



Contratos del Sector Público



Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2021 N.º 134

¿Da derecho a indemnización la declaración de nulidad de un Contrato del Sector Público?

La pregunta es incluso más compleja, ¿cabría derivar responsabilidad patrimonial de la Administración por el intento reiterado y anulado en vía jurisdiccional de revisar de oficio un contrato? El Tribunal Supremo acaba de dictar la Sentencia 2555/2021, de 16 de junio de 2021, en la que analiza la eventual procedencia de la acción de responsabilidad de la Administración pública en el marco de un expediente de revisión de oficio de un contrato público, examinando de manera especial la delimitación del requisito de la antijuricidad.

I. El asunto

En el año 2010 una entidad pública empresarial (en adelante EPE) procedió a adjudicar a la empresa XX, mediante un **procedimiento negociado sin publicidad**, un contrato para la fabricación y suministro de **tres unidades** de tren-tram diésel eléctrico y una unidad de tren-tram eléctrico monotensión (750 V)", es decir, cuatro unidades en total.

Con posterioridad, se firmaron una serie de protocolos complementarios que ampliaron el objeto del contrato¹: un total de **tres protocolos adicionales** y **dos contratos** para la fabricación y suministro de piezas, lo que supuso un incremento de 24 unidades adicionales y el suministro de piezas de parque para unidades tren-tram por importe de 8.092.713 euros.

Vigente el contrato, el 5 de diciembre de 2012, la Secretaría de Estado de

¹ Protocolo adicional número 1 de fecha 1 de julio de 2010, Adendum de ampliación de contrato de fecha 6 de julio de 2010, el Protocolo adicional número 2 de fecha 5 de abril de 2011, el Protocolo adicional número 3 de fecha 11 de mayo de 2012; el contrato de 5 de abril de 2011 "para la fabricación y el suministro de piezas de parque para unidades de tren-tram diésel eléctrico y tranvía eléctrico monotensión por el procedimiento negociado", y el contrato de 10 de enero de 2012 "para la fabricación y el suministro de piezas de parque para unidades de tren-tram bitensión por el procedimiento negociado".

Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento declaró la **suspensión de la eficacia** del contrato como medida cautelar en el marco de un procedimiento de revisión de oficio. El 26 de septiembre de 2013 se acordó la revisión de oficio y se declaró la nulidad del contrato.

La empresa XX formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la suspensión de la eficacia del contrato adjudicado y contra su declaración de nulidad, que fue anulada judicialmente.

Tras la desestimación presunta de tal pretensión resarcitoria por parte del Ministerio de Fomento, la representación procesal de la empresa contratista formuló recurso contencioso administrativo que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, mediante Sentencia de 2 de enero de 2020.

La referida sentencia toma en consideración que **tras dos intentos fallidos** de articular la revisión de oficio del contrato (el intento aquí citado y otro posterior), finalmente mediante resolución de 1 de marzo de 2017 del Ministro de Fomento se declaró la **nulidad de los contratos** antes mencionados².

Así las cosas, se formula recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, que da lugar al procedimiento

jurisdiccional cuya resolución mediante Sentencia 2555/2021 del Tribunal Supremo se analiza a continuación.

II. El procedimiento

De todo lo acontecido hasta el dictado de la Sentencia en el recurso de casación, interesa poner de relieve las siguientes cuestiones:

1. La **causa de nulidad** de pleno derecho cuyo concurso legitimó la declaración de nulidad articulada a través de la **revisión de oficio** fue la prevista en el apartado e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común³: **actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido**, porque tratándose de un contrato de fabricación y suministro, el contrato fue adjudicado indebidamente por el procedimiento negociado sin publicidad al haberse producido una modificación de las condiciones de contratación en relación con la inicial licitación por el procedimiento abierto que fue declarada desierta.
2. Siendo - como es - preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, éste emitió el correspondiente informe con el número 105/2013, de 11 de abril de 2013, concluyendo que procedía revisar de

² Señalando que todos los contratos entraban en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieren recibido en virtud de los mismos y si no fuera posible, se devolvería su valor sin perjuicio que la parte que resulte culpable deba indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que hubiese sufrido.

³ Actual apartado e) del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si bien la norma vigente cuando tuvo lugar el procedimiento de adjudicación del contrato originario era la Ley 30/1992.

oficio y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Administración de la Entidad Pública Empresarial por el que se acordó adjudicar por el procedimiento negociado sin publicidad a la entidad mercantil “XX” el contrato para la fabricación y suministro de tres unidades de tren-tram diésel eléctrico y una unidad de tren-tram eléctrico monotensión (750 V), con perfil de rodadura tren-tranviaria y 100 % piso bajo, por el concurso de una causa de nulidad de pleno derecho consistente en la ausencia total de procedimiento.

El mismo dictamen dispone que la declaración de nulidad del referido acto de adjudicación “llevará consigo la del contrato inicial suscrito por EPE y XX, así como la de todos los subsiguientes, que deberán reputarse todos ellos nulos de pleno derecho, debiendo procederse conforme se indica en el apartado VI del cuerpo del dictamen”⁴.

III. La sentencia

La sentencia del Tribunal Supremo centra el debate a los efectos de la formación de la jurisprudencia, en determinar si puede estimarse como **antijurídico el daño** que pudiera haberse ocasionado en un **contrato administrativo**, que está **viciado de causa**

de nulidad de pleno derecho, por el hecho de que **antes de haberse declarado definitivamente dicha nulidad**, se hubieran **tramitado dos procedimientos de revisión de oficio para esa declaración**, que fueron **anulados en vía contenciosa**⁵.

Antes de abordar tal cuestión, la STS advierte que los perfiles y requisitos de la institución de la responsabilidad patrimonial han sido definidos con claridad por su jurisprudencia, de manera que acota su análisis al **requisito específico de la antijuricidad**, y en concreto a determinar si puede considerarse como antijurídico el daño que invoca un contratista por haberse intentado la declaración de nulidad del contrato en dos ocasiones, resultando anuladas dichas declaraciones, no obstante lo cual, en última instancia y en un procedimiento de revisión posterior, el contrato se declara nulo de pleno derecho.

Al abordar este análisis, la sentencia pone de relieve una serie de premisas de necesaria toma en consideración:

- Para examinar la concurrencia de la responsabilidad es obligado **discriminar si es el propio perjudicado el que, con su actuación, ha colaborado en la causa de nulidad de pleno derecho**, que ha obligado a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, y concluye que – en este caso - sí existió

⁴ Información obtenida de las fichas de Doctrina del Consejo de Estado correspondiente al año en el que se emitió el dictamen y disponible en el siguiente link: <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/FICHAS-DOCTRINA-2013-SN.pdf>.

⁵ La sentencia circunscribe así el objeto del debate, no en la posibilidad de reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del contrato, sino en la eventual existencia de un derecho de resarcimiento en el contratista derivado de la tramitación – y frustración – de dos procedimientos de anulación previos a la declaración de nulidad.

intervención de la propia mercantil interesada⁶.

- Por otro lado, atendiendo a la **eficacia de la declaración de nulidad** decretada en última instancia, previene que siendo consustancial a la declaración de nulidad la **absoluta ineficacia del contrato**, su **inexistencia**, debiendo volver las cosas a su situación anterior al mismo, resulta contradictorio que se pretenda el resarcimiento de unos pretendidos perjuicios por unas previas y fallidas declaraciones de nulidad, porque **todos los actos que se produjeron durante dichos procedimientos están viciados de esa misma nulidad** y todo cuanto se realizó en esos periodos con los procedimientos luego anulados, deben considerarse inexistentes⁷.

En definitiva, el Tribunal Supremo recuerda que **quien ha colaborado en la causa de la nulidad del acto** - del contrato en este caso - con actos decisivos, **no puede considerar-**

se que sufra un daño que no debía soportar, porque pretender que el daño sea soportado sólo por la Administración contratante comportaría un **enriquecimiento injusto**, cuando en la nulidad, en la causación del perjuicio, ha intervenido el mismo perjudicado.

Por otro lado, si lo que se pretende es que el daño deriva no de la nulidad sino de medida cautelar de suspensión del contrato mientras se decidían las previas declaraciones de nulidad, considera que no se puede pretender por la recurrente hacer una consideración por separado de esos previos procedimientos, fallidos, de declaración de nulidad y residenciar en ellos una pretensión indemnizatoria, cuando dichos procedimientos han de ser examinados en el seno de la total relación contractual que ligaba a la recurrente con la Administración, relación que resultaba, toda ella, nula de pleno derecho.

Por ello confirma la sentencia de instancia y rechaza la pretensión de la recurrente sobre la indemnización de los daños y perjuicios reclamados.

⁶ La mercantil recurrente provocó la adjudicación del contrato que resultó luego nulo por el hecho de concurrir a su adjudicación por el contrato negociado sin publicidad; pero esa adjudicación, en sí misma considerada, no comportaba nulidad alguna; lo relevante fue inmediatamente después de dicha adjudicación legal --cinco días--, se hicieran ampliaciones del objeto del contrato que elevaban su objeto a más de diez veces el valor inicial, lo cual sí hacía nulo el acto de adjudicación por nulidad del procedimiento de adjudicación. Y en esa causa de nulidad provocada en el devenir del contrato si fue necesaria y existió la intervención de la misma perjudicada, es decir, es esta intervención directa en la causa de nulidad la que es relevante a los efectos de decantar la antijuridicidad del daño.

⁷ Señala así la sentencia que “no podrá negarse que la entrega de las 24 unidades del material a que se refería el contrato ampliado --inicialmente solo cuatro--, y la reclamación de un importe, que es manifiestamente nulo, de más de diez veces el valor inicial del contrato, que es lo que ahora se pretende con la pretensión de resarcimiento, deben considerarse inexistentes, nulas de pleno derecho, por lo que, habiendo sido la propia actuación de la perjudicada colaboradora en dicha inexistente, pretender que sea resarcida de unos pretendidos daños que solo a ella le son imputables en la misma medida que a los órganos contratantes, obliga a considerarse que esos perjuicios no pueden considerarse antijurídicos o, si se quiere, que la recurrente estaba obligada a soportar”.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.