

**Asunto:** Informe en relación con el recurso de reposición contra la resolución por la que se denegó la solicitud de abono formulada con motivo de las obras realizadas en *"Pasos inferiores en la calle Ríos Rosas y en Avda. de Filipinas-Guzmán el Bueno-Cea Bermúdez y aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles en diversas zonas"*.

## **1.- OBJETO DEL INFORME**

Por la Sra. Concejala Delegada del Area de Obras e Infraestructuras, se remite a esta Secretaría General expediente sobre el asunto de referencia a fin de que se emita el correspondiente informe.

## **2.- ANTECEDENTES**

**2.1.-** Con fecha 29 de marzo de 1996, el Ayuntamiento Pleno aprobó los Pliegos de Bases Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares a regir en el concurso, mediante procedimiento abierto, para la redacción del Proyecto y la ejecución de las Obras de Pasos inferiores en las calles Ríos Rosas y en Avenida de Filipinas-Guzmán el Bueno-Cea Bermúdez y aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles en diversas zonas, así como para la concesión de la explotación de los aparcamientos construidos, disponiendo, asimismo, la convocatoria del expresado concurso público.

**2.2.-** El Excmo. Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el 31 de octubre de 1996, adjudicó a la Unión Temporal de Empresas forma-

da por Dragados y Construcciones y OCP Construcciones, S.A., dicho concurso.

- 2.3.-** Por nuevo acuerdo plenario de 30 de enero de 1997, fue aprobado el Proyecto de Construcción de Pasos inferiores y aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles, redactado por la U.T.E. adjudicataria y, consecuentemente, se autorizó la ejecución de las obras contenidas en el expresado Proyecto.

En el mismo acuerdo plenario de 30 de enero de 1997 quedó facultada la Comisión de Gobierno para que, en el supuesto de que se dieran razones técnicas y de interés público que aconsejen alguna alteración de las determinaciones contenidas en dicho proyecto relativas a aparcamientos, pudiera adoptar el acuerdo que fuera preciso a tales efectos.

- 2.4.-** La Comisión de Gobierno, haciendo uso de la facultad delegada por el Ayuntamiento Pleno, anteriormente reseñada, en sesión celebrada el 3 de abril de 1998, autorizó, a solicitud de la U.T.E. adjudicataria y por razones de interés público, la construcción de determinados aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles en sustitución de los aparcamientos previstos en las calles de Eloy Gonzalo y Francisco Rojas, así como la adecuación de los aparcamientos en las estaciones del metropolitano denominadas Telescopio Castellana y Avenida de la Ilustración, lo que implicaba la autorización para la redacción de los correspondientes Proyectos de construcción, Proyectos que habrán de someterse a la aprobación del Organismo municipal competente.

En el referido acuerdo, la Comisión de Gobierno aprobó determinadas alteraciones de los proyectos de construcción de los aparcamientos de Ríos Rosas, Cea Bermúdez, Reina Victoria y Alonso Cano.

Asimismo, el acuerdo señalado de la Comisión de Gobierno determinó de forma expresa que ni la autorización para la redacción de los proyectos constructivos de los nuevos aparcamientos sub-

terráneos ni la aprobación de las alteraciones autorizadas en otros, implicaban variación alguna en el presupuesto de ejecución de la obra adjudicada.

### **3.- CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Parece oportuno, con carácter previo a cualquier otra consideración, proceder a determinar la naturaleza jurídica del contrato adjudicado por los acuerdos plenarios reseñados.

Según el artículo 1º de los Pliegos de Bases Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares, aprobadas por acuerdo plenario de 29 de marzo de 1.996, el objeto del concurso público convocado -y adjudicado, posteriormente, a la U.T.E. Ríos Rosas por acuerdo plenario de 31 de octubre de 1.996- comprendía tres grandes grupos de actuaciones diferenciadas:

- Redacción del proyecto.
- Ejecución de las obras de Pasos inferiores y de aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles y
- Concesión de la conservación y explotación de los aparcamientos construidos por un plazo de 75 años.

La financiación de la totalidad de las obras, según el artículo 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del concurso, corre a cargo del adjudicatario, y como contraprestación éste cuenta con los ingresos obtenidos con la venta del derecho de uso de las plazas de aparcamiento para residentes y los de explotación de las plazas de uso libre más la aportación municipal de 290.000.000 pesetas para conseguir el equilibrio económico-financiero del conjunto de la actuación.

Se trata, pues, de un contrato complejo o mixto para cuya calificación, acudiendo al artículo 6 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, habrá de aten-

derse al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Igual regla rige en el derecho civil, según la cual la calificación de los contratos no puede decidirse por la denominación que las partes le atribuyan sino por la naturaleza y contenido de sus recíprocas prestaciones.

En consecuencia, atendiendo tanto al contenido del concurso, como a la naturaleza y contenido de las recíprocas prestaciones, según han quedado señaladas anteriormente, el contrato adjudicado a la U.T.E.- Ríos Rosas, considerando en su conjunto, tanto la construcción de los pasos inferiores, como la construcción y explotación de los aparcamientos subterráneos, habrá de calificarse como contrato de concesión de obras públicas, definido en el artº. 130.1 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como aquel en el que *"... la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio."*

#### **4.- CONSIDERACIONES JURIDICAS**

**4.1.-** De la naturaleza del contrato, tal como ha quedado señalado en el apartado anterior, y de los principios por los que se rige la concesión, basada en el juego de las prestaciones del concesionario y las contraprestaciones de la Administración concedente, traducidas en un equilibrio financiero de los mismos, se deduce que cualquier variación que se introduzca en cualquiera de las actuaciones a realizar exige inmediatamente el ajuste de aquel equilibrio, de suerte que, en todo caso, deben ser analizados todos los componentes del contrato para restablecer, si fuera necesario, el equilibrio financiero alterado.

A estos efectos, y aunque no fuese directamente aplicable a este supuesto, pero sí a la concesión en general, el artº. 164 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, después de señalar en su apartado 1º que *"la Administración podrá modifi-*

*car las características" del contenido contractual, establece en su apartado 2º que "cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista, de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados básicos en la adjudicación del contrato".*

**4.2.-** Como quiera que, tanto en el escrito que inicia el expediente como en la posterior formulación del recurso de reposición y también en los informes de los distintos Servicios, únicamente se está haciendo referencia a las prestaciones del contratista relativas a ejecución de obras, e incluso, solamente a parte de ellas, parece claro que todo el procedimiento adolecería de parcialidad, al no contemplar, como sería necesario, el conjunto de los componentes del contrato. Tan solo cuando se llegase a la conclusión, después del análisis de las mismas, de que los ahora no contemplados permanecían inalterados, se podría resolver en el sentido que se propone.

**4.3.-** No obstante, conviene advertir, ya desde ahora, y para que sea tenido en cuenta en su momento, que una reiteradísima jurisprudencia ha mantenido la necesidad de hacer frente, por parte de la Administración ordenante, a las obras realmente ejecutadas por el contratista, aun cuando no estuvieran adecuadamente amparadas por los Proyectos y acuerdos legalmente exigibles, ya que, en otro supuesto, se estaría defendiendo un enriquecimiento injusto por parte de la Administración receptora de las obras.

En este sentido, la S.T.S. de 20 de octubre de 1987, (Ar. 8677), al señalar que:

*"... la Jurisprudencia de esta Sala ha venido introduciendo una interpretación flexibilizadora de los indicados artículos 51, 53 y 54 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales en el sentido de que pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones del contrato se ejercite dentro de los límites objetivos y ateniéndose a las normas de competencia y procedimiento allí indicados, la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto*

*posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto siempre que hubieren sido efectivamente entregados y realizados como consecuencia de órdenes de las Administración; habiéndose entendido en algunos casos que no se producía alteración sustancial del proyecto sino meramente de detalle, y habiéndose llegado en otros a afirmar que si fueron efectivamente ordenadas las obras, los vicios existentes en las órdenes como consecuencia del incumplimiento de alguno de los citados requisitos de competencia o procedimiento del artículo 54, al no ser imputables al contratista, no podían oponerse a que el mismo percibiere su importe sin perjuicio de las responsabilidades de quienes las hubieren emitido ilegalmente ... el principio de la buena fe viene a reforzar también el derecho a formular esta reclamación, pues no se debe concebir un Estado de Derecho inspirado en la justicia, que unas obras como las de autos, efectuadas por la contratista en las circunstancias narradas y por expresa indicación de su Dirección Facultativa, pudieran quedar sin la correspondiente compensación ..."*

Igualmente, la S.T.S. de 28 de mayo de 1996 (Ar. 4203), se manifiesta en los siguientes términos:

*"... conviene resaltar que constituye Doctrina Jurisprudencial reiterada la relativa a que iría en contra del principio de la buena fe contractual, del enriquecimiento injusto, de la equidad y seguridad jurídica la no satisfacción por la Administración del importe económico de las obras o servicios que los particulares le realicen o presten con fundamento o amparo exclusivo en el carácter eminentemente formal de la contratación administrativa. Con relación a una posible modificación de los proyectos originarios de obra y que es el supuesto a que se refiere el enjuiciado, si bien es cierto que deber ajustarse al procedimiento establecido en los artículos 48 y 50 de la Ley de Contratos del Estado, 150 de su Reglamento, también lo es que defectos procedimentales, y en virtud de los principios expuestos, no pueden constituir obstáculo para el abono del importe de las obras realizadas, siempre que éstas fueron ordenadas o contratadas por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad, máxime teniendo en cuenta que los defectos de forma contractuales no son imputables al contratista ..."*

Por su parte, la S.T.S. de 4 de marzo de 1997 (Ar. 1659) sostiene que:

*"El Ayuntamiento acepta que el exceso de obra respecto a lo contractualmente establecido se ha realizado. No hay en este punto controversia sobre el hecho de la realidad de la obra por encima de lo contractualmente fijado. La inexorable consecuencia es la obligación que el Ayuntamiento tiene que hacer frente a las consecuencias económicas que de ese hecho se derivan. Las vías que se ofrecen para esta solución son las de entender que se ha producido una ampliación o extensión de la obra, y del contrato inicial al que hay que aplicar los principios y reglas del contrato originario, o, alternativamente, y para el caso de que se rechazara dicha solución por el carácter formalista de la contratación administrativa, aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto, o sin causa, a fin de que el Ayuntamiento haga frente económicamente al exceso de prestación realizada por el contratista respecto de la contractualmente pactada..*

*Entender las cosas de otra manera, en el sentido de que el exceso de obra no obliga al Ayuntamiento, constituye un atentado a la lógica de las cosas. Cuando por la naturaleza de las cosas, o, por acuerdo de las partes, es necesario un aumento de la obra prevista contractualmente las consecuencias habrán de ser soportadas por ambos contratantes. El contratista realizando el exceso de obra, y el ente público pagando el exceso de obra realizado".*

La doctrina jurisprudencial expuesta es mantenida por el Alto Tribunal en sus más recientes sentencias, entre las que cabe citar las de 13 y 23 de marzo, 8 de abril y 7 de julio de 1998 y 26 de marzo, 20 de abril y 15 de junio de 1.999.

De acuerdo con lo expuesto, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

## **5.- CONCLUSIONES**

- 5.1.-** La naturaleza del contrato objeto de informe, calificado como concesión de obra pública, en los términos en que lo define la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, exige el análisis conjunto de todos los componentes -prestaciones y contraprestaciones- con contenido económico, para poder determinar si se hace preciso el restablecimiento del equilibrio financiero, principio básico de todas las concesiones.
- 5.2.-** Al no haberse procedido de la forma indicada tanto en los escritos del contratista como en los informes de los distintos Servicios intervinientes procedería, en este momento, desestimar el recurso interpuesto, por haberse efectuado un examen parcial de los términos contractuales.
- 5.3.-** En todo caso, de acuerdo con la postura mantenida por reiteradísima jurisprudencia, debe quedar claro que las obras ordenadas por los órganos de la Administración y realmente ejecutadas, han de ser soportadas, al margen de su formalización ajustada a la legalidad, por la propia Administración.

Madrid, 7 de junio de 2000