

## MODIFICACIÓN

### **7.16. DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN EL QUE SE DEVENGAN INTERESES DE DEMORA POR OBRAS REALIZADAS SIN LA NECESARIA COBERTURA CONTRACTUAL.**

**Se examina el momento en el que se produce el devengo de intereses de demora por el pago de las obras realizadas al margen del contrato de «Nuevas instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasajes», y se concluye que la UTE adjudicataria del contrato no tiene derecho al abono de los intereses de demora correspondientes al pago de las obras ejecutadas fuera del contrato desde la fecha de la recepción parcial, sino desde la fecha en la que se produzca la convalidación de dichas obras con la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto tramitado al efecto**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Presidente del Organismo Público Puertos del Estado, sobre el momento en el que se produce el devengo de intereses de demora por el pago de las obras realizadas al margen del contrato de «Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia». Con relación a dicha consulta, este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos<sup>1</sup>.

### **ANTECEDENTES**

1.º) El escrito de consulta plantea la situación fáctica en los siguientes términos:

«Con fecha de 25 de noviembre de 2009 el Ministerio de Fomento y la Autoridad Portuaria de Pasajes firmaron un Convenio de Colaboración para la ejecución del eje de trabajo “Regeneración Portuaria en la Dársena Interior 2009-2012” del proyecto de regeneración integral de la Bahía de Pasajes a través de la construcción del puerto exterior. La cláusula segunda de este convenio prevé la relación de actuaciones a desarrollar y, entre las mismas, figura la relativa al derribo y construcción o remodelación de una nueva lonja pesquera.

El día 28 de octubre de 2011 fue adjudicado el contrato de obras de las “Nuevas Instalaciones en el área pesquera del puerto de Pasaia” a la UTE XX por un importe de 14.973.349,60 euros y por un plazo de 26 meses.

Con fecha 7 de junio de 2012 la Autoridad Portuaria de Pasajes adjudicó al contratista principal (UTE XX) el denominado “proyecto complementario n.º 1 al proyecto de nuevas instalaciones en el área del puerto de Pasaia: desvío del colector de saneamiento de

---

<sup>1</sup> Informe emitido el 22 de julio de 2016 por D.ª Raquel Ramos Valles, Abogado del Estado en la Subdirección General de los Servicios Consultivos

Pasaia San Pedro y de las tuberías de impulsión de la EBHAR, de Herrera de la red primaria de Anarbe”, por un importe de 616.498,37 euros (IVA excluido). En relación con la tramitación administrativa llevada a cabo por la Autoridad Portuaria de Pasajes con respecto a este contrato complementario, significar que la misma resultó conforme a derecho, dado que así lo han constatado tanto el informe de auditoría técnico-económica de Puertos del Estado (...) como el informe de auditoría de cumplimiento y operativa sobre contratación del ejercicio 2012 elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado (...).

En otro orden de cosas, el día 26 de julio de 2013 la Autoridad Portuaria remite a Puertos del Estado “solicitud de informe sobre la modificación del proyecto de referencia”. Esta solicitud fue informada de forma favorable por la Inspección de Fomento el día 2 de octubre de 2013, si bien conteniendo una serie de consideraciones técnicas el informe de la Inspección. Por tanto, una vez redactado el proyecto modificado, incorporando las anteriores consideraciones técnicas, fue nuevamente remitido a Puertos del Estado e informado de forma favorable por el citado organismo público el día 21 de julio de 2014. El importe de esta modificación contractual ascendió a la cantidad de 1.470.227,01 euros (IVA excluido), o lo que es lo mismo, supuso un incremento con respecto al importe de adjudicación del 9,82%. El contrato de obras, una vez incorporada la modificación aludida, se firmó entre las UTE adjudicataria y la Autoridad Portuaria el día 30 de diciembre de 2014.

El día 6 de febrero de 2015 se firma por las partes un acta de recepción parcial que afecta, básicamente, a la fase 1, sin formular reserva alguna ninguna de ellas. Con fecha de 10 de febrero de 2015, el director de las obras efectúa una propuesta de redacción del denominado “proyecto complementario n.º 2 al proyecto modificado de Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia”. Esta propuesta fue remitida a Puertos del Estado el día 17 de septiembre de 2015, al objeto de su posterior remisión para informe por la Subdirección General de Inspección de Servicios y Obras del Ministerio de Fomento.

En este estado de situación, el día 19 de febrero de 2015 el Presidente de la Autoridad Portuaria de Pasajes remite escrito al Presidente de Puertos del Estado solicitando la realización de una auditoría técnico-económica de la totalidad de las actuaciones relativas a las nuevas instalaciones en el área pesquera del puerto de Pasaia, ante la “falta de previsión de determinadas actuaciones entre ellas el proyecto complementario n.º 2 o la liquidación del contrato principal, y dada la cuantía de los mismos”.

A la vista de la petición descrita en el párrafo precedente, un equipo de trabajo de Puertos del Estado se desplazó, los días 16 y 17 de marzo, a la Autoridad Portuaria para analizar *in situ* la documentación respectiva al objeto de poder realizar la auditoría solicitada.

El día 6 de julio de 2015 la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado emite informe (...) en atención a las conclusiones puestas de manifiesto por el informe de la auditoría técnico-económica de Puertos del Estado, ya que se detectaron ciertas irregularidades con relación a la práctica contractual. Así las cosas, y sobre la base del informe jurídico de Puertos del Estado de 6 de julio de 2015, la Autoridad Portuaria de Pasajes comenzó la tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial por el concepto de enriquecimiento injusto para regularizar las siguientes actuaciones:

Obra complementaria ejecutada y pendiente de abono.

Obra ejecutada que no podía ser subsumida en el concepto de obra complementaria, ya que se trataba de auténticas modificaciones del contrato y pendiente de abono.

Precisamente, la cuestión que constituye el objeto de esta petición de dictamen se ha suscitado durante la tramitación del aludido expediente de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto. Con la finalidad de facilitar la labor de dar respuesta a la cuestión que nos ocupa, y con carácter previo a su formulación en términos exactos, se estima necesario añadir a la relación fáctica precedente, lo siguiente:

Por un lado, no podemos dejar de apuntar que la UTE adjudicataria realizó una baja significativa, de más del 18% del presupuesto de licitación. En relación con lo anterior, cabe destacar que, en los diferentes informes de la asistencia técnica a la dirección de obra de la Autoridad Portuaria, se reflejan observaciones del siguiente tenor literal:

“Por último, dejar constancia de nuestra preocupación por las continuas modificaciones propuestas por la UTE que, como ya se ha podido constatar, bajo el aspecto de mejora para el proyecto sólo pretenden un cambio de diseño que le permita utilizar el modelo contradictorio con el correspondiente incremento económico de la nueva solución que, en el caso menos desfavorable, supone el valor de la contrabaja”.

Por otra parte, y presumiblemente conectado con lo precedente, no podemos obviar que a partir de la certificación n.º 7 (junio de 2012) se introduce en la misma en el concepto de presupuestos un nuevo capítulo denominado “precios contradictorios” con sus correspondientes mediciones. Destacar que estos precios contradictorios se abonan a la UTE. A título de ejemplo, en la certificación n.º 10, correspondiente al mes de septiembre, se incluyen 5 precios contradictorios nuevos que alcanzan un presupuesto en ejecución material de 85.462 euros. En la certificación n.º 11, correspondiente al mes de octubre, se incluyen 14 precios contradictorios que en ejecución material suponen un importe de 417.647 euros. En las sucesivas certificaciones se incluye el capítulo de “precios contradictorios”. Añadir que estos precios contradictorios se corresponden con las obras referidas al denominado “proyecto complementario n.º 2” (proyecto que no ha sido aprobado) y al proyecto modificado que se estaba tramitando.

En este punto señalar que la última certificación que incluye el capítulo de “precios contradictorios” es la n.º 35 correspondiente al mes de octubre de 2014. La cuantía de dicho capítulo asciende a 1.919.227,32 euros e incluye 130 precios contradictorios. En términos exactos, de las unidades contempladas en este capítulo cabe afirmar que 37 unidades se corresponden con el proyecto modificado (el contrato de obras, una vez incorporada la modificación aludida, se firmó entre la UTE adjudicataria y la Autoridad Portuaria el día 30 de diciembre de 2014) y las restantes unidades, desde el punto de vista técnico, se asignan al “hipotético” proyecto complementario n.º 2.

En la siguiente certificación, esto es, en la n.º 36, correspondiente al mes de noviembre de 2014, desaparece el capítulo de “precios contradictorios”, de tal manera que las unidades de obra que formaban parte de la modificación contractual aprobada se incorporaron en sus respectivos capítulos y las restantes unidades vinculadas con lo que hemos denominado el “hipotético” proyecto complementario n.º 2 fueron descontadas».

2.º) Tras efectuar una serie de consideraciones jurídicas, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004, relativa a intereses de demora en obras realizadas fuera de contrato, el escrito de consulta concluye solicitando la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones:

«En definitiva, se plantea por este Organismo Público si la doctrina contenida en la sentencia reproducida resulta de aplicación al supuesto de hecho que nos ocupa, de tal modo que el devengo de intereses de demora en el pago de las unidades de obra realizadas al margen del contrato de “Nuevas Instalaciones en el área pesquera del

puerto de Pasaia” coincidirá con el momento temporal en el que se convaliden dichas obras, esto es, con la resolución del expediente de enriquecimiento injusto. No podemos concluir este tema sin mencionar los posibles efectos que la recepción parcial realizada con fecha de 6 de febrero de 2015, sin que ninguna de las partes formulara protesta, pudiera tener en la solución de la cuestión planteada. En este sentido, en la Sentencia de 23 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo señala que “asimismo, resulta que la Sección tercera de la Sala de Madrid recordó la sentencia de 27 de abril de 2005, la cual, apoyándose en otras anteriores, señala que para decidir si procede en estos casos de obras realizadas fuera de contrato con conocimiento de la Administración el abono de intereses habrá que considerar las circunstancias del caso y, en particular, si la Administración al recibir las formuló o no protesta o reserva”.

Al hilo de lo anterior, y en función de la solución que se adopte con relación al momento temporal del devengo de los intereses de demora en el pago de obras realizadas al margen del contrato, se estima preciso plantear si las cantidades que corresponda abonar, en su caso, por la Autoridad Portuaria de Pasajes en el concepto de intereses de demora en el pago de obras realizadas al margen del contrato han de ser calificadas como un perjuicio económico para las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria y, de ser así, cómo se articularía su posible resarcimiento».

3.º) Se acompañan al escrito de consulta los siguientes documentos:

«Informe de auditoría técnico-económica en relación con las nuevas instalaciones en el área pesquera de Pasaia» emitido por Puertos del Estado (documento n.º 1).

«Informe definitivo de control financiero de auditoría de cumplimiento y operativa de contratación de la Autoridad Portuaria de Pasaia referente al ejercicio 2012», de 26 de febrero de 2014 (documento n.º 2).

«Informe jurídico relativo a las actuaciones puestas de manifiesto por el informe de auditoría técnico-económica de Puertos del Estado en relación con las obras de las nuevas instalaciones en el área pesquera de Pasaia», emitido el 6 de julio de 2015 por el Jefe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado (documento n.º 3)

«Informe de auditoría operativa y de cumplimiento de la Autoridad Portuaria de Pasaia, Contratación ejercicio 2014», emitido por la Intervención Territorial de Guipúzcoa el 19 de febrero de 2016 (documento n.º 4).

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### I

Se formula consulta sobre el momento en el que, con arreglo a Derecho, se produce el devengo de intereses de demora en caso de ejecución por el contratista de actuaciones al margen del contrato.

Del relato de hechos que antecede y de la documentación que se adjunta al escrito de consulta se desprende que en el seno del contrato de obra para la construcción de «Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia» se han ejecutado determinadas actuaciones que no contaban con la adecuada cobertura procedimental y documental, actuaciones supuestamente vinculadas a un proyecto de modificación que se encontraba en tramitación, y a un proyecto complementario n.º 2 que no había sido tramitado por el órgano de contratación.

Así, en el Informe de Auditoría Técnico-Económica emitido por Puertos del Estado (documento n.º 1) se afirma que «la tramitación administrativa de la obra no ha acompañado a la ejecución de la misma. En efecto: las modificaciones se producen desde el inicio de las obras (diciembre de 2011) pero no es hasta julio de 2013 cuando se solicita a Puertos del Estado la redacción del proyecto modificado y la Presidencia de la Autoridad Portuaria de Pasaia autoriza la continuación provisional de las obras durante la tramitación del modificado. El proyecto, tras informe favorable de la solicitud para su redacción por parte de la Inspección de Fomento, se envía a Puertos del Estado en junio de 2014 y es informado favorablemente por este Organismo en julio de 2014. El contrato del Proyecto Modificado se firma el 30 de diciembre de 2014, esto es, tres años después de iniciadas las obras y dos años y medio después de que se comience a certificar unidades nuevas, no contempladas en el contrato inicial. (...) El retraso en la tramitación del proyecto modificado no impidió que en las diferentes certificaciones de obra se fueran incorporando precios contradictorios que se correspondían con unidades nuevas, las cuales se fueron certificando y abonando a medida que se ejecutaba la obra». Y concluye, en la valoración final de la auditoría, que «se han ejecutado, certificado y abonado (y posteriormente descertificado) obras adicionales no contempladas en el proyecto original, que han sido incluidas en la propuesta de proyecto Complementario n.º 2, que carece de tramitación administrativa y cobertura presupuestaria. Además durante la realización de la obra se ejecutaron, certificaron y abonaron obras contempladas en el proyecto modificado con carácter previo a su tramitación administrativa».

El referido informe de Auditoría técnico-económica también pone de manifiesto que parte de las obras ejecutadas fuera de contrato tienen su origen en decisiones de la Autoridad Portuaria («las actuaciones incluidas en el proyecto complementario N.º 2 en gran medida tienen su origen en la decisión por parte de la APP de explotar la lonja de forma directa durante la fase transitoria 2. (...) otras actuaciones surgen por requerimientos de los departamentos de explotación y servicio de limpieza de la APP, usuarios de la lonja y peticiones de las empresas de suministro...»), lo que no obsta, a los efectos que posteriormente se expondrán, a que la UTE contratista tuviera conocimiento de la falta de cobertura contractual y procedimental de las obras que iba ejecutando.

La ejecución de tales actuaciones ha dado lugar a la tramitación por la Autoridad Portuaria de Pasajes de un expediente de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto, de acuerdo con lo dictaminado por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado en su informe de 6 de julio de 2015 (documento n.º 3), que también consideró necesario incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir por ejecutar obras no autorizadas. Este Centro Directivo considera dichas conclusiones ajustadas a la doctrina del Consejo de Estado y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Efectivamente, ya en el anterior informe de este Centro Directivo de 27 de octubre de 2014 (Ref.: A.G. Entes Públicos 57/2014, R-791/2014), se formularon, en un supuesto de ejecución de actuaciones fuera de contrato, las siguientes consideraciones jurídicas:

«Pues bien, el Tribunal Supremo (sentencias de 21 de noviembre de 1981, 16 de mayo de 1986, 12 de marzo de 1991 o 29 de enero de 1993, entre otras muchas) viene admitiendo la aplicación de la doctrina de prohibición de enriquecimiento injusto en la realización de obras, mejoras, subsanación de deficiencias, excesos de obras u obras suplementarias ejecutadas en virtud de órdenes o instrucciones impartidas por quien revista apariencia suficiente de autoridad para impartirlas, o en virtud de órdenes verbales, autorizaciones tácitas, o actuaciones que impliquen aplicación a la entidad

contratante de la doctrina de los propios actos, reconociendo en tales casos el derecho a ser indemnizado del contratista que ejecutó la obra, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de las autoridades o funcionarios cuya actuación u omisión haya propiciado o permitido su ejecución. A tal efecto, basta que se aprecie la concurrencia de “hechos y actitudes que impliquen la existencia de una nueva voluntad sobreentendida o implícita” (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1990), siendo así que “las autorizaciones tácitas de la Administración son suficientes para el abono de las obras no contempladas en el proyecto” (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1991). En fin, “si las obras se han realizado y si han contribuido a completar el proyecto y suplir sus deficiencias, presentando un acabado ajustado a los fines propuestos, por un principio de Derecho Natural no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios obtenidos por una parte con la realización de tales obras, y las cargas sufridas por la otra con su ejecución, desequilibrio que al surgir de una relación contractual no puede corregirse a través de la técnica de la *negotiorum gestio* sino por medio de la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991).

El Consejo de Estado también ha dictaminado que, en los casos de reformados anticipados, “por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido” y “antes de que se emitan los dictámenes preceptivos”, cabe, a la vista de las circunstancias concurrentes, la convalidación *a posteriori* de la situación creada y consumada *de facto* con la ejecución material de la modificación, sin perjuicio de la obligación de la Administración de depurar las responsabilidades administrativas, conjugando esta doctrina en ocasiones con la del enriquecimiento sin causa en los casos de obras ejecutadas por orden o de conformidad con la dirección.

Así, en el dictamen 454/96, de 8 de febrero de 1996, se afirma lo siguiente por el Alto Órgano consultivo:

“Finalmente, no puede pasar por alto este Consejo de Estado que la mayor parte de las obras cuya modificación se tramita hayan sido ejecutadas, como se infiere del informe del Inspector General, de 30 de junio de 1994, obrante en el expediente, y pone de relieve el informe emitido por la Intervención General. La modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado).

En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado de ‘reformado anticipado’, por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado –en numerosos dictámenes relativos a expedientes análogos al presente– ha venido recordando de modo reiterado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia

de contratación administrativa, pues como apuntan los dictámenes n.º 1.281/94, de 21 de julio de 1994, y 1.834/95, de 11 de octubre de 1995, ‘la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública’; sin que puedan conferir virtualidad justificativa alguna al quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, razones de urgencia o de eficiencia económica, como las argüidas en la presente consulta.

En este sentido, a tenor del informe del Inspector General, resulta que ‘las obras se encuentran en ejecución’. Esto es, las obras se están llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Inspección General, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, Asesoría Jurídica y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado *a posteriori* para convalidar, sin duda, la situación creada y consumada *de facto* con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que contravienen frontalmente las prescripciones legales, han trascendido al aspecto de financiación de la obra pública, pues, como aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del consiguiente crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado expedido por el Jefe de Contabilidad precedente.

Por todo ello, el Consejo de Estado, en el ejercicio de su función garantista, aprecia –por razones de interés público– la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación propuesta, si bien ello no obsta las consideraciones realizadas en torno a las anomalías detectadas, ni releva al Departamento ministerial de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir, por ejecutar obras no autorizadas”.

Y en el dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre, indicó el Consejo de Estado lo siguiente:

“En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado como de “reformado anticipado”, por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado –en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes n.º 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)– ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública.

En este sentido, a tenor del anteriormente mencionado informe de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública, resulta que las obras se estaban llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Asesoría Jurídica, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado *a posteriori* para ‘convalidar’, sin duda, la situación creada y consumada *de facto* con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que rebasan y contravienen frontalmente las prescripciones legales, por lo demás, han trascendido al aspecto de la financiación de la obra pública, pues, como se infiere de las actuaciones remitidas y aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado.

Por todo ello, el Consejo de Estado en el ejercicio de su función de garantía, aunque en la situación a que se ha llegado –con mejora en las soluciones técnicas advenida por los órganos técnicos informantes– puede aceptar la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación, debe señalar, con especial énfasis y severidad, que ello no enerva el valor esencial de las consideraciones efectuadas -habida cuenta las deficiencias e imprevisiones advertidas en el proyecto de obras originario- ni releva a ese Departamento de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir.”

En fin, el dictamen del Consejo de Estado 488/2012, de 21 de junio, entre otros muchos, manifiesta el criterio favorable al abono al contratista de una indemnización, “pues en caso contrario la Administración incurriría en un enriquecimiento sin causa, al haberse beneficiado de unos trabajos que sin duda fueron consentidos y que no han sido abonados, ni pueden satisfacerse dentro del precio del contrato que en su día fue objeto de aprobación”».

Como afirma el Consejo de Estado en su dictamen 828/2003, de 29 de mayo, relativo a un supuesto en el que se ejecutaron unos trabajos sin aprobación del oportuno proyecto de reformado, «es claro que resulta procedente abonar a la empresa contratista los trabajos ejecutados, pues, de otro modo, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración. Por ello, debe quedar a salvo el eventual derecho del contratista a que se le liquiden los trabajos ejecutados y recibidos, pues, como ha señalado la jurisprudencia, “incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular en beneficio de la Administración no cuente con base paccionada por elemental que sea... lo procedente, ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes, es configurar esta situación como cuasicontrato de gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*) en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasicontratista... disponiendo éste de una *actio in rem verso* en el enriquecimiento sin causa...” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979, Ar. 3448)».

Bajo la anterior premisa (procedencia de la decisión de tramitar, con base en el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, un expediente de responsabilidad patrimonial para regularizar las obras ejecutadas al margen del procedimiento de contratación), procede examinar cuándo se produce el devengo de los intereses de demora correspondientes a las obras ejecutadas fuera de contrato, cuestión que, cabe adelantar, no es clara ni unívoca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## II

Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que en los casos de obra ejecutada fuera del contrato el devengo de intereses correspondiente al exceso de obra se produce desde el momento en que la Administración la recibe y disfruta sin formular protesta ni reserva alguna, esto es, desde la recepción provisional o definitiva de las obras.

Cabe citar, a estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Ar. 8157), en cuyo fundamento de derecho cuarto se afirma lo siguiente (los subrayados son nuestros):

«CUARTO.–Por lo que hace al fondo del asunto, sobre el que la recurrente alega que es improcedente la petición de intereses por el hecho de que el exceso de obra realizada requería un trámite convalidatorio mediante la elaboración del proyecto pertinente y su aprobación subsiguiente, que no se había llevado a cabo, lo que hacía que la obligación de pago no fuera exigible, hasta septiembre de 1986, es preciso afirmar: A) Que la exigibilidad de los intereses se produce cuando se está en presencia de una deuda exigible, líquida, la Administración haya incurrido en mora, y haya transcurrido el plazo legal establecido desde la recepción provisional o definitiva de las obras. Todo ello en los casos en que la obra entregada coincide con la contratada. B) Pero la exigibilidad de intereses se da también cuando, en supuestos como el presente, en los que no hay coincidencia entre la obra contratada y la efectivamente realizada y recibida, la Administración entra a ocupar la edificación en que las obras consistían, sin formular protesta ni reserva alguna por el exceso de obra efectuada. Tal conducta equivale a aceptar la prestación realizada por la contraparte, con la secuela de estar obligado a realizar, también, la contraprestación que de dicho exceso se deriva, y ello con independencia del contenido de las obligaciones contractuales establecidas. Entender las cosas de otra manera supondría un privilegio intolerable en favor de la Administración pues la prestación a cargo de la Administración, en supuestos como el presente, no sería exigible como consecuencia de omisiones y vicios procedimentales imputables no al contratista, sino a la propia Administración, lo que es claramente rechazable, por no poder consagrarse que las omisiones e infracciones produzcan beneficios a quien las origina.

Quiere decirse con todo ello que el exceso de obra realizado es susceptible de generar intereses a favor del contratista, pese a no haber sido formalmente aprobada la obra por la Administración, desde el momento en que ésta la recibe y disfruta durante el plazo legal a contar desde la recepción provisional o definitiva de las obras sin formular protesta ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance, y características de la obra.»

La sentencia parcialmente transcrita se invoca y aplica en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003 (Ar. 1074), 11 de mayo de 2004 (Ar. 3500), 2 de julio de 2004 (Ar. 5094), 27 de abril de 2005 (Ar. 3940), 9 de abril de 2008 (Ar. 2422), ó 23 de febrero de 2015 (Ar. 1402). En esta última, el Alto Tribunal declara lo siguiente:

«En fin, sucede que la sentencia recurrida tuvo en cuenta el criterio recogido en la sentencia de 2 de julio de 2004, alegado en la contestación a la demanda, criterio ya esgrimido en otra anterior de 28 de octubre de 1997 (apelación 1029/1992). No obstante, reparó en que esta última admitía la exigibilidad de intereses cuando, pese a no haber coincidencia entre la obra contratada y la efectivamente realizada y recibida, la Administración entra a ocupar la edificación sin formular protesta ni reserva alguna. También se fijó en que para esa sentencia, el exceso de obra realizada es susceptible de generar intereses a favor del contratista pese a no haber sido aprobada la obra por la Administración desde el momento en que ésta la recibe y disfruta durante el plazo legal a contar desde la recepción provisional o definitiva de las obras sin presentar protesta ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance y características de la obra.

Asimismo, resulta que la Sección Tercera de la Sala de Madrid recordó la sentencia de 27 de abril de 2005 (casación 930/2003), la cual, apoyándose en otras anteriores, señala que para decidir si procede en estos casos de obras realizadas fuera de contrato con conocimiento de la Administración el abono de intereses habrá que considerar las circunstancias del caso y, en particular, si la Administración al recibirlas formuló o no protesta o reserva. Por eso, en esta ocasión concreta, la sentencia concluye que debe darse la razón a la recurrente porque (i) no se formuló en la recepción de las obras protesta o reserva alguna; (ii) no se incluyó en anexo al acta de ocupación total de las obras ningún reparo; (iii) carece de justificación la falta de convalidación de las mismas pese al tiempo transcurrido; (iv) los cambios introducidos en el proyecto inicial estaban en íntima conexión con él, fueron informados favorablemente por la Comunidad de Madrid (documento que obra al folio 244 del expediente) y parte del principal respecto del que se reclaman intereses -2.911.261,17 €- formaba parte del importe de adjudicación del contrato originario que formalizaron las partes».

De acuerdo con la línea jurisprudencial expuesta, para determinar si procede el abono de intereses de demora por obra ejecutada fuera del contrato hay que estar a las concretas circunstancias del caso, siendo un dato relevante, entre otros, que la Administración haya recibido las obras y haya ocupado la edificación sin efectuar ninguna reserva o protesta.

Ahora bien, en la sentencia de 2 de julio de 2004 (Ar. 5094), citada en el escrito de consulta, se establece una importante matización en aquellos casos en los que la Administración sí efectúa alguna reserva o protesta en el acto de recepción:

«En relación con los intereses derivados de una obra realizada fuera del contrato pero aceptada por la Administración, la sentencia de 28 de octubre de 1997, declaró que la Administración debía abonarlos desde la fecha de la recepción al haberlas recibido sin formular protesta, ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance y características de la obra, y, en la sentencia de 11 de mayo de 2004, se declaró que no procedía el pago de intereses desde el año 1992, fecha en que se solicitaba, por ser esta la de la entrega de las obras y si la a partir de 1995, de acuerdo con una resolución de la Administración de 13 de junio de 1994, que había sido aceptada por el contratista Dragados y Construcciones, SA

Pues bien a partir de tal doctrina, de las normas aplicables y de las circunstancias que en el caso de autos concurren, es procedente declarar que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de 1998, en atención, por un lado, a que la Administración en el acta de recepción de las obras expresamente hizo constar cuáles eran las obras realizadas fuera del contrato, por otro, a que el abono de las mismas obligó a una modificación del contrato y a la tramitación de un crédito extraordinario aprobado, por Real Decreto-Ley, y cuando en fin la convalidación definitiva de las obras se produce por acuerdo del Consejo de Ministros de 1998, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las obras, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos.

Y no obsta en nada a lo anterior el que se pudiera producir un desequilibrio entre las obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida para ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera del contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y en fin, porque se trata de una situación de hecho, que han posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato.

Y no hay que olvidar, como más atrás se ha expuesto, de una parte, que en otra ocasión un contratista en situación similar al de autos, ya aceptó el cobro de los intereses de las obras realizadas fuera del contrato a partir de la fecha de la convalidación y no de la recepción, y esta Sala a tal situación le dio su conformidad, y de otra, que si esta Sala en otra ocasión declaró que los intereses se producían a partir de la fecha de la recepción de las obras, ello lo fue, valorando entre otros, que la Administración no había hecho reserva alguna y en el caso de autos la Administración en el acta de recepción sí que hizo constar la realidad de las obras que se habían realizado fuera del contrato.»

Por lo tanto, cuando la Administración efectúa en el acto de recepción alguna reserva o protesta e inicia seguidamente un procedimiento de convalidación de las obras ejecutadas fuera de contrato, ha de entenderse que el devengo de intereses de demora asociado a las mismas se produce desde la fecha de la convalidación, pues resulta determinante que, pese a existir un acto de recepción, el contratista supiese que las obras realizadas fuera de contrato exigían los trámites oportunos, siendo ésta una circunstancia conocida por ambas partes (contratista y Administración).

La jurisprudencia menor de los Tribunales Superiores de Justicia aplica la aludida doctrina del Tribunal Supremo de forma casuística, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015 antes citada, ponderando las concretas circunstancias concurrentes.

Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de julio de 2015 se indica lo siguiente:

«La Sentencia apelada ha concedido la cantidad de 95.999,81 euros en concepto de intereses de demora por el pago tardío de dicha factura, calculándolos desde su fecha de expedición hasta el 19 de marzo de 2014 fecha de la demanda, concediendo asimismo por tal concepto la suma que corresponda a partir del 20 de marzo de 2014 hasta la fecha de su completo pago, intereses de demora calculados en la forma prevista en el TRLCAP y en la Ley 3/2004 cuyo importe se determinará en su caso en ejecución de Sentencia, es decir, concede los intereses, conforme a lo solicitado por el recurrente, como si tal factura fuera una certificación ordinaria de obra, criterio que no compartimos, por cuanto que no es de aplicación la regulación que sobre la materia contiene la legislación de contratos, ya que el fundamento de la concesión de la factura es la teoría del enriquecimiento injusto.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de julio del 2004 declara que “los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de la convalidación definitiva de la obra, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las mismas, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del

contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos”.

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no procede conceder los intereses de demora solicitados, por cuanto que en el caso debatido, ni se ha expedido certificación por la Dirección Facultativa, ni se ha tramitado ni aprobado en forma ningún proyecto modificado ni existe solicitud alguna de ello y tampoco ha existido fiscalización previa, por lo que era necesario someter a autorización y convalidación del Consejo de Gobierno el gasto y las actuaciones administrativas del expediente, siendo así que en el caso presente al no haber existido actuación administrativa alguna y concederse tal cantidad únicamente por aplicación de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento sin causa (al margen de la normativa y regulación de los contratos administrativos), los únicos intereses que pueden ser concedidos son los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa (13 de marzo de 2013), así lo tiene reiteradamente declarado esta Sala y Sección, entre otras en Sentencia de fecha 06/06/2013, dictada en el recurso 1333/2011, de fecha 09/03/2015 dictada en el recurso 849/2013 y de fecha 20/04/2015, dictada en el recurso 368/2013».

En la sentencia de 6 de junio de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004, declara lo siguiente:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma esta tesis del pago por la Administración en los casos de enriquecimiento sin causa derivado de la ausencia o nulidad del contrato administrativo en todas las ocasiones en las que ha tratado la cuestión, y así lo proclama la Sentencias de 22 de mayo y 21 de septiembre del 2000, 30 de septiembre de 1999 y 14 de enero de 1997, entre otras, afirmando la Sentencia de 22 de mayo del 2000 antes citada que las cantidades a cuyo pago se condena al Ayuntamiento no se derivan de un contrato administrativo, refiriéndose al abuso que supone el desentenderse la Administración de obligaciones contraídas basándose en la nulidad de las mismas por infracciones formales, justificando la procedencia del pago de la cantidad reclamada en la llamada gestión de negocios de la Administración, trasplante al campo del Derecho público de la teoría de la *negotiorum gestio* como fuente de las obligaciones, afirmando que existe un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre la Corporación demandada y la sociedad reclamante, y, además de ello, basando el aludido pago en el principio de evitar el enriquecimiento sin causa. Continúa diciendo dicha resolución judicial que no se trata pues de que la obligación de pago tenga su origen en un contrato administrativo, ni por tanto se ha incurrido por la sentencia de instancia en infracción de los preceptos relativos a la contratación administrativa al estimar el recurso, ya que se hace nacer la referida obligación de fuente o causa distinta.

La sentencia de TS de 18 de julio de 2003, afirma que 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, y 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), 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.

Dicho lo anterior, la prueba documental practicada, ratificada en presencia judicial por el Director de la obra, pone de relieve que con fecha noviembre de 2007, fue expedida la certificación n.º 2 y final del proyecto complementario de las obras, que aparece suscrita por él mismo, por el aparejador y por la contrata, que corresponde a unidades ejecutadas, siendo su cuantía de 67.974,11 euros, que es la cantidad reclamada por el recurrente.

A la vista de lo expuesto procede estimar el recurso, declarando el derecho de la entidad mercantil Ortiz, Construcciones y Proyectos SA al abono de la cantidad de 67.974,11 euros, importe de la referida certificación, por tratarse de obras realizadas y certificadas por el Director de la Obra.

TERCERO. En cuanto a la petición de abono de intereses moratorios desde el 13 de abril de 2008 (es decir 2 meses para expedir la certificación desde el acta de comprobación material de Proyecto Complementario (13 de diciembre de 2007) y 2 meses más para su abono), la Sala estima que no deben concederse ya que no es de aplicación la regulación que sobre la materia contiene la legislación de contratos, sino que el fundamento de la estimación del recurso es la teoría del enriquecimiento injusto».

Procede examinar la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto objeto de consulta, a la vista, tal y como previene el Alto Tribunal, de las concretas circunstancias concurrentes.

### III

Concurren en las obras para la construcción de las «Nuevas instalaciones en el área pesquera del puerto de Pasaia» circunstancias muy singulares que, a juicio de este Centro Directivo, no permiten concluir, sin más, que la Administración haya recibido y ocupado las obras ejecutadas fuera de contrato sin formular reserva o protesta alguna (presupuesto fáctico que se considera en la sentencia de 28 de octubre de 1997). Por el contrario, aun siendo la situación fáctica compleja, se aprecia fundamento para sostener que la Administración realizó (aun cuando sea tardíamente) actuaciones que suponen reaccionar, con conocimiento de la UTE contratista, frente a las obras ejecutadas fuera de contrato.

Efectivamente, las obras fueron objeto de recepción parcial, en su fase 1, el día 6 de febrero de 2015, sin que conste que la Autoridad Portuaria de Pasajes formulara en ese momento reserva o protesta alguna respecto a la obra ejecutada fuera de contrato. Se indica, además, que desde junio de 2012 hasta octubre de 2014 se han venido emitiendo certificaciones de obra que recogían precios contradictorios asociados al modificado que, tras su aprobación, fue suscrito por las partes el 30 de diciembre de 2014 y al proyecto de complementario n.º 2 que no ha llegado a ser aprobado. Ahora bien, existen actuaciones posteriores de la Administración que reflejan claramente una reacción de la Autoridad Portuaria frente a la obra ejecutada sin cobertura contractual ni procedimental. En concreto:

El 19 de febrero de 2015 la Autoridad Portuaria solicita a Puertos de Estado la realización de una auditoría técnico-económica de la totalidad de las actuaciones, al detectar falta de previsión en algunas de ellas.

Se realiza dicha auditoría técnico-económica, dando lugar a un informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado que concluye que, ante la existencia de obras ejecutadas fuera de contrato, procede iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto para atender a su pago, así como incoar un expediente para depurar las eventuales responsabilidades disciplinarias o administrativas en las que se hubiera podido incurrir.

Ambos procedimientos (de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto y de depuración de las eventuales responsabilidades administrativas) se han iniciado por la Autoridad Portuaria de Pasajes.

Si bien se incluyeron en las certificaciones 7 a 35 precios contradictorios que se corresponden con el proyecto de modificado que se encontraba en tramitación y con el proyecto de complementario n.º 2 que no se había tramitado, se indica en el escrito de consulta que en la certificación n.º 36, correspondiente al mes de noviembre de 2014, desaparece el capítulo de precios contradictorios, de tal forma que las unidades de obra que formaban parte de la modificación contractual aprobada en diciembre de 2014 pasaron a incorporarse a sus respectivos capítulos, y las restantes unidades, vinculadas al proyecto de complementario n.º 2 (no tramitado) fueron descontadas.

Existen, en suma, actuaciones administrativas que, lejos de permitir presuponer una conformidad o aquietamiento de la Autoridad Portuaria, sin reservas ni protestas, ante las obras ejecutadas fuera de contrato, ponen de manifiesto la firme voluntad de regularizar tales actuaciones, una vez detectadas las irregularidades procedimentales concurrentes.

La «descertificación» efectuada a partir de la certificación n.º 36 exige examinar si la previa certificación de obra por la Administración contratante implica una aceptación tácita de la obra ejecutada fuera de contrato, con los efectos que de ello podrían derivarse en cuanto al devengo de intereses de demora.

Conforme al artículo 232.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, «a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden».

Por su parte, el artículo 216.4 del TRLCSPP dispone que «la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados...».

De los preceptos parcialmente transcritos se desprende que las certificaciones se han de emitir por la Administración en función, y previa comprobación, de la obra ejecutada de conformidad con lo dispuesto en el contrato. Pero también que dichas certificaciones tienen la consideración de pagos a cuenta, quedando sujetos a rectificaciones y

variaciones, y sin que, por expresa previsión legal, impliquen aprobación y recepción de las obras que comprenden.

El Consejo de Estado, partiendo de que «las certificaciones mensuales que expide la autoridad contratante deben responder a la obra realmente ejecutada» y de que «la certificación debe siempre responder a una realidad ejecutada y valorada, y no puede convertirse en un mero instrumento de financiación» (dictamen, entre otros muchos, 1836/1995, de 11 de octubre), admite expresamente que, en caso de no ser así, la Administración haya de efectuar la correspondiente rectificación en la liquidación final de la obra, lo que resulta coherente con el interés público que subyace en la contratación y con la exigencia de rigor en la gestión de los fondos públicos. Así, en el dictamen 822/1993, de 8 de julio, el Alto Órgano Consultivo efectúa las siguientes consideraciones:

«...el contratista tiene derecho a que se le abone la obra realmente ejecutada y que fuere de recibo, previa verificación de los servicios administrativos. A tal fin, deberán realizarse, en su caso, los correspondientes actos de recepción y liquidación de las obras. Debe señalar este Consejo la incorrección de la actuación de la Dirección de Obras que certificó trabajos como terminados cuando 'estaban pendientes de ser acabados', 'dado que una certificación de obra es un pago a cuenta de la totalidad del importe de las obras que figuran en el proyecto' y ello 'para facilitar la continuidad' de las mismas. En efecto, el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, según establecen los artículos 47 de la Ley de Contratos del Estado y 142 del Reglamento dictado en su ejecución. La Administración, por otra parte, facilita la financiación de la obra mediante pagos a cuenta del precio definitivo. La realización de esos pagos está sujeta a un procedimiento de medición de la obra ejecutada, su valoración y certificación. La certificación acredita la obra ejecutada, de tal suerte que debe responder a lo verdaderamente hecho. Ello explica que, como momentos previos a la expedición de la certificación, las disposiciones reguladoras de la materia establezcan como obligatorias la medición y valoración de los trabajos. La medición de la obra no es una pura operación aritmética de fijación de las unidades realizadas sino que tiene el alcance de una verdadera comprobación de las prestaciones ejecutadas por el contratista en un determinado período de tiempo. En otros términos, que la certificación debe siempre responder a una realidad ejecutada y valorada y no puede convertirse en un mero instrumento contable de financiación de la obra futura mediante su expedición respecto de trabajos no llevados a efecto. Por consiguiente, en el caso presente, deberá determinarse qué trabajos correspondientes a las certificaciones números 3 y 4, expedidas en su día, fueron realmente ejecutados y cuáles no, mediante la correspondiente liquidación final de la obra, toda vez que en el informe emitido e incorporado al expediente no los contempla.»

En definitiva, el contratista no tiene un auténtico derecho al cobro hasta el momento de la recepción de las obras, por lo que los pagos parciales realizados con anterioridad tienen el carácter de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, sin que las certificaciones de obra implique, en modo alguno, la aprobación y recepción de las obras a las que se refieren. Es inconcuso que la obligación del contratista, tratándose de un contrato de obra, es una obligación de resultado y no de actividad para llegar a un resultado; a la Administración sólo le interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada y no la actividad mediante la cual llega el contratista a este resultado; es por ello por lo que la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción.

Así las cosas, aunque la certificación suponga el reconocimiento por la Administración de la efectiva realización de las unidades a que se refieren, no dejan de ser documentos que no tienen, en cuanto lo que en ellos se constata, un valor definitivo, sino provisional, pues quedan supeditadas a las oportunas mediciones o comprobaciones.

En el supuesto que se examina, una actuación irregular de la Dirección de Obra, certificando actuaciones no incluidas en el contrato y carentes de toda cobertura documental, no obsta a que la Administración rectifique dichas certificaciones de obra, a resultas de las comprobaciones pertinentes.

Siendo las certificaciones de obra, por expresa disposición legal, pagos a cuenta sujetas a las rectificaciones y variaciones que posteriormente puedan producirse, no cabe concluir que la indebida expedición de certificaciones relativas a obra ejecutada fuera de contrato, posteriormente rectificadas por la Administración contratante, implique una irrevocable aceptación de dicha obra. Distintamente, lo que se pone de manifiesto, a la vista de la documentación que se acompaña, es que la Administración reaccionó expresa y claramente contra la indebida expedición de certificaciones de obra regularizando una situación que estaba dando cobertura provisional a unas obras ejecutadas al margen del contrato.

Cabe añadir que, como se apuntó anteriormente, el informe de auditoría técnico-económico permite concluir que la UTE contratista no ha sido ajena a las irregularidades procedimentales que se han producido. Así, los informes emitidos por la asistencia técnica a la dirección de obra ponen de manifiesto:

«... nuestra preocupación por las continuas modificaciones propuestas por la UTE que, como ya se ha podido constatar, bajo el aspecto de mejora para el proyecto sólo pretende un cambio de diseño que le permita utilizar el modelo de contradictorio con el correspondiente incremento económico de la nueva solución que, en el caso menos favorable, supone el valor de la contrabaja» (junio 2012).

«...la dinámica de cambios de las soluciones de proyecto bien por imprevistos, bien por soluciones alternativas propuestas por la UTE o por nuevas necesidades o mejoras hacen difícil el controlar el presupuesto de la obra y sus desviaciones económicas» (agosto 2013).

El informe de auditoría técnico-económica también refleja, a raíz del informe de la asistencia técnica de septiembre de 2013, que «durante estos meses se indica que la UTE plantea precios contradictorios desorbitados para algunas de las soluciones que son necesario ejecutar para poner en servicio la Fase 1».

Las circunstancias anteriores (extraídas, se insiste, de los informes de la asistencia técnica de la obra), pondrían de manifiesto, si no la participación, sí, indudablemente, el conocimiento de la UTE contratista respecto de las irregularidades procedimentales que se consideran, y hacen decaer, a juicio de este Centro Directivo, la ratio o fundamento de justicia material en el que se asienta la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de octubre de 1997 («entender las cosas de otra manera supondría un privilegio intolerable en favor de la Administración pues la prestación a cargo de la Administración, en supuestos como el presente, no sería exigible como consecuencia de omisiones y vicios procedimentales imputables no al contratista, sino a la propia Administración...»). Y, al mismo tiempo, aproximan más el supuesto de hecho que se examina al considerado en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004 («y no obsta en nada a lo anterior que se pudiera producir un desequilibrio entre las obligaciones de los contratantes, pues, por un lado,

era una situación conocida por ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera de contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y, en fin, porque se trata de una situación de hecho, que ha posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato»).

Por todo lo expuesto, y a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, se aprecia fundamento jurídico para sostener que el contratista no tiene derecho al abono de los intereses de demora correspondientes al pago de las obras ejecutadas fuera del contrato desde la fecha de la recepción parcial, sino desde la fecha en la que se produzca la convalidación de tales obras con la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto tramitado al efecto.

#### IV

Se plantea en el escrito de consulta una segunda cuestión, en función de la solución que se adopte respecto de la primera, relativa a si las cantidades que, en su caso, corresponda abonar a la Autoridad Portuaria de Pasajes en concepto de intereses de demora por el pago de las obras realizadas al margen del contrato han de ser calificadas como un perjuicio económico para las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria y, de ser así, cómo se articularía su posible resarcimiento.

Dado que en el fundamento jurídico precedente se ha concluido en sentido contrario al devengo de dichos intereses desde la fecha de la recepción parcial, no procedería entrar a examinar esta segunda cuestión, siendo conveniente evitar el devengo de intereses efectuando el pago inmediato a la UTE contratista de las cantidades resultantes del procedimiento de responsabilidad por enriquecimiento injusto.

A efectos meramente dialécticos cabe señalar que este Centro Directivo no puede entrar en consideraciones de tipo contable, como serían las atinentes al reflejo de los intereses de demora en las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria, por circunscribirse el ámbito de nuestro asesoramiento a las cuestiones estrictamente jurídicas. Dicho lo anterior, debe indicarse que, en principio, no resulta jurídicamente admisible exigir los hipotéticos intereses de demora a los responsables de la irregular tramitación del procedimiento, habida cuenta de que dichos intereses de demora se devengan por el retraso en que incurre la Autoridad Portuaria en el abono del principal, y ese retraso sólo sería imputable a la Autoridad Portuaria.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

#### CONCLUSIONES

**Primera.** De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico III del presente informe, se aprecia base suficiente para sostener que la UTE adjudicataria del contrato de «Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia» no tiene derecho al abono de los intereses de demora correspondientes al pago de las obras ejecutadas fuera del contrato desde la fecha de la recepción parcial, sino desde la fecha en la que se produzca la convalidación de dichas obras con la resolución

del procedimiento de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto tramitado al efecto.

**Segunda.** No corresponde a este Centro Directivo efectuar consideraciones de tipo contable, como serían las atinentes al reflejo de los intereses de demora en las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria.