

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, 6 de abril de 2015.

VISTO el escrito presentado don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2014 del Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, por la que se adjudica el contrato de suministro e instalación de dos bloques de ascensores (números: 16, 17 y 18 y números: 56, 57 y 58) para el mencionado Hospital, expediente 2014/09 I, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de fecha 28 de octubre de 2014 se aprobaron el expediente de contratación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la licitación del contrato de suministro e instalación de dos bloques de ascensores (números: 16, 17 y 18 y números: 56, 57 y 58) para el Hospital, mediante procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad, con un valor estimado de 1.017.855 euros.

Segundo.- Realizados los trámites pertinentes mediante Resolución del día 18 de diciembre de 2014 se adjudica el contrato a la empresa Schindler, S.A. La

Resolución se notifica al adjudicatario con fecha 22 de diciembre de 2014 y se envía para su publicación en el portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid dónde se hace pública en esa misma fecha.

Tercero.- El día 19 de diciembre de 2015, se formaliza el contrato siendo publicada la formalización en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 26 de febrero de 2015, en el BOCM el 4 de marzo y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el 5 de marzo de 2015.

Cuarto.- El día 20 de marzo de 2015 se reciben en el Tribunal, remitidos por el órgano de contratación dos escritos de recurso interpuestos por Zardoya Otis, S.A. contra la adjudicación del contrato.

En el recurso se alega la nulidad del procedimiento ya que se ha prescindido del procedimiento establecido al no haberse publicado el anuncio de la licitación en el Diario oficial de la Unión Europea y haberse utilizado indebidamente el procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad careciendo de causa para ello.

Quinto.- El órgano de contratación en su informe justifica la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad argumentando que “la empresa Schindler, S.A. es la única propietaria intelectual del sistema “Schindler ID-Overlay” al tenerlo patentado, y por tanto la única distribuidora en España de esta tecnología. Este sistema es el único que permite mantener en funcionamiento el centro con los ascensores operativos, lo que es inexcusable, ya que de otro modo, si no se utiliza este sistema, se originarían graves perjuicios en la actividad asistencial, al no disponer de comunicación vertical con muchos Servicios y Unidades hospitalarias”. Solicita por tanto, se desestime el recurso interpuesto.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido dicho plazo no se ha presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Zardoya Otis, S.A., potencial licitador, para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El acto recurrido es la Resolución de 18 de diciembre de 2014, por la que se adjudica un contrato de suministro sometido a regulación armonizada y por lo tanto, susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso especial viene establecido en el TRLCSP que en el apartado 2 del artículo 44 dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

(...)

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el computo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

La Resolución de adjudicación recurrida, fue publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad el 22 de diciembre de 2014, en cumplimiento de lo previsto en el art 151.4 del TRLCSP, por lo que en este caso el inicio del cómputo del plazo para recurrir debe comenzar a partir de esa fecha, que es cuando se pudo tener conocimiento de la supuesta infracción o vicio de nulidad alegado por el recurrente.

Hay que destacar que en principio, la acción para poner de manifiesto el vicio de nulidad radical no está sujeta a plazo ni de prescripción, ni de caducidad y puede ejercitarse en cualquier momento.

Pero esto no supone que sean inaplicables, respecto de los actos así viciados, los plazos de interposición de los recursos administrativos. Independientemente de la calificación y gravedad de los defectos del acto recurrido los plazos rigen de igual manera, ya que en otro caso bastaría con la alegación de un vicio de nulidad para hacer indefinidos tales plazos, o al menos para hacer depender el plazo de interposición de la cuestión de fondo del recurso, como es la corrección del acto y el tipo de irregularidad que le afecta. Efectivamente, tal como dispone el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), los recursos administrativos se pueden fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma. Por remisión que hacen los artículos 32 y 33 del TRLCSP las causas de nulidad y anulabilidad se pueden invocar para fundar el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40. Ello no obstante, ni la LRJ-PAC ni el TRLCSP admiten excepciones en cuanto al plazo de interposición del recurso que lo prolongue *sine die* en función del defecto achacado al acto recurrido.

Por otro lado la falta de impugnación en plazo del acto nulo no hace a este inatacable. Como se ha señalado la acción para poner de manifiesto el vicio de nulidad radical no está sujeta a plazo, pero la vía no es la del recurso administrativo, sino la de la revisión de oficio del artículo 102 de la LRJ-PAC (*“revisión de*

disposiciones y actos nulos”) que puede realizarse en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, cuando se trate de actos que no hayan sido recurridos en plazo y se den los supuestos previstos en el artículo 62.1. La lectura de este artículo 102 permite concluir que aún invocando causas de nulidad de pleno derecho, para su defensa a través de un recurso administrativo éste ha de estar presentado en plazo. De lo contrario podría plantearse la revisión de oficio que se admite respecto del interesado que ya no puede recurrir por haber dejado transcurrir el plazo de recurso.

Consta en el expediente que el recurso se interpuso ante dos órganos distintos, el Consejo de Estado con fecha 4 de marzo de 2015 y el Ministerio de Economía y Hacienda, con fecha 5 de marzo de 2015. Cabe recordar que de acuerdo con el artículo 44.3 del TRLCS, la presentación del escrito de interposición del recurso deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

En todo caso, el órgano de contratación recibió los escritos de recurso el día 12 de marzo de 2015, habiendo superado el plazo de 15 días hábiles, que establece el artículo 44.2.b), desde la fecha en que se pudo tener conocimiento de la adjudicación del contrato por lo que procede su inadmisión por extemporáneo.

No obstante si consideramos que el escrito plantea una cuestión de nulidad de las previstas en el artículo 39 del TRLCSP, y no un recurso especial, el plazo para la interposición sería de treinta días hábiles desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el art 154.2, en virtud del art 39.3 del TRLCSP, es decir, publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y el Boletín Oficial del Estado, por lo que el cómputo empezaría en la fecha en que se produjo la publicidad completa en los Diarios Oficiales, que tuvo lugar el 4 de marzo, sin bien la recurrente tuvo conocimiento del acto el 26 de febrero de 2015.

En consecuencia, el escrito presentado el 4 de marzo no ha superado el plazo de treinta días hábiles y estaría dentro de plazo para su tramitación como cuestión

de nulidad, prevista para los supuestos especiales de nulidad contractual, a diferencia del recurso especial que es un procedimiento de revisión precontractual.

Cuarto.- Por lo que se refiere al fondo del recurso, en este caso recalificado como cuestión de nulidad, se alega la nulidad del procedimiento al haberse utilizado la modalidad de negociado sin publicidad por exclusividad, del artículo 170. d) del TRLCSP sin existir causa para ello, puesto que alega la recurrente, la prestación podría hacerla cualquier empresario del sector.

El órgano de contratación en su informe alega, como se ha indicado anteriormente, que *“la empresa Schindler, S.A. es la única propietaria intelectual del sistema “Schindler ID-Overlay”, al tenerlo patentada, y por tanto la única distribuidora en España de esta tecnología. Este sistema es el único que permite mantener en funcionamiento el centro con los ascensores operativos, lo que es inexcusable, ya que de otro modo, si no se utiliza este sistema, se originarían graves perjuicios en la actividad asistencial, al no disponer de comunicación vertical con muchos Servicios y Unidades hospitalarias”*.

En el expediente administrativo consta un informe de justificación de la exclusividad que expone lo siguiente: *“La justificación de la exclusividad se debe a que la tecnología necesaria para poder acometer esta renovación manteniendo operativo el grupo de ascensores, de forma que se combine la tecnología existente con la nueva tecnología, es la utilización durante la fase de obra del Sistema Schindler 10-Overlay. Ya que de otro modo, si no se utiliza este sistema, se originarían graves perjuicios en la actividad asistencial, al no disponer de comunicación vertical con muchos servicios y unidades hospitalarias”*.

Sin embargo, el artículo 170.d) del TRLCSP lo que exige es que *“por razones o motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado”*, y en este caso eso no queda acreditado. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que Schindler posea en exclusiva una técnica que le permita instalar los ascensores manteniendo el centro

los ascensores operativos, no significa que otros empresarios no puedan realizar la prestación en esas mismas condiciones utilizando otras técnicas análogas o parecidas o mediante otros procedimientos. La afirmación de que el sistema de Schindler, S.A. es el único no viene refrendada por ningún dato que permita su acreditación.

La exclusividad que se alega no se refiere al suministro e instalación, que es el objeto del contrato, sino a una determinada tecnología de ejecución del mismo, por lo que esa exigencia de operatividad durante la sustitución bien podría haberse incluido como prescripción técnica en un procedimiento abierto y así podría haberse comprobado si otros licitadores podían cumplir la condición obligatoria de realizar la instalación “manteniendo operativo el grupo de ascensores”.

No se ha hecho así y se ha convocado un procedimiento negociado por razones de exclusividad partiendo de la premisa de que solo un empresario podría realizar el suministro en determinadas condiciones, circunstancia que al no quedar acreditada no permite la utilización del supuesto del artículo 170.d) del TRLCSP.

Concorre el supuesto del art. 37.1.a) que prevé la nulidad contractual por no haberse cumplido el requisito de publicación en el DOUE, siendo preceptivo y no concurriendo las causas de excepción del art. 37.2 del TRLCSP.

En consecuencia, procede estimar la cuestión de nulidad interpuesta y anular el procedimiento de licitación de acuerdo con el art. 38, siendo las consecuencias jurídicas las establecidas en el art. 35.1 del TRLCSP, anulación del contrato que deberá entrar en fase de liquidación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas

Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar la cuestión de nulidad formulada por don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2014 del Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, por la que se adjudica el contrato de suministro e instalación de dos bloques de ascensores (números: 16, 17 y 18 y números: 56, 57 y 58) para el Hospital, expediente 2014/09 I, debiendo anularse el procedimiento, incluida la formalización del contrato que deberá entrar en liquidación, correspondiendo al órgano de contratación, si lo considera necesario, iniciar un nuevo expediente de contratación mediante procedimiento abierto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

ACLARACIÓN, DE 6 DE MAYO DE 2015, DE LA RESOLUCIÓN 51/2015 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

ANTECEDENTES

Primero.- El 20 de marzo de 2015 tuvo entrada, en este Tribunal, escrito de recurso presentado por don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2014, del Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, por la que se adjudica el contrato de suministro e instalación de dos bloques de ascensores (números: 16, 17 y 18 y números: 56, 57 y 58) para el mencionado Hospital, expediente 2014/09 I.

Segundo.- Con fecha 6 de abril de 2015, este Tribunal dictó Resolución estimatoria con el siguiente tenor literal: *“Estimar la cuestión de nulidad formulada por don N.F.R., en nombre y representación de la mercantil Zardoya Otis, S.A., contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2014 del Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, por la que se adjudica el contrato de suministro e instalación de dos bloques de ascensores (números: 16, 17 y 18 y números: 56, 57 y 58) para el Hospital, expediente 2014/09 I, debiendo anularse el procedimiento, incluida la formalización del contrato que deberá entrar en liquidación, correspondiendo al órgano de contratación, si lo considera necesario, iniciar un nuevo expediente de contratación mediante procedimiento abierto.”*

Tercero.- Con fecha 23 de abril de 2015 se ha recibido, procedente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, solicitud de aclaración de la Resolución 51/2015, ante la imposibilidad de cumplir el Acuerdo adoptado, al haberse ejecutado y liquidado el contrato.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Como cuestión previa debe señalarse que ni el texto refundido de la Ley

de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, (TRLCSPP), ni la ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, prevén un trámite de aclaración de las resoluciones, tal y como en el ámbito jurisdiccional, establece el artículo 214 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Esto no obstante, como órgano administrativo de resolución de recursos, resulta plenamente de aplicación lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en cuanto a los principios generales que deben presidir la actuación de las Administraciones Públicas y su relación con los ciudadanos, en su artículo 3; así como a los principios de cooperación y asistencia que, entre otros, rigen las relaciones entre las Administraciones Públicas como indica el artículo 4 del mismo texto legal.

En concreto con la posibilidad de aclaración de aquellas cuestiones que puedan plantearse como consecuencia de la aplicación estricta de las resoluciones del Tribunal, se persigue, respetando, como no podía ser de otro modo, el principio de invariabilidad de las mismas, el servicio al interés general al permitir el sometimiento pleno a la Ley de las actuaciones que en materia de contratación se desarrollen tras haberse dictado una resolución que puede suscitar dudas, así como lograr la máxima eficacia y transparencia en las relaciones de la Administración con los ciudadanos.

El TRLCSPP tampoco atribuye ninguna competencia a los órganos encargados de la revisión de los actos dictados en el procedimiento de contratación, relativa a la ejecución de sus propias resoluciones y acuerdos, no correspondiéndoles en consecuencia la tutela sobre la ejecución de sus pronunciamientos, que necesariamente habrá de dirimirse entonces ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia este Tribunal no puede pronunciarse sobre el presupuesto de hecho que motiva la solicitud de aclaración,-esto es la imposibilidad material de ejecutar la Resolución 51/2015 en sus propios términos-, al no estar prevista en la Ley dicha posibilidad y ser inalterables las resoluciones del Tribunal y no susceptibles de recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del TRLCSP. Tampoco procede la aplicación supletoria del artículo 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), regulador del incidente de ejecución de Sentencias.

Segundo.- Sentado que solo procede la aclaración de la Resolución dictada, sin pronunciarse sobre la concurrencia o no de causas que determinan la imposibilidad material de su ejecución, debemos partir de los hechos que constan en el expediente y que fueron tenidos en cuenta para dictar la Resolución.

La Resolución 51/2015, de este Tribunal considerando que concurría el supuesto del artículo 37.1.a) del TRLCSP que prevé la nulidad contractual por no haberse cumplido el requisito de publicación en el DOUE, siendo preceptivo y no concurriendo las causas de excepción del art. 37.2 del TRLCSP, entendió que procedía estimar las pretensiones de la recurrente y anular el procedimiento de licitación de acuerdo con el art. 38, siendo las consecuencias jurídicas las establecidas en el art. 35.1 del TRLCSP, la anulación del contrato que deberá entrar en fase de liquidación.

Debe señalarse asimismo que no constaba en el expediente de contratación que el contrato se hubiera ejecutado y pagado, no siendo hasta el planteamiento de la aclaración de la Resolución que se pone de manifiesto esta circunstancia por el Órgano de contratación, aportando un documento contable "OK", fechado el 29 de diciembre de 2014. De haberse incorporado dicho documento al expediente o de haberse planteado en el informe la imposibilidad de ejecutar una eventual resolución estimatoria, este Tribunal podría haber hecho uso en la propia Resolución de la posibilidad contenida en el artículo 35 del TRLCSP, "*Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá*

disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.

Tercero.- No siendo posible lo anterior procedimentalmente, como más arriba hemos señalado, en aras de la colaboración y eficacia en la actuación de las Administraciones Públicas, cabe recordar el marco normativo y los criterios generales atinentes a los efectos de la declaración de nulidad del contrato y de su liquidación.

La Resolución objeto de aclaración, declaraba la nulidad del contrato y la procedencia de que el mismo entrara en fase de liquidación.

En cuanto a los efectos de la nulidad, el art. 38.1 TRLCSP, dispone que la declaración de nulidad por las causas previstas en el artículo 37 producirá los efectos establecidos en el artículo 35.1 del texto refundido. Este último precepto establece a su vez que: *“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”¹.*

Con la declaración de invalidez de un contrato se pretende la destrucción retroactiva de los efectos que se hubieren producido, de manera que todo vuelva al estado anterior, como si el contrato no hubiera existido jamás, lo que en principio, se consigue con la liquidación y la consiguiente restitución de todas las prestaciones que las partes hubieran realizado, o, cuando esto sea imposible, de su valor. Esta es la

¹ Informe 18/2013, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón *“mecanismo jurídico adecuado para dejar sin efecto una modificación adoptada sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa vigente”.*

regla general y así ocurre en derecho privado. De esta forma el mismo artículo 35 ya contiene dos formas alternativas de ejecutar una resolución de nulidad de pleno derecho del contrato, *in natura* o por su valor, en el caso de que la primera opción no fuera posible.

Esta regulación es fruto de la transposición de las directivas de recursos,- Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos-.

En los considerandos 13 y 14 de esta última se expone que:“(13) *Con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio sin efectos. Esta falta de efectos no debe ser automática sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar del resultado de una decisión de dicho órgano.*

(14) La falta de efectos es la manera más eficaz de restaurar la competencia y de crear nuevas oportunidades empresariales para aquellos operadores económicos a los que se haya privado ilegalmente de sus oportunidades de competir. Las adjudicaciones directas, en el sentido de la presente Directiva, deben incluir todas las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea en el sentido de la Directiva 2004/18/CE. Esto corresponde a un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en el sentido de la Directiva 2004/17/CE.”

Asimismo en sus considerandos 21 y siguientes, se establecen las reglas a que han de atenerse los recursos nacionales:

“(21) El objetivo que se persigue al establecer los Estados miembros la normativa por la que se garantice que un contrato no produzca efectos, es que los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución. Las consecuencias que se deriven de la ineficacia de un contrato deben quedar reguladas por la legislación nacional. Por tanto, la legislación nacional puede, por ejemplo, establecer la anulación de todas las obligaciones contractuales con efectos retroactivos (ex tunc) o limitarse a prever la anulación de aquellas obligaciones aún por ejecutar (ex nunc). Esto no debe implicar la falta de sanciones rigurosas si las obligaciones derivadas de un contrato se han cumplido ya parcial o casi totalmente. En estos casos, los Estados miembros deben prever también sanciones alternativas, teniendo en cuenta en qué medida el contrato sigue estando en vigor de conformidad con el Derecho interno. De manera análoga, la legislación nacional determina las consecuencias relativas a la posible recuperación de cualquier importe ya abonado, así como todas las demás formas de restitución posible, incluida la restitución del valor cuando la restitución del bien no sea posible.

(22) No obstante, con el fin de garantizar la proporcionalidad de las sanciones impuestas, los Estados miembros pueden ofrecer al órgano responsable de los procedimientos de recurso la posibilidad de no poner en peligro el contrato o de reconocer algunos o todos sus efectos temporales, siempre que el respeto de algunas razones imperiosas de interés general así lo imponga en las circunstancias excepcionales del caso concreto. En estos casos deben aplicarse sin embargo sanciones alternativas. El órgano de recurso independiente del poder adjudicador o de la entidad contratante debe examinar todos los aspectos pertinentes para establecer si razones imperiosas de interés general requieren que se mantengan los efectos del contrato.

(23) En casos excepcionales, el uso del procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación según lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE o en el artículo 40, apartado 3, de la Directiva 2004/17/CE debe autorizarse inmediatamente después de la anulación del contrato. En esos casos, si por motivos técnicos o apremios de otro tipo, solo el operador económico a

quien se haya adjudicado el contrato pudiera llevar a cabo en esa fase las obligaciones contractuales restantes, podría justificarse que se invocasen razones imperiosas.

(24) Los intereses económicos solo pueden considerarse razones imperiosas a la hora de mantener la eficacia de un contrato si, en circunstancias excepcionales, la ineficacia acarreará consecuencias desproporcionadas. Aun así, no constituyen razones imperiosas los intereses económicos directamente vinculados con el contrato de que se trate.”

Consecuencia de la transposición de la citada Directiva, el anteriormente citado artículo 35 del TRLCSP regula los efectos de la declaración de nulidad. Este artículo está claramente inspirado en el artículo 1.303 del Código Civil, cuyos efectos traslada a la contratación pública, cuando establece que: *“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”*.

Sobre el alcance de esta norma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000, declaraba: *“El artículo 1303 del Código Civil tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (Sentencia 30 de diciembre de 1996), de tal modo que cuando el contrato hubiere sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración (SS. 29 de octubre de 1956, de 22 de septiembre de 1989 y 28 de septiembre de 1996). Por lo tanto, debe darse lugar a la reposición de las cosas y el reintegro del precio (S. 28 de septiembre de 1996), devolver el dinero percibido con los intereses (S. 23 de junio de 1997).”*

La finalidad esencial de la liquidación de los contratos nulos, que en sí misma es un auténtico expediente administrativo, es fijar la forma en que puede procederse a la restitución *in natura* de las prestaciones del contrato y, en defecto de la misma, el valor de las que no pueden ser objeto de restitución. La tramitación de este expediente de liquidación corresponde al órgano de contratación.

Es decir, de lo hasta aquí expuesto podemos concluir que el artículo 35 establece en el caso de nulidad un efecto principal cual es la restitución recíproca de las prestaciones y otro subsidiario o supletorio, que cuando no sea posible la restitución *in natura*, se devuelva el valor de las cosas que se hubiesen recibido. Junto a estos se prevé también un efecto eventual que es la indemnización de daños y perjuicios.

A). Restitución *in natura*.

Con carácter general se considera que los suministros de bienes en general son susceptibles de restitución salvo que se trate de bienes perecederos o fungibles consumidos, las prestaciones de servicios ya realizados en cambio no se pueden restituir. En cuanto a los suministros con instalación y las ejecuciones de obras habrá que estar al caso concreto en el trámite de liquidación para lo cual el órgano de contratación dará audiencia al adjudicatario para de forma contradictoria valorar si es o no posible la restitución.

B). Restitución del valor.

Aunque como venimos diciendo la declaración de nulidad absoluta de un contrato tiene como consecuencia la imposibilidad de que se deriven obligaciones contractuales, cabe la restitución del valor de las prestaciones de forma subsidiaria, esto es cuando resulta imposible la restitución *in integrum*, -imposibilidad a la que la jurisprudencia se muestra favorable a equiparar a dificultad extraordinaria-. Los intereses económicos solo pueden considerarse razones imperiosas de interés general a la hora de mantener la eficacia de un contrato, si la ineficacia acarrea consecuencias desproporcionadas.

Por otro lado, uno de los efectos que produce la declaración de nulidad es la evitación del enriquecimiento injusto, que origina un desequilibrio patrimonial, por alguna de las partes (STS 23 de marzo de 2015). Por la Administración porque ha

recibido una parte o la totalidad de las prestaciones que son objeto del contrato declarado nulo, y por parte del contratista porque el precio a recibir no se ha determinado de acuerdo con las condiciones de mercado y la contraprestación a percibir solo puede ser el valor de lo entregado y no el valor que unilateralmente se haya determinado. (Véase, entre otros el dictamen del Consejo de Estado 3007/2003).

La jurisprudencia ha utilizado el recurso a la institución del enriquecimiento sin causa para, a pesar de la declaración de la invalidez del contrato, conservar la prestación realizada por el contratista y exigirle al mismo tiempo a la Administración el cumplimiento de su obligación, no ya debido al contrato, sino como un medio para evitar el enriquecimiento sin causa que de otro modo se produciría.

Según Rebollo Puig, en su obra “El enriquecimiento injusto de la Administración Pública”, la causa por la que la jurisprudencia acude sistemáticamente a esta institución deriva de que se preocupa preferentemente, igual que las partes, de los efectos patrimoniales reales y no tanto del dogma *quod nullum est nullum effectum producit*, porque atiende más o exclusivamente a la justicia de la solución final, a la evitación del enriquecimiento sin causa que a la destrucción de los efectos del contrato que pasa, tanto para los Tribunales, como para los contratantes, a segundo plano. Por ello es fundamental concretar en el expediente de liquidación las causas que impiden la restitución *in natura*.

Esta solución encierra el peligro que ha denunciado la doctrina de que este mecanismo, *a priori* excepcional, se convierta en un medio para que la Administración ignore impunemente el procedimiento previsto, sabedora de que no solo conservará la prestación pactada, sino que el contratista obtendrá al menos una cifra muy parecida al precio previsto. Probablemente la renovada tendencia jurisprudencial al limitar la aplicación analógica de las normas sobre contratos válidos en relación a los intereses de demora a satisfacer por la cantidad adeudada en concepto de indemnización por enriquecimiento injusto, obedece a la necesidad de poner fin a la torticera utilización de dicha institución.

El efecto restitutorio ordenado por el artículo 35 del TRLCSP obliga a contrastar el precio pagado y el coste efectivo de los servicios y suministros prestados por la empresa contratista. Pues no sería jurídicamente admisible un efecto restitutorio contrario al principio que prohíbe el enriquecimiento injusto a cargo de cualquiera de las partes, como el que se produciría a favor del Hospital si recuperara íntegramente el precio pagado por los ascensores instalados, pero también se produciría a favor de la empresa adjudicataria del contrato si se pretendiera incrementar su patrimonio más allá del coste efectivo de los servicios prestados².

Según el Artículo 38 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid establece que:

“Las obligaciones económicas de la Hacienda de la Comunidad nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen”.

Si no hay un negocio jurídico válido y tampoco es posible la convalidación del contrato, el reconocimiento de la obligación y posterior pago de la ejecución son nulos y debe procederse a una declaración de abono que no deriva de la obligación contractual, sino del propio acto de reconocimiento de la misma, cuyo importe habrá de concretarse en la fase de liquidación del contrato.

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del TRLCSP, si se considera que la restitución *in natura* de las prestaciones de las partes no es posible, debe reconocerse el abono de los servicios o suministros prestados.

² Informe 6/2001, de 26 de junio de la Abogacía General del Estado en el Ministerio de Fomento *“procedimiento a seguir para la declaración de nulidad de un contrato administrativo motivada por la falta de clasificación de la empresa adjudicataria. Presentación en la licitación de un certificado de clasificación falsificado. Efectos que produce la declaración”.*

C). Indemnización de los daños y perjuicios a la parte no culpable.

La parte que haya sido declarada culpable, de la anulación del contrato, deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

En su virtud este Tribunal, en su reunión de fecha 6 de mayo de 2015,

ACUERDA

Que no siendo competente este Tribunal para adoptar medidas relativas a la ejecución de la Resolución 51/2015, incluida la apreciación de la concurrencia de causa que justifique la imposibilidad material de su ejecución, y que el sentido de la Resolución es suficientemente claro no admitiendo interpretación contraria a su tenor literal, corresponde al órgano de contratación determinar el modo de llevar a cabo la misma, lo que se concretará en el procedimiento de liquidación tramitado al efecto.