relación al cambio de trazado del carril bici en la zona afectada por el metro ligero); y, por otro lado, la aplicación de una fórmula de trabajo distinta de la proyectada para la unidad de microaglomerado en caliente que fue propuesta por el contratista. A esto se une el hecho de que la compañía actora considera que existieron unos costes indirectos debido a la mayor duración de la obra que no quedaban cubiertos con el pago del precio y que ascienden a euros, a indemnizar por la Administración demandada.

La jurisprudencia suele admitir el abono de obras complementarias, ampliaciones o modificaciones de contratos públicos, finalmente ejecutados, y cuya correspondiente adjudicación o autorización administrativa no consta formalmente siempre que no concurra una actitud maliciosa del licitador o cuando las obras se hayan realizado por una decisión unilateral del mismo. Confirma esta tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008, en donde, recogiendo la doctrina emanada de las Sentencias de 18 de julio de 2003, 18 de junio de 2004, 20 de julio de 2005, 2 de octubre de 2006 y 18 de diciembre de 2007, afirma que *“la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto, y el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración Pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”*.

Trasladando esta doctrina al supuesto enjuiciado en estos autos, la hipótesis planteada es que la Administración demandada abone a la empresa actora las cantidades derivadas de las actuaciones antes mencionadas, con base en el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración. La teoría del enriquecimiento injusto aparece recogida inicialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1956, fijando una doctrina que se ha consolidado y por la que se considera que los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa los siguientes:

a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.

b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido siempre, que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.

c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.

d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento. Este último requisito, crucial en la delimitación del ámbito del enriquecimiento injusto, es el que presenta mayores dificultades prácticas. Si bien puede decirse que, desde la perspectiva de un “concepto de Derecho estricto” que impera en nuestra jurisprudencia al aplicar la figura del enriquecimiento injusto, o se considera que la ausencia de causa equivale a falta de justo título para conservar en el patrimonio el incremento o valor ingresado, o se atiende a concreciones de la acción a través de: la conditio por una prestación frustrada al no conseguirse la finalidad a la que va enderezada; conditio por intromisión o por invasión en bienes ajenos; y conditio por desembolso.

Tomando como referencia esa jurisprudencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia de enriquecimiento injusto de la Administración, podemos exponer a continuación los criterios fijados para considerar que los gastos originados por cualquier obra complementaria, ampliación, aumento de obra u obra necesaria realizada al amparo de un previo contrato administrativo o ante su inexistencia debe ser asumido por la Administración adjudicataria del mismo o responsable de su financiación y que puede aplicarse analógicamente al supuesto enjuiciado en estos autos. Ese conjunto de criterios fijados jurisprudencialmente a modo de causa jurídica que justifican su abono por la Administración contratante, son los siguientes:

1-) Que hayan existido actos o una actuación activa por parte de la propia Administración contratante (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000 y 27 de abril de 2005).

2-) Que la Administración haya recibido y entrado a ocupar, sin reserva ni protesta, el exceso de obra efectuada (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1991, 28 de octubre de 1997, 9 de octubre de 2000, 11 de julio de 2003, 11 de mayo y 2 de julio de 2004).

3-) Que las obras efectivamente realizadas por el contratista fueran efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del equipo técnico de la Administración, sin objeción alguna (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004).

4-) Que haya existido una orden de la dirección facultativa de la obra para realizar una actuación o una modificación no contemplada en el proyecto original, aunque ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1979, 20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997, 9 de octubre de 2000 y 27 de abril de 2005).

5-) Que haya existido una orden o de la dirección facultativa de la obra, con el consentimiento tácito o expreso de la Administración afectada (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995 y 8 de abril de 1998).

6-) Que se hayan dado órdenes por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad de la contratación administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1979, 21 de noviembre de 1981 y 15 de junio de 1999).

7-) Que hayan existido órdenes de la Administración debidamente informadas o consentidas por el s obras o por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio y 31 de diciembre de 1985, 29 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1990, 12 de marzo de 1991, 29 de enero de 1993, 5 de abril de 1994, 28 de mayo de 1996, 9 y 16 de octubre de 2000, y 10 de noviembre de 2.004).

8-) Que la obra ejecutada conste en un proyecto redactado por la propia Administración, aunque no hayan sido aprobadas por la misma ni adjudicadas en forma legal (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999).

9-) Que hayan existido defectos formales en la contratación que no impidieron la efectiva y adecuada realización de las prestaciones efectuadas por cuenta de la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1997, 15 de marzo, 15 de octubre, 9 y 19 de noviembre y 27 de diciembre de 1999).

10-) Que el exceso de obra realizado estuviera motivado por una iniciativa de la propia Administración, sin que ésta hubiera cuestionado su importe (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003).

11-) Que las obras no respondan a una decisión unilateral por propia iniciativa del contratista (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003 y 18 de junio de 2004).

12-) Que las obras no hayan sido realizadas maliciosamente por la empresa contratada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003 y 18 de junio de 2004).

Frente al anterior criterio recogido en la jurisprudencia expuesta, la tesis contraria de que la obligada a asumir el pago sea la empresa que realizó la instalación con base en el principio del riesgo y ventura de los contratos administrativos, tiene lugar en los siguientes supuestos:

a) Cuando las obras respondan a una decisión unilateral por propia iniciativa del contratista.

b) Cuando las obras hayan sido realizadas maliciosamente por la empresa contratada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003 y 18 de junio de 2004).

En síntesis, la existencia de posibles irregularidades en la contratación o la inexistencia de un contrato de adjudicación formal no impide el abono de las obras

ejecutadas para evitar la consolidación de una posible situación de enriquecimiento injusto en este caso de la Administración.

**TERCERO.-** La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado estos autos exige enjuiciar cada uno de los dos supuestos descritos por la compañía demandante. Como cuestión inicial hay que indicar que las reclamaciones planteadas por la misma se basan en el informe pericial elaborado por la consultora “el día de julio de 2016, que se acompaña como documento número 1 del escrito de demanda. Con relación al mismo, merece destacarse que para su elaboración sólo se tomaron como referencia los datos e informaciones suministrados por la propia empresa demandante.

Frente a ese informe pericial elaborado a instancias de la parte actora y sólo con los datos suministrados por la misma, se comprueba en el expediente administrativo la existencia de diversos informes técnicos a instancias de la Administración demandada. Sobresalen los elaborados por la dirección facultativa de la obra, con fechas de 18 de septiembre de 2015 (folios 312 al 324 del expediente administrativo) y de 28 de octubre de 2015 (folios 486 al 491 del expediente administrativo).

A este respecto hay que recordar que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de junio de 1999 expone los principios establecidos por la jurisprudencia respecto a los dictámenes periciales, al indicar lo siguiente:

*“a) Ha de atenderse, en primer lugar, a la fuerza convincente de los razonamientos que contienen los dictámenes, pues lo esencial no son sus conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce, dado que la fundamentación es la que proporciona la fuerza convincente del informe y un informe no razonado es una mera opinión sin fuerza probatoria alguna.*

*b) Debe tenerse en cuenta la mayor o menor imparcialidad presumible en el perito y ha de darse preferencia a los informes emitidos por los y, en su caso, por los peritos procesales, puesto que éstos gozan de las garantías de imparcialidad superiores a cuantos otros dictámenes hayan sido formulados por técnicos designados por los interesados, pues si el conflicto o la discrepancia se produce entre los informes de los técnicos municipales y los emitidos por los peritos procesales, ha de darse preferencia a estos últimos, pues ningún dictamen pericial puede superar en garantía al emitido en un procedimiento Contencioso-Administrativo, en virtud de los principios de publicidad, contradicción e inmediatez que rigen en el proceso judicial.*

*c) Un tercer criterio que debe ser tenido en cuenta es la necesaria armonía de las conclusiones contenidas en los informes periciales con el resto de los elementos probatorios, cuales pueden ser, entre otros, las diversas pruebas documentales practicadas en las actuaciones”.*

En cualquier caso, debe recordarse que con relación a esta valoración el artículo 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (sustancialmente coincidente con el artículo 632 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), dispone que *“el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”*, lo que no significa otra cosa sino que las conclusiones de los peritos deben ser examinadas depurando sus razonamientos (STS de 1 de julio de 1988), ponderándose atendiendo a su fuerza

convinciente (SSTS de 2 de noviembre de 1989, 3 de octubre de 1990 ó 31 de mayo y 5 de junio de 1991, análoga de 30 de junio de 1994), y es que la prueba pericial no es una prueba tasada, sino de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica (STS de 5 de junio de 1991).

Como viene manifestando con reiteración la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el criterio fundamental a tener en cuenta en el contenido de la prueba pericial examinada a los efectos de la sana crítica es el de la independencia de los técnicos respecto a los intereses en juego, ya que ello constituye una evidente garantía y seguridad de la imparcialidad de sus actuaciones, y en tal sentido, las Sentencias de 12 de diciembre de 1991, 19 de febrero de 1990, 8 de marzo y 20 de julio de 1993, entre otras muchas, señalan que los informes emitidos por los órganos técnicos municipales así como los de los peritos procesales, gozan de unas garantías de imparcialidad, superiores a las formuladas por técnicos designados por las partes. En efecto, tradicionalmente la jurisprudencia indica que, partiendo de la idea de la necesaria valoración del informe de cada perito o dictamen de experto técnico con arreglo a las reglas de la sana crítica, suele señalarse que ha de atribuirse al dictamen de los técnicos municipales un valor superior de convicción, respecto de los emitidos a instancia de las partes, porque aquéllos, como asistentes técnicos de la autoridad que decide, están alejados de los intereses privados en pugna, por lo que cabe presumir en ellos una mayor dosis de objetividad (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1987, 19 de febrero de 1990, 27 de octubre 1998, etc...). En el supuesto de los peritos judiciales se suele predicar su carácter objetivo e imparcial (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 3 de febrero de 1994, 1 de febrero y 20 de octubre de 1993, 24 de junio y 15 de julio de 1992, etc...). Conforme a esta doctrina jurisprudencial es claro que los informes a considerar como relevantes, por su más objetiva presunción de imparcialidad, son los de los técnicos municipales y los de peritos insaculados. La misma doctrina es recogida por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en sus Sentencia de 20 de diciembre de 2001 y de 17 de febrero de 2010, cuando afirma en ésta última lo siguiente:

*“Indica la doctrina del Tribunal Supremo que todo acto declaratorio de ruina legal encuentra su causa en las mencionadas situaciones de hecho y objetiva para cuya apreciación son esenciales los informes periciales, a la luz de las reglas de la sana crítica, siendo uno de los criterios básicos a tener en cuenta, el de la independencia de los técnicos autores de los informes, respecto a los intereses en juego, lo que, desde luego, viene a servir de suficiente garantía a la imparcialidad de sus apreciaciones, siendo evidente que conforme a ese criterio, los dictámenes presuntamente más objetivos son, en principio, los de los técnicos municipales y los de los peritos procesales nombrados por insaculación o por acuerdo entre las partes, no planteando normalmente problema alguno cuando ambos tipos de informes son coincidentes. En este sentido, la STS de 23.04.1992 lo resume indicando que "es fundamental para la apreciación y exacta valoración de las circunstancias concurrentes los dictámenes periciales emitidos por técnicos competentes, mostrando cierta preferencia por los informes emitidos por los técnicos municipales, y, sobre todo, por los peritos designados por insaculación dentro del proceso judicial".*

**CUARTO.-** Comenzando por el primero de ellos, se afirma por la empresa recurrente que se tuvo que modificar algunos tramos del carril-bici, con lo cual la obra no se ajustó al proyecto redactado, retrasando su ejecución. Así, se indica que aunque el plazo de la obra terminaba el día 5 de febrero de 2015, sin embargo se tuvo que esperar hasta el día 6 de marzo de 2015 para tener la solución del cambio de trazado en el carril. Se alega que la

Administración demandada estaba obligada a tener disponibles los terrenos necesarios para ejecutar la obra contratada, conforme a su programación, lo que no pudo hacerse por causas imputables al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

Frente a las alegaciones de la parte actora, puede tomarse como referencia el informe elaborado por la Dirección facultativa de la obra al analizar la solicitud de una indemnización por parte de la compañía recurrente por mayor duración de las obras, de fecha 11 de noviembre de 2015 (folios 890 al 894 del expediente administrativo). En el mismo, se comienza afirmando que, *“como indica la empresa contratista el tramo situado entre los p.k. 0+280 y 0+400 del eje-3 de acuerdo a lo proyectado afectaban a suelos titularidad de Metro Ligerero, quien no facilitó borrador de resolución favorable a los mismos hasta el día 1 de febrero de 2015, optándose por parte de la propiedad y de la dirección facultativa por pintar con slurry la acera adoquinada existente. Esta longitud afectada (120 m) supone un porcentaje de un 2,9% en relación a la longitud total del carril bici (4127 m)”*. De esta situación, el informe concluye que *“es importante indicar que una vez tomada la decisión por parte de la propiedad de ejecutar este tramo con slurry, el proceso de extendido del mismo tiene una duración de un día laborable, con lo que no se considera que pueda justificar el retraso de cinco meses sufrido en las obras”* (folios 891 y 892 del expediente administrativo).

Del texto del informe reproducido se llega a la conclusión que la modificación del proyecto de la obra no implicó la ejecución de nuevas actuaciones, diferentes y al margen de lo inicialmente proyectado. Ante las dificultades de poder utilizar terrenos afectados al Metro Ligerero se optó por reutilizar la acera adoquinada existente, que fue pintada con slurry, al objeto de considerarla destinada a carril bici. Esa labor no puede considerarse como de aumento de la obra proyectada. Antes bien, como se indica en el escrito de contestación a la demanda (Fundamento de Derecho I), esa solución redujo las obras a ejecutar, por lo que no concurre una situación que permita a la compañía actora exigir el abono de cantidades suplementarias a las percibidas, aunque debería haberse seguido los trámites del artículo 234 de la Ley de Contratos.

En consecuencia, procede desestimar la pretensión de la parte actora de que se le abone la modificación de un tramo del carril bici en la zona afectada por el Metro Ligerero.

**QUINTO.-** Con relación al segundo supuesto descrito por la empresa demandante, se indica por la misma que se tuvo que utilizar una fórmula de trabajo distinta de la proyectada para la unidad de microaglomerado en caliente que fue propuesta por el contratista. En su opinión, la pavimentación recogida en el proyecto no se ajustaba a la normativa de aplicación y no garantizaba la calidad y seguridad de la obra. Así se señala que no fue hasta el día de marzo de 2015 cuando se definió el pavimento que sustituiría al del proyecto.

Tomando como referencia el informe elaborado por la Dirección facultativa de la obra al analizar las mediciones y sobre coste reclamados por la compañía recurrente, de fecha de septiembre de 2015, se indica que esa unidad de obra estaba prevista en el proyecto. Sin embargo, tras el intercambio de diversos correos electrónicos entre aquella y la compañía adjudicataria, el de febrero de 2015, la Dirección facultativa aceptó la fórmula de trabajo propuesta por la parte actora para la ejecución del microaglomerado. Así se reconoce expresamente en la página 7 del referido informe (folio 318 del expediente administrativo). Con posterioridad, el día de marzo de 2015, la Dirección facultativa ratificó su

consentimiento, con la conformidad de la Administración demandada. Por este motivo, el informe elaborado por la Dirección facultativa de la obra afirma que *“en opinión de esta dirección facultativa se considera que la unidad mU07F045-M se ha ejecutado de acuerdo a la fórmula de trabajo facilitada por la empresa contratista, a través de su interlocutor válido en la obra, en este caso el jefe de obra, sin que la misma fuera modificada por la DF ni por la propiedad. Así mismo una vez ejecutada la obra se ha podido comprobar que la misma era factible técnicamente en contra de lo indicado en los escritos presentados por la empresa contratista tanto a la propiedad como a la dirección facultativa”* (folio 319 del expediente administrativo). Con relación al incremento de espesor de la citada unidad el informe establece unas conclusiones relevantes respecto a la reclamación planteada en este sentido por la parte actora, y son las siguientes:

*“En relación al incremento de espesor reclamado de la capa extendida de la unidad por parte de esta DF cabe hacer la siguiente consideración:*

*- Efectivamente de acuerdo a las mediciones previas al extendido de la unidad se ha podido comprobar que existía un espesor superior a 3 cm entre la capa de zahorra terminada y la cara superior del bordillo.*

*- La medida de este sobre espesor puede estar en torno a los 0,4 cm de acuerdo a las fotos tomadas en la obra.*

*- La unidad es abonada de acuerdo al cuadro de precios por m2 de extendido, totalmente ejecutada.*

*- En caso de realizar una medición proporcional del incremento de espesor de 0,4 cm sobre los 3 cm previstos en proyecto, la misma se correspondería con un incremento de medición de un 13,33%, lo que aplicado a los m2 extendidos realmente ejecutados (3.576,47 m2) y al precio de proyecto supondrían un total de 476,87 m2 y un importe en ejecución material (sin baja) de euros.*

*- Por parte de esta DF se indicó de manera verbal al contratista la posibilidad de reconocer este incremento de espesor en la liquidación del proyecto, habiéndose reconocido por parte del contratista esta posibilidad al estar definido el precio de proyecto en m2.*

*- Por parte de esta DF se informa que dicho importe podría asumirse sin sobrepasar el 10% de la liquidación final de la obra, si bien no se ha incorporado en el proyecto de liquidación presentado por estar previsto el abono de la misma en m2, sometiéndose el reconocimiento del mismo a consideración de la propiedad”* (folios 323 y 324 del expediente administrativo).

A la vista del contenido del informe elaborado por la Dirección facultativa de la obra al analizar las mediciones y sobrecoste reclamados por la compañía recurrente, de fecha de septiembre de 2015, procede admitir la tesis de la parte actora de la existencia de una modificación o cambio en la fórmula de trabajo proyectada para la unidad de microaglomerado en caliente, habiéndose admitido la pavimentación propuesta por el contratista, diferente de la recogida en el proyecto.

En consecuencia, deben abonarse a la empresa recurrente los costes superiores que significaron el incremento de espesor de la citada unidad. La cantidad así a abonar será fijada en ejecución de sentencia tomando como referencia los criterios establecidos en el informe elaborado por la Dirección facultativa de la obra, el día de septiembre de 2015, en sus páginas 11 y 12, es decir, los folios 323 y 324 del expediente administrativo.

**SEXTO.-** La parte actora solicita también una indemnización por el retraso en la ejecución de las obras y las consecuencias adversas a nivel económico que esa situación le ha provocado.

En principio, tiene razón la Administración demandada que llama la atención que sobre esas pretensiones no se haya hecho mención alguna en el Acta de recepción de las obras, el día de junio de 2015 (folios 531 y 532 del expediente administrativo), ni tampoco en el Acta complementaria de de agosto de 2015 (folio 895 del expediente administrativo).

No puede admitirse la tesis del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de que las pretensiones de la empresa demandante busca compensar los ingresos dejados de percibir al proponer una oferta económica con una baja del 44,73%. Se trata de una mera hipótesis, admisible, pero que al no estar debidamente respaldada por pruebas objetivas debe desestimarse.

Con relación a la indemnización solicitada por la parte actora por una mayor duración de las obras inicialmente proyectadas, la misma debe rechazarse tomando como referencia y aplicando los razonamientos contenidos en el informe de la Dirección Facultativa, de fecha 11 de noviembre de 2015, al que podemos remitirnos a esos efectos (folios 890 al 894 del expediente administrativo); así como a los elaborados por los Servicios Técnicos Municipales (folios 886 al 889 del expediente administrativo). También hay un hecho objetivo que contradice las aspiraciones de la compañía recurrente. Ese hecho objetivo no es ni más ni menos que la existencia de la imposición de penalidades a la empresa contratista, el día 22 de julio de 2015, como consecuencia de los retrasos en la ejecución de las obras durante 124 días y por un importe de 4.993,48 euros. Esa decisión sería impugnada por la parte actora ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, dando origen al procedimiento abreviado número 392/2015, que finalizaría por el Auto número 162/2016, de 11 de julio, en el que se declaró el desistimiento del recurso contencioso-administrativo. La parte actora, en su escrito de conclusiones, achaca ese hecho a un presunto error de su Procurador. Sin embargo, esa circunstancia no se ha acreditado, por lo que nos hallamos ante una situación contradictoria que ha sido considerada por la Administración demandada como una vulneración de la doctrina de los actos propios.

La doctrina de los actos propios o "venire contra factum proprio, non valet" no se encuentra regulada específicamente en ningún precepto legal, pero constituye un principio general del derecho que se construye en torno al principio de buena fe regulado en el artículo 7 del Código Civil. Como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de abril de 1988 y el Tribunal Supremo en una prolija jurisprudencia, el fundamento último de esta doctrina "*es la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe, al imponer el deber de ser coherente en el comportamiento posterior*". El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 30 de marzo de 1999, 27 enero de 1996, 30 de septiembre de 1996, 18 de diciembre de 1996, 22 de enero de 1997, 21 de febrero de 1997, 7 de marzo de 1997, 16 de febrero de 1998, 19 de mayo de 1998 y 22 de mayo de 2003 y muchas más, señalan que la

doctrina de los actos propios se da “*con la consecuencia de que no es lícito accionar contra los propios actos, cuando se llevan a cabo actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores, y cuando se encaminan a crear, modificar o extinguir algún derecho, con lo que generan vinculación de los que se les atribuyen*”. Es más, se indica que la doctrina de los actos propios “*constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior*” (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero y 9 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 30 de diciembre de 1995, 16 de febrero de 1996, 16 de febrero de 1998, 9 de julio de 1999).

A nivel de requisitos, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de marzo de 1995, indica que “*los actos propios, para que vinculen a su autor, deben de ser inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o aclarar sin duda alguna una determinada situación jurídica afectando a su autor; deben de ser actos concluyentes y definitivos, y es totalmente necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni incorrecto*”. Los actos propios constituyen así un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (Sentencia de 16 de febrero de y las que cita). En la conducta del agente no ha de existir ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho (Sentencias de 17 de noviembre de 1994 y de 27 de enero de 1996) y ha de tratarse de actos o declaraciones de significación concluyente e indubitada, no ambigua o inconcreta (Sentencia de 23 de julio de 1997 y las en ella citadas). Las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo, 24 de octubre y 12 de diciembre de 1985 y 20 de diciembre de 1996 indican que los presupuestos para que se verifique la doctrina de los actos propios, son los siguientes:

- 1) Que el acto que se pretende combatir haya sido adoptado y verificado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada.
- 2) Un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior.
- 3) Que la acción sea concluyente e indubitada de forma que defina de modo inalterable la situación de quién lo realiza, por estar por su carácter trascendente o por constituir convención, orientada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

Por último, llama también la atención la existencia de solicitudes de ampliación del plazo de ejecución de la obra, instada por la propia parte actora, los días 4 y 23 de febrero de 2015 (documentos números 5 y 6 del escrito de contestación a la demanda), lo que parece contradecir el hecho de que aquella impute a la Administración demandada la responsabilidad por el retraso de la ejecución de las obras.

En consecuencia, debe desestimarse la pretensión de la parte actora de ser indemnizado por el retraso en la ejecución de la obra adjudicada.

Recopilando todo cuanto antecede, procede estimar parcialmente el presente recurso, en el sentido de reconocer el derecho de la empresa recurrente a percibir los costes superiores que significaron el incremento de espesor de la unidad. La cantidad así a abonar será fijada en ejecución de sentencia tomando como referencia los criterios establecidos en el informe elaborado por la Dirección facultativa de la obra, el día de septiembre de 2015, en sus páginas 11 y 12, es decir, los folios 323 y 324 del expediente administrativo, debiendo DESESTIMARSE el resto de pretensiones relativas al abono por la ejecución de unidades o partidas de obra no incluidas en el proyecto original, así como la indemnización por el retraso en la ejecución de las obras y las consecuencias adversas a nivel económico que esa situación ha provocado a la compañía recurrente. “

**Tercero.-** Vamos a analizar en este Fundamento de Derecho con separación, los distintos motivos de impugnación de la apelante.

**I.-** En primer lugar hay que dejar sentado que la Sentencia apelada no ha prescindido del informe pericial de la empresa de ingeniería aportado por la demandante, ni se ha negado a valorarlo, como demuestra el hecho de que al comienzo del Fundamento de Derecho Tercero lo menciona expresamente y dice que para su elaboración sólo se tomaron en cuenta los datos e informaciones suministrados por la propia empresa demandante, tras lo cual entra a examinar los informes aportados por el Ayuntamiento demandado, y en particular los emitidos por el director facultativo de las obras, un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, respecto de los que dice que tienen mayores garantías de imparcialidad que los informes periciales emitidos a instancia de parte, porque los primeros, al estar emitidos como asistentes técnicos de la autoridad administrativa que decide, están alejados de los intereses privados en pugna.

No es cierto por tanto que la Sentencia no valore el informe pericial aportado por la empresa recurrente, sino que lo considera menos objetivo que los informes del director facultativo por las razones que detalla, y esta postura la comparte plenamente esta Sala por las siguientes razones:

1ª. Porque por más que el director facultativo no sea técnico o funcionario municipal, desde el mismo momento en que es designado por el Ayuntamiento para ese cargo, adquiere por ello unas responsabilidades y unas facultades que le alejan de la empresa a la que pertenece, integrándose en el Ayuntamiento que es el órgano administrativo que contrata, del que depende y que le paga.

2ª. Porque en la medida en que dicho director facultativo está en la obra desde el principio, asumiendo las máximas responsabilidades en todos los sentidos, siendo interlocutor directo tanto del Ayuntamiento como del contratista, tiene un conocimiento

personal y directo de lo sucedido que nadie más tiene en esa medida, en tanto que el informe pericial que presenta la empresa recurrente se lleva a cabo una vez concluida la obra y por técnicos que no han intervenido en ella y que por otra parte solo han recibido información de la empresa constructora.

3ª. Porque el Magistrado que dicta la Sentencia apelada, para llegar a las conclusiones sobre el valor de los informes de la dirección facultativa y su prevalencia sobre el informe pericial aportado por la recurrente, no solo ha examinado tales informes sino que además ha oído personalmente tanto al director facultativo de las obras como a la técnico que elaboró el informe de la recurrente, de manera que su criterio goza de una inmediatez, es decir de un conocimiento directo, que lo hace especialmente valioso y es lo cierto que ese criterio así formado no puede ser dejado de lado.

4ª. Porque con ocasión de la ratificación de los informes del director facultativo ante el Juzgado, en vista pública, la parte recurrente pudo haber planteado a aquel director las supuestas contradicciones, inexactitudes o afirmaciones inciertas que según dice se contienen en sus informes, lo que no hizo, y de otra parte queda claro en dicha ratificación que la dirección facultativa en ningún momento autorizó o dio orden al contratista de llevar a cabo unidades distintas de las que figuraba en el proyecto.

5ª.- Por otra parte, tampoco es exacta la afirmación de la parte apelante de que la Sentencia solo tuvo en cuenta dos informes del director facultativo, ya que basta su lectura para apreciar que tiene en cuenta los tres informes que emite, que por otra parte se relacionan unos con otros en la medida en que abordan en todo caso el proceso de construcción de la obra y las vicisitudes y problemas durante la ejecución.

En conclusión la valoración de la prueba que lleva a cabo la Sentencia en relación a los peritos de una y otra parte, se acomoda plenamente a las reglas de la sana crítica que recoge el artículo 348 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

**II.-** En relación a la cuestión de las distintas unidades de obra reclamadas a continuación por la apelante con fundamento en el informe de la empresa de ingeniería “ Prodigest “ que aportó con la demanda, sucede que, a la vista de la prueba pericial ante el Juzgado y del debate contradictorio llevado a cabo ante el Magistrado que dictó la Sentencia, que tiene un conocimiento personal y directo de la controversia, no puede esta Sala en sus funciones de órgano de apelación, sustituir el criterio del Juzgador de instancia por el de la parte apelante, porque no aprecia errores flagrantes o groseros en la valoración de la prueba antes al contrario, considera que aquel Juzgador ponderó cuidadosamente la prueba de una y otra parte, oyó las razones de los peritos en el acto de la ratificación y resolvió en consecuencia, debiendo decir tan solo que frente a esta prueba pericial contradictoria, no puede prevalecer el criterio de un testigo jefe de obra al servicio de la contratista que además solo participó en las obras cuando estas estaban concluyendo.

A propósito de las unidades de obra referidas, y hallándonos en esta segunda instancia, siendo las discrepancias de la parte apelante de orden exclusivamente técnico, materia en la que este Tribunal - y los letrados de las partes – es lego, la cuestión no puede decidirla la Sala por medio de una decisión meramente voluntarista, estando limitada por tanto a verificar si la prueba desarrollada ante el Juzgado se acomoda a las reglas sobre práctica y valoración de la prueba aceptadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil y la

jurisprudencia, y a si las conclusiones del órgano de instancia tras la práctica de esa prueba no son irracionales y se acomodan al criterio de la sana crítica y a las reglas comunes de la experiencia, como así ha sido.

**III.-** La partida de euros en concepto de de lucro cesante por importe de euros derivado de no haberse podido repercutir sobre su medición original el coste de una determinada partida que había sido eliminada, cambiándola por otra distinta, es cierto que no ha sido analizada y resuelta por la Sentencia apelada.

Ahora bien, pese a ello esa partida no debe ser abonada a la empresa recurrente, porque en materia de indemnización en los contratos del sector público el lucro cesante es siempre un porcentaje sobre una unidad de obra que debiendo haberse ejecutado, no se ejecutó por causas ajenas al contratista, y como en el supuesto analizado la unidad de obra sobre la que se reclama el lucro cesante ha sido sustituida por otra unidad de obra, es por eso por lo que no cabe hablar de que en este supuesto haya existido lucro cesante.

**IV.-** Por último y en cuanto a la indemnización por el retraso en la obra, no comparte la Sala la afirmación de la apelante de que la remisión de la Sentencia al informe del director facultativo de 11 de noviembre de 2015 que explica detalladamente las causas del retraso, es contraria al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica, porque la reproducción por la Sentencia de dicho informe, aunque sea con otras palabras, o la glosa más o menos retórica por la Sentencia de aquel informe, nada va a añadir a éste, sin perjuicio obviamente de la valoración crítica del informe en cuestión, que si la Sentencia no hace es porque comparte lo que allí se dice, no siendo desde luego obligado que la Sentencia critique el informe si no aprecia razones para hacerlo.

El argumento de la Sentencia apelada de que la empresa recurrente desistió de la impugnación de la sanción de euros por retraso de 124 días en su Recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, desde luego es un hecho objetivo que permite concluir que si se desistió es porque no había argumentos para combatir el retraso imputable a la recurrente, y lo cierto es que ese retraso no es diferente del retraso que aquí se discute.

Para terminar la cuestión de que los terrenos en la zona del Metro Ligeró afectaba, pese a lo afirmado por la Sentencia, a más de un 30 por 100 del trazado que aparecía en el proyecto, siendo así que esa falta de disponibilidad no es imputable a la recurrente, se trata de afirmaciones de la demandante confirmadas por el informe de, que como ya hemos visto no prevalece sobre los informes del director facultativo de las obras, por todo lo cual se está en el caso de la íntegra desestimación de la apelación.

**Cuarto.-** Conforme a lo establecido en el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas de la apelación al apelante, si bien, por aplicación de lo dispuesto en el número 3 del artículo citado, la cifra máxima por el concepto de costas de la apelación se limita a 1.500 euros mas el IVA correspondiente.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

## **Fallamos**

Que desestimamos el Recurso de apelación promovido por la mercantil, contra la Sentencia número 103/2017 de fecha de marzo del año 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 18 de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 47/2016, reseñada en el Antecedente de Hecho Primero, imponiendo las costas procesales a la apelante con los límites del último Fundamento de Derecho.

Llévese esta Sentencia al libro de su clase y expídase testimonio de ella que se enviará, junto con el expediente administrativo, al órgano de origen de éste.

La presente Sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº (Banco de Santander, Sucursal c/), especificando en el campo “concepto” del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general) y se consignará el número de cuenta expediente en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente en el día de la fecha, mientras se celebraba audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.