
Jurisprudencia local en el Tribunal Supremo

Rafael Fernández Montalvo

Magistrado del Tribunal Supremo

1. Enriquecimiento injusto

- 1.1. Reconocimiento del enriquecimiento injusto en nuestro ordenamiento jurídico
- 1.2. Concepto y requisitos
- 1.3. Proyección de la doctrina del enriquecimiento injusto al régimen local en la jurisprudencia de 2008
 - 1.3.1. Enriquecimiento injusto que puede derivar de la ejecución de una obra para la Administración, STS de 28 de abril de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 299/2005).
 - 1.3.2. Enriquecimiento injusto y necesidad de autorización de la Administración contratante para obligarse en la realización de obras complementarias, STS de 13 de febrero de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 74/2005)

2. Concesión de obras públicas

- 2.1. Concepto de concesión de obras públicas
- 2.2. Distinción de figuras afines
- 2.3. Régimen jurídico
- 2.4. Proyección del contrato de concesión de obras al régimen local en la jurisprudencia de 2008
 - 2.4.1. Doctrina del enriquecimiento injusto, principio de buena fe y confianza legítima, cuando el requerimiento de ejecución de obras no incluidas en el contrato de concesión de obras públicas procede de otras administraciones públicas distintas de la contratante.
 - 2.4.2. Contrato de construcción de un aparcamiento subterráneo y su posterior gestión. Transmisibilidad de plazas de residentes. STS de 6 de mayo de 2008 (recurso de casación 3230/2007)

1. Enriquecimiento injusto

1.1. Reconocimiento del enriquecimiento injusto en nuestro ordenamiento jurídico

La STS de 11 de mayo de 2004 (recurso de casación 3554/1999) advierte que el Código Civil alemán (artículo 812 BGB) consagra expresamente la obligación de restituir para quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste, se enriquece sin causa. Sin embargo, nuestro Código Civil (CC), posiblemente por el sistema causalista que

consagra para los contratos y obligaciones, omite, inicialmente, cualquier referencia al enriquecimiento injusto, y sigue sin regularlo, aunque ahora haga referencia a él en el artículo 10.9, en la redacción dada por la reforma de 1974, al establecer como norma de Derecho internacional privado que en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido (con posterioridad, nuestro ordenamiento jurídico acogió en diversos supuestos el enriquecimiento injusto, como en la Ley cambiaria y del cheque –al disponer una acción de enriquecimiento a favor del tenedor de la letra que no pudiera ejercer las acciones cambiarias causales, artículo 65–, o en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal –acción frente a las prácticas desleales, artículos 18, 19 y 20–, o, en fin, en algún Derecho foral –Ley 508 de la Compilación de Derecho Civil Foral Navarro o Fuero Navarro–).

Pero, en cualquier caso, la admisión, entre nosotros, de la figura enriquecimiento injusto, tanto en lo que respecta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil. La labor y el mérito de ésta, a lo largo de casi una centuria, ha sido pasar de la regla de la prohibición de los enriquecimientos torticeros de Las Partidas a la delimitación de una acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto, tratando de evitar los peligros que presentaba la indeterminación de aquella regla para la certeza y seguridad jurídica.

Así, por una parte, se llega a la distinción del principio y de la acción del enriquecimiento sin causa mediante la construcción de una figura jurídica que tiene como “sentencia de referencia” la ya muy antigua, pero tantas veces reiterada, sentencia de 28 de enero de 1956. Y, por otra, se supera la originaria subsidiariedad de dicha acción dotándola de una amplia funcionalidad y de un progresivo ensanchamiento de los supuestos en que aquélla reconoce.

La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos desde los años sesenta, viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho Administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las administraciones públicas. En cualquier caso, ya en dos conocidas sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975 se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.

El análisis de la referida jurisprudencia de esta sala (cfr. STS, Sala 3ª, de 30 de abril y de 12 de septiembre de 2001, 15 de abril de 2003 y 6 de octubre de 2003, 15 de abril de 2002, 11 de mayo de 2004, 11 de julio de 2005 y 17 de enero de 2006, *ad exemplum*, admitiendo la figura en Derecho Administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este alto tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como

principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho Administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una administración, en este caso, de una entidad local.

Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo.

1.2. Concepto y requisitos

Desde la citada sentencia de referencia de 28 de enero de 1956, según la doctrina de la Sala Primera y de esta misma sala, pueden considerarse como requisitos 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. Pero, en cualquier caso, y por lo que interesa al presente supuesto, deben hacerse dos precisiones. Por una parte, que junto a la *conditio indebiti* se sitúa la *conditio causa data causa non secuta* y la *conditio ob causam finitam* para incluir los supuestos en que, existiendo inicialmente una causa, desaparece luego ésta, y, por otra, que la antijuridicidad del enriquecimiento no es ajena a la construcción de la figura de que se trata, si tal requisito se entiende como confrontación con valores inherentes al propio ordenamiento.

1.3. Proyección de la doctrina del enriquecimiento injusto al régimen local en la jurisprudencia de 2008

1.3.1. Enriquecimiento injusto que puede derivar de la ejecución de una obra para la Administración, STS de 28 de abril de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 299/2005)

La sentencia de instancia identificaba el acto impugnado en los siguientes términos:

“que por encomendación expresa y verbal de D. F. L. G., jefe del Servicio Provincial de Lugo de Estructuras y Desarrollo Rural de la consellería de referencia, la empresa recurrente procedió a rematar la obra denominada ‘Adecuación de caminos na zona de concentración parcelaria de Meilán (Rio Torto-Lugo)’, ejecutando las obras y trabajos que faltaban por realizar en el [...] expediente de contratación, y que ascendían a un montante presupuestario de 13.248.815 ptas. de las que únicamente resultó abonada a la aquí recurrente la cantidad de 3.437.852 ptas. restando luego 9.810.965 ptas. sin abonar, que son objeto de este proceso.

“Ante el impago reclamó a la [...] Delegación, recibiendo por contestación la resolución que impugna y frente a la que interpuso recurso de alzada, presuntamente desestimado.

“La empresa inicialmente adjudicataria, debido a dificultades económicas y técnicas, no pudo rematar dichas obras, por lo que en el mes de octubre de 1994, a través del entonces administrador J. L. P. M., de modo expreso y verbal el director de las obras y jefe del Servicio Provincial en Lugo de Estructuras y Desarrollo Rural antes citado don F. L. G., bajo la explicación de las dificultades por las que atravesaba la primitiva adjudicataria, M... S.L., y dada la gran urgencia que tenían las obras, con la promesa de regularizar inmediatamente y por el cauce administrativo que se estimase adecuado a la situación de contratación verbal que se estaba a producir. Se pactó un precio de 13.248.815 ptas. por las obras que restaban y la recurrente comenzó de buena fe la realización de las mismas.

“Reconocida la legitimación de la recurrente en el recurso, el objeto del mismo se ciñe a verificar si en el mes de octubre de 1994 le fue encomendada la continuación

de aquellas obras, que en tesis argumental de la recurrente no solo ha comenzado sino que las remató a plena satisfacción de la Administración.

“Si se acude al documento nº 3 del expediente, y dentro de él a anexos núm. 1 vemos –argumenta en efecto– la relación de certificaciones abonadas y como en agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1994 aparecen con 0 pesetas. Asimismo aparecen certificaciones acreditativas de que la obra realizada fue 0. En la correspondiente a diciembre (última de las abonadas), ya se certifica obra por importe de 1.140.352 ptas., con lo que quedaba pagado por la Administración importe igual al precio del contrato: 23.427.352 ptas., pero al lado de esa última, hecha a M... SL aparece el endoso hecho por M... SL a C... del Eo (aquí recurrente). La recepción provisional de las obras se ha producido el día 10 de mayo de 1995 y el 4 de diciembre de 1997 se efectúa la liquidación provisional de las obras por importe de 2.297.500 ptas. a favor de M... SL y al lado de esa liquidación provisional y con la misma fecha aparece hecho el ENDOSO hecho por M... SL a C... del Eo (aquí recurrente). Ninguna otra liquidación aparece en el expediente.

“Todo eso le lleva a afirmar la efectiva realización de las obras, funcionando el pago de la última certificación de obra y liquidación provisional a M... SL como un mero paso intermedio para que la Administración (personificada en el director de las obras), asegurase la terminación de las mismas sin necesidad de actuaciones administrativas formales de tipo alguno.”

La sentencia de instancia analiza diversos preceptos legales, artículos 11 y 22 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, TRLCAP, Real decreto legislativo 1/2000, de 16 de junio, así como el artículo 56, que veda la contratación verbal de la Administración salvo casos de urgencia. Luego expresa que “en el caso que se examina la recurrente ha procurado acreditar mediante prueba testifical y mediante algunas certificaciones de obra el importe 0, al haberle sido endosadas por la adjudicataria, la ejecución de unas obras que le fueron encomendadas verbalmente por el director jefe de las obras y jefe del Servicio Provincial de Lugo de Estructuras e Desenvolvimento Rural don F. L. G., bajo la explicación de las dificultades por las que atravesaba la primitiva adjudicataria M... SL y de gran urgencia que tenían las obras..., con la promesa de regularizar inmediatamente y por el cauce administrativo que se estimase adecuado la situación de contratación verbal que se estaba a producir”.

La recurrente en casación plantea la existencia de un enriquecimiento injusto por la Administración y señala determinadas sentencias de contraste.

En primer lugar, hace referencia a una STS de 21 de marzo de 1991, que afirma que “el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio,

en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa –enriquecimiento y empobrecimiento– al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en las sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, de 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004, y de 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, señala que “la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto”.

O, en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003, “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”.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el director técnico del proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la Administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el director no contempladas en el proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del equipo técnico municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque sí prestada de buena fe por la contratista siguiendo ordenes de la Administración (sentencia de 13 de julio de 1984), así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la Administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que ésta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado que deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este tribunal (STS de 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990).

De lo expuesto deduce la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, de fecha 28 de abril de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 299/2005), que la doctrina correcta es la vertida por las sentencias de contraste y, por ello, concluía que la cuestionada conculcaba la normativa invocada.

1.3.2. Enriquecimiento injusto y necesidad de autorización de la Administración contratante para obligarse en la realización de obras complementarias, STS de 13 de febrero de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 74/2005)

La sentencia de instancia desestimaba el recurso contencioso-administrativo porque la cláusula sexta de los contratos no dejaba lugar a dudas en cuanto a la necesaria autorización de la Administración contratante para obligarse en la realización de obras complementarias, sin que en el caso examinado pudiera ni siquiera hablarse de una autorización implícita, ya que no constaba en libro o certificación alguna referencia a la procedencia de dicha ampliación de obras. Y añadía que no existía enriquecimiento injusto de la Administración “en la media (*sic*) en que de aceptarse dicha tesis se legitimaría dicho enriquecimiento a favor de cualquier contratista de forma unilateral”. Una vez que concluía que no procedía el pago del principal consideraba que tampoco cabía el de los intereses reclamados sin necesidad de mayor argumentación al respecto. Los hechos consignados por dicha sentencia eran los siguientes:

“1) La antecesora de la recurrente suscribió dos contratos con la AEAT para la realización de obras en la Aduana del Tarajal en Ceuta; en el primero, de 17 de noviembre de 1993, en el que se efectuaron unidades de obra no incluidas en el importe inicial del contrato, por 2.695.094 ptas., y en el que se indica que ‘la ejecución de las obras se efectuará de conformidad con las condiciones generales y específicas de fecha 13 de octubre de 1993, las cuales se mantienen en su integridad y forman parte integrante de este contrato a todos los efectos’. En el segundo, de fecha 28 de julio de 1994, también se efectuaron obras no autorizadas inicialmente, por importe de 8.432.410 ptas. con la misma cláusula de sumisión.

“2) El 10 de febrero de 1999, tras la entrega provisional que tuvo lugar el 14 de mayo de 1996 y antes de la definitiva que ocurrió el 8 de octubre de 1999, la recurrente formuló una petición de liquidación de obra y el abono de las cantidades reseñadas que estaban fuera del proyecto.

“3) Mediante Resolución de 28 de septiembre de 1999 del director adjunto del departamento de RRHH y Administración Económica, órgano de contratación de la AEAT, desestimó la petición formulada; tras la recepción definitiva de la obra el 16 de junio de 2000, la recurrente presenta dos recursos que califica como reclamación previa a la vía jurisdiccional civil, solicitando además el pago de otras cantidades retenidas.

“4) El 29 de junio de 2001, (*sic*) el director adjunto del Departamento de RRHH y Administración Económica, órgano de contratación de la AEAT, desestimó la petición formulada, salvo en lo relativo a nueva reclamación a que se hace referencia en el punto anterior.”

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, a tenor del artículo 88.3 de la LJCA en relación con el artículo 97.7 de la misma norma, integraba dichos hechos señalando que la Agencia Tributaria, en informe de 20 de abril de 1998, informaba que la razón de los aumentos obedecía a la realización de cabinas interiores por orden de la dirección técnica atendiendo a que la Policía Nacional necesitaba la formación de tres filtros interiores para canalizar la entrada de ciudadanos españoles, del resto de la Comunidad Económica Europea y de otras nacionalidades; fontanería porque los días de lluvia y viento era imposible trabajar en el exterior sin mojarse; puerta de cámara frigorífica porque era necesaria para la inspección de alimentos por parte del personal sanitario y de aduanas; carpintería metálica con puertas automáticas enrollables para facilitar la inspección de artículos por la Guardia Civil; grupo electrógeno por razones de seguridad y operativas.

Hechos que debían completarse con los antecedentes de hecho primero y segundo de la Resolución de 26 de junio de 2001 (así figura certificada aunque al pie figura 29 de junio) de la Dirección Adjunta de Administración Económica de la Agencia Tributaria que literalmente expresaba:

“Primero. Que con fecha 17 de noviembre de 1993, se formalizó un contrato de obra entre la AEAT y CORSAN, SA para la realización de las obras de ‘Cimentación e infraestructura de la nueva Aduana de Tarajal (Ceuta)’, por un importe de 30.361.027 ptas., resultando no obstante que durante el desarrollo de la obras, se realizaron unidades no incluidas en proyecto, por un importe de 2.695.094 ptas., y que según manifiesta la constructora adjudicataria lo fueron por orden verbal del director facultativo de la obra.

“Debe resaltarse a efectos de lo que más adelante se motive que la estipulación III del contrato antes mencionado establece literalmente:

“‘La ejecución de las obras se efectuará de conformidad con las condiciones generales y específicas de fecha 13 de octubre de 1993, las cuales se mantienen en su integridad y forman parte integrante de este contrato a todos los efectos’.

“Segundo. Que con fecha 28 de julio de 1994, se formalizó otro contrato de obra entre la AEAT y CORSAN, SA para la realización de las obras de ‘Construcción de la Aduana de Tarajal (Ceuta)’ por un importe de 165.650.358 ptas., realizándose también durante la ejecución del contrato unidades de obra, no incluidas en proyecto, ante nuevas necesidades surgidas para el edificio inicialmente proyectado. Dichas unidades han quedado valoradas, tras el proceso de liquidación de la obra, en la cantidad de 8.432.410 ptas. (IPSI incluido).

“Debe señalarse al respecto, como al igual que en el anterior contrato de 17 de noviembre, en el de 28 de julio de 1994, se incorpora cláusula de sumisión e integración de las Condiciones Generales de Contratación y Específicas para la obra aprobadas por la AEAT con fecha 13 de octubre de 1993.”

La Sala Tercera del Tribunal Supremo recuerda que la función unificadora de la doctrina encomendada al Tribunal Supremo tiene su máxima expresión en el recurso de casación para la unificación de doctrina. No debe olvidarse que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina no es corregir la eventual infracción legal en que pueda haber incurrido la sentencia impugnada, sino reducir a la unidad criterios judiciales dispersos y contradictorios, fijando la doctrina legal al hilo de la cuestión controvertida (STS de 10 de febrero de 1997). Pretende, pues, afianzarse la previsibilidad de la respuesta judicial garantizando a los ciudadanos una expectativa razonable en la aplicación homogénea de las normas. O, como dice la STS de 17 de abril 2000, recurso 4893/1995, potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos.

Por ello, constituye exigencia reiterada de este Tribunal para entrar en el examen de los argumentos esgrimidos al amparo del recurso de casación para la unificación de doctrina que, como expresa el artículo 96.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) de 1998, entre la sentencia que constituye su objeto y las aportadas de contraste concurren “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales” pero “se hubiera llegado a pronunciamientos distintos”.

Insiste la jurisprudencia en subrayar que en este específico recurso de casación no cabe una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la sala de instancia, pues se parte de los hechos que, como justificados, ha fijado la sentencia impugnada. Cualquier aspecto relacionado con la prueba constituye una cuestión absolutamente ajena a este recurso extraordinario (STS de 29 de junio de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 246/2004, con cita de otras muchas).

Triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que habrá que examinar si se produce o no, ya que, caso de no concurrir, el recurso deberá ser desestimado.

Por el contrario, si se cumplen tales presupuestos, conforme al artículo 98.2 de la LJCA de 1998, este tribunal deberá estimar el recurso, casar la sentencia objeto de impugnación y resolver el debate planteado con pronunciamientos ajustados a Derecho, es decir, corrigiendo la infracción atribuido a la sentencia, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

Pero, además de la triple identidad, el recurrente deberá cumplir lo preceptuado en el artículo 97 de la LJCA de 1998. Debe efectuar una exposición razonada de la infracción legal –entendida como infracción de preceptos legales o de jurisprudencia– que imputa a la sentencia recurrida a fin de que por este tribunal se establezca cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales cuyas sentencias aporta es el correcto. Por ello se dará lugar al recurso cuando se repunte como criterio acertado el de la sentencia antecedente no cuando la tesis correcta sea la contenida en la sentencia que se impugna (sentencia de 29 de junio de 2005, con mención de otras anteriores).

La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos advierte que nos encontramos ante un supuesto en que concurre la triple identidad exigida por nuestro ordenamiento legal, procediendo examinar si los resultados de las sentencias esgrimidas de contraste y la impugnada resultan contradictorios.

La sentencia aquí impugnada se refiere, a la vista de la cláusula sexta de los contratos, “a la necesaria autorización de la Administración contratante para obligarse en la realización de obras complementarias, sin que en el presente caso pueda ni siquiera hablarse de una autorización implícita”, al tiempo que rechaza la existencia de enriquecimiento injusto de la Administración. Viene a declarar que no procede el abono por falta de autorización de la administración contratante para obligarse.

Coinciden todas las sentencias citadas de contraste en mantener la línea de este tribunal acerca del enriquecimiento injusto.

“Recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11199/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004, 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta sala de 25 de febrero de 1991 siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto. O, en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003, 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.

“Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el director técnico del proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la Administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el director no contempladas en el proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del equipo técnico municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

“Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque sí prestada de buena fe por la contratista siguiendo ordenes de la Administración (sentencia de 13 de julio de 1984). Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que ésta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

“Expuesto lo anterior no ofrece duda alguna que la doctrina correcta es la mantenida en las sentencias de contraste lo que obliga a casar la sentencia objeto de impugnación.

“Sentado lo anterior la sentencia del Tribunal Supremo procede a resolver lo procedente respecto a la pretensión ejercitada en instancia.

“Ciertamente, tal cual pretende el actor, no es conforme derecho la resolución expresa denegatoria de las reclamaciones.

“Y, por ello, procede reconocer el derecho de la recurrente al abono de las liquidaciones de obra reclamadas por importe de 2.695.094 ptas., actualmente 16.197,84 euros, de ‘cimentación e infraestructura de la nueva Aduana El Tarajal, en Ceuta’ y 8.432.410 pesetas, actualmente 50.679,80 euros de la obra ‘construcción de la nueva Aduana de El Tarajal en Ceuta’, pues los importes no fueron cuestionados.

“Dado que el artículo 57 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de contratos del Estado, vigente al tiempo de formalizarse en 1993 el contrato cuya incidencia se discute, al igual que el artículo 176 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de contratación del Estado, establece que si la Administración no hiciese pago al contratista de las liquidaciones definitivas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de recepción

definitiva de la obra, deberá abonar al mismo, a partir de aquella fecha, el interés legal de las cantidades debidas, siempre que aquel intime por escrito el cumplimiento de la obligación, procede también acceder a tal pretensión ya que fue ejercitada.

“A la anterior pretensión debe añadirse asimismo la petición de los intereses legales de las citadas certificaciones de obras así como el interés legal del dinero desde la fecha de interposición del recurso de instancia hasta la fecha en que se abone el importe reconocido.”

2. Concesión de obras públicas

2.1. Concepto de concesión de obras públicas

El contrato de concesión de obras públicas es una figura compleja caracterizada porque la contraprestación del contratista que ejecuta la obra pública no es un precio alzado sino el derecho que se reconoce a éste de explotar la obra construida durante un cierto tiempo.

La Ley de contratos del Estado de 1965 no hacía referencia a esta modalidad contractual, que tiene, sin embargo, reflejo en el artículo 114 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955, que, al regular la concesión de servicios, precisaba que ésta podrá consistir en:

a) La construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuviere afectada.

b) El mero ejercicio del servicio público cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieran ya establecidas.

Las primeras directivas comunitarias excluían de su ámbito de aplicación la modalidad contractual de que se trata. Así el artículo 3.1 de la Directiva 71/305/CEE establecía que “las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán al contrato llamado de ‘concesión’, en el caso de que los poderes adjudicadores celebren un contrato que presente las mismas características dictaminadas en la letra a) del artículo 1, con la excepción de que la contraprestación de las obras a efectuar consista únicamente en el derecho de explotación de la obra, o bien en dicho derecho acompañado por un precio. En todos los demás casos es obligatorio el recurso a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos”. Si bien, la propia Directiva matizaba esta exclusión al establecer que en el caso de que el propio concesionario sea uno de los adjudicadores se está obligado a recurrir a los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos adaptados a la propia Directiva para la obras a ejecutar por terceros (artículo 2). Si,

por el contrario, el concesionario seleccionado es una persona de Derecho privado, “las actas de concesión estipularán que el citado concesionario deberá respetar el principio de no-discriminación a causa de la nacionalidad en las obras que contrate con terceros” (artículo 3.3).

De todas formas, dicha exclusión constituía una importante vía de escape a las normas comunitarias, afectando de este modo a la libertad de circulación y de concurrencia en el interior de la Comunidad con singular incidencia en Italia y Francia, ya que las administraciones acudían frecuentemente a la vía concesional para la construcción de las grandes obras públicas.

Consecuentemente, la Directiva 89/440/CEE se hace eco de la necesidad de “dar mayor precisión a la noción de contratos de obras públicas con objeto de tener en cuenta, en particular, las nuevas formas de atribución contractuales de servicios”, considerando, además, “la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica”. En consecuencia, sujeta a sus previsiones de publicidad las concesiones de obras.

La Directiva 93/37/CEE contiene una regulación que transpuso la Ley de contratos de las administraciones públicas de (LCAP, en adelante), que incluía en la regulación del contrato de obras, como una modalidad del mismo, el contrato de concesión de obras públicas, definiéndole en el artículo 130, modificado por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, como aquel contrato en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 129, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

De esta definición podían destacarse como aspectos característicos de su configuración jurídica los siguientes:

a) Su objeto es la ejecución de una obra por el adjudicatario, obra que ha de ser susceptible de explotación.

b) La Administración no paga al contratista un precio alzado o, al menos, en el importe total de la obra, sino que aquél obtiene por la ejecución de la obra el derecho a la explotación por un tiempo determinado, retribuyéndose directamente de los usuarios.

c) Como consecuencia del sistema de retribución, la ejecución de la obra va seguida de la explotación por el concesionario.

Según lo expuesto, la concesión de obras públicas es un medio adecuado para que la Administración lleve a cabo obras sin necesidad de endeudarse, acudiendo al capital privado pero conservando potestades de policía sobre la explotación y revirtiendo

finalmente la obra en la Administración. Asimismo, esta figura permite que los usuarios contribuyan al pago de la obra a medida que la utilicen.

Conforme al artículo 130 de la LCAP, lo que se explotaba era la obra, aunque debían hacerse dos consideraciones:

a) Lo que importaba es la obra, que permitía, a su vez, un uso o aprovechamiento público, lo que llevó a plantearse si se trataba de una concesión de obras o de servicios.

b) Dicha explotación comportaba una actividad prestacional en el sentido de puesta al servicio del público para su utilización, pero no toda actividad de este tipo constituye un servicio público en sentido estricto. Así, cuando las normas relativas a la concesión de la explotación de carreteras y autopistas de peaje hablan de servicio público, hay que entenderlo en un sentido amplio. A estos efectos, el artículo 120 de la LCAP, al que se remitía la definición legal contenida en el artículo 130 de la LCAP, abarcaba obras que una vez finalizadas pueden estar destinadas o afectadas a un uso público o servicio público en sentido amplio.

Ahora bien, el hecho de que la indicada Directiva solo fije para las concesiones de obras normas de publicidad, no significaba que sean las únicas aplicables. En efecto, las concesiones de obras, en su condición de actos de los poderes públicos cuyo objeto es la prestación de actividades económicas, están sujetas también a lo establecido en los artículos 43 a 55 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según el texto consolidado del Tratado de Ámsterdam, así como a los principios generales aplicables a las formas similares de asociación de los sectores público y privado.

En todo caso, la regulación contenida en la LCAP, artículos 130 a 134, y alguna otra mención aislada como la del artículo 124.4, resultaba insuficiente.

La jurisprudencia y doctrina caracterizaban este tipo de contrato como un contrato de naturaleza mixta: obra y gestión de servicio público.

En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley 13/2003, reguladora de la concesión de obras públicas (Dictamen núm. 3375) al referirse a la redacción del entonces vigente artículo 130.1 de la LCAP señalaba:

“Se caracteriza, además por ser un negocio jurídico típico de carácter mixto, como señalara el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 4.464/1998, de 22 de diciembre de 1998, pues lleva aparejada la realización de una obra (contrato de obras) y la ulterior explotación del servicio vinculado a esa obra (contrato de gestión de servicios públicos), de tal suerte que, en cuanto al régimen jurídico aplicable, en lo que supone ejecución de

una obra, le son de aplicación las disposiciones relativas a la ejecución de obras, y en lo referido a la explotación de aquella, el concesionario queda sujeto a las normas reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos.”

La citada Ley 13/2003, de 23 de mayo, incorpora una regulación completa del contrato de concesión de obras públicas, con el objetivo de lograr un equilibrio entre el cumplimiento de estabilidad presupuestaria de la Ley 18/2001, de estabilidad presupuestaria, y de la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley de estabilidad presupuestaria, y la necesidad de construir las infraestructuras proyectadas.

Por otra parte, la citada ley se concibe inicialmente como un texto jurídico autónomo de la LCAP. Sin embargo, ante la objeción del correspondiente dictamen del Consejo de Estado (Dictamen núm. 3375/2001, de 5 de diciembre) optó por insertar la nueva Ley 13/2003 en la LCAP, como título V del libro II, artículos 220 a 266, del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP). Y, así, el artículo 7.2 de dicho Texto refundido dispuso que:

“el contrato de concesión de obras públicas se regirá, con carácter preferente, a lo dispuesto en el párrafo anterior, por las disposiciones contenidas en el título V del libro II de esta ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 125 y 133 a 135 del Texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio.”

Con posterioridad, la Directiva 2004/18 CE, de 31 de marzo de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación y de los contratos de obras, suministros y servicios públicos, en su artículo 1.3 define la concesión de obras públicas como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

Por último, la definición del contrato de concesión de obras públicas se encuentra en el artículo 7 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP).

Las innovaciones de la ley al establecer dicho concepto pueden sintetizarse en los siguientes términos:

a) Se elimina la referencia a la “explotación de la obra pública” como posible único objeto del contrato. De esta manera, la norma interna se acomoda al expresado concepto del contrato previsto en la mencionada Directiva 2004/18/CE.

b) Se considera como elemento definitorio básico del contrato “el riesgo concesional”. La importancia de este elemento del riesgo y ventura en el contrato de concesión de obras públicas es destacado por la Comisión Europea en su comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario (núm. 2000/C 121/02, DOCE de 29 de abril):

“si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión.”

c) Se suprime la referencia a aquellas “obras necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general”.

En definitiva, la ley vuelve al concepto tradicional de la concesión de obras públicas, aunque dentro de su objeto se incluyen la adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material, así como las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse aptas a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y demandas sociales.

La obra objeto de concesión se califica de pública por referencia a los supuestos contemplados en el artículo 6 de la LCSP que constituyen el objeto del contrato de obra.

Ahora bien, además de obra pública ha de ser susceptible de explotación económica, pues solo así puede verse retribuido el concesionario recuperando la inversión en su construcción y recuperando los gastos de explotación.

2.2. Distinción de figuras afines

A) Del contrato de obras. El contrato de obras públicas tiene por objeto la ejecución de una obra pública a cambio de un precio, la concesión de obras públicas tiene por objeto la construcción de una obra pero que se retribuye, en todo o en parte, con su explotación.

En el primero el contratista cobra directamente de la Administración contratante, mientras en la concesión lo hace de los usuarios en todo caso, sin perjuicio de poder cobrar parte de la Administración.

En consecuencia, en el contrato de obras la relación contractual es exclusivamente entre la Administración y el contratista. En la concesión, si bien la relación contractual es también entre ambos, se crean otros lazos entre el concesionario y usuarios, que pagan un precio por el uso de la obra según lo establecido en la concesión.

Asimismo, como se ha señalado, el riesgo concesional o el riesgo y ventura del contratista se convierte en elemento definitorio del contrato de concesión de obras públicas. El hecho de que el artículo 7 de la LCSP y la Directiva permitan que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera esta característica. En efecto, siguen quedando cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que la Administración paga un precio, siempre y cuando éste no elimine una parte significativa del riesgo, pues dicho precepto y la Directiva precisan que el derecho de explotación de la obra puede combinarse con un precio, siempre y cuando éste no elimine una parte significativa del riesgo.

Por una parte, la práctica pone de relieve que, en algunos casos, la Administración concedente interviene parcialmente el riesgo económico asumido por el concesionario, sufragando, en alguna medida, el coste de la explotación de la concesión para que disminuya para el usuario el precio de las prestaciones.

Estas intervenciones que asumen formas diversas (importe garantizado, importe fijo en función de usuarios, etc.) no cambian necesariamente la naturaleza del contrato, siempre que suponga una limitación y no una exclusión del principio de riesgo del concesionario vinculado a la explotación. Es posible que si el concesionario, por razones de interés general, percibe "precios sociales", reciba por ello una compensación por la Administración, en un solo pago o en pagos fraccionados, sin que ello suponga la desnaturalización de la figura contractual, siempre que dicha participación de la Administración en el coste del funcionamiento no libere al concesionario de una parte significativa del riesgo de explotación.

Por otra parte, el contrato, por naturaleza, es de larga duración y la exigencia de que se trata del riesgo del concesionario no puede convertirle en aleatorio, por lo que aquella tiene ciertos límites que se reflejan en el artículo 238 de la LCSP. En particular, el apartado 3 dispone que las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares. De conformidad con el artículo 115.1.c).4, el plan económico financiero de la concesión establecerá la incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando existan beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o superen, respectivamente, los niveles mínimo y máximo que se consideren en la oferta.

Pero si, en realidad, la Administración contratante o concedente asume el riesgo inherente a la explotación, el contrato es de obra pública y no de concesión de obra pública.

B) Concesión de servicios. En el contrato de gestión de servicios públicos, el objeto específico de éste es la gestión de un servicio público cuya prestación ha sido asumida como propia por la Administración encomendante (artículo 8 de la LCSP), siendo secundario la necesidad de que para ello sea necesario ejecutar obras, mientras que en la concesión de obras su objeto es la obra (artículo 7 de la LCAP), siendo la explotación el modo de retribución.

Los servicios públicos pueden o no requerir obras e instalaciones, pudiendo en caso afirmativo utilizar las existentes o ser necesarias otras nuevas.

De ser necesario la realización de obras nuevas, según dispone el artículo 117.2 de la LCSP, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos por la propia Ley para la concesión de obras públicas. Esta remisión a la concesión de obras públicas admite tres interpretaciones:

1º) Dada la ubicación del artículo 117 en el capítulo relativo a las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos, al remitirse a la concesión lo es únicamente respecto de las actuaciones preparatorias del contrato en la que se incluye el proyecto, manteniendo su carácter de concesión de servicios públicos y adjudicándose conforme a las normas del contrato de gestión de servicios públicos.

2º) Al remitirse a la concesión de obras públicas sin más especificaciones, puede considerarse que siempre que se trate de explotación de servicios que conlleve obras será una concesión de obra, quedando suprimida la modalidad de concesión de servicios con obras del artículo 114.a) de la RSCL.

3º) Aplicar el criterio económico previsto en el artículo 12 de la LCSP para los contratos mixtos, calificando el contrato según la prestación más cara.

La primera de las interpretaciones supone distinguir una primera fase que afecta a la contratación, que se regirá por las normas de la concesión de obras públicas; y una segunda fase de explotación de la obra, regida por las normas de gestión de servicios públicos. También se distinguen por el referido elemento de riesgo y ventura del contratista, ya que el contrato de gestión de servicios admite, según el artículo 253 de la LCSP, las siguientes modalidades:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

2.3. Régimen jurídico

La concesión de obras públicas es un contrato administrativo nominado que se define en el artículo 7 de la LCSP, de naturaleza mixta, que tiene por objeto las prestaciones propias del contrato de obras, que es un contrato de resultado, y las prestaciones de un contrato de servicios, puesto que incluye la gestión de las obras.

Así pues, su régimen jurídico está integrado, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por las normas específicas establecidas por la LCSP para el contrato de concesión de obras públicas, por las normas comunes de los contratos administrativos de la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo. Supletoriamente se aplican las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado (artículo 19.2 de la LCSP).

En concreto, han de tenerse en cuenta las normas de la LCSP relativas a: la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales (libro I, artículos 22 a 92); preparación de los contratos (libro II, artículos 93 a 121), que incluye normas especiales para la preparación del contrato de concesión de obras públicas (sección 2, del capítulo II, artículos 112 a 115); selección del contratista y adjudicación de los contratos (libro III, artículos 122 a 191); efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos regulados en el título I del libro IV (artículos 192 a 211), que incorpora normas especiales referidas al contrato de concesión de obras públicas contenidas en el capítulo II del título II del mismo libro (artículos 223 a 250), y libro V, relativo a la organización administrativa para la gestión de la contratación (artículos 291 a 309).

Las obras se construyen a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 199 y 214 de la LCSP, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el artículo 223.2, en cuyo caso rige el régimen general previsto para el contrato de obras.

Cuando el concesionario se retrase en la ejecución de la obra, ya sea en el cumplimiento de los plazos parciales o del plazo total, y el retraso fuese debido a fuerza mayor o a causa imputable a la Administración concedente, aquel tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra y correlativa y acumulativamente en el plazo de concesión; la cual ha de ser, por lo menos, igual al retraso habido, a no ser que pidiera una menor. Si el

concesionario fuera responsable del retraso, se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta ley, sin que el retraso pueda suponer la ampliación del plazo de la concesión.

Si la concurrencia de fuerza mayor implica mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le concede, se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impide por completo la realización de las obras, se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros (artículo 225 de la LCSP).

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el proyecto en los casos previstos y en la forma establecida en el artículo 202 de la LCSP. El plan económico-financiero de la concesión ha de recoger, en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes.

El concesionario podrá solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por ciento del importe total de las obras inicialmente previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial (artículo 226 de la LCSP).

Los concesionarios tienen los siguientes derechos:

1º) El derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión.

2º) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 241 de la LCSP.

3º) El derecho a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública. Dicho derecho incluirá el de utilizar, exclusivamente para la construcción de la obra, las aguas que afloren o los materiales que aparezcan durante su ejecución, previa autorización de la Administración competente, en cada caso, para la gestión del dominio público correspondiente.

4º) El derecho a recabar de la Administración la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios para la construcción, modificación y explotación de la obra pública,

así como la realización de cuantas acciones sean necesarias para hacer viable el ejercicio de los derechos del concesionario.

Los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público.

5º) El derecho a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 209 de la LCSP y a hipotecar la misma en las condiciones establecidas en la Ley, previa autorización del órgano de contratación en ambos casos.

6º) El derecho a titularizar sus derechos de crédito, en los términos previstos en la Ley.

7º) Cualesquiera otros que le sean reconocidos por esta u otras leyes o por los pliegos de condiciones.

Son obligaciones generales del concesionario:

1º) Ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato.

2º) Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.

3º) Admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no-discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa.

4º) Cuidar del buen orden, de la calidad de la obra pública y de su uso, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación.

5º) Indemnizar los daños que se ocasionen a terceros, por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 198 de la LCSP.

6º) Proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo.

7º) Cualesquiera otras previstas en ésta u otra ley o en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El concesionario debe cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de la obra pública.

El concesionario puede impedir el uso de la obra pública a aquellos usuarios que no abonen la tarifa correspondiente, sin perjuicio de lo que, a este respecto, se establezca en la legislación sectorial correspondiente.

El concesionario ha de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en la Ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostenta las siguientes prerrogativas y derechos en relación con los contratos de concesión de obras públicas:

- 1º) Interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.
- 2º) Modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas.
- 3º) Restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 241.
- 4º) Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 245 y 246 de la LCSP.
- 5º) Establecer, en su caso, las tarifas máximas por la utilización de la obra pública.
- 6º) Vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión.
- 7º) Asumir la explotación de la obra pública en los supuestos en que se produzca el secuestro de la concesión.
- 8º) Imponer al concesionario las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra.
- 9º) Ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de la obra pública en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica.

10º) Imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra pública que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general, abonando la indemnización que en su caso proceda.

11º) Cualesquiera otros derechos reconocidos en esta o en otras leyes.

El ejercicio de dichas prerrogativas administrativas ha de ajustarse a lo dispuesto en la LCSP y en la legislación específica que resulte de aplicación.

El órgano de contratación puede acordar, cuando el interés público lo exija, la modificación de la obra pública, si concurren las circunstancias del artículo 202 de la LCSP, así como su ampliación o la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se rige por lo dispuesto en el artículo 241 de la LCSP.

Las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente han de ser objeto de nueva licitación para su construcción y explotación.

El órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, puede acordar el secuestro de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. El acuerdo del órgano de contratación ha de ser notificado al concesionario y si éste, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro. Asimismo, se podrá acordar el secuestro en los demás casos recogidos en la LGSP con los efectos previstos en la misma.

Efectuado el secuestro, corresponde al órgano de contratación la explotación directa de la obra pública y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario. El órgano de contratación designa uno o varios interventores, que sustituyen plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria. La explotación de la obra pública objeto de secuestro se efectúa por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se devuelve, al finalizar aquel, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso, la cuantía de las penalidades impuestas.

El secuestro tiene carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del concesionario el cese del secuestro cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra pública. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión.

2.4. Proyección del contrato de concesión de obras al régimen local en la jurisprudencia de 2008

2.4.1. Doctrina del enriquecimiento injusto, principio de buena fe y confianza legítima, cuando el requerimiento de ejecución de obras no incluidas en el contrato de concesión de obras públicas procede de otras administraciones públicas distintas de la contratante

El equilibrio financiero. STS de 12 de mayo 2008 (recurso de casación 478/2007). La representación procesal de Autopista del S., Concesionaria Española de A, SA., interpone el recurso de casación 478/2007 contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2006 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 1839/2002, que desestima el recurso formulado por aquella contra la Resolución del secretario de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 29 de noviembre de 2002, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la Resolución de fecha 29 de junio de 2001 del director general de Carreteras que, al aprobar el Proyecto de Modificación núm. 1 de la Autopista de peaje Alicante-Cartagena, tramo A-7 hasta Cartagena, dispuso que el presupuesto de contrato sería el vigente, por lo que rechazó la pretensión de abono de 10.238.181,29 euros en concepto de importe de obras ejecutadas no previstas en el proyecto inicial.

La sentencia de instancia hace referencia a la pretensión económica de las obras, que afirma la recurrente que son claros ejemplos del *ius variandi* de la Administración, atendiendo al requerimiento verbal del inspector de Construcción, mientras que la oposición de la Administración se sustenta en que se trataba de obras ejecutadas por la demandante sin la previa autorización y aprobación del ministro como requería la cláusula 65 del Pliego general en relación con la 10 del Pliego del concurso.

El tribunal de instancia declara que debe partirse de la presencia de un contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de una

autopista de peaje, por lo que no es un mero contrato de obras sino que se rige por su propia normativa, subrayando, además, la necesidad de respetar el equilibrio económico financiero.

La sentencia recurrida examina si las distintas y mayores obras ejecutadas responden a modificaciones ordenadas por la Administración. Parte de que:

“El *ius variandi* de la Administración concedente está reconocido en la cláusula 65 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprobó el Pliego de cláusulas generales para construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, que dice:

“En la ejecución de las obras, el concesionario deberá ajustarse estrictamente a los proyectos aprobados.

“No obstante lo anterior, excepcionalmente se podrán acordar modificaciones en las obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos, bien a petición de la Administración, bien a petición del concesionario.

“En cualquier caso, corresponderá al Ministerio de Obras Públicas autorizar la redacción de las correspondientes modificaciones de los proyectos, así como su aprobación, una vez presentadas’.”

Tras ello razona:

“que las modificaciones en las obras, además de tener carácter excepcional y tener que responder a necesidades nuevas o a causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos, siempre deben ser acordadas por la Administración, no pudiendo ser acordadas por el concesionario, siendo lo único que éste puede hacer solicitarlo de la Administración estando a lo que ésta resuelva acerca de si las autoriza o no.”

Y valora que no consta que las obras cuyo importe se reclama fueran ordenadas ni acordadas por la Administración concedente, así como tampoco que el concesionario solicitara que se le autorizara su realización y aprobación por la Administración antes de realizarlas. Destaca que fue “la Administración la que, al detectar que se habían introducido variaciones en la obra, requiere al recurrente la redacción del modificado para el conocimiento y constancia de las obras realmente realizadas y sin que la aprobación del modificado a posteriori (aunque las obras contenidas en el mismo pudieran ser adecuadas y contener una correcta e incluso mejor ejecución de lo proyectado) pueda equipararse al necesario acuerdo previo de la Administración de modificación de las

obras ni interpretarse que se trata de obras autorizadas por la Administración, ya que en absoluto consta en el procedimiento que la Administración tuviera voluntad de introducir modificaciones en las obras ni que hiciera uso del *ius variandi* en la forma establecida en la cláusula 65 del Decreto 215/1973, debiendo recordarse asimismo que el proyecto inicial fue redactado por la recurrente y que, siendo su obligación la construcción de la autopista con todos los elementos necesarios para su uso, debió de prever todo lo necesario para realizarlo correctamente”.

La STS acepta lo argumentado por el Abogado del Estado en su escrito de oposición cuando afirma:

a) No consta que las obras ejecutadas cuyo importe se reclama fueran ordenadas ni acordadas por la Administración concedente.

b) Tampoco consta que el concesionario solicitara que se le autorizase a realizar dichas obras y su aprobación antes de ejecutarlas.

c) Comprobado que se habían ejecutado determinadas obras no incluidas en el proyecto, la Administración es la que requiere al concesionario para que redacte el modificado para conocimiento y constancia de dicha variación.

d) No hay prueba de que el inspector de Construcción nombrado por la Administración ordenara la ejecución de nuevas y distintas obras, no existiendo prueba alguna de ello.

e) No hay constancia documental alguna de las presuntas órdenes del inspector de Construcción.

f) No consta que la Administración ordenase obras nuevas solicitadas por otros organismos que se limitaron a indicarlas.

g) No consta que las obras indicadas por otros organismos fueran puestas en conocimiento de la Administración antes de su ejecución.

h) En relación con las obras denominadas “Reposiciones de servicios en el tramo II”, no se acredita que fueran ordenadas por el inspector de Construcción.

i) En relación con las parcelas a que se refiere el documento 55 anexo a la demanda, no consta que la Administración ordenase ni aprobase la ejecución de obras fuera del proyecto inicial, limitándose a dar traslado al demandante de los escritos presentados por los propietarios a los efectos de que se le informase de la exacta situación de los servicios afectados y las previsiones que sería necesario adoptar.

Los anteriores asertos encuentran su cobertura en los hechos declarados probados por la sentencia a los que debe atender el Tribunal Supremo, pues la valoración de la prueba incumbe al tribunal de instancia siendo solo revisable en casación cuando incurriere en error notorio, fuere irracional o quebrantase las reglas de valoración de la prueba tasada, supuestos ni esgrimidos ni acontecidos.

La sentencia examina conjuntamente los distintos motivos que fundamentan el recurso de casación que defienden esencialmente que la Administración contratante ordenó la realización de las obras controvertidas incurriendo, por ello, en un enriquecimiento injusto del que debe ser resarcida la contratista. Situación que no ha acontecido y que conduce a la desestimación de todos los motivos aunque desgranemos las particularidades de cada uno.

Respecto del primero, no existe violación del artículo 1282 del Código Civil en la interpretación del contrato efectuado por la sala de instancia a la que corresponde dicha función salvo error patente.

El tribunal sentenciador subraya que las obras en cuestión no fueron ordenadas por la Administración contratante sino indicadas o peticionadas por otras administraciones u organismos –ayuntamiento, comunidades de regantes, etc.–, situación esta que veda que pueda atribuirse a la contratante la exigencia de las mismas.

Falla no solo la existencia de orden expresa de la Administración contratante sino también la aquiescencia tácita esgrimida por la recurrente al socaire de que las obras pretendidas por administraciones ajenas a la contratante deben recibir el mismo tratamiento jurídico que las efectuadas por la Administración contratante.

Independientemente de la existencia de diversos intereses públicos en conflicto surgidos con ocasión de la construcción de una autopista, es evidente que la relación jurídica de la contratista la vinculaba exclusivamente con la Administración que adjudicó a su favor la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Alicante-Cartagena. De entender que era necesario realizar obras que no fueran consecuencia del proyecto por ella elaborado, incumbía a la misma interesar la autorización de la Administración con anterioridad a su ejecución, tal cual subraya la sentencia de instancia.

Contrato que, no debe olvidarse, se desenvuelve en el marco de un concurso en el que la Administración elaboró un anteproyecto que sirvió de base al mismo por un determinado presupuesto, 154.911.474,66 euros, que un año después, al aprobarse el proyecto de trazado, se eleva a 221.473.588,20 euros con imposición primero de sesenta y seis prescripciones a cumplir por el concesionario a las que posteriormente se añadieron treinta y dos más por su ausencia en el proyecto presentado por la contratista.

La falta de oposición del inspector de obras de la Administración a la realización de las antedichas obras no puede ser calificada, como pretende la recurrente, de una orden implícita, máxime si se tiene en cuenta, como declara la sentencia de instancia, que al ser la recurrente la redactora del proyecto debió prever todo lo necesario para realizarlo correctamente. La reposición de los servicios previos, incluyendo tuberías de aguas, no puede calificarse como circunstancia que no hubiera habido de ser tomada en cuenta al confeccionar el proyecto. Tampoco la implantación de infraestructuras urbanísticas derivadas del planeamiento ni los drenajes de aguas pluviales. Aspectos todos ellos que constituyen algunas de las reclamaciones efectuadas a la contratista respecto de las que el inspector de Construcción interesó información.

En la sentencia de 27 de abril de 2007, recurso de casación 6924/2004, se reproducía en su penúltimo fundamento de derecho lo anteriormente manifestado en las sentencias de 20 de mayo y 24 de noviembre de 2004:

“Es cierto que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado. También lo es que ese quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha; pero no sería correcto deducir de esta doctrina que pueda exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado. Es decir: la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado.

“En estos supuestos el quebrantamiento del principio de confianza legítima tan solo podrá llevar consigo la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados al administrado como consecuencia del mismo, procedimiento que ha de seguirse de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y concordantes del Real decreto 429/1993, que se remite a lo previsto en el artículo 70 de la Ley 30/1992.”

Con arreglo a lo acabado de transcribir, ningún acto hizo la Administración contratante que pudiera hacer presumir el pago de las obras realizadas sin su autorización.

Insiste la recurrente en que hubo un consentimiento tácito para la realización de las obras en razón de que fueron conocidas por el inspector de la Construcción, mas tal conocimiento y la remisión de comunicaciones de algunos particulares para que diera respuesta a la ausencia de reposición de diversos aspectos de la obra no puede reputarse orden tácita de nuevas obras en un ámbito como el cuestionado. De entender la contratista que tales obras no constituían prescripciones expresas o implícitas al proyecto sino necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto –tal cual estatuye el artículo 65 del Pliego de cláusulas administrativas–, debía haber requerido de la Administración autorización al respecto para efectuarlas, mas no realizarlas directamente sin la anuencia de la Administración contratante. Es necesario reiterar que no se trata de unas obras ordinarias, sino de la concesión para la construcción y explotación de una autopista previa redacción del proyecto de obras tras la confección de un anteproyecto por la Administración contratante.

En la STS de 27 de abril de 2008, recurso para la unificación de doctrina 299/2005, se recuerda la esencia de la doctrina sobre el enriquecimiento injusto, partiendo de que la STS de 21 de marzo de 1991 afirma que “el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa –enriquecimiento y empobrecimiento– al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”.

Asimismo citábamos nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004, y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, sobre que la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003, 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.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el director técnico del proyecto con el consentimiento tácito o

expreso de la Administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el director no contempladas en el proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del equipo técnico municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque sí prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la Administración (sentencia de 13 de julio de 1984), así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la Administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que ésta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado que deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este tribunal (STS de 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990).

El contrato aquí cuestionado no es un contrato de obras exclusivamente que constituye la esencia de la anterior doctrina, sino una concesión de obra pública para construir, explotar y conservar una autopista. Por ello, a tenor de lo ya anticipado en fundamentos precedentes, no puede prosperar el motivo al no darse las circunstancias examinadas en la jurisprudencia citada.

Tiene razón la recurrente cuando afirma que es incuestionable que la concesionaria puede solicitar la modificación de las obras, conforme al artículo 24.3 de la Ley de autopistas, 8/1972, de 10 de mayo, sin repercutir en un aumento de tarifas y la cláusula 65 del Pliego general, mas omite que tal modificación para llevar aparejado el subsiguiente resarcimiento económico, fuere por la vía de la indemnización económica, fuere por la alternativa de la ampliación del plazo vigente de la concesión, requiere que las obras hubieren sido autorizadas por la Administración con anterioridad a su ejecución, supuesto aquí ausente. Autorización previa que, por razones de interés público, también contempla la nueva normativa establecida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de con-

tratos del sector público, al regular en su título II, capítulo II, el contrato de concesión de obra pública y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

La STS señala que tampoco puede prosperar el motivo relativo a la infracción de los artículos 24 y 25.bis de la Ley de autopistas 8/1972 ni de las cláusulas 101 y 102 del Pliego de cláusulas generales de autopistas aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero.

El artículo 24 de la Ley se invoca porque la recurrente aduce que la obligación que se le impuso rompió el equilibrio económico financiero de la concesión, mientras la norma establece que la Administración deberá compensar al concesionario de forma que se mantenga su equilibrio económico-financiero.

Por lo mismo, esgrime la cláusula 102 del Pliego de cláusulas generales de autopistas, que dice lo siguiente:

“Si como consecuencia de la aprobación de los proyectos redactados por el concesionario la Administración introdujera modificaciones en los mismos que entrañaren contradicción con el anteproyecto aprobado y válidamente modificado en su caso, éstas darán origen a un aumento de las tarifas autorizadas o a las compensaciones que sean pertinentes, de modo que se mantenga el equilibrio económico-financiero de la sociedad concesionaria.”

Nada se argumenta respecto al artículo 25.bis de la Ley de autopistas y la cláusula 101 del Pliego pese a invocarse. Y, en cambio de la lectura de la antedicha cláusula, se colige la necesidad de que la modificación fuere acordada por la Administración.

Ya se ha expuesto reiteradamente que en este supuesto no se trata de modificaciones impuestas por la Administración con posterioridad a la adjudicación del contrato, por lo que el motivo no puede prosperar.

El riesgo concesional es inherente al contrato y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha de respetar los cauces legales.

2.4.2. Contrato de construcción de un aparcamiento subterráneo y su posterior gestión. Transmisibilidad de plazas de residentes. STS de 6 de mayo de 2008 (recurso de casación 3230/2007)

La representación procesal del Ayuntamiento de Guardamar de Segura interpone el recurso de casación 3230/2007 contra la sentencia dictada el 6 de marzo de 2007 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supe-

rior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso contencioso administrativo 905/2004, deducido por G. Unión Temporal de Empresas, J. e Iniciativa de O.P. SA, contra el Reglamento de régimen interior del aparcamiento público de la plaza del Mercat aprobado por el ayuntamiento aquí recurrente y publicado en el BOP de Alicante de 18 de mayo de 2004, procediendo a anular su apartado 1, párrafo 6, que establece:

“En lo referente a las segundas y posteriores transmisiones de los titulares del derecho de uso, éstas no podrán ser por un precio superior al de la primera adquisición, debiendo ser fiscalizadas previamente por la corporación, artículo 155.2 de la LCAP respecto quien se reserva el derecho de adquirirla y volverla a adjudicarla sin sobreprecio a residentes previo el oportuno concurso.”

Un primer y único motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, atribuye a la sentencia de instancia la infracción del artículo 163 del Real decreto legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, TRLCAP, a la que imputa una indebida aplicación. Aduce que el Reglamento por el que se regula un servicio y el Pliego están relacionados pero tienen objetos distintos, mientras el primero contempla la contratación y el segundo los derechos y deberes de las partes contratantes. Considera dentro de las facultades de un municipio la ordenación del tráfico de vehículo.

Invoca el artículo 155.2 de la LCAP respecto al régimen del servicio, pero en el que no se incluyen las cuestiones a regular en el Reglamento, que, por tanto, no se contemplan en el Pliego. Considera que el artículo 163 solo afecta a las modificaciones que afecten al servicio de que habla el artículo 155.2 de la LCAP. Esgrime que las previsiones del Reglamento interior no implican nuevas obligaciones.

Se refiere el artículo 163 del Real decreto legislativo 2/2000 o TRLCAP a la modificación del contrato de gestión de servicios públicos que puede ser ejercido por la Administración en el ejercicio del *ius variandi*. Por ello tiene razón la corporación recurrente cuando aduce aplicación indebida del artículo por la sala de instancia al reputar carente de cobertura la limitación económica en la transmisión cuestionada.

El contenido del artículo del Reglamento de régimen interior cuestionado no comporta una modificación de las características del servicio establecidas en el correspondiente contrato a tenor de lo fijado en el Pliego de licitación ni de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Tampoco afecta al régimen financiero del contrato de concesión de obra de construcción de un aparcamiento subterráneo, zona de equipamiento y adecuación de la plaza superior en la plaza del Mercat y la posterior gestión del servicio respecto del cual la Administración hubiere de restablecer el equilibrio económico.

Simplemente comporta una mayor clarificación de las condiciones esenciales ya fijadas en el Pliego de condiciones que regía la contratación administrativa en cuanto a titulares y transmisiones.

Como hechos obrantes en el expediente que el Tribunal Supremo considera necesario integrar, la sentencia señala los siguientes:

1. El Pliego de condiciones técnicas, jurídicas y económico-administrativas que había de regir en la contratación de la concesión de obra de construcción de un aparcamiento subterráneo en Guardamar de Segura establecía que su uso sería mixto, rotación y residentes.

2. Asimismo imponía que en las plazas destinadas a residentes el adjudicatario podrá transmitir el derecho de uso de cada una de estas plazas, remitiendo copia del contrato al ayuntamiento en su primera transmisión.

3. Añadía que el precio de venta por plaza de aparcamiento sería de 9.615,00 euros, IVA aparte, con un plazo de duración de la concesión de setenta y cinco años.

Omitía la definición de residente y de rotación, lo cual no es óbice, en un contrato de la citada naturaleza, para entender como plaza de rotación la que se disfruta temporalmente sin carácter exclusivo, ya que el Pliego de condiciones sí fijaba una tarifa horaria en las plazas destinadas a uso rotatorio. Y como plaza de residente la que se obtenía para un uso exclusivo mediante el pago de la suma establecida en el Pliego para su disfrute por setenta y cinco años. Los aspectos de uso y disfrute de ambas categorías de plazas sí estaban claramente determinados antes de la suscripción de los contratos con base en las antedichas previsiones del Pliego.

Nada decía el Pliego acerca de las condiciones que debían cumplir los sujetos que pretendían acceder a una plaza de las citadas características (por ejemplo, empadronamiento en el área de influencia, titularidad de un negocio abierto en la mencionada área de influencia, etc.).

Sin embargo, quedaba explicitado en el Pliego, al igual que en los posteriores contratos, que la operación realizada consistía en un derecho de uso temporal de una plaza de aparcamiento que no implicaba transmisión de propiedad, al desarrollarse en el ámbito de una concesión de uso temporal de un espacio de dominio público.

Ningún efecto despliega el contenido de la STS de 22 de enero de 2002, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 7301/1996, que afirma que el servicio de aparcamiento de vehículos no encaja en la noción de servicio público

local fijado en la Ley de bases de régimen local. Ello es así por dos razones. Una, tal aserto se realiza en el ámbito de unas liquidaciones tributarias relativas al impuesto sobre bienes inmuebles que gravaban una concesión de bienes demaniales o de servicios públicos a los que están afectados dichos bienes, que constituyen un uso privativo y anormal de los bienes de dominio público y no el uso común general y normal de los bienes de tal naturaleza que conlleva el aprovechamiento público y gratuito. Dos, la propia sentencia pone de relieve los cambios legislativos operados tras la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, dando nueva versión a los artículos 64.b) y 65.d) de la Ley 39/1988, en relación con la condición de sujeto pasivo del IBI de los titulares de concesión administrativa sobre bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a los que se hallen afectados.

Sentado lo anterior es innegable que a las plazas de residentes les otorgó la corporación municipal en el Pliego de condiciones administrativas un determinado valor para poder disfrutar temporalmente de un espacio integrado en terrenos de dominio público. Es decir, que el propio Pliego de condiciones administrativas del contrato para la construcción y posterior gestión de un aparcamiento subterráneo delimitaba claramente la naturaleza del contrato y su contenido económico.

El valor de la concesión de uso temporal estaba fijado por la Administración concedente, sin que se trate por tanto de una transacción que pueda efectuarse libremente en el mercado, al ser indisponible por el vendedor el precio marcado. Valor que subsiste a lo largo de la vigencia del período de uso temporal, por lo que resulta implícito a la concesión la exclusión de cualquier veleidad especulativa propia de la compraventa de fincas de titularidad privada, donde sí rigen las leyes del mercado.

Es esencial no olvidar que independientemente de que la corporación local, por medio del concesionario de las obras de construcción y explotación, cediese la parcela de terreno calificada como dotaciones locales para la construcción del aparcamiento, lo hacía en el ámbito de una financiación de una obra pública mediante la concesión de dominio público, para lo cual remitía a los artículos 130 a 134 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

Por tanto, al tratarse de una concesión, al llegar su término de vencimiento las instalaciones revertirán al ayuntamiento tal cual establece el Pliego.

Es claro el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, Decreto de 17 de junio de 1955, al establecer que constituye obligación del concesionario no enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la entidad concedente salvo autorización expresa de la corporación, artículo 128.4.

No es un precepto extraño a nuestro ordenamiento, pues la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante 27/1992, de 24 de noviembre, en su artículo 64, establece la transmisión por actos *inter vivos* de las concesiones sobre bienes de dominio público portuario previa autorización de la autoridad portuaria, que podrá ejercer derechos de tanteo y retracto en los términos que reglamentariamente se establezcan, o la Ley de costas 22/1988. Por su parte, el artículo 70 de la Ley 22/1988, de 28 de junio, de costas, tras negar con carácter general la transmisión por actos *inter vivos* de las concesiones, autoriza excepcionalmente las contempladas en el apartado segundo, si bien no reputando eficaz la transmisión hasta el reconocimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión.

Ciertamente una buena técnica administrativa hubiera comportado su pormenorización en el Pliego. Sin embargo, se encontraba implícito en la concesión, al ser consustancial a su propia naturaleza en virtud del precepto reglamentario local, que cualquier transmisión ulterior a la inicial, si autorizada en el Pliego, debía ser comunicada a la corporación y que ésta podía readquirir cualesquiera de las plazas de residentes puestas a la venta por el primer adquirente al mismo precio de la primera transmisión. Por tanto, el Tribunal Supremo acoge el motivo de casación esgrimido.

De todo lo anterior la sentencia concluye que no puede prosperar la pretensión de la concesionaria acerca de que el párrafo impugnado constituya un acto nulo por falta de competencia sobre la actividad económica privada.

Independientemente de que la concesionaria esté autorizada para transmitir el uso temporal de determinadas plazas de aparcamiento, lo cierto es que partimos de la concesión de un espacio de dominio público, por lo que no puede reputarse actividad económica libre sujeta a las leyes del mercado.