

**REFLEXIONES SOBRE LA INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS Y SUS EFECTOS: LA RECLAMACIÓN DEL LUCRO  
CESANTE<sup>1</sup>**

---

**Por José Luis Villar Ezcurra**

Socio director de Ariño y Villar, Abogados.

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad  
Complutense de Madrid

**SUMARIO**

- 1.- Consideraciones iniciales
- 2.- La indemnización por lucro cesante en casos de invalidez de contratos
- 3.- Posible diferencia de trato entre el contrato anulado por vicio de nulidad o de mera anulabilidad.
- 4.- La forma en que debe o puede acreditarse el lucro cesante.

Noviembre de 2016

---

<sup>1</sup> El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

## 1.- Consideraciones iniciales<sup>2</sup>

La invalidez de los contratos administrativos (como categoría genérica) es un tema pendiente aún de análisis, con un mínimo rigor, puesto que se habla de “*nulidad del contrato*”, como si esto fuese una categoría única, sin caer en la cuenta de que, al menos en teoría, estamos en presencia tan solo de una de las especies. El “*contrato anulable*” o “*con vicio de mera anulabilidad*” debería ser la otra especie en el seno de los contratos inválidos, pero tal especie no es encontrable ni en las normas, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia que trata del tema. Algo que no debería extrañar puesto que en el Derecho Privado tampoco es una cuestión clara, si bien hay extensa doctrina sobre el tema como así se pone de manifiesto con la siguiente cita de DÍEZ PICAZO: <sup>3</sup>

*El art. 1.200 CC dice que « los contratos en que concurren los requisitos expresa el art. 161, pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley». La expresión que utiliza en este precepto el Código («pueden ser anulados») contrasta con la que con frecuencia utiliza el código para referirse a la nulidad radical o nulidad de pleno derecho («son nulos»; cgr. Art. 6.3, etc.). La anulabilidad se caracteriza inicialmente por ser un medio jurídico puesto por la ley a disposición de determinadas personas para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de la tutela jurídica, de manera que se deja al arbitrio de ellas la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. **Se sigue de ello una clara restricción de la acción de anulación y, al mismo tiempo, una cierta limitación temporal en el ejercicio de ese poder jurídico. Hasta aquí existe consenso en la doctrina. Más allá todo son dificultades.***

*La forma en que la Ley articula la protección de los intereses en favor de los cuales se pronuncia, **hace que el contrato anulable haya podido ser calificado de antiguo como un contrato claudicante; un contrato que se encuentra en una situación provisional, de la cual puede salir hacia las dos alternativas: ser definitivamente válido o definitivamente inválido.** ¿Cómo se puede explicar jurídicamente una situación como ésta? Frente al esquema indiscutiblemente claro de la nulidad radical, el de la anulabilidad se presenta sobremanera confuso. En la literatura jurídica se han formulado al respecto diferentes tesis, que conviene desde ahora tener en cuenta: ../..*

Dejemos no obstante, el Derecho privado (que bastantes ríos de tinta ha vertido sobre esta cuestión) y centrémonos en el Derecho Administrativo y en los contratos sometidos al mismo, porque las cosas no han sido siempre así. Al menos en el plano normativo, el viejo Reglamento de Contratos del Estado (R.D.

---

<sup>2</sup> Mi agradecimiento a mi compañero y amigo José Antonio García-Trevijano que ha tenido la amabilidad y paciencia de revisar y corregir este artículo.

<sup>3</sup> Cfr: Fundamentos del Derecho Civil; Tomo I Introducción y teoría del contrato; sexta edición, Thomson-Civitas, pg 592.

3410/1975, de 25 de noviembre) sí que contenía una regulación correcta sobre la invalidez de los contratos diferenciando, dentro de la misma (y como categoría genérica), los dos posibles vicios de los que pueden adolecer: nulidad y anulabilidad. Conviene recordar, al menos, la estructura básica de la regulación de la invalidez de los contratos en ese Reglamento que era la siguiente:

- Criterio general: el contrato será inválido cuando lo sean los actos que le sirven de soporte o el clausulado del mismo (artículo 40).
- Determinación de los actos de soporte del contrato que tienen la consideración de nulos de pleno Derecho (artículo 41).
- Determinación de los actos de soporte del contrato que tienen la consideración de anulables (artículo 44).
- Procedimiento para anular los contratos incursos en vicio de nulidad (artículo 45)
- Procedimiento para anular los contratos incursos en vicio de anulabilidad (artículo 46)
- Efectos de la existencia de vicios (de nulidad o de anulabilidad) que conducen a la anulación del contrato y a su liquidación, debiendo ser resarcida la parte no causante del vicio por los daños y perjuicios causados (artículo 47).

Como puede verse, tanto la existencia de vicios de nulidad como de mera anulabilidad llevaba a la misma situación práctica: la anulación del contrato y su liquidación con el corolario de la correspondiente indemnización a la parte no causante del vicio. Mismo resultado pero diferentes vías procedimentales para llegar a la anulación del contrato, siendo de destacar dos aspectos esenciales a este respecto: i) el vicio de nulidad no tenía fecha para hacerlo valer (frente al plazo de cuatro años para las causas de anulabilidad) y ii) la nulidad producía efectos “*ex tunc*” mientras que los efectos de la anulabilidad eran “*ex nunc*” (4).

Probablemente, por esta identidad en el resultado es por lo que el legislador de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) de 1995 decidió ir directamente a la nulidad de los contratos prescindiendo del tipo de vicio en que se hubiese incurrido (nulidad o mera anulabilidad) pero utilizando una expresión errónea. Lo correcto hubiese sido respetar la expresión “*anulación*” (que es el efecto común a cualquier vicio) en lugar de sustituirla por la de “*declaración de nulidad*” de los contratos, con lo cual tiene lugar la

---

<sup>4</sup> La eficacia “*ex nunc*” de la anulabilidad es en cualquier caso algo muy discutible en lo que no voy a entrar ahora.

paradójica situación de que la causa y el efecto pueden no pertenecer al mismo género.<sup>5</sup>

*Esto es; según la norma vigente un contrato en el que se aprecian vicios de mera anulabilidad, ha de ser declarado nulo cuando carece de vicios de este tipo; y ello por la sencilla razón de que no existe precepto alguno en las normas vigentes que admita la figura del contrato inválido por vicio de anulabilidad. Así, tras hablar de los vicios de nulidad o de mera anulabilidad, el artículo 35 del actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que coincide con el artículo 65 del Texto Refundido 2/2000, dice lo que sigue respecto de los efectos de la declaración de nulidad:*

**1. 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.**

*2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a éstos y sus consecuencias.*

*3. 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.*

¿Dónde tiene cabida, entonces, el contrato anulado por simple vicio de anulabilidad? La pregunta queda sin respuesta en la regulación actual y requiere, por tanto, alguna clase de aclaración (si no varias).<sup>6</sup>

## **2.- La indemnización por lucro cesante en casos de invalidez de contratos**

---

<sup>5</sup> Además, se producía una evidente confusión entre el tipo de vicio (perteneciente a la esfera meramente axiológica) y el efecto de este vicio (perteneciente a la esfera de la realidad) que consiste en privar de validez (o efectos) al contrato que hubiese incurrido en ellos.

<sup>6</sup> Es importante reseñar que el régimen de invalidez de contratos a que se refiere el vigente TRLCSP se limita a ciertos contratos, quedando sin regulación propia el de los otros. Se refiere en concreto -artículo 31- a contratos (administrativos o no) de las Administraciones públicas y a los sometidos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas (que no son contratos administrativos), así como a los subvencionados (que tampoco lo son). A su vez, el régimen del artículo 37 se refiere a solo algunos contratos armonizados y a algunos otros que ni siquiera lo son (y parece que incluso si no son de poderes adjudicadores). En el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público que prepara el Gobierno generaliza al sector público el régimen de invalidez (aunque limita la revisión de oficio a los poderes adjudicadores) e incorpora las causas de invalidez del actual artículo 37 a los supuestos de nulidad de pleno derecho, suprimiendo el régimen especial de invalidación por esas causas (a que se refiere el actual artículo 39 TRCSP).

Cierto es que el mero error semántico (nulidad del contrato en lugar de anulación del contrato) no debería tener mayores consecuencias prácticas ya que los efectos a los que conduce son los mismos, como ya sucedía en el Reglamento de Contratos del Estado: liquidación del contrato e indemnización de daños y perjuicios a la parte no causante del vicio. Sin embargo, tras esta confusión terminológica –que bien podría ser tachada de intrascendente a otros efectos– se esconde una consecuencia eminentemente práctica, nada desdeñable, como es el **alcance de los daños y perjuicios que hayan de ser indemnizados en los casos de anulación de los contratos.**

Y ello porque no resulta convincente el criterio jurisprudencial que parece estar asentado consistente en negar que la indemnización que pueda percibir la parte no causante del vicio pueda llegar a cubrir el lucro cesante. Veamos, por tanto, el estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia (partiendo del error del legislador consistente en considerar todo contrato inválido como contrato nulo).

El punto común de esta jurisprudencia radica en negar que la indemnización a que tiene derecho la parte a la que no es imputable el vicio pueda llegar a cubrir un eventual lucro cesante. Para ello se siguen varios caminos y secuencias de razonamiento que pasan por sostener que el contrato nulo es un contrato inexistente (de lo cual se deduce que no puede haber lucro alguno) o que los efectos de un contrato nulo no pueden ser equiparados a los de la resolución de un contrato válido. Sobre este último argumento, cabe citar la conocida y paradigmática STS de 11 de enero de 2013 [RJ2013\2951], Sala Tercera, en donde se razona del siguiente modo en su FJ Quinto:

*Expuestas las tesis contrapuestas de las partes en esta casación, y en respuesta al primer motivo, se ha de afirmar en una observación global de partida que lo que se plantea por la parte a través de este motivo es cuáles son los efectos económicos que se derivan de la declaración de nulidad de un contrato.*

*Para la resolución del problema que debemos abordar debemos precisar que ninguna de las sentencias que cita el recurrente y el recurrido resuelven un caso similar al que se enfrenta el Tribunal Supremo en esta casación ni interpretan el artículo 65 del TRLCA.*

*Así debemos tomar como punto de partida que el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dedica el Capítulo IV del Título III a la "Invalidez de los Contratos", y es dentro de este Capítulo en donde se encuentra ubicado el artículo 65, relativo a los efectos de la declaración de nulidad.*

*En el Capítulo III del Título V, se regula la resolución de los contratos, y en el artículo 113 se establece cuáles son los efectos con carácter general de la resolución del contrato, siendo que en los artículos 151, 169 y 193 de la citada norma se establece una regulación*

*pormenorizada de los efectos de la resolución del contrato según el tipo de contrato administrativo ante el que nos encontremos.*

*Avanzando en el análisis de la cuestión sometida a nuestra consideración debemos tener presente que el contrato de gestión de servicio público que une a la Administración y al contratista es un contrato bilateral del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes y durante todo el tracto sucesivo del contrato. La Administración está sujeta, al igual que el contratista, al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Del vínculo contractual surge la obligación del contratista de organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación, y la paralela obligación de la Administración de abonar la prestación económica y la revisión de la misma (ex art. 162 y 163 de Real Decreto Legislativo).*

*La nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, lo que se traduce en la inexistencia de las obligaciones contractuales antes citadas, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el Legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente válidas.*

*Esta ubicación sistemática del artículo 65 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es importante a la hora de proceder a su interpretación.*

*El artículo 65 establece que «1. 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».*

*El precepto de la TRLCAP se completa con lo dispuesto con carácter general en el artículo 102.4º de la Ley 30/1992, sobre efectos de la nulidad de actos administrativos, que dispone que «Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1º de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma».*

*Las normas citadas remiten a los preceptos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y en esta materia se debe partir de que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización ( artículo 142.4º LRJAP ) y que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas ( artículo 139.2º LRJAP ).*

La redacción del artículo 65.1º de constante cita contrasta con la redacción de los artículos 113 , 151 , 169 y 193, en los que clara y expresamente se establece la obligación para la Administración de indemnizar por el lucro cesante en los supuestos de resolución del contrato. No debemos olvidar que el artículo 1.106 del Código Civil también regula cuales con los efectos de las obligaciones civiles, mientras que es el artículo 1303 del Código Civil es el que regula los efectos de la declaración de nulidad del contrato.

Ahora bien, cuando el artículo 1106 CC regula la indemnización de perjuicios lo hace en relación con el incumplimiento de las obligaciones, regulado en el artículo 1101, y como se ha razonado antes, el efecto del incumplimiento de una obligación **y el efecto de la nulidad de un contrato, del que, en su caso, pudiera nacer una obligación, no son equiparables.** De lo contrario, se llegaría a la situación paradójica de que desde el punto de vista de las obligaciones nacidas del contrato la anulación de éste y su validez generarían iguales efectos, **pues si la anulación del contrato y en consecuencia la de las obligaciones derivadas del mismo, produce en cuanto a estos el efecto de establecer como indemnización por su incumplimiento el deber de abono del lucro cesante que se hubiese obtenido del cumplimiento de la obligación, a la postre la parte perjudicada por la anulación del contrato percibiría de la contraria el mismo beneficio que si el contrato hubiese sido válido;** y ello sin la carga sinalagmática que representa para ella el cumplimiento de las prestaciones del contrato. Sin negar que el artículo 65 cuestionado determine el deber legal de indemnizar, no solo daños, sino también perjuicios, lo que no cabe es que, para la identificación de éstos, con todo el problematismo que ello pueda acarrear, dichos perjuicios puedan establecerse acudiendo al régimen legal de algo diferente a la nulidad de la obligación, como es su incumplimiento.

La invalidez y la resolución del contrato son instituciones diferentes a las que no cabe duda que el legislador ha querido dar una regulación diferenciada. La invalidez del contrato supone que la obligación no ha llegado a nacer válidamente y la resolución del contrato supone privar de efectos a una obligación válidamente nacida al mundo del derecho.

De todo lo anterior se desprende que, sin negar que además del daño deban indemnizarse los perjuicios, y que estos sean diferenciables de aquellos, esa identificación y prueba no puede consistir en la de los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación existente, que es precisamente lo que se hace al considerar como tales perjuicios el lucro cesante ligado al incumplimiento de obligación.

El error en el razonamiento (o razonamientos) viene a ser casi siempre el mismo porque, en términos de pura equidad, no se entiende el motivo por el cual la parte a quien no es imputable la pérdida de efectos de un contrato, en el caso de resolución del mismo tiene derecho al lucro cesante, mientras que en los supuestos de “anulación del contrato” –utilizando la expresión correcta- no tiene derecho a este concepto. Evidentemente, hay toda una gama de supuestos a considerar y, posiblemente, la solución correcta no sea la misma en todos ellos,

debido a lo cual me voy a centrar en un caso muy específico como es la adjudicación de un contrato concesional (es decir, de tracto sucesivo) que es anulada al cabo de un tiempo, y cuando el contrato ya está siendo ejecutado, por una decisión judicial. Este es justamente el supuesto de hecho contemplado en la STS de 11 de enero de 2013 antes citada en la que se formuló un voto particular (Excmo. Sr. Magistrado D. José Díaz Delgado) en los siguientes términos:

El objeto de la discrepancia (como se dice en el apartado primero del voto particular) consiste, precisamente, en la posición contraria de la sentencia “a reconocer el abono del lucro cesante producido a la entidad mercantil recurrente, como consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato de gestión de un servicio público, de depuración de aguas residuales, por causas imputables única y exclusivamente a la Administración, al entender que la entidad adjudicadora era manifiestamente incompetente para adjudicar un contrato que se solapaba con otro de gestión, otorgado por un Ayuntamiento, previamente existente”.

Seguidamente, entra en el fundamento que acoge la sentencia indicando al respecto lo siguiente:

*Parece partir la sentencia de la tesis (abandonada por cierto por la resolución judicial recurrida en su fundamento jurídico segundo), de que, pese a lo dicho literalmente por el precepto antes indicado, el principio " quod est nullum, nullum produxit efectum". Sin embargo, una cosa es que el contenido de un contrato declarado nulo, sus cláusulas, no produzcan efectos, y **otra bien distinta, que la declaración de nulidad de ese contrato no los produzca**, y esta circunstancia no se da ni siquiera en la vía civil, y baste recordar la regulación de los efectos de la declaración de nulidad previstos en el propio Código Civil (LEG 1889, 27) en los artículos 1300 y siguientes.*

La precisión de Magistrado es fundamental porque ciertamente nada tiene que ver el hecho de que el contenido de un contrato nulo (o anulado) no produzca efectos con el hecho de que la anulación del contrato por causa imputable a la Administración no los produzca. Aquí se encuentra el “nudo gordiano” de la cuestión que se resuelve bajo la premisa de que no resulta necesario acudir al Código Civil (la actora invocó, al respecto, el artículo 1106 del CC):

*Pues bien, ante la claridad de este artículo 65 antes citado y el 102.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común que dispone que las Administraciones Públicas al declarar la nulidad de un acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141 de esta Ley parece evidente que, según el principio de que " in claris non fit interpretatio ", **la declaración de nulidad de un contrato administrativo conlleva el abono de los***



**daños, reconocidos en la sentencia recurrida, en cuanto emergentes, y también los perjuicios, no reconocidos en cuanto al lucro cesante, sin necesidad de acudir al Código civil**, lo que solo se podría hacer supletoriamente, al tratarse de los efectos de un contrato administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

En el apartado tercero del voto particular insiste en los siguientes términos en las diferencias entre nulidad y anulabilidad en el Orden Civil y en el Administrativo:

*Conviene recordar que las diferencias entre nulidad y anulabilidad en el ámbito civil, no tienen por qué trasladarse sin más al administrativo. En primer lugar en el orden civil la regla general es la nulidad, mientras que en el administrativo es la excepción, reservada a los casos más graves del ordenamiento jurídico (artículos 62 y 63 de la ley 30/1992, antes citada). Que aunque no exista plazo para reclamar en ambos ámbitos ordinamentales, éste puede ser moderado en vía administrativa, en virtud del artículo 106 de la última norma citada. Que **al contrario de lo ocurre en la vía civil, en cuanto a la retroactividad, que no se produce en la anulación, sino desde el ejercicio de la acción**, en la jurisdicción contencioso-administrativa, el reconocimiento de la situación jurídica individualizada (artículo 31.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), hace que también en la anulación los efectos se retrotraigan al momento anterior a la resolución impugnada. En consecuencia, aquí se ha declarado la nulidad de un contrato administrativo por la aplicación del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, y los efectos jurídicos de dicha declaración de nulidad han de extraerse, no de la legislación civil, sino de la Administrativa.*

Dicho lo anterior, vuelve a reiterar el argumento de fondo de la sentencia al objeto de fijar los términos de la discrepancia (recordemos que en la sentencia se niega que pueda aplicarse a un contrato nulo el artículo 1106 del CC ni el régimen previsto para la resolución de los contratos):

*La sentencia de que discrepamos parte, para negar que el lucro cesante forme parte de los perjuicios a que se refiere el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de dos premisas. Que la recurrente pretende extender la previsión del incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 1106 del Código Civil, que si prevé el abono del lucro cesante como perjuicio," la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", a los efectos de la resolución del contrato previstos en el artículo 1303 del citado cuerpo legal, que prevé unos efectos distintos. Y de otro lado del contraste entre los efectos previstos en el artículo 65 del Texto Refundido antes mencionado y los artículos 113, 151,169 y 193, que si prevén para el caso de la resolución del contrato el abono del lucro cesante, concretado en su caso en el beneficio industrial.*

Respeto a la primera premisa, el voto particular sostiene que, en cualquier caso, la legislación aplicable es la administrativa y no la civil, indicando, además que “*cuando sólo existe una parte culpable, que permite retener lo dado y no entregar a la otra parte lo comprometido, no cabe excluir la concurrencia de que el incumplimiento de las obligaciones del contrato de lugar a indemnizaciones (artículo 1556 del Código Civil, por ejemplo, en el caso de arrendamientos)*”.

En cuanto a la segunda premisa, cabe argumentar justamente lo contrario, según el voto particular, razonando de la siguiente forma:

*si en el caso de resolución de un contrato de gestión de un servicio público, por ejemplo por ser el servicio ya innecesario o antieconómico, ha lugar a abonar el beneficio industrial calculado ex lege en el 6%, pero en el que el daño siempre será menor, pues el adjudicatario habrá disfrutado del beneficio del contrato durante el tiempo en que lo ha explotado, **mayor motivo habrá, si, por culpa grave imputable exclusivamente a la Administración, el recurrente que, como aquí ocurre ha resultado adjudicatario de un contrato, se ve privado del beneficio que había ganado mediante el procedimiento selectivo. Es decir, en el caso más grave de incumplimiento por parte de la Administración, el efecto jurídico en beneficio de quien ha sufrido el daño sin culpa alguna sería menor.** Conviene tener presente además, que como recoge la sentencia, la Administración intentó sin éxito resolver el contrato, y sólo cuando fracasó en dicho intento acuerda declarar la nulidad. Esto es, según la tesis de la sentencia, si la Administración hubiera podido resolver el contrato, en este caso si procedería la indemnización del lucro cesante.*

El razonamiento utilizado resulta tan claro como convincente (en términos de pura equidad) ya que no resulta concebible que cuando la Administración resuelve un contrato mediando causa de interés público –como sucede en los casos de rescate- el contratista tenga derecho al lucro cesante, y que se niegue este derecho cuando se haya anulado el contrato por causa imputable a la Administración. Sentado lo anterior -cuya consistencia no debería suscitar dudas- el voto particular vuelve a retomar lo apuntado anteriormente acerca de la aplicación preferente del propio Derecho Administrativo sobre el civil acudiendo para ello a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos (en sentido lato) invocando los artículos 102.4, 62.1 y 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos en donde resulta pacífica la admisión del lucro cesante como concepto indemnizatorio.

Finalmente, el voto particular, pone de manifiesto que una cosa es que en el caso enjuiciado no se considere que el lucro cesante haya sido calculado de forma objetiva y razonable (mediante la pericial aportada) y otra muy diferente,

que no proceda este concepto indemnizatorio. Igualmente se dice que la actora podría haber exigido en concepto de lucro cesante el 6% legalmente fijado aunque también procedía utilizar (como así hizo la actora) los criterios fijados en el Pliego de Bases del contrato, a pesar de que el contrato haya sido anulado. Literalmente, se dice esto mismo con las siguientes palabras:

*En definitiva, como la propia sentencia sostiene, tenemos que movernos en el marco de las normas que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el Funcionamiento de los servicios públicos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 102.4, 62.1 y 139 y siguientes de la ley 30/1992, y es evidente que la jurisprudencia es unánime en considerar que dentro del término "perjuicios" se incardina el supuesto del lucro cesante.*

*Para negar éste, la sentencia de la que discrepamos va más allá de lo que dijo la sentencia recurrida, pues ésta admite que en la legislación administrativa está prevista la indemnización de los perjuicios, entre los que estaría el lucro cesante, lo que ocurre es que, pese a la prueba pericial aportada (que no hace sino trasladar las bases de cálculo de lucro cesante previstas en el propio pliego de condiciones) considera que no está probado, partiendo de la nulidad de dicho contrato. Sin embargo, **una cosa es que el contenido del contrato en cuanto tal no sea exigible, y otra que el pliego de condiciones no de bases suficientes para calcular razonablemente el lucro cesante en este punto**, por lo que realmente, la sentencia recurrida, partiendo de la premisa de la nulidad, no hizo una interpretación razonable de la prueba pericial, máxime cuando el cálculo del 6% tiene una base legal, que a mi juicio eximía de la necesidad de dicha prueba.*

*Por todo ello, entiendo que el recurso de casación debió estimarse, anularse la sentencia, y dictar otra en su lugar que reconociera a la recurrente el lucro cesante en su día reclamado.*

Como ya ha sido anticipado, el razonamiento seguido por el voto particular formulado en esta sentencia parece impecable porque, en esencia viene a prescindir de las ficciones jurídicas (la supuesta inexistencia de un contrato nulo) y a poner el acento en donde realmente hay que hacerlo. Es decir, ponderar y medir las situaciones que se producen cuando un contrato es resuelto por la Administración o anulado por causa imputable a la misma, porque siendo más grave esto último no puede serle aplicado un régimen indemnizatorio menor (habida cuenta, además, de que la norma nada dice al respecto).

Dicho lo anterior, resulta obligado entrar en dos cuestiones ligadas al lucro cesante (como concepto indemnizatorio por la anulación de un contrato) como son i) la posible diferencia de trato entre el contrato anulado por vicio de nulidad o de mera anulabilidad y ii) la forma en que debe o puede acreditarse el lucro cesante. Veamos ambas cuestiones por separado, sin perjuicio de ligar las conclusiones que se extraigan de cada una de ellas más adelante.

### **3.- Posible diferencia de trato entre el contrato anulado por vicio de nulidad o de mera anulabilidad.**

Así, y por lo que concierne a la primera de las anunciadas cuestiones, ha de advertirse que el supuesto enjuiciado por la STS de 11 de enero de 2013 y el voto particular formulado, vienen referidos a un supuesto claro de anulación de contrato por vicio de nulidad absoluta, ya que se trataba de un contrato adjudicado por quien no tenía competencia para ello. Y si el legislador (desde el viejo Reglamento de Contratos del Estado al actual TRLCSP) anuda en un solo precepto los efectos de la anulación de los contratos (artículo 47 del RGCE y artículo 35 del TRLCSP) es porque, de esta forma, el legislador quiere que les sea aplicado un mismo tratamiento jurídico en cuanto al contenido de la indemnización a la que tiene derecho la parte no causante del vicio.

Sostener un alcance diferente para los supuestos de anulación del contrato por vicios de nulidad o de mera anulabilidad corre el riesgo de volver a caer en la ficción del contrato inexistente que puede conducir a negar el lucro cesante en los casos de vicio de nulidad absoluta, lo cual no parece recomendable (una vez que se consiga avanzar en el reconocimiento de este concepto). Sin embargo, esto último no impide dejar constancia de que buena parte de los contratos declarados nulos no lo son por vicios de nulidad absoluta sino de anulabilidad, y ello por la incoherencia semántica de la norma (en este caso, del artículo 35 del TRLCSP). Y es que el vicio de nulidad tan sólo se produce por una causa encuadrable en los supuestos de nulidad de pleno derecho mencionados en el artículo 32 del TRLCSP <sup>(7)</sup>:

*Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:*

*a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

*b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.*

*c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (RCL 2003, 2753), General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.*

---

<sup>7</sup> El artículo 37 del TRCSP parece añade supuestos específicos de invalidez (parece, aunque no está claro, si son de nulidad o de anulabilidad; sobre el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público, el dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado se muestra reticente a que se recojan como causas de nulidad) que se conectan con un vía llamada “cuestión de nulidad” para detectarlos (artículo 39).

*d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*

En la realidad el supuesto más frecuente radica en vicios de mera anulabilidad ya que como tales hay que considerar la mera infracción de normas o cláusulas de los Pliegos (salvo en los aspectos que implican causa de nulidad) tal y como establece el artículo 33 del TRLCSP:

*Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

Pues bien, en los casos de anulación del contrato por vicio de mera anulabilidad lo que sucede es que queda mucho más clara la improcedencia de sostener la “*fictio iuris*” de que el contrato nunca existió, por la simple y llana razón de que la invalidez por esta clase de vicio no supone que el contrato no haya existido. Y si el contrato ha existido (esto es, mientras no ha sido invalidado o privado de eficacia) cabe deducir que tanto el contrato como los Pliegos llegaron a producir alguna clase de efectos. Una posición de partida sumamente interesante para sostener la procedencia del lucro cesante en estos casos frente al criterio jurisprudencial imperante hasta el momento. Un criterio que como es conocido tiene sus fisuras –especialmente en contratos de escasa cuantía económica- como muestra de lo cual cabe citar, entre otras, la Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 911/2010 de 24 mayo de 2010 [JUR\2011\173596] en su FJ octavo en donde se admite que no cabe ignorar una adjudicación del contrato (pese a la ficción de su inexistencia):

*../.. Así pues, el actor, realmente no pudo pedir la indemnización en ningún momento anterior al de la demanda. Por otra parte, la pretensión del actor lleva, como algo muy propio, la solicitud de indemnización; no se entiende bien que una persona, física o jurídica, pida solo la declaración de que un acto es nulo o anulable, sin extraer de ello ninguna consecuencia jurídica y, sobre todo, económica. En fin, **al encontrarnos en materia contractual, es obvio también que el perjuicio para el que indebidamente no resulta adjudicatario de un contrato que inicialmente le fue adjudicado es algo real y efectivo y se concreta además en el lucro cesante que deja de obtener.***

No se trata de un problema ontológico sino de la contradicción lógica que supone sostener que algo (en este caso un contrato) puede ser anulado porque

existe y al mismo tiempo afirmar que nunca ha llegado a existir una vez anulado. Las ficciones jurídicas han de ser tratadas con sumo cuidado y como lo que son (meras ficciones) sin darles la categoría de hechos reales ya que de otro modo se corre el riesgo de llegar a conclusiones absurdas (como es el caso que ahora nos ocupa).

#### **4.- La forma en que debe o puede acreditarse el lucro cesante.**

Queda por analizar la forma en que deberían acreditarse el lucro cesante, respecto de lo cual las posibilidades se abren en abanico ya que podrían sostenerse varios criterios siempre que sean objetivos razonables -como son además los requisitos exigidos por la jurisprudencia-. En principio y si se quiere seguir la línea de razonamiento del voto particular que ha sido expuesto líneas atrás (autointegración del Ordenamiento jurídico administrativo) habría de acudirse a las reglas establecidas para los casos de responsabilidad patrimonial (artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992 y artículos 32 y siguientes de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Esto conduce a la determinación del lucro cesante mediante el denominado “*coste de oportunidad*” que remite a un concepto igualmente teórico pero que cuenta con el sustento de diversos pronunciamientos de los Tribunales de Justicia.

Antes de entrar en pronunciamientos jurisprudenciales (en materia de responsabilidad patrimonial) resulta interesante traer a colación la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 429/2015 de 1 diciembre de 2015 [JUR\2015\308618] por la que se admite el concepto de “*coste de oportunidad*” para determinar el lucro cesante en un contrato anulado (si bien no se estima por prueba insuficiente). El texto de la citada sentencia que ahora conviene destacar es el siguiente:

*Se constata en las actuaciones que el inicial contrato firmado entre las partes tenía una duración de diez años, prorrogables, habiendo tenido efecto durante 6 años 11 meses y 15 días, por lo que quedó pendiente del mismo contrato 3 años, 1 mes y 15 días. Este lapso temporal es objeto de la indemnización que nos ocupa.*

*Ya hemos reflejado que la sentencia recurrida examina las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas y fija el importe de la indemnización en el reclamado en concepto de pérdida de valor del activo afecto al servicio AIS, al no tener un uso alternativo en el mercado por la nulidad del contrato, importe que fija en 1.305.606 euros, cantidad solicitada por la parte actora.*

*En cuanto a la otra cantidad reclamada, **lo era en concepto de coste de oportunidad de la inversión en el período no ejecutado, por las pérdidas ocasionados por la***

**falta de retorno del capital asociado a la inversión en el periodo que restaba del proyecto (retorno de capital invertido).** Esta cantidad no se concede en la sentencia, existiendo discrepancia entre los peritos sobre el uso del material por otros operadores.

El Juzgador de instancia valora ambas pruebas periciales y considera que no existe acreditación contundente de la falta de rentabilidad o retorno del capital invertido y a ello añade el hecho de la propia nulidad del contrato y ausencia total de procedimiento para su adjudicación, "por lo que las ganancias carecen de parámetros objetivos".

Entiende la Sala que debemos confirmar la conclusión obtenida en la instancia. **Y para ello confirmamos, careciendo de elementos suficientes en contra, que existió rentabilidad del capital invertido o, dicho de otra forma, dicho capital pudo rentabilizarse desde el momento en que se conoció la nulidad del contrato y efectividad de la misma.**

Y entrando ya en los pronunciamientos judiciales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe decir que existen diversas sentencias en las cuales se acepta la compensación en concepto de "coste de oportunidad", entendido como el daño generado al administrado por la inmovilización de una determinada cantidad de dinero en una actividad que se frustra (temporal o definitivamente) por causas imputables a la Administración. Entre esos pronunciamientos pueden citarse la STSJ de Andalucía núm. 1461/2015, de 27 julio de 2015 [JUR 2015\259059] o la STSJ de Galicia núm. 615/2013 de 18 julio de 2013 [JUR 2013\282625], en las que se estiman las pretensiones indemnizatorias ejercidas en relación con el "coste de oportunidad".

En ambas sentencias el criterio seguido para determinar el importe de la indemnización por este concepto consiste en aplicar a la cantidad que ha sido objeto de disposición por el administrado en la actividad afectada por la actuación de la Administración el tipo de interés legal publicado por el Banco de España. Así, en el primero de los fallos referidos el TSJ de Andalucía, con cita del informe pericial de la parte actora, señala que la demandante "ha dejado de ganar un dinero, esto es, ha dejado de obtener una rentabilidad del capital invertido en la finca objeto del proceso durante el período en que se ha estado tramitando el procedimiento de expropiación forzosa 2005/2625-02, ya que toda su inversión con fondos propios en dicha finca ha permanecido inerte durante ese período. Para el cálculo de dicho coste de oportunidad, hemos tomado como referencia el tipo de interés legal dictado por el Banco de España para cada año durante el período de expropiación". Un criterio que "resulta convincente" en palabras de la Sala (hasta el punto de estimar el recurso). Por su parte, en la segunda de las

sentencias citadas (STSJ de Galicia núm. 615/2013), se sintetiza lo peticionado en concepto de “coste de oportunidad” en los siguientes términos:

*“La parte actora destaca en la demanda, entre otros extremos, lo siguiente: “ Los **daños y perjuicios reclamados** son únicamente los explicados en la reclamación del 25 de mayo de 2009 y, por lo tanto, los detallados en el informe emitido por “López Mera y Fuentes Auditores S.L.P” (concretamente, por doña Yolanda , titular del D.N.I. NUM000 , economista y miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, nº NUM001) **en razón de la inmovilización improductiva de las ingentes cantidades invertidas en las citadas parcelas, por la suspensión de obras sufridas** en razón de las cautelas arqueológicas establecidas sobre ellas y la imposibilidad de cumplir los plazos de terminación de las edificaciones licenciadas y, por ende, de poner en el mercado dichas edificaciones de vivienda colectiva. Según se detalla en el citado informe pericial (Documento nº 21 de la reclamación, páginas 125 a 225, 1 del Expediente), **el importe del daño reclamado (denominado “coste de oportunidad financiero”) se obtiene muy prudentemente mediante la simple aplicación de las cantidades invertidas en cada una de las parcelas** objeto de las licencias conferidas (expedientes NUM002, NUM003 y, NUM004) **del correspondiente interés legal del dinero**. Concretamente, se verifica el cálculo **aplicando a las disposiciones de fondo realizadas- a partir de su entrada en existencia- el tipo de interés legal aplicable al período de referencia.**”.*

En lo que se refiere al periodo de tiempo considerado para calcular la indemnización, los dos pronunciamientos citados declaran que, desde un punto de vista temporal, la indemnización por el “coste de oportunidad” debe abarcar el tiempo durante el cual se produce la afectación singular de los derechos patrimoniales de los administrados por el funcionamiento normal o anormal de la Administración. En el primero de los supuestos citados ese periodo se corresponde con la duración del expediente expropiatorio del que finalmente la Administración desiste y, en el segundo caso, el periodo temporal considerado comprende el tiempo durante el cual la ejecución de la obra resulta afectada por la falta de declaración formal de protección del patrimonio cultural.

Ahora bien, al margen de esa forma de cuantificación del “coste de oportunidad” con arreglo al interés legal del dinero reconocida en los mencionados pronunciamientos judiciales, es posible aportar, a modo de ejemplo, otro criterio para la determinación de la indemnización por este concepto que resulta respetuoso con los principios de objetividad y razonabilidad. Ese criterio consiste en aplicar al importe asignado a la actividad afectada por la actuación administrativa **la rentabilidad asignada a las obligaciones del Estado a diez años**. Se trata de un criterio objetivo, al tomar como referencia un valor de rentabilidad fija que es publicado en el BOE, y



razonable, al asociarse la compensación a la rentabilidad de la deuda del Estado. Téngase en cuenta, además, que éste ha sido un parámetro de común utilización por el legislador en materia energética, por ejemplo para determinar la “*rentabilidad razonable*” de las instalaciones de generación de energía eléctrica del antiguo régimen especial (Real Decreto-ley 9/2013 y Ley 24/2013)<sup>8</sup>.

Evidentemente, no deben descartarse otros criterios similares que cumplan con el doble requisito de ser objetivos y razonables, pudiendo apuntar entre tales criterios la rentabilidad media que haya obtenido la empresa en contratos similares (mediante la correspondiente pericial basada en datos auditados de la empresa), lo cual no me parece, en absoluto, irrazonable.

Sin embargo, y dejando de lado el posible contenido del “*coste de oportunidad*” (como concepto equivalente al lucro cesante), el verdadero problema se plantea, volviendo al ámbito de la contratación administrativa, en relación con el tiempo sobre el cual ha de ser proyectado este concepto. Porque no parece razonable proyectar, sin más, el importe del coste de oportunidad (sea cual sea el contenido del mismo) hasta la fecha prevista de terminación del contrato, especialmente en los de naturaleza concesional. Aclaremos al respecto que la “*regla del quinquenio*” tampoco impone que se aplique de esta forma, ya que la previsión legal indica tan solo que debe **atenderse** a la media de los “*resultados de la explotación*” (p.ej. artículo 271.3 del TRLCSP) sin realizar indicación alguna acerca del período de tiempo sobre el que ha de proyectarse esta media.

Habrán casos en los que la proyección del coste de oportunidad sobre la duración total del contrato resulte razonable (requisito imprescindible), como puede ser el caso de un contrato concesional por diez años que se anule en el año sexto o séptimo. De igual forma, habrá casos en los cuales este tipo de proyección resulte irrazonable, como sucedería en una concesión a cincuenta años, anulada en el año quinto de su duración. Parece bastante evidente que una proyección del coste de oportunidad sobre los cuarenta y cinco años restantes no cumple con el requisito de razonabilidad que se impone a la determinación del lucro cesante.

---

<sup>8</sup> Si bien en el caso de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos esa rentabilidad se incrementa con un diferencial de 300 puntos básicos, cabe decir que ello responde a las especiales características que reviste el régimen retributivo de las energías renovables (cuyo antecedente es un régimen de retribución primado muy superior) que no resultaría de aplicación al supuesto abordado en el presente artículo.

Entiendo, por tanto, que habrá que estar al caso concreto para determinar el período de tiempo para la proyección del coste de oportunidad, pudiendo servir de criterio orientativo utilizar una imagen especular, realizando esta proyección por el mismo número de años que hayan transcurrido hasta la anulación del contrato. Una mera sugerencia tan válida como cualquier otra que pueda resultar razonable y que sirva para que los tribunales cambien la forma en que, hasta el momento, se ha enfocado indemnizar el lucro cesante en casos de anulación de contratos administrativos. Porque en todo caso, y como dijo hace muchos años Giordano Bruno, “*se non è vero e ben trovato*”....

José Luis Villar Ezcurra

Profesor Titular de Dº Administrativo de la UCM

## **DETALLES DE CONTACTO**

**ARIÑO Y VILLAR, ABOGADOS, S.L.P.**

Calle Serrano, 6. 5º, 3.

28001 Madrid

José Luis Villar Ezcurra

Socio Director

T: +34 915779289

[jlwillar@arinoyvillar.com](mailto:jlwillar@arinoyvillar.com)