

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Tercera C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004**  
33010330  
NIG

## **Recurso de Apelación 66/2019**

**Ponente: Don**

**Apelante:**

**Procurador: Doña**

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

**Letrado: Sr. Letrado de los Servicios Jurídico del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón**

### **SENTENCIA nº 695**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

Don

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Don

Don

En Madrid, a 29 de noviembre del año 2019, visto por la Sala el Recurso de apelación arriba referido, interpuesto por la, representada por la Procuradora Doña, contra la Sentencia número 355/2018 de 31 de octubre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 31 de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 253/2017. Ha comparecido como parte apelada el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón ( Madrid ), defendida 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 la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 31 de Madrid, con fecha 31 de octubre del año 2018 se dictó la Sentencia número 355/2018, en el Procedimiento Ordinario número 253/2017, promovido por la mercantil contra la desestimación por silencio administrativo, de la solicitud de aquella al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón realizada por medio de escrito de , relativa al pago de la cantidad de euros en concepto de nuevas unidades de obra no contempladas en el proyecto del contrato de

, siendo el fallo de la Sentencia la inadmisión del Recurso contencioso-administrativo, sin hacer condena en costas.

**Segundo.-** Notificado la Sentencia anterior a las partes, por la mercantil 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 estimando sus pretensiones, revocase la Sentencia apelada en relación a la inadmisión del Recurso contencioso-administrativo que declaraba, y entrando en el fondo de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda, estimase el Recurso contencioso-administrativo promovido ante el Juzgado, declarando contraria a Derecho la inactividad del Ayuntamiento, declarando su derecho al cobro de la cantidad reclamada de euros, así como los intereses de demora legalmente establecidos, con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

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

**Cuarto.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y Sección, y al no interesar las partes la celebración de vista o el despacho del trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 23 de octubre del año 2019.

### **Fundamentos de Derecho**

**Primero.-** En el primer motivo de la apelación, sostiene la parte apelante que la Sentencia que impugna, al inadmitir el Recurso contencioso-administrativo por causa de haberse interpuesto éste antes de que transcurriera el plazo para entender desestimada por silencio administrativo su solicitud al Ayuntamiento, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, y la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre esta materia, de la que se desprende que la interposición anticipada del Recurso contencioso-administrativo, no da lugar a su inadmisión si una vez interpuesto, transcurre el plazo con el que la Administración cuenta para resolver expresamente antes de que se puede entender desestimado por silencio administrativo lo solicitado.

**Segundo.-** La Sentencia apelada declara la inadmisibilidad del Recurso contencioso-administrativo razonando en su Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente:

“ (...) En consecuencia, dado que la reclamación previa se interpuso en fecha 18 de mayo de 2012 (folio 273 del EA) y que el presente recurso se ha presentado en fecha 12 de julio de 2017, el recurrente no respetado el plazo de tres meses legalmente establecido en el art. 29 LJCA.

Por tanto, y habiendo planteado la actora, directamente recurso contencioso administrativo sin respetar el plazo de tres meses necesario para agotar la vía administrativa según los preceptos aludidos, es procedente acoger la causa de inadmisibilidad invocada por la representación de la Administración demandada por cuanto se trata de un acto no susceptible de recurso por no agotar la vía administrativa; lo que hace innecesario analizar el resto de los argumentos o motivos invocados por la parte recurrente.

Procede, por lo tanto, declarar la inadmisibilidad del recurso ex artículo 69 c) de la Ley de la Jurisdicción y, en consecuencia, no procede la resolución del resto de cuestiones planteadas en la presente litis.

Por último debemos decir que la inadmisibilidad no produce ninguna vulneración del artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 106.1 de mismo texto legal, que vienen a reconocer el principio “pro actione”. En efecto, el principio “pro actione” viene siempre subordinado al principio de legalidad, y que el derecho a la tutela judicial efectiva, consiste en obtener una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión recurrente o actor, y que podrá ser de inadmisión siempre que concurra una causa legal para declararla y así lo acuerde el Tribunal en aplicación razonada de la misma (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1999. (...)).

**Tercero.-** La doctrina que mantiene la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre los Recursos contencioso-administrativos interpuestos antes de que transcurran los plazos que la Ley 29/1998, de 13 de julio, impone para poder interponer en tiempo y forma aquellos Recursos, se resume en su Sentencia de 14 de marzo de 2007 ( recurso número 7757/2003 ), en la que se razona al respecto lo que sigue a continuación:

“ Por ello, en principio, la precipitada venida del recurrente a esta vía jurisdiccional, que, como sabemos, se ha producido a los cuatro días de la conclusión del plazo para la resolución del procedimiento sancionador (y a los dos días de exigir tal resolución expresa a la Administración), ha impedido a los propios órganos que integran la misma, el poder articular sus mecanismos de respuesta, imponiéndoles una revisión jurisdiccional sin tiempo material para ni siquiera poder encauzar procedimentalmente la respuesta expresa requerida. Es, por tanto, el propio funcionamiento interno de la Administración el que exige, en supuestos como el de autos, el establecimiento de un plazo -que, por las razones expresadas, hemos concretado en el de quince días- para poder articular razonablemente la obligada respuesta administrativa sobre la caducidad del procedimiento seguido.

Sin embargo, la anterior doctrina, dentro del ámbito jurisdiccional, hemos de modularla con la que establecimos en nuestra sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005, recordando que, en el supuesto de autos, en la fecha en que se dicta por la Sala de instancia el primero de los autos impugnados (26 de junio de 2003) ya había transcurrido el mencionado plazo de quince días desde la fecha de la conclusión del plazo de seis meses para resolver e procedimiento sancionador.

Todo ello de conformidad, como decimos, con la doctrina establecida en la STS de 22 de diciembre de 2005, y las que en la misma se citan: " En el supuesto de autos cabe afirmar esa clara desproporción y, por tanto, la improcedencia de la declaración de inadmisibilidad a que llegó la Sala de instancia, en una situación como la descrita, en la que la Administración ha adoptado su postura definitiva, pues en el momento de confirmarse en súplica el auto de fecha 24 de marzo de 2003 (por el que se acordaba la inadmisibilidad del recurso Contencioso -Administrativo ) ya había transcurrido el plazo de los tres meses para que operara el silencio y podía entenderse abierta la vía jurisdiccional, y por ello podía entablarse y discurrir sin merma alguna el debate procesal; así que ha de entenderse satisfecho el fin que la causa de inadmisibilidad en cuestión pretende preservar y, por tanto, carente de toda proporción sacrificar el contenido propio o normal del derecho a la obtención de tutela judicial, (cual es la resolución sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el

proceso), a lo que no es ya más que un mero rigor formal, constituido por la exigencia de que aquella postura definitiva fuera previa a la interposición del recurso jurisdiccional. Y así en Sentencia de 14 de noviembre de 2003 decíamos " la doctrina de esta Sala es favorable a considerar que la interposición prematura de un recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de un recurso administrativo es un defecto subsanable si en el curso del proceso se produce la desestimación expresa de aquél o transcurre el plazo establecido para que pueda considerarse desestimado por silencio presunto.

En casos como el presente de interposición anticipada, esta Sala ya ha dicho (Sentencias de 19 de mayo de 2001, 1 de julio de 1998 y 21 de noviembre de 1989, y las que se citan en esta última) que el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reiteradamente proclamado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, y que ha sido expresamente recogido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, impone que las normas relativas al ejercicio de los derechos fundamentales hayan de ser interpretadas en el sentido más favorable a la efectividad de tales derechos. Armonizada y complementada tan interpretación con el principio básico de economía procesal, la decisión que se impone es la de rechazar la inadmisibilidad que se pronuncia en la resolución recurrida ".

En el caso enjuiciado es verdad que cuando se interpuso el Recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados el día según el sello de entrada del Juzgado número 31, aún faltaba un mes para poder entender desestimada por silencio administrativo la solicitud de la mercantil recurrente al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, que tiene sello de entrada en su registro el día , por lo que considerando que el mes de agosto es inhábil a efectos judiciales, el Recurso contencioso-administrativo debió interponerse a partir del día , pero es igualmente cierto que el Decreto de la Letrado del Juzgado referido admitiendo a trámite el Recurso es de fecha , y en tal momento ya se había producido el silencio administrativo negativo y por tanto era admisible su impugnación ante los órganos de esta Jurisdicción, por lo que de conformidad con la doctrina jurisprudencial acabada de exponer en ese momento el Recurso contencioso-administrativo era admisible, por lo que se estima este primer motivo de la apelación, se revoca la Sentencia apelada por ser contraria a Derecho, y tras ello pasamos a examinar el fondo de las pretensiones de la parte recurrente contenidas en su demanda ante el Juzgado.

**Cuarto.-** La pretensión de la mercantil recurrente es que se le abone la cantidad de euros en concepto de nuevas unidades de obra no contempladas en el proyecto del contrato de , que realizó por orden de la dirección facultativa y que no estaban recogidas ni en el proyecto de obras ni en el presupuesto, como ha acreditado con los informes aportados en vía administrativa y más tarde ante el Juzgado con la declaración del testigo-perito Jefe de obras de dicha contratista, y por el informe pericial realizado por Arquitecto técnico que igualmente lo ratificó ante el Juzgado.

El Ayuntamiento opone a esta pretensión que no se trata de nuevas unidades de obra, sino que lo reclamado formaba parte del proyecto de obras aprobado por el Ayuntamiento y eran unidades de obra que la contratista tenía obligatoriamente que realizar para poder

entender bien realizada la obra, lo que acredita con los informes en vía administrativa del Director facultativo de las obras, la declaración de este ante el Juzgado, y el informe en vía administrativa de la Ingeniera de obras e infraestructura municipal del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

**Quinto.-** Esta Sala ha visionado las pruebas periciales y testificales realizadas en el acto correspondiente ante el Juzgado, y ha leído los informes aportados por la parte recurrente y por el Ayuntamiento demandado.

En principio lo que resulta claro es que el proyecto y el presupuesto de obras no describían con el debido detalle los diversos servicios de luz, agua, telefonía, etc, que discurrían por debajo de las zonas en las que se ejecutaban las zanjas de gran longitud, ni constaba en el proyecto un estudio de dichos servicios.

Puede aceptarse que no es obligatorio que el Ayuntamiento aporte tal estudio previo al proyecto, pero en cualquier caso hay un dato cierto, y es que la aparición de los referidos servicios una vez que se levantaron las zanjas, determinó variaciones e incrementos en los trabajos a realizar que no estaban previstos inicialmente con arreglo a los planos del proyecto y a los precios unitarios descompuestos que figuraban en el presupuesto de obras, que igualmente ha quedado acreditado con las pruebas periciales practicadas que no ofrecían el suficiente detalle, por lo que en estas circunstancias se considera aceptable la conclusión del informe pericial de la parte recurrente de que la omisión en el proyecto de determinadas unidades de obra que son las que la contratista considera nuevas unidades de obra, permite concluir que no estaban incluidas en el proyecto como si figurasen en él de forma explícita y concreta, por más que fueran imprescindibles para lo correcta ejecución de las obras.

Esta Sala estima que no cabe exigir al contratista que, ante la falta de referencia del proyecto y sus anexos a los servicios existentes en el subsuelo sobre el que se va a realizar la obra, deba aquel solicitar del Ayuntamiento aquella información antes de formular su oferta, porque no es razonable exigirle que adivine o presuponga que hay más servicios de los que razonablemente puedan deducirse de aquel proyecto y anexos.

En este sentido la declaración del director facultativo de las obras ante el Juzgado no permite a esta Sala aceptar su conclusión de que el hecho de que toda zanja que se hace en la acera de una ciudad lleva aparejado necesariamente que nos vamos a encontrar con servicios en el subsuelo, y que ello suponga siempre y en todo caso que el contratista que realiza la obra deba siempre asumir el coste de los trabajos necesarios que originen dichos servicios, por más que en el proyecto y en los planos y presupuestos que le acompañan, no aparezca una definición suficiente de los tales servicios que permita al contratista conocer previamente con lo que se va a encontrar, porque un entendimiento tal es desproporcionado y contrario a las exigencias de la buena fe que deben presidir las relaciones entre la Administración contratante y los contratista.

Por otra parte, si se analizan y comparan los informes de la parte recurrente, tanto el pericial como el de su Jefe de obras, con los informes del director facultativo y el de la Ingeniera de obras e infraestructura municipal, se aprecia que los primeros son mucho más completos, razonados y detallados que los segundos, y así en particular el informe del director facultativo se limite a decir respecto de cada unidad de obra reclamada, en todos los

casos, que estaba incluida en la correspondiente unidad de obra del proyecto, sin mayores explicaciones.

Por todo lo expuesto se está en el caso de la estimación del Recurso contencioso-administrativo, la anulación de la desestimación por silencio administrativo impugnada, por no ser conforme a Derecho, y la declaración del derecho de la mercantil recurrente a que por la Administración demandada se le abone el importe de las unidades de obra reclamadas, que asciende a euros.

En cuanto a los intereses de demora que se solicitan, no hallándonos en rigor ante una certificación de obra sino ante una reclamación de perjuicios que exige una prueba detallada de ellos, no procede su abono, sino que lo que se reconoce es el abono del interés legal del dinero sobre la cantidad reclamada de euros, computado desde la fecha de la reclamación en vía administrativa el día , hasta el día en el que tenga lugar el pago del principal reclamado.

**Sexto.-** En relación a las costas de la primera instancia, siendo la cuestión controvertida discutible, no se hace una especial condena, y en cuanto a las costas derivadas de esta apelación, no procede su especial imposición a ninguna de las partes al haber sido estimada, todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

### **Fallamos**

Que estimando en parte el Recurso de apelación promovido por la mercantil contra la Sentencia número 355/2018 de 31 de octubre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 31 de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 253/2017, reseñada en el Antecedente de Hecho Primero, la revocamos por no ser conforme a Derecho la inadmisión del Recurso contencioso-administrativo que declara, y entrando a conocer del fondo de dicho Recurso, lo estimamos en parte, anulamos la desestimación por silencio administrativo impugnada por ser contraria a Derecho, y declaramos el derecho de la parte recurrente a que por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón se le abone el importe de las unidades de obra reclamadas, que asciende a euros, más los intereses legales de esta cantidad computados como se dispone en el Fundamento de Derecho Quinto, sin hacer una especial imposición de las costas de la instancia y de esta apelación.

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 , 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 nº 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.