

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2022 N.º 142

Responsabilidad extracontractual derivada de nulidad contractual

Responsabilidad patrimonial extracontractual y responsabilidad contractual son dos realidades diversas e incompatibles: el deber de indemnizar los daños causados por una acción (u omisión) de la Administración, puede tener lugar al margen de cualquier vínculo entre las partes, y por tanto encontrando su causa en un supuesto previsto en la Ley; o bien puede encontrar su origen en el marco de una relación jurídica disciplinada con un conjunto de normas, derechos y obligaciones que integran un contrato entre las partes. Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo¹ señala que es posible que la actuación administrativa que vicia de nulidad el contrato, constituya título suficiente para accionar por la vía de la responsabilidad patrimonial extracontractual.

1. El asunto

La empresa ALMOTOR celebró varios contratos de arrendamiento de vehículos con el Ayuntamiento de MXB en los años 90 que, aún vigentes, fueron objeto de un procedimiento de revisión de oficio iniciado por ese mismo Ayuntamiento en 2006 por considerar que la contratación se había llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Iniciado el procedimiento mediante acuerdo del Pleno municipal, solicitado y emitido

informe favorable del Consejo Consultivo de Andalucía, se procedió a la **declaración de la nulidad de pleno derecho de los contratos de arrendamiento de vehículos** celebrados con la sociedad referida, mediante acuerdo del Pleno de fecha 31 de julio de 2007, por considerar que habían sido otorgados sin procedimiento alguno, y ello porque:

- La contratación se llevó a cabo sin los necesarios pliegos².
- No se observaron las prescripciones legales relativas al necesario respeto a los

¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Quinta, número 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021.

² Sin los preceptivos Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas.

principios de libertad y concurrencia en la contratación administrativa³.

Declarada la nulidad del contrato, la empresa ALMOTOR formuló una reclamación de responsabilidad patrimonial para la indemnización del importe de las facturas dejadas de cobrar en cuantía de 2.643.938,06 euros, que fue desestimada por silencio administrativo. La contratista formuló recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, que fue resuelto por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Málaga mediante sentencia de 12 de mayo de 2016. También contra esta sentencia se formuló recurso, esta vez de apelación, que fue de nuevo desestimado mediante sentencia de 20 de enero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección Funcional 1ª, con sede en Málaga).

2. La cuestión de interés casacional

El auto de fecha 12 de febrero de 2021 de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró que la cuestión que presentaba **interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia** consistía en

determinar si la **declaración de nulidad** de los contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido **constituye título jurídico para reclamar a la Administración por la vía de la responsabilidad patrimonial**, el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos. O sí, por el contrario, tal declaración de nulidad y sus consecuencias se enmarca dentro de la responsabilidad contractual como un supuesto de la misma⁴.

3. Las pretensiones y argumentos de las partes.

La empresa contratista considera que la actuación de la Administración le ha irrogado un perjuicio cuya reparación demanda y cuantifica en el importe de las facturas que no fueron objeto de contraprestación por parte del Ayuntamiento (esto es, una indemnización por las ganancias dejadas de percibir o indemnización por prestación no cumplida). Además del perjuicio económico que considera se le ha provocado a consecuencia de la actuación de la propia Administración actuante – que ha declarado nulo un contrato de renting adjudicado por ella misma-, considera que

³ En el dictamen número 78/2007, de 21 de febrero de 2007 del Consejo Consultivo de Andalucía se dice que “la contratación llevada a cabo en el expediente objeto de consulta, de forma evidente se aprecia la omisión de cualquier acto que justifique el motivo por el que se ha prescindido de la observancia a los principios de libertad y concurrencia en la contratación. Y, desde luego, no es admisible la alegación efectuada por el adjudicatario en cumplimiento del trámite concedido al efecto, cuando afirma que “mis representadas desconocen por completo como se llevó a cabo la preparación y adjudicación administrativa de esos contratos (sic). Lo único cierto es que fueron llamadas, dentro de una concurrencia de ofertas, adjudicándoseles finalmente la cesión mediante el alquiler de vehículos de su propiedad”. El contrasentido de esta afirmación es que si la mercantil o mercantiles contratantes desconocen cómo se llevó a cabo la preparación y adjudicación, es porque no concurrieron a ninguna oferta pública, y porque no existió ningún pliego de cláusulas ni administrativas ni de prescripciones técnicas, pues en caso contrario sí conocería algo de esa preparación y adjudicación. En definitiva, no pudo haber concurrencia de ofertas, ni desde luego se acredita este dato por el adjudicatario”.

⁴ Dicho auto, identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación “[...] los artículos 148 y 149, 9.3, 24, 103 y 106 CE, en relación con el artículo 102.4 Ley 30/92, de 26 de noviembre, y artículo 106.4 Ley 39/15, de 1 de octubre, y 218 LEC, y 248.3 LOPJ, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).”

existe un enriquecimiento injusto, en tanto que la corporación ha utilizado de manera gratuita varios vehículos.

Frente a esta posición se eleva la del Ayuntamiento, que considera que en este supuesto se está ante un supuesto de responsabilidad contractual y lo que procede es aplicar el **artículo 1303 del Código Civil**, en el que se postula la **devolución de lo recíprocamente entregado**, con las modulaciones que procedan también de conformidad con lo establecido en el propio Código Civil y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera, citando al efecto la STS 7806/1999, de 7 de diciembre de 1999, recaída en el recurso de casación 7100/1995. Insiste además en que de los hechos se infiere que el daño y lesión no nacen de la revisión de oficio de los contratos, sino de los propios contratos celebrados al margen del ordenamiento jurídico, sin que pueda apreciarse causa torpe del contratista, que fue copartícipe de esa ilegalidad.

4. Responsabilidad contractual versus responsabilidad extracontractual

Existe un natural parentesco entre la responsabilidad contractual y la extracontractual que, sin embargo, aun siendo útil para el tratamiento procesal de las pretensiones indemnizatorias cuando se acumulan o no se califican bien, no elude el concurso de diferencias sustanciales entre una y otra; la primera y principal, **la fuente de la que derivan**, el contrato —en un supuesto—, y la ley (arts. 9.3 y 106.2 CE, art. 139 y ss. de la Ley 30/1992), en el otro.

En efecto, la responsabilidad contractual de la Administración⁵ nace del incumplimiento de un contrato, del que derivan un haz de derechos y obligaciones para las partes, entre las que existe un vínculo jurídico previo al nacimiento de la responsabilidad; mientras que la responsabilidad extracontractual se origina por el daño causado al particular a raíz del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin vínculo jurídico alguno entre las partes, por lo que el deber de indemnizar surge de la mera actuación de la Administración generadora de un daño en las condiciones que la ley prevé, al margen de cualquier relación obligatoria previa.

Es decir, en ambos casos surge la responsabilidad, pero **el título de imputación del daño a la Administración** no es el mismo.

De esta dualidad de origen deriva que ambos tipos de responsabilidad de la Administración estén sujetos a un **régimen jurídico⁶ particular y distinto**, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 1555/2021, aun cuando en ambos casos la Administración es responsable y surge el deber de indemnizar, la responsabilidad tiene un origen distinto que atrae sobre sí un régimen jurídico propio y diverso que debe ser respetado.

Y cuando, como es el caso, la responsabilidad que se reclama deriva de una **relación jurídica contractual preexistente** que tiene su medio específico de resarcimiento, es éste régimen el que habrá de seguirse (SSTS de 18 de enero de 2005, recurso 26/2003, o de 28 de marzo de 2011, recurso 2865/2009).

⁵ La STS n.º 169/2021, de 10 de febrero (RC 7251/2019) ha venido a fijar doctrina acerca de la distinción entre la responsabilidad contractual y la patrimonial (de naturaleza extracontractual).

⁶ La contractual, regida por la legislación que regula los contratos del sector público (texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable *ratione temporis*), a la que han quedado específicamente sometidas las partes al suscribirlo, y la extracontractual o responsabilidad patrimonial de la Administración, a los requisitos contemplados en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992 (actualmente, arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015).

Ahora bien, asumida la distinción conceptual, material y procesal entre ambos tipos de responsabilidad ¿la declaración de nulidad de un contrato habilita a la empresa para reclamar por la vía de la responsabilidad extracontractual las facturas emitidas y no pagadas por los servicios prestados con base a los contratos nulos?

El Tribunal Supremo considera que sí, que la declaración de nulidad puede servir de título habilitante para reclamar por la vía de la responsabilidad extracontractual “en la medida en que comporta un reconocimiento explícito por parte de la Administración de que su actuación fue ‘anormal’, esto es, no ajustada a Derecho”. Ahora bien, en este caso el régimen jurídico aplicable es el propio de ésta (106 CE y Leyes 39 y 40/2015) – y no otro-, además de que la posibilidad de ir por esta vía no conlleva, ni mucho menos, un derecho empresarial a la indemnización.

Por ello, para tener derecho a ser indemnizada por los daños sufridos por la declaración de nulidad es preciso demostrar **la concurrencia de los requisitos exigidos normativa y jurisprudencialmente al efecto**, entre los que destaca la **antijuridicidad del daño**, que comporta que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño de acuerdo con Ley⁷.

5. En el asunto de autos, la STS admite que el cauce elegido por la empresa recurrente para reclamar la indemnización, que fue el de la responsabilidad extracontractual, fue correcto, en tanto que la declaración de nulidad del contrato constituye título jurídico suficiente para accionar por esta vía

Sin embargo, considera improcedente el reconocimiento de la indemnización reclamada y ello porque el **daño no es antijurídico**.

Para su valoración tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) la declaración de nulidad de los contratos fue la consecuencia lógica de haberse celebrado éstos prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido al efecto;
- b) la reclamante tuvo una **participación esencial y voluntaria** en la generación de la causa de la nulidad de los contratos; y
- c) la reclamante **consintió la revisión de oficio** acordada al efecto; circunstancias, consideradas en conjunto, impiden apreciar la antijuridicidad del daño, y con ello, impiden reconocer ningún género de indemnización.

⁷ Como establece el actual artículo 34.1 de la Ley 40/2015 (en consonancia con lo dispuesto en el anterior artículo 104.1 de la Ley 30/1992).