



Roj: **STS 462/2013 - ECLI:ES:TS:2013:462**

Id Cendoj: **28079130072013100023**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **11/01/2013**

Nº de Recurso: **5082/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 2589/2010,**
STS 462/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número **5082/2010**, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procurador Doña Marta Franch Martínez, en representación de ISOLUX INGENIERÍA, S.A., contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de marzo de 2010, dictada en el recurso número 4066/2007 .

Ha sido parte recurrida el Procurador Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la JUNTA DE GALICIA (CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE, TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS- EMPRESA PÚBLICA DE OBRAS Y SERVICIOS HIDRÁULICOS), y el Procurador D. Juan Carlos Estevez Fernández-Novoa, en representación del AYUNTAMIENTO DE PONTEVEDRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en el recurso número 4066/2007, con fecha dieciocho de marzo de dos mil diez , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante procesal de la sociedad mercantil "Isolux Ingeniería, SA", contra la resolución presunta desestimatoria de la Consellería do Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible, sobre nulidad de pleno derecho del expediente de contratación administrativa de gestión del servicio público de "Explotación de la estación depuradora de aguas residuales de Os Praceres, Pontevedra (Pontevedra), y, en consecuencia.

1º Desestimamos la pretensión de nulidad de la resolución impugnada, con la salvedad de la ausencia de pago indemnizatorio.

2º Condenamos a la Administración autonómica a abonarle a la actora la suma de 224.467,38 euros, con el interés legal del dinero desde el 14.02.06 hasta su completo pago.

3º No hacemos condena en costas».

SEGUNDO. - Contra la citada sentencia anunció recurso de casación la Procurador Doña Marta Franch Martínez, en representación de ISOLUX INGENIERÍA, S.A., que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 24 de junio de 2010, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.



TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que «(...) case y revoque la Sentencia recurrida y declare el derecho de mi representada a ser indemnizada con un importe adicional al reconocido en la Sentencia de 18 de marzo de 2010 de 2.257.856,58 euros en concepto de lucro cesante, por los daños y perjuicios que le generó la declaración de nulidad del expediente de contratación y de la adjudicación del Contrato a ISOLUX INGENIERÍA, con el correspondiente pronunciamiento sobre intereses y con expresa imposición de costas a la parte contraria».

CUARTO.- Comparecidos los recurridos, se admitió a trámite el recurso por providencia de 4 de marzo de 2011, concediéndose por diligencia de ordenación de 23 de marzo de 2011 un plazo de treinta días a los recurridos para que formalizaran escrito de oposición.

El escrito de oposición de la Junta de Galicia tuvo entrada el día 11 de mayo de 2011 y en el que se suplicaba a la Sala que «(...) se dicte sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución judicial recurrida en los extremos debatidos, con imposición de costas a la recurrente; o subsidiariamente estimándolo sólo parcialmente, y resolviendo el debate con una moderación o disminución de la indemnización reclamada respecto a los perjuicios cuantificados y pedidos por la recurrente».

El escrito de oposición del Ayuntamiento de Pontevedra tuvo entrada en día 13 de junio de 2011 y en él se afirmaba que no se oponía al recurso de casación.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 28 de noviembre de 2012, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento, salvo el plazo para dictar sentencia debido al elevado número de asuntos conocidos por el Ponente y a la complejidad de algunos de ellos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de dieciocho de marzo de dos mil diez, dictada en el recurso número 4066/2007, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ISOLUX INGENIERÍA, S.A., contra la desestimación presunta por silencio del recurso reposición interpuesto contra resolución de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de 31 de junio de 2006, por la que se declaraba la nulidad expediente contratación gestión servicios públicos y aguas residuales.

El recurso de casación interpuesto por la Procurador Doña Marta Franch Martínez, en representación de ISOLUX INGENIERÍA, S.A., contiene tres motivos de casación.

El primero, formulado al amparo del artículo 88.1º, letra d) de la LJCA, reprocha a la sentencia de instancia la vulneración por incorrecta aplicación, del artículo 65.1º del TRLCAP, en relación con el artículo 1106 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que los ha interpretado, al considerar erróneamente la sentencia que la declaración de nulidad del contrato impediría reconocer una indemnización en concepto de lucro cesante.

El segundo, fundando igualmente en el artículo 88.1º, letra d) de la LJCA, imputa a la sentencia de instancia la vulneración, por incorrecta aplicación, del artículo 1106 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, al considerar que no es posible acudir a lo previsto en los pliegos para cuantificar el lucro cesante cuando el contrato ha sido declarado nulo, así como la infracción de la definición jurisprudencial del lucro cesante.

El tercero, formulado bajo la cobertura formal del artículo 88.1º, letra d) de la LJCA, reprocha a la sentencia de instancia la vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española y el artículo 348, en relación con el artículo 281, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por valoración arbitraria e irrazonable de la prueba pericial practicada.

Por su parte la Junta de Galicia se opone a todos motivos en los términos que luego se expondrán.

SEGUNDO.- La ratio decidendi de la Sentencia recurrida se contiene en los fundamentos de derecho primero y segundo; del siguiente tenor literal:

«(...) PRIMERO.- *Procede hacer una escueta síntesis de los episodios que precedieron a la resolución que el 31.07.06 dictó el conselleiro do Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible, mediante la cual declaró la nulidad de pleno derecho del expediente de contratación administrativa de gestión del servicio público de "Explotación de la estación depuradora de aguas residuales de Os Praceres, Pontevedra (Pontevedra)". Esos antecedentes se remontan a la ejecución de esa depuradora por la Administración autonómica gallega en el año 1993, tras lo cual se entregó al Ayuntamiento de Pontevedra para su explotación, mantenimiento y conservación, lo que*



hizo por vía indirecta al adjudicar la gestión del servicio público a una empresa, por un plazo de 20 años que se inició el 01.03.97; a fin de satisfacer las necesidades de los municipios de la Ría de Pontevedra (Marín, Poio y Pontevedra), le solicitó la Administración Hidráulica de Galicia a esta última entidad local que resolviera el contrato que tenía concertado, ya que se proponía ampliar la estación depuradora, como así hizo sin que aquella resolviera el contrato, lo que no evitó que el órgano autonómico licitara uno propio para gestionar el servicio público en su totalidad, esto es, con inclusión del servicio que ya tenía contratado la entidad local, por lo que le impidió a la empresa adjudicataria, "Isolux Watt", SA" (ahora "Isolux Ingeniería, SA") que iniciara su ejecución; en estas condiciones trató el órgano autonómico de llegar a un acuerdo con esa empresa para resolver, por mutuo acuerdo, el contrato, pero las gestiones se frustraron y se optó por iniciar un procedimiento tendente a declarar su nulidad, como así hizo en la resolución citada al comienzo, confirmada, en vía de recurso de reposición, por la que aquí se impugna.

En primer lugar, y con carácter principal, sostiene la demanda que no existieron las razones que en esa resolución se apuntaron en apoyo de la nulidad radical del procedimiento de contratación, por lo que pretende que se declare su disconformidad a derecho, con la condena al órgano autonómico a hacer efectivo el inicio del contrato adjudicado. Tales razones fueron tres, la primera, porque el contrato tenía un contenido imposible al versar sobre prestaciones que ya ejecutaba otra empresa por encargo del Ayuntamiento de Pontevedra, la segunda, por la incompetencia de la Administración autonómica para acordar la licitación y adjudicación del servicio público de depuración de las aguas residuales, y la última, por no haber seguido el procedimiento legalmente establecido.

En lo que concierne a la primera de ellas, no puede compartir esta sala que el contrato adjudicado tuviera un contenido imposible, pues podía ejecutarse, y si no se hizo fue por la oposición abierta del Ayuntamiento de Pontevedra; lo que sí sucede es que el inicio de este contrato neutralizaba materialmente la ejecución del primero que esa entidad local adjudicó a otra empresa en el año 1997, o a la recíproca, al superponerse ambos (con mayor alcance el nuevo) sobre un mismo ámbito territorial y funcional, pero ello no supone que fuera de imposible ejecución el contenido objetivo del contrato adjudicado el 15.07.05, consistente en la explotación de la depuradora ampliada de Praceres, por lo que no se daba la causa de nulidad tipificada en el artículo 62.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, al que se remite el artículo 62.a) del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (entonces vigente).

Por el contrario, y en la medida en que confluyen en el mismo ámbito territorial y funcional el nuevo contrato suscrito por el órgano autonómico con el suscrito por la entidad local (aunque el alcance de aquél sea mayor), resulta manifiesta la incompetencia de aquel órgano para licitar y otorgar ese contrato de depuración de las aguas residuales urbanas si se tiene en cuenta que, si bien la gestión de tal servicio le corresponde a la Administración Hidráulica de Galicia, por virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley 8/2001, de 2 de agosto, de protección de la calidad de las aguas de las rías de Galicia y de ordenación del servicio público de depuración de aguas residuales urbanas, su disposición transitoria cuarta sólo le permite asumir la gestión de las estaciones depuradoras ya operativas, mediante convenio suscrito con la entidad local que los prestara, a suscribir dentro de un plazo de tres años, lo que no ha sucedido, por lo que la Administración autonómica carecía de atribuciones para aprobar la nueva licitación y adjudicarla, lo que constituye un motivo de nulidad de los actos preparatorios y de la propia adjudicación, con amparo en lo dispuesto en el artículo 61 del TRLCAP, en relación con los apartados b) y e) del artículo 62.1 de la LRJAP y PAC, antes citados.

Así las cosas, no puede acogerse la primera pretensión ni los motivos a ella anudados, lo que significa que se declare conforme a derecho la resolución presunta impugnada, que confirmó la de 31.07.06 que declaró la nulidad del procedimiento de contratación y del contrato adjudicado, con la salvedad de lo declarado sobre la indemnización de los daños y perjuicios.

SEGUNDO.- En efecto, procede acoger la pretensión subsidiaria de que se le indemnice a la actora por los daños y perjuicios ocasionados, si bien no en el importe a que se refiere la demanda.

Hacia una correcta mención el fundamento de derecho sexto de la resolución de 31.07.06, declarativa de la nulidad del contrato, a lo dispuesto en el artículo 65 del TRLCAP, sobre la obligación que tenían las partes de restituirse las recíprocas cosas que hubieran recibido o, en su defecto, de indemnizarse por los daños o perjuicios sufridos. Sucede que, tras esa declaración, nada indicó sobre el derecho que la empresa tuviera, lo que contrasta con la propuesta que el 14.02.06 elevó el presidente de la Empresa Pública Obras e Servicios Hidráulicos, de considerar que la procedía esa indemnización y que alcanzaría la suma de 224.467,38 euros, resultado de aplicar dos magnitudes, la primera, por un importe de 144.467,38 euros, por la demora en la entrega a la contratista de las instalaciones de la estación depuradora (se había opuesto la entidad local), y la segunda, por los 80.000,00 euros restantes, por los daños y perjuicios estimados, desdoblados, a su vez, en dos conceptos, uno por los gastos originados para la elaboración del proyecto de explotación, y el otro por los de la contratación del personal; en



esa propuesta se dejaba a salvo la posibilidad de la existencia de otros eventuales daños o perjuicios que la contratista acreditara.

Reza la máxima "quod est nullum, nullum produxit efectum" (STS de 25.03.72), pero lo cierto es que la nulidad de un acto administrativo puede determinar el derecho a la indemnización (artículo 102.4 de la LRJAP y PAC), que es lo que impone el artículo 65 del TRLCAP antes citado; por ello, el derecho a la indemnización no tiene su causa en haberse ejecutado un contrato inexistente, como apuntaba también la resolución de 31.07.06, sino por el efecto producido por la nulidad del contrato viciado; de acuerdo con ello, no cabe apelar a la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto (SsTS de 21.04.76 , 25.06.81 , 15.10.86 , 28.01.00 , 16.06.00 y 18.07.03), pues la Administración autonómica no obtuvo ningún lucro o prestación que hubiera de satisfacer, sino que debe tenerse en cuenta el régimen de la responsabilidad indemnizatoria por haberse producido una lesión patrimonial efectiva que tuvo su origen en un acto administrativo viciado de nulidad, así declarada, por lo que se debe tener en cuenta la constante jurisprudencia que recuerda que surge esa obligación reparadora cuando la causa eficiente de la lesión tiene su origen en una actuación que el órgano administrativo tuvo que haber evitado, al estar dentro de un margen de apreciación razonable y haberle producido a la empresa licitadora y, finalmente, contratada una lesión antijurídica que no venía obligada a soportar, puesto que no se le podía exigir que conociera los irregulares antecedentes del procedimiento de contratación, en este caso por incumplimiento de lo dispuesto en la cuarta transitoria de la ley reguladora del servicio público de depuración de aguas residuales urbanas.

Y como, además de esos requisitos, se le ha producido a la empresa "Isolux Ingeniería, SA" una evidente lesión, procede repararla, como dispone la constante jurisprudencia de la que son sólo un ejemplo las SsTS de 07.06.84 , 02.06.86 , 20.02.89 , 18.03.91 , 01.02.99 , 11.03.99 , 24.05.99 y 12.07.01 .

Sobre el importe, ya se comprende que, en principio, no debería de ser correcto el método de evaluación seguido por el responsable de la Empresa Pública Obras e Servicios Hidráulicos, pues incluyó como primera magnitud la demora en la entrega de las instalaciones de la estación depuradora, obligación incumplida que no podría tomarse en cuenta si se tiene en cuenta que tiene su ámbito de exigencia en la ejecución de un contrato cuya nulidad se ha declarado; con todo, no puede olvidarse que, hasta que no se anuló, la empresa contratista debía estar a la espera de recibir las instalaciones, lo que no se produjo por causa a ella no imputable, de modo que puede aceptarse esa magnitud de 144.467,38 euros por la demora en la entrega a la contratista de las instalaciones de la estación depuradora; y en cuanto a la calculada por los gastos originados para elaborar el proyecto de explotación y para contratar personal, los cifró en 80.000,00 euros, importe que no obtuvo tras examinar documentos o datos reales, sino por estimación.

En apoyo de su pretensión reparadora, la parte actora que reclama la indemnización viene obligada a probar el derecho pretendido, como dispone el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil , al que se remite el artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa (en igual sentido las SsTC 217/1998 , 10/2000 , 135/2001 o 3/2004 y las SsTS de 13.03.89 , 29.11.91 , 19.02.94 , 17.03.95 , 22.01.00 o 24.10.02); en concreto esta última sentencia afirma que el órgano juzgador "en el momento de dictar sentencia, debe realizar un juicio de verosimilitud de las afirmaciones fácticas aportadas o introducidas por las partes a fin de procurar la satisfacción jurídica de las partes a través de la subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable", a lo que añade que, en el supuesto de que, ya por la falta de prueba o ya por la insuficiencia de la practicada, al órgano juzgador no le sea posible vencer el estado de incertidumbre, "el ordenamiento jurídico señala explícita o implícitamente las reglas en virtud de las cuales se determina la parte que resulta perjudicada al no considerarse probadas determinadas afirmaciones fácticas en el caso concreto".

Pues bien, en este caso ha traído la empresa demandante una prueba pericial de parte que cifra en 16.202,00 euros el daño emergente, que define como los costes en que ha incurrido la sociedad para poner en marcha el proyecto, esto es, la magnitud que la propuesta antes indicada estimó en 80.000,00 euros, importe éste que se va a acoger ya que, si bien es una mera estimación, también es el que propusieron los órganos técnicos de la propia Administración autonómica, por lo que esos "propios actos" le van a vincular. Y en lo que alcanza al lucro cesante, lo cifra el informe pericial de parte en 2.257.856,58 euros, importe al que llega aplicando la metodología que le ofrecen los pliegos rectores y que no se puede admitir si se tiene en cuenta que el contrato celebrado estaba viciado de nulidad, por lo que no podía desarrollarse.

En definitiva, esta sala se muestra conforme con que se tomen en consideración las tres magnitudes e importes que propuso el presidente de la Empresa Pública Obras e Servicios Hidráulicos, esto es, los 144.467,38 euros por la demora en la entrega de la estación depuradora, los 80.000,00 euros por los daños y perjuicios estimados, y la cifra indeterminada por los otros eventuales daños o perjuicios que la empresa contratista acreditara, prueba que no ha ofrecido, de modo que el importe indemnizatorio alcanzará la suma de 224.467,38 euros, importe que debe ser actualizado a fin de conseguir que la reparación sea integral y le deje indemne a la perjudicada (SsTS de 24.01.97 , 27.03.98 , 08.10.98 , 04.02.99 , 05.02.00 , 27.10.01 o 28.09.04), lo que supone que se actualice desde la fecha en que se calculó (14.02.06), con el interés legal del dinero hasta su completo pago»-



TERCERO.- En el desarrollo argumental del motivo de casación primero, cuyo enunciado sintético se indicó en el Fundamento de Derecho Primero, el recurrente razona que la Sentencia de 18 de marzo de 2010 excluye el derecho la recurrente a obtener una indemnización que resarza íntegramente los daños y perjuicios sufridos en los términos previstos en el artículo 65.1 del TRLCAP, que establece que, en supuestos de nulidad de un contrato administrativo, la parte culpable deberá indemnizar a la que no lo es "en los daños y perjuicios que haya sufrido" como consecuencia de la declaración de nulidad.

Sostiene el recurrente que los "daños y perjuicios" que deben ser indemnizados a la parte no responsable de la nulidad comprenden, de conformidad con el artículo 1106 del Código Civil, tanto el valor del daño emergente como del lucro cesante.

Afirma que este último concepto, en concreto, tiene como finalidad resarcir las pérdidas de las ganancias que ISOLUX INGENIERÍA ha dejado de percibir al declararse la nulidad de la adjudicación del Contrato y, en consecuencia, no poder ejecutarlo en su condición de adjudicataria.

Aduce que la Sentencia que se recurre en casación, una vez admitido que ISOLUX INGENIERÍA no fue responsable de la nulidad del expediente de contratación del Contrato ni de su adjudicación, aún reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada, niega la posibilidad de que obtenga la compensación del lucro cesante, puesto que "el contrato celebrado estaba viciado de nulidad", y en consecuencia "no podía desarrollarse", privándole así de la posibilidad de obtener la correspondiente compensación a la que legítimamente tiene derecho de acuerdo con los citados preceptos legales.

Destaca que la nulidad se declara por causa no imputable a La parte y que se produce después de que el Contrato hubiera sido adjudicado.

El recurrente en casación ordena la exposición del motivo en dos apartados.

El primer apartado lo destina a razonar sobre la "Procedencia de la indemnización del daño emergente y del lucro cesante causados por la declaración de nulidad de la adjudicación de un contrato administrativo y el resarcimiento íntegro del menoscabo económico".

Afirma el recurrente que la necesidad de resarcimiento íntegro al contratista adjudicatario que no resulta culpable de la nulidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato resulta con claridad del artículo 65 del TRLCAP, que recoge en materia de contratación administrativa el principio positivizado, con carácter general, en el artículo 104.2 de la LRJPAC.

Indica que los efectos jurídicos de la resolución contractual por causa imputable a la Administración y los derivados de una declaración de nulidad de la adjudicación son, desde el punto de vista indemnizatorio, idénticos, por lo que la parte no culpable debe ser resarcida por todos los daños y perjuicios sufridos, y no es otro efecto que el derivado del principio general de que quien incumple o es el causante de la causa que provoca la resolución contractual o la declaración de nulidad debe dejar indemne a la otra parte.

Añade que en el caso de que la parte "incumplidora" o "culpable" sea la Administración, deberá indemnizar al contratista en el daño emergente y en el lucro cesante

Sostiene que la previsión en materia de contratación administrativa del artículo 65 del TRLCAP debe también ser necesariamente puesta en relación con la previsión de indemnidad de los daños y perjuicios sufridos por quien no está legalmente obligado a soportarlos, principio que inspira nuestro ordenamiento jurídico y que se recoge en el artículo 1106 del Código Civil.

En palabras del recurrente la doctrina más autorizada no ha dejado lugar a dudas, en este sentido, de que el alcance indemnizatorio de los daños y perjuicios prevista en el artículo 1106 del Código Civil comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Cita en apoyo de su pretensión la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1987, y las Sentencias de la Sala Tercera de 28 de junio de 1983, de 20 de febrero de 1989, de 26 de abril de 1994, de 9 de julio de 1997, de 27 de octubre de 2004, de 1 de octubre de 2007 y de 2 de octubre de 2007, y de 4 de julio de 2007.

Reitera que, frente a lo que dice la Sentencia que se recurre en casación, con arreglo a la consolidada doctrina del Tribunal Supremo la declaración de nulidad de la adjudicación de un contrato administrativo determina la procedencia de la indemnización del lucro cesante, como concepto incluido dentro de los daños y perjuicios" a los que se refiere el artículo 65.1 del TRLCAP.

En opinión del recurrente la doctrina jurisprudencial mantiene que daño emergente y lucro cesante son conceptos no sólo compatibles, sino complementarios en este tipo de casos, cuya finalidad última es la consecución de un verdadero e íntegro resarcimiento de los daños y pérdidas sufridos por el contratista al



que se le ha privado de la ejecución de un contrato al que legítimamente tenía derecho (cfr. Sentencias de 30 de diciembre de 1983 - ref Aranzadi RJ 6843 -, de 28 de noviembre de 1995 - ref Aranzadi RJ 8555- y de 3 de febrero de 2005 - ref Aranzadi RJ 1654-, entre otras).

En el segundo apartado afirma que la Sentencia de 18 de marzo de 2010 infringe el artículo 65.1º del TRLCAP, en relación con el artículo 1106 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, al negar el derecho de ISOLUX CORSAN a ser indemnizado en el lucro cesante

Destaca que la Sentencia de 18 de marzo de 2010, reconoce el derecho del recurrente a ser indemnizado en los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la declaración de nulidad de la adjudicación del Contrato, ex artículo 65.1 del TRLCAP, sobre la base de declarar que se ha producido una lesión patrimonial evidente y que procede que la Administración resarza al contratista "por haberse producido una lesión patrimonial efectiva que tuvo su origen en el acto administrativo viciado de nulidad, así declarada, por lo que debe tener en cuenta la constante jurisprudencia que recuerda que surge esa obligación reparadora cuando la causa eficiente de la lesión tiene su origen en dicha actuación que el órgano administrativo pudo haber evitado".

Argumenta que ese reconocimiento del derecho a ser indemnizada en los daños y perjuicios sufridos al amparo de lo dispuesto en el artículo 65.1 del TRLCAP se ve posteriormente limitado por la Sentencia recurrida en ese mismo al afirmar que en lo que alcanza el lucro cesante", reclamado por la parte, "lo cifra el informe pericial de parte en 2.257.856,58 euros, importe al que se llega aplicando la metodología que le ofrecen los pliegos rectores y que no se puede admitir si se tiene en cuenta que el contrato celebrado estaba viciado de nulidad, por lo que no podía desarrollarse".

Indica que si de forma teórica se aceptara la interpretación del Tribunal a quo, ésta resultaría necesariamente incongruente con lo dispuesto en el artículo 65.1 del TRLCAP, dejando al precepto prácticamente vacío de contenido, al privar de cualquier virtualidad la previsión de obtener una indemnización del lucro cesante en los supuestos de nulidad de un contrato administrativo.

Alega que del tenor del precepto y de la jurisprudencia que lo interpreta no puede inferirse, so pena de infringir ambos, que la reparación de la parte no culpable no deba ser integral; sin que, por tanto, sea ajustado a la legalidad tratar de limitar esa reparación al daño emergente cuando el perjudicado es el contratista.

Concluye afirmado que resulta indubitado que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65.1 del TRLCAP, en relación con el artículo 1106 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, la parte que no resulta culpable de la declaración de nulidad de la adjudicación de un contrato o de sus actos previos, debe ser íntegramente reparada por la otra parte en los daños y perjuicios sufridos, daños y perjuicios que, comprenden tanto el "daño emergente" como el "lucro cesante".

CUARTO.- La Junta de Galicia en su oposición al recurso de casación sale al paso de la argumentación del motivo primero y segundo, efectuando un breve resumen de la sentencia de instancia, y afirmando que, en los dos primeros motivos del recurso de casación, la recurrente viene a exponer que el hecho de que el contrato no llegara a iniciarse en su ejecución no impide que tenga derecho al lucro cesante, entendiéndolo como tal las ganancias dejadas de percibir al no poder ejecutar el contrato, lo que también reconocería el artículo 65.1 del TRLCAP para los casos de nulidad de la contratación.

Sostiene que el importe reclamado por el recurrente sería el obtenido según el informe pericial presentado por la parte recurrente en el pleito, y que estaría sustentado, igualmente, en las previsiones del pliego y de la oferta económica presentada, y que alcanzaría el 6 % de los costes fijos y variables directos del proyecto, en concepto de beneficio industrial dejado de obtener a lo largo de los quince años que habría durado la explotación, y que cifra en 2.257.856,58 euros.

Afirma la Administración que la clave está en si el artículo 65.1º del TRLCAP, invocado por la recurrente, habilita al resarcimiento del beneficio industrial dejado de percibir en los casos de nulidad de la adjudicación, y entiende que el artículo 193.3º de la TRLCAP fija como beneficio industrial del contratista suministrador un porcentaje del 6% del precio de las entregas dejadas de realizar para el caso de desistimiento o suspensión por plazo superior a un año por parte de la Administración.

Añade que este criterio es absolutamente parejo respecto al beneficio industrial al establecido para la resolución del contrato de obras cuando estas se suspendiesen por plazo superior a ocho meses, de acuerdo con el artículo 151.4º del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio .

Indica que para el contrato de gestión de servicio público (y en el caso estamos ante un contrato de tal naturaleza), la resolución del contrato por rescate o supresión del servicio o por la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, darán derecho al contratista a incluir dentro de los perjuicios "los beneficios futuros que deje de



percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización".

Alega la Administración que si el contratista inicia la ejecución del contrato, mantiene la explotación durante al menos cinco años, y la administración rescata el servicio, se lo suprime o no puede continuar en la gestión, si tendría derecho al beneficio industrial, teniendo en cuenta en último caso, los resultados reales de explotación y el valor de las obras amortizadas.

Destaca la Administración que el artículo 65.1 del TRLCAP no reconoce expresamente ningún derecho indemnizatorio ligado a la obtención del beneficio industrial (a diferencia de aquellos supuestos de resolución), si no simplemente el derecho a la obtención de los "daños y perjuicios que se hayan sufrido", que por lo tanto, deberán ser debidamente probados.

Pone de relieve la Administración que la empresa recurrente no ha tenido que realizar ningún tipo de gasto, ni ninguna inversión, pues la nulidad de su contratación se produjo muy poco tiempo después de la adjudicación, y que los gastos que fijaba su oferta, y que constan en el ramo de prueba del pleito, hacen referencia a gastos de personal, energía eléctrica, de mantenimiento y conservación. . .(gastos fijos); y dentro de los variables; los gastos para reactivos, transporte o tratamiento de residuos.

En palabras de la recurrida repugna la justicia que haya que satisfacer a la recurrente una indemnización correspondiente al 6 por ciento de unos gastos que no tuvo que abordar, que en definitiva los ahorró, y que también, en definitiva, no eran si no una previsión o análisis previo de una estimación, que en ningún momento llegó a materializarse, y a ello se le anuda la idea de que no sería justo satisfacer un beneficio industrial, como si el contrato se ejecutase de manera perfecta, obviando los riesgos de toda actividad de explotación a la que no tuvo que exponerse el contratista.

Aduce que sería injusto y desmesurado la obtención de lo que pretende el contratista, cuando en el presente caso, al no haber incurrido la mercantil recurrente en ningún tipo de gasto, obra o inversión, pudo destinar todos los activos que inicialmente tenía previsto para la ejecución del contrato, para otros contratos o actividades propias de su empresa.

Cita la Administración en apoyo de su pretensión la Sentencia de 27 de octubre de 2004 (recurso número 2029/2000), de 2 de octubre de 2007 (recurso 11509/2004), de 10 de junio de 2002 (recurso número 3869/1996) y la sentencia de 4 de abril de 2008 (recurso número 6883/2005).

Concluye afirmado que cualquier nuevo monto indemnizatorio en concepto de beneficio industrial que se pueda reconocer a "Isolux...", debería tener en cuenta como límite infranqueable el tope temporal del 31 de julio de 2006, momento en el que se produce la declaración de nulidad de la contratación, un año después de la adjudicación del contrato.

Argumenta que lo anterior, habilitaría a reconocer como lucro cesante las ganancias dejadas de obtener desde la adjudicación del contrato hasta la definitiva declaración de nulidad de dicha adjudicación, aunque fuese de manera ficticia, pues la empresa nunca llegó a iniciar la ejecución de la prestación.

Concluye la Administración afirmando que el contrato tenía una duración prevista de 15 años, y apenas transcurrió un año desde la adjudicación (el contrato se adjudicó el 15 de julio de 2005 y el 21 de julio, la Junta requirió a Isolux para que realizara las gestiones necesarias para la iniciación de la explotación), hasta la declaración de nulidad de la misma (la resolución declarando la nulidad data de 31 de julio de 2006), el reconocimiento del beneficio industrial, según lo calcula el recurrente, sólo alcanzaría, en proporción y moderadamente, 1/15 partes del monto total (2.257.856,25); esto es, 150.523,77 euros.

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 cuales 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 importe 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.

SEXTO.- En el segundo motivo del recurso de casación, fundado como se dijo en el Fundamento de Derecho Primero, en el artículo 88.1º, letra d) de la LJCA, el contratista imputa a la sentencia de instancia la vulneración, por incorrecta aplicación, del artículo 1106 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, al considerar que no es posible acudir a lo previsto en los pliegos para cuantificar el lucro cesante cuando el contrato ha sido declarado nulo, así como la infracción de la definición jurisprudencial del lucro cesante.

El desarrollo argumental del motivo lo ordena en dos apartados, y el primero lo destina a tratar sobre "La determinación del lucro cesante sobre la base de elementos objetivos: la integración de la valoración con los documentos contractuales del Contrato".

Afirma el recurrente que a la hora de determinar el concreto quantum del lucro cesante, el artículo 1106 del Código civil exige, según reiterada jurisprudencia, que los criterios de fijación del daño se fundamenten en elementos objetivos, y no en un mero cálculo en abstracto o estimativo de las pérdidas experimentadas por el sujeto afectado, de modo que permitan la estimación más razonable posible de "los flujos monetarios que el contrato hubiera generado, por supuesto deduciendo los costos que ello le hubiera generado o los pagos que hubiera tenido que hacer para obtenerlos".

Alega que estos elementos objetivos que han de servir de fundamental base para la determinación del importe del lucro cesante que debe ser resarcido se encuentran, primordial y necesariamente, en la propia relación contractual existente entre ambas partes y de los documentos en la que ésta se asienta y se integra.

Cita en apoyo de su pretensión indemnizatoria la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2009.

Sostiene que en el concreto caso de la contratación administrativa, la relación contractual entre las partes se sustancia en el expediente de contratación (artículo 67 del TRLCAP), en el que quedarán incluidos los pliegos rectores del contrato (artículo 49.5 del TRLCAP), que constituyen la "lex contractus" entre las partes, según la Sentencia de 21 de enero de 1994.

Añade que constituyen documentos rectores de la relación contractual, junto con los propios pliegos, aquellos documentos aportados por el contratista, que a la postre resulta adjudicatario, en el seno del procedimiento de adjudicación, de entre los que destaca su oferta económica (artículo 79.1 del TRLCAP) que deviene ratificada y validado por la Administración en el acto de la adjudicación; y a tales elementos contractuales hay que acudir, por lo tanto, con carácter prioritario para determinar cuál sea ese quantum.

Pasa a continuación el recurrente a exponer la jurisprudencia que entiende aplicable al caso, con referencia al respecto a las Sentencias de 10 de junio de 2002 y 8 de julio de 1996, de las que efectúa transcripción selectiva de textos.

Sobre esa base jurisprudencial afirma que partiendo de la necesidad de cuantificar el lucro cesante sobre la base de elementos objetivos, el recurrente encargó la elaboración de un informe pericial con el objeto de calcular el lucro cesante dejado de percibir por ISOLUX INGENIERÍA al no poder ejecutar el Contrato y que el importe del lucro cesante calculado por el Informe pericial asciende a 2.257.856,58 euros y resulta directamente de los propios términos fijados en los pliegos elaborados por la Administración contratante y de la oferta económica presentada por ISOLUX INGENIERÍA, aceptada por la Administración en tanto que resultó adjudicataria, tal y como quedaba plenamente acreditado en el Informe pericial.

Reitera el recurrente que su importe resulta, pues, de parámetros y datos objetivos (realmente, de los únicos disponibles), cumpliéndose por tanto los presupuestos legales para la indemnización por lucro cesante.

El segundo apartado lo destina a tratar de que "los supuestos de nulidad contractual: idéntica apreciación de que el contrato constituye la base primordial de los parámetros o bases objetivas para el cálculo del lucro cesante".

Aduce que no existe fundamento alguno para sostener que la doctrina jurisprudencial que ha expuesto no resulta de aplicación en los supuestos de nulidad de un contrato.



Aduce que la Sala de instancia sostiene que la declaración de nulidad del expediente de contratación y de la adjudicación del Contrato priva de virtualidad, como elemento objetivo adecuado que sirva de base al cálculo del lucro cesante, los criterios definidos en los documentos contractuales.

Indica que el Tribunal de instancia, alcanza semejante conclusión sin que parezca que tenga en consideración que: (i) la causa de nulidad del Contrato en nada tuvo que ver con el contenido de los pliegos rectores o de la oferta presentada por el recurrente; y (ii) los criterios de determinación empleados por el Informe pericial, y el propio resultado alcanzado, resultan plenamente conformes con reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de lucro cesante y que no han sido discutidos por la Xunta de Galicia ni ha practicado prueba en contrario.

Apunta que, de aceptarse el criterio de la Sentencia recurrida se privaría de cualquier virtualidad a la previsión de obtener una indemnización en concepto de lucro cesante en supuestos de nulidad de un contrato administrativo.

En opinión de la parte en los términos expuestos, el lucro cesante debe ser determinado sobre la base de elementos y criterios objetivos y razonables y estos elementos vienen recogidos en este caso únicamente en la documentación contractual, y en el caso de un contrato administrativo, debe estarse necesariamente a lo previsto por los pliegos rectores y por la oferta del licitador que resultó adjudicatario y, en caso de que los documentos contractuales no permitan su determinación, los parámetros de cálculo habría que buscarlos en la aplicación analógica de preceptos del TRLCAP y de la jurisprudencia aplicable.

SÉPTIMO.- Como acertadamente sostiene la parte recurrida, el desarrollo argumental del segundo motivo de casación es una continuación del primer motivo, por lo que todas las consideraciones expuestas para desestimar el primer motivo del recurso de casación son aplicables al segundo motivo de casación. A ello debemos añadir que los efectos de la nulidad del contrato aparecen regulados en el artículo 1303 del Código, que establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con sus intereses, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes, que sería en todo caso el aplicable, y lo que la parte pretende es que se aplique a la anulación de un contrato la normativa relativa a la incumplimiento de las obligaciones, argumento que se une y refuerza nuestras anteriores consideraciones.

OCTAVO.- En el tercer motivo formulado bajo la cobertura formal del artículo 88.1º, letra d) de la LJCA, la recurrente reprocha a la sentencia de instancia la vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española y el artículo 348, en relación con el artículo 281, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por valoración arbitraria e irrazonable de la prueba pericial practicada.

La exposición del motivo la ordena el recurrente en dos apartados, destinando el primero a tratar la arbitrariedad e irrazonabilidad de la valoración de una prueba pericial, sobre la base de erróneas apreciaciones jurídicas.

Afirma que aunque en sede casacional no se pueden discutir las apreciaciones fácticas que, en relación la valoración de una prueba, efectúe el Tribunal de instancia, sí que cabe articular, como motivo de casación, la denuncia de la infracción de la debida aplicación de reglas de la sana crítica a la hora de valorar una concreta prueba, por ejemplo, aplicando erróneas apreciaciones jurídicas que conduzcan a un resultado valorativo de la prueba arbitrario e irrazonable.

En palabras del recurrente del razonamiento expuesto en la Sentencia de 18 de marzo de 2010 parece deducirse que la Sala de instancia entiende que, aún en el caso de que procediese el resarcimiento económico del lucro cesante en supuestos de nulidad de un contrato administrativo, la recurrente no habría acreditado adecuadamente el importe de ese lucro cesante.

Indica que la Sentencia recurrida acaba estimando que, aunque ISOLUX INGENIERÍA aportó un Informe pericial en el que se efectuaba la determinación del lucro cesante, esta prueba no resulta admisible, y por tanto no puede desplegar virtualidad probatoria alguna, al emplear una "metodología" de valoración de los daños y perjuicios que considera incorrecta, y la razón en la que la Sentencia de 18 de marzo de 2010 justifica esa negativa, como se verá a continuación, se fundamenta exclusivamente en una errónea apreciación jurídica de los efectos de la declaración de nulidad del Contrato.

El segundo apartado del motivo lo destina el recurrente a tratar sobre la arbitraria valoración de la prueba pericial practicada en la instancia.

Alega la parte que siguiendo el razonamiento de la Sala de instancia, la nulidad del Contrato y que, por tanto, "no podía desarrollarse", priva de eficacia a los efectos de cuantificar los daños y perjuicios a los "pliegos rectores",



por lo que el Informe pericial, al basarse en esa "metodología" que considera incorrecta no puede ser admitida y desplegar válidos efectos probatorios.

Aduce que la valoración del lucro cesante que se ha efectuado en el Informe pericial utilizando los parámetros ofrecidos por los pliegos del Contrato y la oferta económica de ISOLUX INGENIERÍA no puede, en opinión de la Sala de instancia, desplegar evidencia o eficacia probatoria alguna en relación con el importe del lucro cesante que ha de ser objeto de indemnización al recurrente.

NOVENO.- La Junta de Galicia se opone a la estimación del tercer motivo poniendo de manifiesto que a partir del folio 29 del escrito de interposición, la recurrente expone un motivo subsidiario, que lo centra en la valoración irracional y arbitraria que de la prueba realizó la Sala de Galicia en la sentencia combatida, considerando infringidos los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española y el artículo 348 en relación con el artículo 281 (sin exponer cual es el apartado del precepto infringido) de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Recuerda el recurrido, como lo hace entre otras la Sentencia de 27 de enero de 2004 (recurso de casación 6830/1998) que "...la revisión de la valoración de la prueba, en su conjunto, no tiene cabida en el recurso de casación, salvo excepcionadísimos supuestos... En materia de valoración probatoria y lo que con este motivo de casación se pretende es cuestionar la apreciación razonada que ha efectuado la Sala de instancia, según aparece en los fundamentos jurídicos y ello no resulta admisible en sede casacional, como hemos declarado en sentencias de 11 de marzo (RJ 1995, 2965), 28 de abril (RJ 1995, 3231) 16 de mayo (RJ 1995, 4214), 15 de julio , 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995 , 27 de julio y 30 de diciembre de 1996 , 23 de junio y 9 de diciembre de 1997 , 24 de enero , 23 de marzo , 15 y 25 de abril (RJ 1998, 3582), 18 de mayo (RJ 1998, 4960) y 31 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9521) ".

Destaca la Administración que ya antes, la Sentencia de 2 de octubre de 2000 (recurso 1991/1995) razonó, en esta línea cuando expone que "...en el caso examinado, el núcleo esencial de valoración en la sentencia recurrida se extrae de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo y es una labor que corresponde a la Sala de instancia, ya que la revisión que de esa previa valoración de la prueba, en su conjunto, haga el Tribunal «a quo», no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 1 0/1992, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 25 de enero , 8 y 26 de mayo , 2 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 126, 3670, 3895 y 8789], 2 y 13 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1659 y 1692], 11 de marzo , 7 de mayo y 30 de julio de 1991 [1991, 2212, 3581 y 5431] , 7 y 20 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3523]), han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas ...".

DÉCIMO.- Para dar adecuada respuesta al debate suscitado en le tercer motivo de casación en los términos en que nos viene planteado por la tesis de los argumentos de la recurrente y de su oposición a ellos, es necesario recordar, cuál es nuestra jurisprudencia sobre las posibilidades de examen en casación de las cuestiones referidas a la prueba y a su valoración. Así, en la sentencia de fecha 3 de julio de 2007, dictada en el recurso de casación número 3865 de 2003 , hemos dicho en su fundamento de derecho decimoquinto que es jurisprudencia reiterada (ver, por todas, las sentencias de 6 y 17 de julio de 1998 , 12 de julio , 2 de noviembre , 15 de diciembre de 1999 , 20 de marzo , 3 de abril , 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000 , 3 de diciembre de 2001 y 23 de marzo de 2004) la que afirma que aquella valoración -la de la prueba- está atribuida al Tribunal "a quo"; y que también lo es la que identifica como "temas probatorios que pueden ser tratados en casación", esto es, como temas directa o indirectamente relacionados con la prueba que, sin embargo, sí son susceptibles de ser abordados o revisados en casación, sólo unos pocos, que son: (1) la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba; (2) la indebida denegación, bien del recibimiento del pleito a prueba, bien de alguno o algunos de los medios de prueba propuestos; (3) la infracción de las normas relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; (4) la infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles; (5) la infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico; (6) los errores de este tipo cometidos en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y (7) por último, la integración en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia de aquellos otros que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada.

En el presente caso la Sala de instancia parte del planteamiento acertado de que en los supuestos de anulación del contrato no es procedente el abono del lucro cesante, en una irreprochable interpretación del artículo 65.1º de la TRLCAP, y como consecuencia de esa interpretación no entra a valorar el informe pericial que cuantifica el lucro cesante.



No es procedente, como pretende el distorsionado planteamiento de la parte, que la apreciación jurídica del órgano encargado de interpretar la norma sea sustituida por la del perito, por todo lo cual procede desestimar el último motivo del recurso de casación.

UNDÉCIMO.- La desestimación de todos los motivos de casación alegados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto y la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, según establece el artículo 139.2º de la Ley Jurisdiccional, si bien, como permite el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de Abogado de la parte comparecida como recurrida, a la cifra de 3.000 euros, dada la actividad desplegada por aquél al oponerse al indicado recurso.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación nº **5082/2010**, interpuesto por la Procurador Doña Marta Franch Martínez, en representación de ISOLUX INGENIERÍA, S.A., contra la sentencia de dieciocho de marzo de dos mil diez, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictada en el recurso número 4066/2007. Con imposición de las costas a la recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:31/01/2013

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Jose Diaz Delgado frente a la sentencia de esta Sala recaída en el Recurso de casación número 5082/2010.

Con todo respeto a la posición mayoritaria de la Sala, discrepamos de la argumentación contenida en la sentencia y del sentido del fallo, que a nuestro juicio debió ser estimatorio del recurso de casación interpuesto por las siguientes razones.

Primero.- El núcleo esencial de mi discrepancia con la sentencia consiste en la posición contraria de la misma 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.

Segundo.- Pues bien, como sostiene la actora, los efectos jurídicos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo vienen establecidos claramente en el artículo 65.1 del TRLCAP. En efecto, los efectos de la declaración de nulidad de un contrato han venido establecidos siempre en nuestra legislación de contratos, y en concreto este precepto sostiene que la declaración de nulidad dará lugar a la restitución recíproca entre las partes de las cosas que hubieren recibido en virtud del mismo y si no fuera posible su valor, y que "**la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios sufridos**". En el mismo sentido se dispone en el vigente RDLeg. 3/2011 de 14 noviembre 2011 (Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), y como es lógico así se reconoce en la sentencia a la que hacemos voto particular.

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 effectum*". 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 en los artículos 1300 y siguientes.

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 .

Tercero.- Conviene recordar que las diferencias entre nulidad y anulabilidad en el ámbito civil, no tienen porqué 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 Administrativos.

Cuarto.- 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.

Pues bien, en cuanto a la primera, ya hemos dicho que en cualquier caso la legislación aplicable es la administrativa y no la civil, aparte que entiendo que aparte de que las previsiones de la nulidad de los contratos, cuando sólo existe una parte culpable, que permiten 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 lo contrario, 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.

Quinto.- 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 termino "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 esta 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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ