

# LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: DEL ENRIQUECIMIENTO A LA RESTITUCIÓN<sup>1</sup>

TOMÁS CANO CAMPOS  
Universidad Complutense de Madrid

## *Cómo citar/Citation*

Cano Campos, T. (2024).

Las consecuencias de la declaración de invalidez de los contratos públicos:  
del enriquecimiento a la restitución.

*Revista de Administración Pública*, 225, 133-170.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.225.05>

## **Resumen**

El trabajo se ocupa de las consecuencias restitutorias de la declaración de invalidez de los contratos públicos y su desplazamiento por el principio del enriquecimiento injusto. Se reivindica, primero, la aplicación de las consecuencias restitutorias de la invalidez que contempla desde siempre nuestra legislación de contratos; se destacan, después, las características de la obligación de restitución de las prestaciones o de su valor; y, por último, se pone de manifiesto que en la contratación pública la restitución *in natura* constituye la excepción, por lo que el principal problema que se plantea es cómo se determina el valor de la prestación que debe restituir —normalmente— la Administración y si incluye el beneficio industrial y los intereses legales o los de demora.

---

<sup>1</sup> Proyectos de investigación PID2020-115714GB-I00 de la Agencia Estatal de Investigación y «Contratación pública y competencia: nuevos retos ante el plan de recuperación, transformación y resiliencia (CONRESI), Ref. V-1157». Grupo de Investigación número 931089 de la Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derecho Europeo de Integración regional de la Universidad Complutense de Madrid (IDEIR).

**Palabras clave**

Invalidez de los contratos públicos; restitución por nulidad; enriquecimiento injusto; beneficio industrial; intereses legales y de demora.

**Abstract**

The paper deals with the restitutionary consequences of the declaration of invalidity of public procurement contracts and its displacement by the principle of unjustified enrichment. First, the application of the restitutionary consequences of the invalidity that has always been contemplated in our public contract law is vindicated; then, the characteristics of the obligation of restitution of the services or their value are highlighted; and, finally, it is shown that in public contracts restitution *in natura* is the exception, so the main problem that arises is how to determine the value of the service that the Administration must —normally— retribute and whether it includes the industrial benefit and the legal rates or interest for late payment.

**Keywords**

Invalidity of public procurement contracts; restitution due to nullity; unjustified enrichment; industrial benefit; legal rates and interest for late payment.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: UNA REGULACIÓN ASISTEMÁTICA, CONFUSA Y PARCIAL. III. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: INEXIGIBILIDAD, RESTITUCIÓN Y RESPONSABILIDAD. IV. LA FUERZA EXPANSIVA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y EL DESPLAZAMIENTO DE LA RESTITUCIÓN POR NULIDAD. V. LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS. VI. RESTITUCIÓN *IN NATURA* Y RESTITUCIÓN MEDIANTE EL PAGO DEL VALOR DE LA PRESTACIÓN. VII. EL VALOR DE LA PRESTACIÓN: BENEFICIO INDUSTRIAL E INTERESES LEGALES. VIII. EL CARÁCTER NO RESTITUTORIO DE LOS INTERESES DE DEMORA Y DE LOS COSTES DE COBRO. IX. CONCLUSIÓN.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La celebración de los contratos públicos está sujeta a un sinnúmero de requisitos formales y materiales para garantizar los cada vez más numerosos y heterogéneos objetivos que se persiguen con la contratación. La tipología de vicios en los que se incurre al preparar, adjudicar y formalizar los contratos es, por ello, muy amplia y variada: contrataciones verbales fuera de los supuestos permitidos, adjudicación de contratos sin consignación presupuestaria, incompetencia manifiesta para contratar, falta de procedimiento o utilización de procedimientos inadecuados, modificaciones y prórrogas de la vigencia de los contratos al margen de las previsiones legales, etc.

En supuestos como estos y, en general, cuando se declara la invalidez de un contrato y el contratista ha realizado la prestación, se plantea el problema de las consecuencias de esa declaración de invalidez y, en particular, la cuestión de la cantidad que la Administración contratante ha de abonar al contratista, en concepto de qué se satisface y, sobre todo, si en dicha cantidad debe incluirse el beneficio industrial, los intereses legales o de demora (y desde cuándo han de abonarse) o los gastos por el cobro de las facturas que se han presentado a la Administración por las obras realizadas, los servicios prestados o los suministros entregados.

El problema está presente desde hace tiempo en la doctrina de los órganos consultivos y de fiscalización, así como en el ámbito de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Varios autos recientes del TS admitiendo diferentes recursos de casación dan buena cuenta de la relevancia práctica de algunas de las cuestiones referidas (y muestran, por cierto, el extremo casuismo en el que se mueve el recurso de casación en dicho orden jurisdiccional).

La doctrina también ha mostrado su interés por estas cuestiones, aunque en algunos trabajos se aprecia cierta confusión conceptual, ya que, al abordar la invalidez de los contratos públicos y sus consecuencias, en ocasiones se mezclan los tipos de invalidez, los instrumentos para hacerla valer y los efectos o consecuencias de su declaración. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se habla de cauces o vías para depurar la contratación irregular y dentro de ese rótulo se incluyen instituciones tan dispares como el enriquecimiento injusto, el reconocimiento extrajudicial de créditos, la convalidación de actos anulables (que, en rigor, es el único cauce de depuración o regularización), la revisión de oficio y la responsabilidad (contractual y extracontractual) de la Administración<sup>2</sup>.

En el presente trabajo me voy a centrar únicamente en las consecuencias restitutorias de la declaración de invalidez de los contratos públicos, en particular en la obligación de las partes de restituirse las prestaciones y, cuando ello no es posible, que será lo habitual, de la restitución de su valor, normalmente por parte de la Administración. Para ello el esquema que voy a seguir es el siguiente. En primer lugar, aludiré al régimen general de invalidez de los contratos en la LCSP, así como a los diferentes efectos o consecuencias que se derivan de la declaración de invalidez. Luego, tras destacar el desplazamiento injustificado de los efectos restitutorios de la invalidez por el principio del enriquecimiento injusto, reivindicaré la necesidad de aplicar los efectos o consecuencias restitutorias que contempla desde siempre nuestra legislación de contratos. Precisaré, después, las características esenciales de la obligación de restitución de las prestaciones, y, por último, tras poner de manifiesto que la restitución *in natura* constituye la excepción en

---

<sup>2</sup> Véanse los trabajos, por lo demás muy interesantes, de B. Sesma Sánchez (2023a), «La depuración de la contratación administrativa irregular: cauces y efectos», *Revista Auditoría Pública*, 81, págs. 134-143; *Idem* (2023b), «Los procedimientos de reacción frente a la contratación menor irregular y los efectos de la invalidez del contrato menor», *Cuadernos de Derecho Local*, 62, págs. 159-196. También se percibe esa mezcla de planos en el sugerente trabajo de A. M. González Sanfiel (2023), «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular», *Revista de Administración Pública*, 222, págs. 99-137. Como señala, tan clarificador como siempre, M. Rebollo Puig (2024), «Pago de prestaciones por modificaciones contractuales ilegales y principio de concurrencia, en J. Guillén Caramés (dir.), *Retos de la contratación pública y del Derecho de la competencia*, Madrid: Civitas, con ello no se trata de regularizar o depurar los contratos ilegales, sino de dar soluciones no contractuales ante situaciones creadas a la sombra de un contrato que, por ser ilegal y haber sido anulado, no justifica el pago (pág. 414, nota 6).

la contratación pública, y por ello procede restituir el valor de la prestación, analizaré cómo ha de determinarse dicho valor y si debe incluirse en él el beneficio industrial y los intereses (legales o de demora). Cerraré el trabajo con unas breves conclusiones.

## II. EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: UNA REGULACIÓN ASISTEMÁTICA, CONFUSA Y PARCIAL

La vigente LCSP introdujo importantes novedades en el denominado «régimen de invalidez» de los contratos públicos (arts. 38 a 43) y en su sistema de control por parte de la propia Administración, en particular en el recurso especial en la materia (arts. 44 a 60)<sup>3</sup>. También corrigió el confuso e inadecuado reparto competencial entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil que había establecido la regulación anterior al apartarse de lo dispuesto en el art. 2 de la LJCA.

En lo que al régimen de invalidez se refiere, la LCSP amplía considerablemente su ámbito de aplicación y establece una cierta uniformización en la materia, que supone una vuelta o retorno al derecho administrativo (un retorno europeizado), consumando así una clara evolución legislativa en esa dirección. En efecto, al regular la invalidez, el TRLCSP de 2011 se refería únicamente a los contratos de las Administraciones públicas y a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los subvencionados (art. 31). La LCSP amplía ese ámbito de aplicación y en su art. 38 dispone que el régimen de invalidez se aplica a «los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados del art. 23». Pero el alcance de la ampliación, aunque confuso, es aún mayor, ya que, de conformidad con el art. 41.2 de la propia ley, todos los actos de preparación y adjudicación de los contratos de todos los entes del sector público (aunque no sean poder adjudicador) se consideran actos administrativos a los efectos de la ley y, como tales, susceptibles de revisión de oficio, de recurso en vía administrativa y de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>4</sup>.

Se trata de una novedad que se introdujo tras el dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de ley, el cual, siguiendo a nuestra mejor doctrina, destacó la conveniencia de atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el

<sup>3</sup> Según la DF 1ª.3 LCSP, todos los preceptos citados tienen carácter básico, excepto los arts. 45 y 46.1, 2 y 3 relativos a los órganos competentes para la resolución del recurso especial en las distintas Administraciones públicas.

<sup>4</sup> El art. 321.5 LCSP precisa que los actos de los entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores serán recurribles en vía administrativa de conformidad con la LPAC ante el titular del departamento, órgano o ente al que esté adscrita la entidad contratante o a la que corresponda su tutela.

conocimiento de las pretensiones deducidas frente a los actos de preparación y adjudicación de todos los contratos sujetos a la legislación de contratación del sector público, incluidos, por tanto, los de las entidades del sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores, que es lo que finalmente consagra el art. 27.1.d) LCSP. Esto explica esa previsión del art. 41.2, la cual debería haberse reflejado tanto en el art. 38, que encabeza la regulación del régimen de invalidez, como en los arts. 39 y 40 que regulan, respectivamente, la nulidad y la anulabilidad de tales actos, pero la refieren solo a los de los poderes adjudicadores. El régimen de invalidez y sus consecuencias, por consiguiente, resulta aplicable a los contratos celebrados por todos los entes del sector público previstos en el art. 3 LCSP<sup>5</sup>.

Por otra parte, la ley también simplifica en cierto modo la regulación anterior de la invalidez al eliminar los «supuestos especiales de nulidad» que se hacían valer a través de la denominada «cuestión de nulidad», que también se suprimió y que, en realidad, no era más que un recurso especial postcontractual con algunas particularidades. Ahora, todos los supuestos de nulidad de pleno derecho se podrán hacer valer a través del recurso especial y de la revisión de oficio.

Pero, a pesar de esa uniformización y simplificación, la regulación de la invalidez de los contratos del sector público en la LCSP sigue siendo asistemática, confusa y parcial.

Asistemática, porque mezcla de forma desordenada los vicios de invalidez, los medios o instrumentos para hacerla valer y sus efectos o consecuencias. Confusa, porque se mantienen por inercia clasificaciones dogmáticas discutibles como la que distingue entre causas de invalidez de derecho administrativo y de derecho civil, causas estas últimas que no se sabe muy bien a qué tipos de contratos se aplican, de qué elementos se predicen o, en fin, qué procedimiento debe seguirse realmente para hacerlas valer. Parcial, por último, porque bajo ese rótulo de «régimen de invalidez» se regula, en realidad, la invalidez de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos y su revisión de oficio por la Administración. Pero, en rigor, del régimen general de invalidez también forma parte el recurso especial (y los recursos administrativos ordinarios cuando no procede el especial), que constituye el cauce primario para declarar la invalidez de la mayor parte de tales actos.

Por otra parte, tampoco se regulan de forma completa y adecuada las consecuencias de la declaración de invalidez, pues solo se alude a la incidencia de la declaración de nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación en un con-

---

<sup>5</sup> En cualquier caso, aunque ello no fuera así, las consecuencias (restitutorias) de la declaración de invalidez en los contratos que quedarán excluidos serían similares, ya que, en virtud del art. 26.4 LCSP, resultaría de aplicación lo que dispone el art. 1303 del CC que, como veremos, también prevé la restitución de las prestaciones o de su valor.

trato ya formalizado y total o parcialmente ejecutado<sup>6</sup>. Así, el art. 42 de la LCSP, en línea con lo que establece el art. 1.303 del CC, dispone que la declaración firme de nulidad de tales actos dará lugar a la del contrato, que entrará en fase de liquidación y las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones y, si ello no fuere posible, se devolverá su valor. Además, la parte culpable de la invalidez deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que le haya causado.

Pero si el contrato todavía no se ha formalizado, las consecuencias de la invalidez de tales actos no serán esas sino otras bien distintas: no procederá la adjudicación o procederá a favor de otro licitador, o deberán retrotraerse las actuaciones y repetirse la licitación, o esta se cancelará mediante el desistimiento del procedimiento de adjudicación (art. 152.4), etc. Por eso, el régimen de las consecuencias de la invalidez de los contratos, además de incompleto y parcial, está disperso en la LCSP, pues, en rigor, también forma parte del mismo el contenido estimatorio de las resoluciones de un recurso especial (u ordinario), que, como precisa su art. 57, puede consistir en la anulación de decisiones ilegales, la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias, la retroacción de actuaciones o, incluso, tal y como se infiere del art. 150.4, el reconocimiento al recurrente de su derecho al contrato<sup>7</sup>.

En este trabajo no pretendo ocuparme de estas otras consecuencias de la declaración de invalidez de los actos dictados en los procedimientos de adjudicación de los contratos, las cuales están bien estudiadas entre nosotros<sup>8</sup>. Mi inten-

---

<sup>6</sup> Tampoco se regulan las consecuencias de la declaración de invalidez de las modificaciones contractuales. En este caso, si el contratista ha realizado la prestación y no ha recibido el pago de la Administración, se ha defendido que debe acudir al enriquecimiento injusto o a la responsabilidad patrimonial (M. Rebollo Puig, 2014: 414-422). Sin embargo, yo no veo inconveniente para que en ese caso también se aplique como consecuencia la restitución de la prestación o de su valor, que es la consecuencia que prevé la LCSP cuando se declara la invalidez del contrato mismo.

<sup>7</sup> Los referidos efectos también pueden acordarse en las resoluciones que resuelven los recursos administrativos o en las sentencias, tal y como destaca S. Díez Sastre (2018a), «Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, Nueva Época 5, pág. 73. En esta misma página, la autora señala certeramente que el art. 42 de la LCSP no alude a estos otros efectos porque se limita a reproducir una regulación, que ha ido pasando de unas leyes a otras sin apenas modificación, caracterizada por la ausencia de un sistema de recursos rápido y eficaz y, por tanto, en la que la invalidez solo afectaba a las partes del contrato. En el mismo sentido, M. Franch i Saguer (2021), «Régimen jurídico y efectos de la declaración de invalidez de los contratos públicos en España», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 25, pág. 201.

<sup>8</sup> Véanse los diversos trabajos de S. Díez Sastre (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 73-74 y 103 y ss.; *idem* (2017), «Efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos», en F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Ad-*

ción, como he adelantado, es analizar las consecuencias que tiene la declaración de invalidez en la propia relación contractual que se anula y, por tanto, en las partes del contrato. Por dos razones. De un lado, porque se trata de la cuestión que menos atención ha recibido por parte de la doctrina; y, de otro, porque considero que, a pesar de las imperfecciones técnicas que presenta su regulación, se está ignorando la obligación recíproca de restitución de las prestaciones o su valor que el art. 42.1 LCSP anuda a la invalidez de los contratos.

### III. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: INEXIGIBILIDAD, RESTITUCIÓN Y RESPONSABILIDAD

El art. 42.1 LCSP regula los efectos de la invalidez de los contratos públicos en términos idénticos a las normas precedentes<sup>9</sup>. Según dicho precepto:

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<sup>10</sup>.

El precepto, como se infiere claramente de su ubicación sistemática, se está refiriendo a la revisión de oficio, pero su previsión tiene alcance general. Por eso,

---

*ministrativo*, Madrid: INAP, págs. 273-316; *Ídem* (2018a, págs. 69-92); *Ídem* (2018b), «La invalidez de los contratos públicos», en J. M.<sup>a</sup> Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 571-597.

<sup>9</sup> Art. 47 del Reglamento General de Contratación del Estado de 1967; art. 66 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; art. 65 de su texto refundido de 2000; y art. 35.1 de la LCSP de 2007 y de su texto refundido de 2011.

<sup>10</sup> El precepto, y sus precedentes, siguen la previsión del art. 1303 del CC: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Los arts. 1304, 1305 y 1306 modulan o excepcionan la restitución en algunos casos (contratos con menores y causa ilícita y torpe o inmoral), mientras que el art. 1307 añade que: «Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha». La propuesta de Código Civil de 2018, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, mantiene en esencia esta regulación, aunque precisa alguna de las cuestiones más discutidas en la doctrina, como la restitución de los frutos e intereses en función de la buena o mala fe de los contratantes (arts. 527.17 a 527.21).

una vez declarada la invalidez, ya sea como consecuencia de una revisión de oficio o de la estimación de un recurso administrativo o jurisdiccional, se producen los siguientes efectos o consecuencias<sup>11</sup>.

El primero de los efectos que el art. 42.1 LCSP anuda a la declaración de invalidez del contrato, implícito en la expresión «liquidación» del contrato, es la desvinculación de las partes de la relación obligatoria que las unía, de modo que, a partir de ese momento, ya no pueden exigir ni tienen que cumplir las obligaciones contractuales, pues el derecho no protege las posiciones jurídicas derivadas del contrato. Es la inexigibilidad de los efectos contractuales pendientes de producirse o cesación *pro futuro* de los efectos del contrato.

La segunda consecuencia de la declaración de invalidez (que se refiere a los efectos contractuales ya producidos) es la obligación recíproca de las partes del reintegro o restitución de las prestaciones realizadas: de las mismas cosas o prestaciones que hubieran sido objeto del contrato (restitución específica o *in natura*) o, de no ser ello posible (que será lo habitual), la devolución de su valor a través de un equivalente pecuniario. Es el denominado efecto restitutorio o repristinatorio de la nulidad<sup>12</sup>. Con la acción o tutela restitutoria derivada de la invalidez se trata de restablecer el *statu quo ante* a la celebración del contrato, de destruir retroactivamente (*ex tunc*) los efectos producidos para que, en la medida de lo posible, la situación vuelva a ser como si el contrato no se hubiera celebrado. Se trata, en definitiva, de lograr el *nullum effectum* del contrato (*quod nullum est nullum effectum producer debet*), pues, una vez que se ha determinado que no tiene validez dentro del sistema, el derecho tampoco ampara los efectos producidos. Para lo cual se establece la obligación de restitución de las prestaciones o de su valor.

<sup>11</sup> Sobre tales efectos, véase M. Rebollo Puig (1996), «La invalidez de los contratos administrativos», en F. A. Castillo Blanco (coord.), *Estudios sobre la contratación de las Administraciones Públicas*, Granada: Comares, págs. 429-432; J. A. Santamaría Pastor (2004), «La invalidez de los contratos públicos», en R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid: Civitas, pág. 395; S. Díez Sastre (2012, págs. 73-74 y 103 y ss.; 2017, pág. 283-284, 300; 2018a, pág. 81 y 87); V. Aguado i Cudolá (2017), «Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos», en F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP, especialmente págs. 250-272; M. Franch i Saguer (2021, págs. 175-212); I. Calatayud Prats (2023a), «Nulidad de contratos del sector público e indemnización de lucro cesante», *Revista General de Derecho Administrativo*, 62, págs. 1-34; *Idem* (2023 b), «Efectos de la nulidad de los contratos verbales del sector público: acción restitutoria o responsabilidad patrimonial. ¿Es posible evitar el pago de la prestación realizada?», *Cuadernos de Derecho Local*, 62, págs. 198-235.

<sup>12</sup> De mandato repristinatorio en el caso de la invalidez de los actos habla J. A. Santamaría Pastor (2020), «Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 213, pág. 124.

Por último, el tercer efecto o consecuencia que contempla el precepto otorga a la parte perjudicada por el causante de la invalidez el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que haya sufrido. Se trata de la acción o tutela resarcitoria que, al tener como presupuesto la realización de un daño, pretende determinar si el coste del daño sufrido por una de las partes como consecuencia de la nulidad del contrato debe pasar de su patrimonio al de la otra parte, para lo cual es necesario un título de imputación, que, en este caso, es la culpa de la parte que lo ha causado, tal y como establece expresamente el propio art. 42.1 LCSP («La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria...»)<sup>13</sup>. Dicha responsabilidad es diferente de la responsabilidad en la que incurre la Administración frente al licitador que debió ser adjudicatario del contrato inválido<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Se trata de una responsabilidad precontractual o por *culpa in contrahendo* (que la mayoría de los autores considera extracontractual) en la que se indemnizan los daños a quien confió en la validez y, por tanto, el denominado interés negativo o de confianza, pero no el denominado interés positivo o de cumplimiento (o ejecución), ya que no se trata de poner a dicha parte en la situación que tendría si el contrato fuera válido o conforme a Derecho. Sobre el tema, M. Rebollo Puig (1995, págs. 364 y 366; 1996, pág. 432); A. Huergo Lora (1998), *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Civitas-Universidad de Oviedo, págs. 222-238; J. M<sup>a</sup>. de Solas Rafecas (2003, pág. 73); V. Baca Oneto (2006, págs. 371-372); S. Díez Sastre (2018a, pág. 87); D. Ordóñez Solís (2020), «¿Por qué las Administraciones Públicas siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites de Derecho Europeo en España, *Revista CEFLegal*, 243, para quien se trata de una responsabilidad contractual (págs. 96-97, 105); I. Calatayud Prats (2023a, págs. 23, 29), quien considera, acertadamente, que el interés negativo debe incluir también el lucro cesante o las ganancias dejadas de obtener con relación a la pérdida de posibles oportunidades de contratar con terceros (pág. 31). También en el ámbito civil se reconoce la compatibilidad entre la restitución por nulidad del contrato y la indemnización por daños (donde se discute igualmente su naturaleza contractual o extracontractual), que alcanza el denominado interés negativo o de confianza (también el lucro cesante en su vertiente propia del interés negativo, es decir, en las oportunidades de negocio que el contrato anulado ha echado a perder), pero no el interés positivo o de cumplimiento. Sobre ello, con abundante bibliografía, A. I. Ruiz Arranz (2023), *La estructura de la restitución contractual*, Madrid: BOE, págs. 340-343.

<sup>14</sup> Sobre esta otra responsabilidad, también considerada extracontractual, M. Rebollo Puig (1996), quien, siguiendo a A. Blasco Esteve, considera que para declararla no es preciso anular el contrato, sino partir de su ilegalidad o invalidez (pág. 434); J. M<sup>a</sup>. Baño León (2004), «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2<sup>a</sup> ed., Cizur Menor: Thomson Civitas, págs. 355-359; S. Díez Sastre (2018a, pág. 85); G. Álvarez García (2018), «Invalidez del contrato público», en J. M<sup>a</sup> Gimeno Feliu e I. Gallego Córcoles, *Tratado de contratos del sector Público*, I, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 829-831. A la indemnización por pérdida de oportunidad en caso de exclusión ilícita se refiere la reciente sentencia del TJUE de 6 de junio de 2024, asunto C-547/22 INGS-TEEL II (ECLI:EU:C:2024:478).

Antes de analizar los efectos propiamente restitutorios de la declaración de invalidez y de tratar de resolver los problemas planteados más arriba, conviene hacer dos precisiones.

En primer lugar, que los efectos o consecuencias que contempla el art. 42.1 LCSP se producen tanto si el vicio es de nulidad como de anulabilidad<sup>15</sup>. El propio art. 42 LCSP lleva por rótulo «Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad» y su apdo. 4 establece que los efectos establecidos en los apartados anteriores (entre ellos la restitución de las prestaciones o de su valor) «podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el art. 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

Cuando se declara la invalidez de un acto o de un contrato, sea por un vicio de nulidad o de anulabilidad, lo que el principio de legalidad reclama y el derecho a la tutela judicial exige es que el acto o el contrato se consideren antijurídicos desde el momento en que se infringe el ordenamiento jurídico y que desde ese mismo momento se produzcan las consecuencias de la invalidez. Ahora bien, los efectos temporales de tales consecuencias pueden ser modulados en virtud de otros principios del sistema (seguridad jurídica, confianza legítima, continuidad de los servicios públicos, etc.), de modo que se produzcan *ex nunc* o incluso con carácter prospectivo. El carácter *ex tunc* no es una consecuencia lógica de la invalidez o que est  en la naturaleza de las cosas, sino un efecto normativo y, por ello, puramente convencional<sup>16</sup>. Pero el supuesto carácter *ex tunc* de la nulidad

<sup>15</sup> Así lo sostuvo ya con relación al art. 47 del Reglamento General de Contratación del Estado, M. Rebollo Puig (1995, págs. 341, 348-349; 1996, pág. 429). Para la regulación actual, véase J. L. Villar Ezcurra (2016), «Reflexiones sobre la invalidez de los contratos administrativos y sus efectos: la reclamación del lucro cesante», *Diario La Ley* 8870, 24 noviembre de 2016; S. Díez Sastre (2018a, pág. 73); M. Franch i Saguer (2021, pág. 200); I. Calatayud Prats (2023a, pág. 10). También es así en el ámbito civil, pues la doctrina considera que el art. 1303 CC se refiere tanto a la nulidad de pleno derecho como a la anulabilidad. Véase J. L. Lacruz Berdejo, A. Luna Serrano, J. Delgado Echevarría, F. Rivero Hernández, F. (1987), *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2 , 2  ed., Barcelona: Bosch, pág. 377; L. Díez-Picazo (2007), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, 6  ed., Madrid: Civitas Thomson Reuters, págs. 579-580, y 600-602; J. Delgado Echeverría y M.  A. Parra Luc n (2005), *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid: Dykinson, págs. 224-225; A. Carrasco Perera (2021), *Derecho de contratos*, 3  ed., Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, pág. 782; A. I. Ruiz Arranz (2023, págs. 307-309, 322-333). El art. 527.17 del Proyecto de Código Civil de 2018, citado, no deja lugar a dudas: «1. Declarado nulo o anulable un contrato, los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que hayan recibido en virtud del mismo. Si la restitución en especie no es posible, debe restituirse su valor».

<sup>16</sup> Conviene recordar a este respecto que la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre (Directiva de recursos) establece que las consecuencias

y *ex nunc* de la anulabilidad carece de todo fundamento<sup>17</sup>. Se trata de una diferencia que tampoco está presente en el derecho civil y deriva de una utilización incorrecta del argumento *a contrario*, pues procede del error de considerar que la anulabilidad es el reverso o el envés de la nulidad. Si los pronunciamientos que declaran la anulabilidad tuvieran efectos *ex nunc*, se llegaría al absurdo, por ejemplo, de que el particular no tendría que devolver las subvenciones obtenidas ni la Administración las multas ejecutadas cuando las primeras se hayan otorgado o las segundas se hayan impuesto incurriendo en vicios de anulabilidad; y, en el caso de los contratos, la Administración no tendría que restituir las prestaciones recibidas o su valor en los supuestos de anulabilidad, lo que carece de sentido<sup>18</sup>. La restitución de lo recibido o de su valor, en consecuencia, procede tanto en los supuestos de nulidad de pleno derecho como de anulabilidad. Por ello, hablaré indistintamente de restitución por invalidez o por nulidad.

En segundo lugar, el art. 42.1 LCSP señala que la inexigibilidad del contrato, la obligación de restituir y, eventualmente, la de resarcir, surgen «cuando sea firme» la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación. Lo que plantea el problema de a qué tipo de firmeza se refiere y de qué declaración de nulidad se trata. Hay varios argumentos para entender que se trata de la firmeza en vía administrativa. En primer lugar, porque, aunque los efectos referidos se producen cuando se declara la invalidez del contrato por medio de cualquier vía (revisión de oficio, recurso administrativo o recurso jurisdiccional), el precepto, como se adelantó, se está refiriendo a la revisión de oficio de los actos de preparación o adjudicación de la que se ocupa el artículo inmediatamente anterior, por lo que estaría aludiendo a la firmeza de la declaración de nulidad mediante la revisión de oficio. En segundo lugar, hay que tener en cuenta

---

de la ineficacia de un contrato serán las que prevea la legislación de cada Estado miembro y permite a la legislación nacional que establezca la anulación con efectos retroactivos (*ex tunc*) o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones pendientes de ejecución (*ex nunc*) o incluso excluir la ineficacia si se prevén sanciones alternativas, entre ellas multas al poder adjudicador (art. 2 *quinquies* y *sexies*, y considerandos 19-22).

<sup>17</sup> J. A. Santamaría Pastor (1975), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, págs. 184-185; *Idem* (2020), págs. 125-126; M. Beladiez Rojo (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 62-63; A. Nieto García (1994), en su estudio preliminar al referido libro de M. Beladiez Rojo, pág. 17; M. Rebollo Puig (1996, pág. 429); y, entre los más recientes, T. Cano Campos (2017, págs. 18, 23-26), «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», *InDret*, 4, págs. 18, 23-26; J. A. Tardío Pato (2017), «Los efectos *ex tunc* de la anulabilidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, págs. 75-107.

<sup>18</sup> Véase T. Cano Campos (2018), «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, 5, quien añade que ello constituiría además un incentivo para que la Administración actuara contraviniendo el derecho y calculando los beneficios que podría obtener durante el tiempo que media entre que se dicta el acto y se produce su anulación (págs. 14-15).

que, según el art. 59.1 y 2 de la propia LCSP, la resolución del recurso especial es directamente ejecutiva y contra ella solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo. Por lo que no parece que tenga sentido que los efectos de la declaración de nulidad de los actos precontractuales a través del recurso especial sean inmediatamente ejecutivos y, sin embargo, si se declara su nulidad mediante la revisión de oficio los efectos que tienen sobre el contrato se produzcan mucho más tarde cuando dicha declaración de nulidad sea firme en vía judicial<sup>19</sup>. Esta conclusión, además, se ve reforzada por lo dispuesto en el art. 42.4 de la LCSP que, como acaba de verse, dispone que «los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad».

Si los efectos establecidos en los apartados anteriores, entre los que se encuentra la liquidación del contrato, la restitución de las prestaciones o de su valor y la responsabilidad de la parte culpable de la invalidez, se pueden acordar también en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo de lesividad (lógicamente también en las que pongan fin a cualquier otro recurso donde se discuta la invalidez de los actos de preparación o adjudicación del contrato), es porque antes de que se dicte dicha sentencia (cuya firmeza no se exige) también se pueden establecer tales efectos y, por tanto, también cuando se declare la nulidad de los actos precontractuales en una revisión de oficio o en un recurso administrativo ordinario o especial<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Como señala S. Díez Sastre (2018a), la previsión tradicional de declaración de nulidad de actos precontractuales en la legislación de contratos debe compatibilizarse con la nueva regulación del recurso especial, cuyas resoluciones son inmediatamente ejecutivas, por lo que esta regulación del recurso especial ayuda a interpretar el art. 42 LCSP, de modo que —concluye— se trata de firmeza en vía administrativa en todos los casos (pág. 75).

<sup>20</sup> La previsión del art. 42.4 LCSP, en cualquier caso, plantea, cuando menos, dos problemas. El primero es la remisión que hace a los efectos establecidos en los apartados anteriores, entre los que figura la previsión de que en la declaración administrativa de nulidad de un contrato se puede disponer la continuación de sus efectos en caso de grave trastorno al servicio público hasta que se adopten las medidas urgentes para evitarlo. ¿Significa esa remisión que un juzgado o tribunal que entienda de un contencioso de lesividad puede adoptar esa medida? Parece que, de la literalidad y del espíritu del art. 42.3, se desprende que quien únicamente puede valorar el grave trastorno al servicio público y adoptar tal medida es la Administración contratante que declara la nulidad. Por eso no debería hacerse una remisión en bloque a los efectos establecidos en los apartados anteriores. Otra cosa es que, tras dicha declaración de nulidad, la propia Administración pueda acordar la continuidad de los efectos del contrato si considera que la nulidad causa un grave trastorno al servicio público. En este sentido, M. Rebollo Puig (1996, pág. 436); V. Baca Oneto (2006, págs. 369-370). El segundo problema deriva de la previsión de que tales efectos «podrán ser acordados». La utilización de esa expresión (el anteproyecto decía que tales efectos «serán aplicables») se debe, de nuevo, al dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto, que en sus observaciones parece dar a entender que mientras que tales efectos son automáticos

Por tanto, si es la Administración la que declara la nulidad mediante la revisión de oficio, sus efectos solo se producen cuando tal declaración es firme en vía administrativa, esto es, cuando no cabe contra ella ningún recurso en dicha vía. Lo cual no quiere decir, lógicamente, que los efectos de la declaración de invalidez (a través de la revisión de oficio o mediante la estimación de un recurso administrativo o judicial) se produzcan únicamente hacia el futuro (*ex nunc*) y hayan de respetarse los efectos ya producidos, ya que, como se ha dicho, la declaración de invalidez, tanto en los supuestos de nulidad como en los de anulabilidad, tiene, por disponerlo así la propia LCSP, efectos *ex tunc* y a esta retroactividad sirve la obligación de restitución de las prestaciones o de su valor<sup>21</sup>.

#### IV. LA FUERZA EXPANSIVA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y EL DESPLAZAMIENTO DE LA RESTITUCIÓN POR NULIDAD

Aunque el art. 42.1 LCSP impone claramente a las partes una obligación recíproca de restitución de las prestaciones o su valor cuando se declara la invalidez de un contrato, este efecto restitutorio se ha visto desplazado (sin causa) por el principio del enriquecimiento injusto.

La aplicación de este principio en el ámbito de la contratación tiene lugar, habitualmente, cuando el contratista reclama el pago de las prestaciones realizadas y la Administración se niega esgrimiendo que el contrato es inválido, lo que obliga a aquel a interponer un recurso contencioso-administrativo. En estos casos, si la jurisdicción contencioso-administrativa considera que el contrato, en efecto, es inválido, no concluye que procede la restitución de la prestación o, de no ser ello posible, de su valor, sino que condena al pago a la Administración para

---

o imperativos en los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos de preparación y adjudicación del contrato, no lo serían, en cambio, en los supuestos de anulabilidad. Pero esto supone ignorar que las diferencias entre una y otra categoría son de carácter procedimental (revisión de oficio, esencialmente) y que las consecuencias temporales y materiales de la invalidez son las mismas en los supuestos de nulidad y de anulabilidad.

<sup>21</sup> Así lo entiende casi toda la doctrina. Sin embargo, J. L. Villar Palasí (1969), *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid: UCM (redactadas por G. Ariño Ortiz), propugnó la anulación con efectos *ex nunc*, al menos en los casos de cumplimiento parcial del contrato e imposibilidad de restablecer las cosas en su origen, de modo que «el efecto típico de la anulación de un contrato será su liquidación y abono de las prestaciones efectivamente realizadas hasta ese momento, siempre que no sea posible ni conveniente —y no lo será casi nunca en los contratos administrativos— restituirse recíprocamente las cosas que se hubieran recibido a virtud del mismo» (pág. 267). En mi opinión, como señalo más abajo, lo que procede en este caso es la restitución del valor de la prestación que no puede ser devuelta *in natura*.

evitar su enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento del contratista<sup>22</sup>. En otras ocasiones, si el pago ya se ha hecho, se acuerda la nulidad del contrato, pero no la devolución de las cantidades satisfechas por la Administración, ya que ello también supondría un enriquecimiento injusto<sup>23</sup>.

Se ha señalado que la jurisdicción contencioso-administrativa aplica el principio del enriquecimiento injusto porque considera que, de este modo, se garantiza mejor la justicia material, ya que una aplicación ciega de la restitución por nulidad puede conducir a consecuencias injustas, en particular en caso de ejecución del contrato por una sola de las partes (generalmente el contratista), en los casos de prestaciones que no se pueden devolver *in natura* o, bien, en aquellos contratos en los que una parte (la Administración) se ha beneficiado durante un tiempo del contrato, la cosa ha producido frutos, se ha deteriorado por el uso o se han realizado en ella mejoras<sup>24</sup>. El enriquecimiento injusto, además, simplificaría en cierto modo los problemas y su respuesta jurídica, pues, por ejemplo, su aplicación no requiere que antes se haya declarado formalmente la nulidad del contrato y, menos aún, que la Administración lo haya revisado de oficio o impugnado mediante un recurso de lesividad<sup>25</sup>.

Recientemente se ha insistido en que la vía más adecuada para resolver las consecuencias patrimoniales de la contratación irregular es la aplicación del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, ya que la liquidación del contrato derivada de la nulidad no sería suficiente para afrontar los problemas jurídicos que se plantean y evitar los enriquecimientos injustos producidos<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Véase el magnífico, y ya clásico, libro de M. Rebollo Puig (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid: Marcial Pons, págs. 344, por nota, 378-382, así como su trabajo más reciente, «Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho Administrativo», *Cuadernos de Derecho Local*, 12, 2006, págs. 18-19. Véase también, con especial referencia a las modificaciones irregulares, el completo estudio de L. Martín Rebollo (2004), «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Cizur Menor: Thomson Civitas, en especial págs. 622-632.

<sup>23</sup> M. Rebollo Puig (2006, págs. 18-19).

<sup>24</sup> M. Rebollo Puig (1995, págs. 345, 350, entre otras). J. M.<sup>a</sup> de Solas Rafecas (2003, pág. 1077), considera que la jurisprudencia que aplica el enriquecimiento injusto puede considerarse plenamente satisfactoria desde el punto de vista de la justicia material, pero resulta incorrecta desde un punto de vista técnico (pág. 1078).

<sup>25</sup> M. Rebollo Puig (1995, págs. 351; 2006, pág. 19).

<sup>26</sup> A. M. González Sanfiel (2023, págs. 100, 107, 108, 135, 136). Véase también M. Orozco Muñoz (2015), *El enriquecimiento injustificado*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 256-257; A. D. Leiva López (2021), «La prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración Pública y el reconocimiento extrajudicial de créditos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, págs. 231-250.

La jurisprudencia contencioso-administrativa sigue acudiendo al enriquecimiento injusto como vía para satisfacer las prestaciones realizadas por los contratistas en virtud de contratos o modificaciones contractuales inválidas<sup>27</sup>. Al punto que se ha llegado, incluso, a afirmar que se está haciendo una interpretación judicial del enriquecimiento injusto muy «dádivosa» para algunos contratistas, lo que estaría distorsionando el mercado de la contratación pública, vulnerando los principios de objetividad, transparencia e igualdad consagrados por las directivas europeas y, en definitiva, socavando la efectividad del sistema de contratación pública<sup>28</sup>.

En mi opinión, cuando se declara la invalidez de un contrato total o parcialmente ejecutado no procede acudir a la restitución por enriquecimiento (pues también en este hay restitución) o a la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, sino a la restitución por nulidad contractual, que es una institución autónoma desvinculada de las anteriores<sup>29</sup>. Por lo siguiente.

<sup>27</sup> Así, entre otras, SSTs de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8362), de 8 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:383), de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2426) o de 17 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4480). Los requisitos exigidos, como puede verse en la última de las citadas, son los tradicionales: «a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos. b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien los sufre. c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento. d) La falta de causa o justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento», a los que se añade una nueva exigencia: «que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa, ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración» (FD 3). Véase también, por ejemplo, la STSJ Baleares de 26 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TSJBAL:2011:539), las SSTSJ Asturias de 17 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:46) y de 30 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:102) o las SSTSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TSJAND:2019:2206) y de 8 de abril de 2019 (ECLI:ES:TSJAND:2019:6624).

<sup>28</sup> D. Ordóñez Solís (2020, págs. 91, 101, 114 y 116). También considera necesario repensar la (generosa) aplicación del enriquecimiento injusto en el ámbito de la contratación pública, B. Sesma Sánchez (2023a, pág. 139). Véase también, en sentido muy crítico, la Recomendación General Enriquecimiento Injusto de la Agencia Valenciana Antifraude, de 11 de junio de 2020.

<sup>29</sup> Si el contrato o la modificación no se anulan por los cauces previstos por el ordenamiento jurídico (revisión de oficio, lesividad, recursos administrativos o contencioso), lo que procede es el pago en cumplimiento de la obligación contractual contraída. M. Rebollo Puig (1995, págs. 378-382; 1996, págs. 427-428) se planteó que, en los supuestos de nulidad

Primero, porque esa, y no otra, es la consecuencia jurídica que establece expresamente la legislación de contratos públicos (art. 42.1 LCSP) para los supuestos de declaración de invalidez, consecuencia que, debidamente interpretada, evita los enriquecimientos injustos y garantiza perfectamente la justicia material<sup>30</sup>. Segundo, porque el enriquecimiento injusto también plantea numerosos problemas: la imprecisión de sus requisitos; la idea de que solo se restituye en la medida del enriquecimiento del deudor y el correlativo empobrecimiento del acreedor, con las consiguientes dificultades para determinar esas dos magnitudes dada la pluralidad de criterios para medirlas; la confusión del enriquecimiento con otras instituciones como la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido, la responsabilidad patrimonial de la Administración o el cumplimiento mismo del contrato<sup>31</sup>. Tercero, porque el enriquecimiento

---

de pleno derecho, podría admitirse la posibilidad de que, cuando el contratista reclama el pago del precio del contrato, la Administración alegue la excepción de nulidad y el Tribunal, sin declarar formalmente la nulidad del contrato, parta de ella para obligar al pago, pues de lo contrario habría enriquecimiento injusto. A ello, añadía, no se opone el deber de congruencia, ya que el contrato no se anula, ni tampoco la presunción de validez, que solo opera fuera del proceso. En su reciente trabajo sobre las modificaciones contractuales y el principio de concurrencia, ya no deja tan clara esa posibilidad (M. Rebollo Puig, 2024, págs. 426-427). En cualquier caso, aunque se admitiera esa posibilidad y se pudieran extraer consecuencias de la nulidad de un contrato sin declararla formalmente, tales consecuencias no deberían ser las propias del enriquecimiento injusto o las de la responsabilidad, sino la restitución del valor de la prestación realizada por el contratista, ya que esa es la consecuencia que se anuda a la invalidez del contrato.

<sup>30</sup> L. Cosculluela Montaner (1977), «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 84, ya apuntó, certeramente, que en estos casos había que tener en cuenta la previsión del art. 47 del Reglamento General de Contratación del Estado (el actual art. 42.1 LCSP), por lo que «no sería de aplicación la doctrina del enriquecimiento injusto» (pág. 198). También consideran que no es preciso acudir al enriquecimiento, sino que se deben aplicar las consecuencias restitutorias que prevé la legislación de contratos, entre otros, J. M.<sup>a</sup> de Solas Rafecas (2003, págs. 1078-1080), V. Baca Oneto (2006, págs. 359 y ss.); S. Díez Sastre (2018a, pág. 81); I. Calatayud Prats (2023a, pág. 6). Como señalan los civilistas, en nuestro sistema las atribuciones derivadas de los contratos nulos se vehiculan a través de las normas del Derecho de contratos y no del enriquecimiento. Véase, por todos, A. I. Ruiz Arranz (2013, pág. 48).

<sup>31</sup> El propio M. Rebollo Puig, cuya brillante exposición del tema ha contribuido a la aplicación del enriquecimiento en detrimento de los efectos restitutorios de la invalidez, no solo apunta tales problemas, sino que reconoce que «tampoco es imprescindible acudir a la prohibición de enriquecimiento sin causa para suplir las insuficiencias del art. 47 RCE [actual art. 41.2 LCSP], al igual que no lo es ante iguales o mayores carencias del art. 1303 CC» y, en fin, expone certeramente sus riesgos, ya que el enriquecimiento —afirma— obvia los efectos retroactivos de la invalidez en mayor medida que la restitución y, en ocasiones, conduce a efectos similares a los de un contrato

injusto no resuelve mejor que la restitución por nulidad problemas tales como si se ha de abonar al contratista el beneficio industrial o intereses legales o de demora<sup>32</sup>. Más aun, creo que la restitución por nulidad permite determinar mejor que el enriquecimiento el alcance o extensión de lo que debe restituirse al contratista cuando ha realizado su prestación y no procede su restitución *in natura* por la Administración.

Ello no quiere decir, lógicamente, que el enriquecimiento injusto, y la *actio de in rem verso* mediante la que se articula su aplicación, no pueda cubrir otros supuestos diferentes a la invalidez de los contratos, como, por ejemplo, determinadas prestaciones realizadas al margen de un contrato o superiores a las que estaba obligado el contratista sin haberse realizado la pertinente modificación contractual<sup>33</sup>. Pero, insisto, cuando se declara la invalidez de un contrato público lo que procede es la aplicación del art. 42.1 LCSP y, por tanto, la restitución de las prestaciones realizadas o su valor. De ello paso a ocuparme.

---

válido o, incluso, a mantener o justificar su validez misma cuando para esto hay otras técnicas como aplicar los límites de la revisión de oficio del art. 106 LAP (hoy 110 LPAC) o la responsabilidad por culpa *in contrabendo* (M. Rebollo Puig, 1995, págs. 166-180, 243-345, 359-362, 371, 389; 2006, págs. 9 y 19). Sobre los problemas de la aplicación del enriquecimiento a la invalidez de los contratos en el ámbito civil y lo inadecuado de explicar la restitución contractual desde las bases del enriquecimiento, A. I. Ruiz Arranz (2023, págs. 167, 367-371, 477-478, 497). Sobre su confusión con la responsabilidad civil extracontractual, J. M. Busto Lago y F. Peña López (1997), «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 1, págs. 141-166.

<sup>32</sup> La jurisprudencia es vacilante. Por ejemplo, la STS de 21 de junio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:6163), sobre un exceso de obra en un centro socio-cultural realizado a instancias del Ayuntamiento de La Laguna, incluye en lo que debe abonarse al contratista el beneficio industrial y los gastos generales. La STS 14 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4462) aplica la doctrina del enriquecimiento injusto e incluye el 6% del beneficio industrial del servicio (consistente en el depósito de efectos judiciales, vehículos y embarcaciones en la comarca de Gibraltar) prestado sin contrato durante casi veinte años. Otras sentencias, sin embargo, como la de 24 de abril de 1989, que cita M. Rebollo Puig (1995, pág. 179) o la de 21 de junio de 2009 (que cita S. Díez Sastre, 2018a, pág. 84), excluyen el beneficio industrial, lo que el primero de los autores citados considera acertado. En la doctrina, el propio M. Rebollo Puig (2024, pág. 438), ha sostenido recientemente que la aplicación del enriquecimiento injusto impide el pago del beneficio industrial y los intereses legales y de demora.

<sup>33</sup> Véase M. Rebollo Puig (1995, pág. 384-385, 402; 2006, pág. 19-21; 2024, pág. 427); F. J. Bauzá Martorell (2016), «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181, pág. 234; L. Cebrián Herranz y J. I. Pascual Martín (2018), «Obras ejecutadas sin cobertura de un contrato: enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, págs. 1-42; A. M. González Sanfiel (2023:108).

## V. LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS

El art. 42.1 LCSP, en efecto, establece una obligación recíproca de restitución «de las cosas que hubiesen recibido» las partes en virtud del contrato inválido y, si esto no fuese posible, de «su valor».

El precepto, al hablar de cosas recibidas, parece estar pensando en los suministros o en la compraventa; y, al referirse a la obligación recíproca de las partes de restituirse lo recibido, parece aludir únicamente al supuesto de que ambas hayan cumplido o realizado sus prestaciones, cuando eso no suele ser así<sup>34</sup>. En cualquier caso, aunque su redacción es mejorable, el precepto ofrece una regulación de la que se pueden extraer soluciones generales y extrapolables tanto a los contratos en los que las prestaciones recibidas no sean cosas (la mayoría en los contratos públicos) como a aquellos en los que solo una de las partes haya realizado su prestación (normalmente el contratista). Para suplir tales deficiencias, no es preciso acudir al enriquecimiento injusto o a la responsabilidad de la Administración.

La idea de la que parte el art. 42 de la LCSP (y el art. 1303 del CC) no es que el contrato afectado por un vicio de nulidad o anulabilidad no produzca ningún efecto *ab initio* (pues es claro que los produce), sino de que el contrato ha producido efectos que pueden haberse materializado y por ello se procura hacerlos desaparecer cuando se declare la invalidez. El ordenamiento quiere y dispone la eliminación retroactiva de los efectos del contrato. El instrumento para ello es la restitución, por medio del cual se recupera el *statu quo ante*, esto es, la situación que las partes tenían antes de contratar en lo que a las prestaciones se refiere<sup>35</sup>. Ahora bien, se trata de colocarlas en esa situación en la medida de lo posible, pues, en ese camino de destrucción de efectos y de vuelta atrás del contrato, lo normal será (sobre todo en la contratación pública) que las prestaciones ya no puedan restituirse *in natura*, o que se hayan producido alteraciones en el valor económico de las prestaciones, depreciación en el uso de los bienes, mejoras, etc.<sup>36</sup>.

Lógicamente, la restitución puede no ser necesaria tras la declaración de invalidez si las partes todavía no han recibido prestación alguna, en cuyo caso nada hay que restituir. Es decir, la restitución no es consustancial a la invalidez.

<sup>34</sup> Los arts. 1303 y 1307 del CC también está pensando en que ambas partes han cumplido el contrato y se inspiran fundamentalmente en la compraventa. Por todos, J. L. Lacruz Berdejo, A. Luna Serrano, J. Delgado Echevarría, F. Rivero Hernández, Francisco (1987, pág. 378).

<sup>35</sup> El *Diccionario de la Lengua Española* señala que restituir significa «volver algo a quien lo tenía antes» y, en su segunda acepción, «restablecer o poner algo en el estado que antes tenía».

<sup>36</sup> Como señala A. I. Ruiz Arranz (2023), siguiendo a otros autores, colocar a las partes en la misma situación que tenían antes de celebrar el contrato es una quimera o una ilusión como consecuencia del paso del tiempo, por lo que hay que relativizar el dogma de la retroactividad restitutoria (págs. 357, 362). J. A. Santamaría Pastor (2020, págs. 126-127) apunta la misma idea en el caso de la declaración de invalidez de los actos administrativos.

También cabe la posibilidad de invalidez sin restitución si el derecho dispone expresamente que la declaración de invalidez tiene efectos *ex nunc* o, incluso, que no dará lugar a la ineficacia del contrato, como se ha visto que permite la Directiva de recursos, si se prevén «sanciones alternativas». Pero no es esto lo habitual ni, desde luego, lo que dispone la LCSP, que, al consagrar la restitución, establece claramente los efectos *ex tunc* de la declaración de invalidez.

La obligación de restitución de las prestaciones o de su valor tiene su fundamento en la ley, no en el contrato inválido, y persigue el *statu quo ante contractus* de manera unitaria, autónoma, neutra e integral<sup>37</sup>. Estas son sus características, que paso a explicar brevemente.

La obligación de restitución de lo recibido es unitaria en el sentido, ya precisado, de que surge (*ex lege*) tanto en los supuestos de nulidad y como en los de anulabilidad y, cabe añadir, tanto por causas de invalidez de derecho administrativo como de derecho civil.

Se trata de una obligación autónoma, en el sentido de desvinculada de otras instituciones como el enriquecimiento injusto, el pago de la indebido o la responsabilidad patrimonial, a pesar de la mezcla o confusión con tales instituciones que se aprecia en numerosos dictámenes y sentencias.

La obligación (*ex lege*) de restitución de las prestaciones o de su valor no se fundamenta en el enriquecimiento injustificado<sup>38</sup>. El enriquecimiento (y el correlativo empobrecimiento) determina el alcance de la restitución, de modo que esta puede excluirse si el deudor ha dejado de estar enriquecido o el acreedor no se ha empobrecido. Su lógica es diferente a la de la restitución derivada de la nulidad, que está orientada a recuperar el *statu quo ante* para lograr el *nullum effectum* del contrato. Restituir en la medida del enriquecimiento (y del correlativo empobrecimiento) es diferente a recuperar el *statu quo ante contractus*<sup>39</sup>. En el ámbito

---

<sup>37</sup> Sobre tales caracteres de la restitución, A. I. Ruiz Arranz (2023, pág. 307 y ss.), a quien sigo.

<sup>38</sup> Para A. M. González Sanfiel (2023) la restitución que contempla el art. 42.1 LCSP «está afrontando el problema de evitar el enriquecimiento injusto» (pág. 114).

<sup>39</sup> A. I. Ruiz Arranz (2023, 167). Para este autor el enriquecimiento injustificado (del que hace un interesante recorrido histórico en las págs. 135 a 170) no ayuda a esa «vuelta atrás del contrato» porque nunca ha estado referido a prestaciones contractuales, sino a atribuciones patrimoniales fruto de otros actos (extracontractuales), por lo que el esquema del enriquecimiento quiebra cuando se trata de restituir las prestaciones obtenidas por medio de un contrato del que las partes se desvinculan (págs. 364-365). Y añade que aludir al enriquecimiento para explicar la restitución derivada de la nulidad contractual no plantea mayores problemas si se hace «a modo de recurso semántico a fin de expresar la improcedencia —si se quiere, la injusticia o iniquidad— de que una determinada prestación permanezca en poder de un contratante» (pág. 366), pero genera inconvenientes cuando el enriquecimiento resulta decisivo para resolver el pleito, ya que afecta al alcance o extensión de la restitución y puede producir externalidades negativas: una parte puede quedar obligada a restituir lo no percibido o una parte puede restituir de menos en perjuicio de la otra (de lo que pone ejemplos en págs. 367-371). También M. Rebollo Puig (1995) puso

privado, la evolución de algunos sistemas jurídicos y de diversos instrumentos de armonización del derecho privado de la contratación está alejando la restitución por nulidad del enriquecimiento<sup>40</sup>.

La restitución por nulidad contractual tampoco guarda relación con el cobro de lo indebido, que parte de una atribución (y una restitución) unilateral que no encaja en el marco de los contratos sinalagmáticos, en los que la prestación de una parte explica la de la otra<sup>41</sup>. Ni tampoco, como pasa a exponerse, con la responsabilidad patrimonial.

La neutralidad restitutoria significa que ninguna de las partes debe resultar beneficiada o perjudicada por la restitución, por mucho que a una le sea imputable la invalidez del contrato<sup>42</sup>. La restitución por nulidad contractual es neutra u objetiva, ya que resulta independiente de si la causa de invalidez es imputable a la Administración o al contratista. Con ella no se pretende depurar ninguna responsabilidad derivada de la nulidad del contrato<sup>43</sup>. De lo contrario, la restitución se difuminaría en el resarcimiento. Esta neutralidad de la restitución deriva

---

ejemplos en los que hay ausencia de enriquecimiento (obra que se destruye, proyectos sobre obras que luego no se ejecutan, enriquecimiento de otra Administración diferente a la contratante) o del correlativo empobrecimiento (porque el contratista repercute el coste sobre consumidores o usuarios), y destacó, por ello, la consiguiente necesidad de modular tales requisitos para que proceda la restitución por enriquecimiento (págs. 170-173).

<sup>40</sup> Como señala A. I. Ruiz Arranz (2023), el derecho alemán está avanzando hacia un sistema unitario de restitución contractual (donde se incluye la nulidad y la resolución) en el que la liquidación del contrato por nulidad se aleja del enriquecimiento sin causa; el Derecho francés ha incorporado también un sistema de restitución contractual unitario desde 2016 que tampoco se apoya en el enriquecimiento injustificado, mientras que los instrumentos europeos e internacionales de armonización del Derecho privado (Principios del Derecho europeo de los contratos, Principios Unidroit, Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea, Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos) también están avanzando en la misma dirección. Solo el Marco Común de Referencia (DCFR) conecta la restitución por nulidad con el enriquecimiento injusto (págs. 289-302).

<sup>41</sup> A. I. Ruiz Arranz (2023, 371). Véanse los arts. 77 de la Ley General Presupuestaria y 221 de la Ley General Tributaria.

<sup>42</sup> A. I. Ruiz Arranz (2023, 379), para quien la restitución es simplemente la consecuencia de la desvinculación de un contrato inválido y, por eso, debe ser tan neutra como el contrato que la precede y de cuya ordenación de intereses se nutre la relación obligatoria restitutoria que surge tras la invalidez. Con carácter general, sobre las diferencias entre resarcimiento y reintegración (de la que la restitución es una modalidad), véanse las certeras reflexiones de I. Rodríguez Fernández (2009), *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Granada: Comares, págs. 59-64.

<sup>43</sup> Hay autores, sin embargo, que señalan que el art. 42.1 de la LCS «consagra el principio de indemnidad de las partes contratantes». Véase A. Canales Gil, J. A. Huerta Barajas, P. Canales Menés y C. Huerta Mérida (2022), *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de contratos del sector público: enfoque científico práctico*, Madrid: BOE, pág. 480.

claramente del propio art. 42.1 LCSP, que remite al instituto indemnizatorio la responsabilidad que hayan podido tener las partes en la causa que determina la invalidez del contrato. Por eso, el alcance o extensión de la restitución no viene determinado por el grado de responsabilidad de las partes en la invalidez y fracaso del contrato<sup>44</sup>. Si una de las partes ha sido la culpable de la invalidez debe indemnizar a la otra los daños y perjuicios causados, no restituir de modo diferente la prestación o su valor.

Por tanto, no cabe hacer una interpretación de la restitución por nulidad contractual en clave indemnizatoria como se aprecia en algunas sentencias, donde todo ello se mezcla, además, con el enriquecimiento injusto. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2426), que se ocupa de un supuesto en el que la Administración revisó de oficio y declaró la nulidad de las actuaciones de ejecución de unas unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento establecido, al haberse omitido los trámites previstos para la modificación del contrato de obras, y, como la devolución de las prestaciones no era posible, fijó una «indemnización» a favor del contratista con fundamento en el «principio que prohíbe el enriquecimiento injusto», que devino firme y consentida aunque luego el contratista reclamó intereses de demora. La sentencia señala, certeramente, que no cabe calificar ese pago al contratista como contraprestación contractual (FD 2), pero concluye, erróneamente, que «la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera del proyecto tuvo carácter indemnizatorio, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización a favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración» (FD 3). En mi opinión, dicho pago no tiene naturaleza resarcitoria ni constituye tampoco una restitución por enriquecimiento injusto de la Administración, sino que se trata (o debe tratarse) de la restitución del valor de la prestación (ya que no es posible la restitución *in natura* de las unidades de obra) como consecuencia, en este caso, de la invalidez de la modificación contractual<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> En el mismo sentido, I. Calatayud Prats (2023, pág. 6).

<sup>45</sup> La Sentencia del TS de 21 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4932), relativa a varios contratos de alquiler de vehículos al Ayuntamiento de Marbella que fueron revisados de oficio y declarados nulos por el propio Ayuntamiento, también reconduce —erróneamente— las consecuencias restitutorias de la nulidad al ámbito de la responsabilidad patrimonial (extracontractual de la Administración), para finalmente negarla por entender que, como la empresa reclamante tuvo una participación esencial en la causa de la nulidad, tiene el deber jurídico de soportar el daño (en lo que debió pesar, como precisa M. Rebollo Puig, 2024, pág. 421, nota 21, que el administrador de la empresa contratista estuviera implicado en el caso Malaya y tuviera relaciones turbias con los ediles). En cualquier caso, lo correcto, como había señalado la Sentencia del JCA núm. 5 de Málaga de 12 de mayo de 2016 y ratificado en apelación la Sentencia del TSJ de Andalucía de 20 de enero de 2020 (ECLI:ES:TJSJAND:2020:4125), hubiera sido enfocar el pleito, no desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, sino desde las consecuencias que acarrea la declaración

La obligación de restitución también es plena o integral, pues se trata de recuperar el *statu quo ante contractus* mediante la devolución *in natura* de las prestaciones o de su valor. Cada una de las partes debe recuperar de modo íntegro o por entero la prestación satisfecha o su valor. El desplazamiento de la restitución por el enriquecimiento ha provocado que una de las cuestiones menos tratadas por la doctrina y por la jurisprudencia sea, precisamente, el alcance o extensión de la obligación de restitución por nulidad<sup>46</sup>. Es de lo que paso a ocuparme en los apartados que siguen.

## VI. RESTITUCIÓN *IN NATURA* Y RESTITUCIÓN MEDIANTE EL PAGO DEL VALOR DE LA PRESTACIÓN

El art. 42.1 LCSP establece, en primer lugar, la restitución *in natura* de las prestaciones (restitución primaria). Pero, en el ámbito de la contratación pública, la restitución de las prestaciones satisfechas es, en realidad, la excepción. Por eso, el propio precepto prevé que cuando la restitución de las prestaciones *in natura* no sea « posible se devolverá su valor » (restitución secundaria).

La ley no especifica qué tipo de imposibilidad ha de concurrir. Solo dice que se devolverá su valor cuando no sea posible la restitución de las cosas (prestaciones)<sup>47</sup>. Cabe entender que ha de tratarse de una imposibilidad física o jurídica, que será lo habitual en los contratos públicos por la propia naturaleza de las prestaciones que constituyen su objeto (obras públicas, prestaciones de servicios,

---

de nulidad decretada por el Ayuntamiento, lo que debía llevar aparejada una solicitud de restitución de las prestaciones —junto con los frutos e intereses producidos— o el correspondiente equivalente pecuniario conforme a lo dispuesto en los arts. 1303 y 1307 del CC (FJ 1 de la sentencia del TSJ). La referida sentencia del TS ha sido criticada, por ello, por B. Lozano Cutanda (2022), «¿La declaración de nulidad de un contrato del sector público como causa de responsabilidad patrimonial?», en Gómez Acebo&Pombo, marzo de 2022, disponible en: <https://is.gd/fFVc4D>. La misma mezcla o confusión se aprecia en otras sentencias anteriores del TS, como la de 24 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6447), donde se lee que el art. 65 de la LCAP (idéntico al actual art. 42.1 LCSP) establece que «las partes deben resarcirse o restituirse recíprocamente las cosas» y califica como «compensación o indemnización» el pago realizado tras la nulidad (FD 3).

<sup>46</sup> En cualquier caso, como se ha visto anteriormente, tampoco en el enriquecimiento está claro el alcance o extensión de la restitución.

<sup>47</sup> En el caso de la resolución del contrato de suministros, el art. 307.1 LCSP no solo contempla como excepción a la restitución *in natura* la imposibilidad, sino también la inconveniencia para la Administración (para los intereses generales a los que ha de servir): «La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar esta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad».

suministros específicos para la Administración, bienes consumibles, etc.)<sup>48</sup>. En tales casos se habla de alteraciones en la restitución<sup>49</sup>.

Si la Administración ya ha recibido la prestación y el contratista su contraprestación, pero la restitución *in natura* no es posible, la restitución tiene poco recorrido, ya que se produce una compensación entre las prestaciones realizadas (precio por cosa, precio por servicio, renta por uso, etc.). En tales casos, las prestaciones intercambiadas no se restituyen porque se compensan<sup>50</sup>. Lo que encuentra apoyo en la previsión del propio art. 42.1 LCSP de que el contrato entra en fase de liquidación.

Si únicamente una de las partes recibió la prestación, la obligación de restitución no es recíproca sino unilateral: solo la parte que recibió la prestación debe restituirla. Es lo que ocurre habitualmente en el ámbito de la contratación pública, en la que solo una de las partes, generalmente la Administración, ha recibido la prestación contractual que, además, no es restituible *in natura*. En este caso no es preciso acudir al enriquecimiento injusto, sino que la Administración tendrá que restituir al contratista el valor de la prestación recibida, pues es ella la que asume el riesgo de que la prestación no pueda devolverse *in natura*. Y entonces surge el problema de cómo se determina ese valor que la Administración debe abonar al contratista: ¿a qué momento hay que estar para determinarlo?, ¿es el coste de la prestación?, ¿es el precio del contrato?, ¿incluye el beneficio industrial?, ¿también los intereses legales o moratorios?

El art. 42.1 LCSP no precisa el momento al que hay que estar para determinar dicho valor. Aunque caben otros momentos temporales, el que mejor se

---

<sup>48</sup> Esta situación (cumplimiento parcial del fin propio del contrato e imposibilidad de restablecer las cosas en su origen), dice J. L. Villar Palasí (1969), es la que se produce normalmente en los supuestos de anulación de cualquier contrato administrativo y por eso propugna «la solución contraria a la dogmática general, es decir, la anulación con efectos *ex nunc*» (pág. 267).

<sup>49</sup> A. I. Ruiz Arranz (2023, págs. 389 y ss.). R. Letelier Wartemberg (2011), *Nulidad y restablecimiento en proceso contra normas*, Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, habla de alteraciones restitutorias para aludir a los supuestos en los que no es posible o procedente el restablecimiento de la legalidad y se mantienen los efectos de las normas o los actos anulados (págs. 109, 112).

<sup>50</sup> Así, para el ámbito civil, A. Carrasco Perera (2021, pág. 786); A. I. Ruiz Arranz, (2023, págs. 485-486), quien precisa que, dogmáticamente, se trata de una *restitutio in integrum* recíproca «por compensación», con arreglo a la cual se aproxima en la medida de lo posible la recuperación del *statu quo ante*, por lo que no es que las prestaciones intercambiadas se compensen sin más, sino que «se restituyen en el marco de la relación obligatoria restitutoria. Lo que ocurre es que, estando el contrato equilibrado —es decir, no existiendo vicios de la voluntad o algún elemento capaz de alterar el equilibrio del contrato— el resultado de la restitución integral y recíproca suma cero. En este sentido, el valor objetivo [de la prestación] irrestituible *in natura* se determina de acuerdo con el precio del contrato. Por eso, económicamente no tiene demasiado sentido ordenar una restitución» (pág. 489).

acomoda a la idea de recuperar el *statu quo ante* es el del valor de la prestación cuando se realizó, que es la solución que ofrece el CC cuando no es posible la restitución *in natura* por pérdida de la cosa<sup>51</sup>. Por eso, a falta de una previsión expresa en nuestra legislación de contratos públicos (que evitaría muchos problemas), el art. 1307 CC puede servir de orientación si se generaliza la regla que establece para la pérdida de la cosa a todos los casos de imposibilidad de restituir. Según dicho precepto:

Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.

La doctrina civilista más autorizada ha señalado que a la imposibilidad de devolver la cosa por haberse perdido hay que añadir la imposibilidad por no ser restituible la prestación, por ejemplo, cuando se contrataron servicios y estos se prestaron. En estos casos, el obligado a la restitución deberá restituir el valor que tenía la cosa irrestituible cuando se entregó o el servicio cuando se prestó, con los intereses desde la misma fecha<sup>52</sup>.

El valor de la prestación es su valor objetivo en el mercado. Por eso, dicho valor no es el coste o el gasto que le supuso al contratista la prestación realizada<sup>53</sup>. Cuando hay restitución *in natura* o compensación de las prestaciones intercambiadas, el valor de la prestación que restituye el contratista o con el que se produce

<sup>51</sup> Como señala A. I. Ruiz Arranz (2023), el valor que tenía la cosa al tiempo de perderse (cuando abandonó el patrimonio de quien debe restituirla) es preferible a trasladar ese momento a la desvinculación del contrato o al momento en que la restitución *in natura* se habría realizado de haber sido posible, ya que estos otros momentos son contrarios al objetivo ideal de recuperar el *statu quo ante*: «En la restitución contractual, las partes asumen el riesgo de revalorización o depreciación de bienes que reciben cuando la restitución todavía puede tener lugar *in natura*. Retrasar la determinación del valor más allá del momento de la pérdida de la cosa implica trasladarles un riesgo que no asumen cuando la restitución no es *in natura*» (pág. 469-470).

<sup>52</sup> L. Díez-Picazo (2007, págs. 579-580). También señala que hay que estar al valor objetivo de la cosa al tiempo de perderse o del servicio al tiempo de prestarse, A. I. Ruiz Arranz (2023, págs. 467 y ss.), con cita de otros autores en el mismo sentido.

<sup>53</sup> Así lo entienden, sin embargo, A. Canales Gil, J. A. Huerta Barajas, P. Canales Menés y C. Huerta Mérida (2022), para quienes el principio de indemnidad de consagra el art. 42.1 LCSP se alcanza con la restitución de un importe equivalente al coste de la prestación realizada, prescindiendo del beneficio que incorpora su precio (pág. 480). También parece entenderlo así V. Aguado i Cudolá (2017, págs. 251-252), que cita el Dictamen 546/2015, de 22 de julio, del Consejo de Andalucía, donde puede leerse que, en los casos de nulidad, la extensión de la restitución solo comprende «todos los costes —y tan solo los mismos— soportados por quien la efectuó». En el mismo sentido, entre otros, el Dictamen 272/2020, de 19 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

la compensación no es ese coste, sino el precio que ha recibido de la Administración. Si en la restitución del valor de la prestación se está únicamente al coste que le ha supuesto al contratista, se estaría otorgando (sin base alguna) un peor trato a esa modalidad de restitución que a la restitución *in natura* o a la compensación de las prestaciones realizadas.

El valor de la prestación, en rigor, tampoco es el precio del contrato<sup>54</sup>. Lo que establece el art. 42.1 LCSP (y el art. 1303 del CC) es que se restituye el valor de la prestación, no el precio del contrato<sup>55</sup>. Pero el precio del contrato puede actuar como indicador objetivo del valor de la prestación, pues, como se ha señalado, «cuando se restituye lo intercambiado en un contrato las cosas no deberían valer de modo distinto a como se ha determinado en él»<sup>56</sup>. Además, determinar *ad hoc* ese valor objetivo resulta más problemático que acudir al precio para determinar el valor de la cosa cuando se entregó, de la obra cuando se realizó o del servicio cuando se prestó<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> J. M.<sup>a</sup> de Solas Rafecas (2003) considera que ese valor es el precio pactado, pues «en el 1308 CC se mantiene el sinalagma contractual en la ejecución de la obligación restitutoria» (pág. 1080). S. Díez Sastre (2018a) también señala que dicho valor será la parte del precio que corresponda (pág. 81). También B. Sesma Sánchez (2023a), aunque desde la perspectiva del enriquecimiento, señala que «cabe razonablemente sostener que puede satisfacerse al contratista el importe que hubiera facturado previa acreditación de su ajuste a precios de mercado» (pág. 149).

<sup>55</sup> Cuando se resuelve el contrato de suministros y la restitución de los bienes no es posible o conveniente para la Administración, el art. 307.1 de la LCSP establece que «habrá de abonarse el precio de los [bienes] efectivamente entregados y recibidos de conformidad».

<sup>56</sup> X. Basozabal Arrue (1998), *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid: Civitas, págs. 218-220; A. Carrasco Perera (2021, pág. 787). A. I. Ruiz Arranz (2023), de quien tomo la cita de Basozabal Arrue, señala que el contrato, a pesar de su invalidez, ofrece información jurídica relevante para vehicular la restitución (págs. 220, 339, 468). J. M.<sup>a</sup> de Solas Rafecas (2003) también considera que en la ejecución de la obligación restitutoria se mantiene el sinalagma contractual, por lo que la Administración debe pagar al contratista el valor de la prestación, que no es otro que el precio pactado (pág. 1080). Estas afirmaciones deben ser aclaradas, porque puede parecer que la nulidad no elimina la relación contractual y no es así. Esta relación, como se vio, se elimina con la nulidad, de modo que el contrato ya no vincula (es inexigible) ni se protege lo que ocurrió bajo su vigencia antes de que se anulara. Por eso hay restitución. Si a la relación contractual que se anula le sigue una relación restitutoria impuesta *ex lege*, es porque aquella se ha eliminado. La relación obligatoria restitutoria no deriva del mismo contrato (como llega a sostener A. I. Ruiz Arranz, 2023, pág. 339), sino de la ley. Una cosa es que el contrato anulado pueda ofrecer información jurídica sobre los efectos restitutorios que establece la ley y otra, bien distinta, que la relación restitutoria derive del contrato anulado.

<sup>57</sup> La Sala de lo Civil de TS determina el valor de la prestación irrestituible *in natura* por el precio. Véase, por ejemplo, la STS de 27 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1621), con cita de otras anteriores (FJ 6. 3.7).

## VII. EL VALOR DE LA PRESTACIÓN: BENEFICIO INDUSTRIAL E INTERESES LEGALES

Como se acaba de señalar, cuando únicamente la Administración ha recibido la prestación y no puede restituirla *in natura*, hay que estar a su valor objetivo o de mercado en el momento de realizarse. Por eso, aunque numerosos órganos consultivos y diversas resoluciones judiciales lo niegan, en ese valor de la prestación debe incluirse el beneficio industrial.

En efecto, en ese valor de las cosas o prestaciones intercambiadas de que habla el art. 42.1 LCSP se ha de incluir el beneficio industrial, pues así se infiere del art. 101.2 del mismo texto legal, a tenor del cual, en el cálculo del valor estimado de los contratos:

[...] deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

El beneficio industrial forma parte del valor de las prestaciones que deben ser restituidas cuando se declara la nulidad del contrato<sup>58</sup>. De no incluirse en dicho valor, no se produciría el efecto restitutorio o repristinatorio propio de la declaración de invalidez, que trata —en la medida de lo posible— de colocar a las partes en la situación anterior a la celebración del contrato. Por eso, dicho beneficio no tiene carácter indemnizatorio o resarcitorio<sup>59</sup>.

Ello se vería corroborado por lo que dispone el art. 42.3 LCSP que, como se vio, establece que, si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjera un grave trastorno al servicio público, «podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten medidas urgentes para evitar el perjuicio». En este caso, no ya como consecuencia del contrato anulado, sino del acto (unilateral) de la Administración que ordena la continuación, se seguirán produciendo los efectos propios del contrato anulado según «sus mismas cláusulas», por lo que debe satisfacerse al contratista el importe que según tales cláusulas venía percibiendo hasta ese

<sup>58</sup> En el mismo sentido, I. Calatayud Prats (2023a, págs. 8, 22, 32). B. Sesma Sánchez (2023 a) también considera que debe incluirse el beneficio industrial, tanto si se acude a la vía del enriquecimiento injusto (pág. 149) como a la de la responsabilidad contractual, por la que parece inclinarse siguiendo al Consejo de Estado (pág. 152).

<sup>59</sup> Sin embargo, el Dictamen 272/2020, de 19 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, entre otros, considera, en mi opinión erróneamente, que el pago del beneficio industrial no debe incluirse en el valor de la prestación a restituir, sino que se ha de reconducir a la vía indemnizatoria que se puede tramitar dentro del mismo procedimiento de revisión de oficio que prevé el art. 42.1 LCSP.

momento por la realización de las prestaciones, lo que incluye lógicamente el beneficio industrial pactado y la eventual revisión de precios<sup>60</sup>. No parece que tenga mucho sentido que cuando se aplica el art. 42.3 LCSP se incluya como contraprestación al contratista el beneficio industrial y, sin embargo, se excluya dicho beneficio cuando, en aplicación del apdo. 1 de ese mismo precepto, se proceda a la restitución del valor de las prestaciones como consecuencia de la declaración de invalidez<sup>61</sup>. En ambos casos, la obligación de abonar el valor de la prestación no deriva del contrato (que ya se ha extinguido tras declararse su invalidez), sino de la propia ley en el caso del art. 42.1 y de una orden de la Administración al contratista, dictada en virtud de la ley, en el caso del art. 42.3<sup>62</sup>.

Ahora bien, el beneficio industrial que debe incluirse en la restitución es el de la prestación ya realizada e irrestituible *in natura*, no el beneficio industrial de las prestaciones del contrato anulado que quedasen por satisfacer.

Por eso son erróneas algunas resoluciones judiciales, como la sentencia del JCA núm. 13 de Barcelona, de 4 de diciembre de 2023 (rec. 140/2022) que, ante la reclamación por parte del contratista del pago de los servicios prestados como consecuencia de unos acuerdos de continuidad anulados de oficio por un ayuntamiento, reconoce el derecho al cobro de la cuantía reclamada, pero señala que ha

---

<sup>60</sup> En rigor, también procede la restitución de las prestaciones o de su valor cuando se anula el contrato, pero se acuerda el mantenimiento de sus efectos para evitar un grave trastorno al servicio público *ex art.* 42.3 LCSP. En este caso, el precepto dice que se mantienen los efectos del contrato, pero no en virtud del contrato mismo, sino de un acto unilateral de la Administración. Este acto produce los mismos efectos que el contrato tenía, pero el contrato ya ha sido anulado, por lo que procede la resituación de las prestaciones (o de su valor) efectuadas bajo su vigencia, aunque generalmente, cómo se ha visto, únicamente será la Administración la que deba restituir el valor de la prestación, ya que solo el contratista la habrá realizado y no procederá su restitución *in natura*. Lo que en adelante se abone al contratista será ya en virtud del referido acto (unilateral) de la Administración. El art. 38 TRLCSP 2011, sin embargo, preveía que, para evitar ese grave trastorno al servicio público, no se declarara la nulidad del contrato y se acordara el mantenimiento de sus efectos, por lo que no cabía ni la declaración de nulidad ni realizar restitución alguna. Pero el 42.3 LCSP, como el antiguo art. 66.3 LCAP, tiene una diferente redacción. Sobre este último precepto, véase M. Rebollo Puig (1996, pág. 436).

<sup>61</sup> En este sentido, B. Sesma Sánchez (2023a, págs. 186 y 2023b, pág. 149), aunque, como acaba de señalarse, lo enfoca desde la restitución del enriquecimiento de la Administración y el correlativo empobrecimiento del contratista.

<sup>62</sup> El reciente ATS de 12 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1941A) admite un recurso de casación cuyo interés casacional consiste en determinar si genera un enriquecimiento injusto de la Administración su negativa a pagar a la adjudicataria del contrato las cantidades derivadas de la revisión de precios cuando el contrato se ha declarado inválido y se obliga a la empresa a continuar con él hasta que se adjudique de nuevo. Me parece evidente que, en tal caso, en virtud de lo que dispone el propio art. 42.3 LCSP (que habla de continuación de los efectos del contrato bajo sus mismas cláusulas), procede el pago de precio que resulte de la revisión estipulada.

de «deducirse el beneficio industrial», ya que así lo habría señalado la Sentencia del TS de 8 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1417). Sin embargo, esta sentencia del TS, al igual que la de 11 de enero de 2013 en la que se apoya, no tiene nada que ver con el beneficio industrial de la prestación irrestituible *in natura* ya satisfecha, sino con el beneficio industrial de las prestaciones que se ejecutarían en el futuro si el contrato no se hubiera anulado, que es a lo que responde negativamente<sup>63</sup>.

En el valor de restitución de la prestación también han de incluirse los intereses legales, tal y como disponen los arts. 1303 y 1307 del CC. Como se ha señalado respecto de tales preceptos, el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato inválido impone que la restitución no deba comprender solo las cosas en sí mismas, sino los frutos, productos o rendimientos que hayan determinado y, si la cosa no puede restituirse, el valor que tenía cuando se

---

<sup>63</sup> En esa sentencia del TS de 8 de abril de 2022, en efecto, se trataba de un contrato de concesión de abastecimiento de agua y alcantarillado adjudicado en 2010 que tenía un plazo de duración de 25 años, de los cuales se habían ejecutado 4 años. El Ayuntamiento de Silla declaró su nulidad y el contratista solicitó la liquidación de la concesión, exigiendo, entre otros conceptos, el lucro cesante, que el Ayuntamiento no reconoció. En primera instancia, el Juzgado rechazó el lucro cesante, pero, en apelación, el TSJ de Valencia lo admitió. La sentencia fue recurrida en casación por el Ayuntamiento, recurso que fue resuelto por la citada sentencia del TS que señala que: «[...] no cabe equiparar los efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo con los derivados de la resolución del contrato por incumplimiento, ya que se desnaturalizaría el carácter sinalagmático de las obligaciones contractuales si la parte perjudicada por la nulidad del contrato percibiera de la contraria, en concepto de lucro cesante, el mismo beneficio que si el contrato hubiere sido declarado válido, sin la carga que representa el cumplimiento de las prestaciones contraídas» (FD 3). A lo que añade que: «[...] el art. 1106 del Código Civil reserva la indemnización por lucro cesante a los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento, de modo que no cabe reconocer, en el caso enjuiciado, el derecho de la mercantil [...] a percibir indemnización por lucro cesante como si el contrato de concesión de la gestión de los servicios municipales de agua potable, que tenía una duración prevista de 25 años, se hubiere ejecutado íntegramente cuando en realidad solo se ha ejecutado parcialmente» (FJ 4). En la doctrina, sobre la indemnización en estos casos del interés contractual negativo pero no del positivo, A. Huergo Lora (1998), quien precisa —certeramente— que la distinción entre interés positivo y negativo no coincide con los conceptos de daño emergente y lucro cesante, pues tanto el interés negativo como el positivo incluyen los daños producidos y las ganancias dejadas de obtener, de modo que lo que diferencia a ambas nociones es la situación final en la que se intenta colocar al sujeto: la situación previa a la celebración del contrato en el caso del interés negativo, o la situación equivalente a su ejecución en el caso del positivo (págs. 236-237); L. Medina Alcoz (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor: Thomson Civitas, págs. 399; V. S. Baca Oneto (2006, pág. 373); S. Díez Sastre (2018a, pág. 87); I. Calatayud Prats (2023a, pág. 30).

perdió (o el servicio cuando se prestó) con los intereses desde la misma fecha<sup>64</sup>. Son intereses restitutorios.

Se podría esgrimir que no procede la inclusión de los intereses legales porque el art. 42.1 LCSP, a diferencia de los arts. 1303 y 1307 CC, solo habla del valor de la prestación<sup>65</sup>. Pero, en primer lugar, se trata de determinar ese valor de

---

<sup>64</sup> L. Díez-Picazo (2007, págs. 579-580). La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS también apunta en esta dirección. Baste la cita de las sentencias de 30 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5288), de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3541), de 21 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2030) o de 27 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1621), todas ellas sobre anulación de contratos de adquisición (y canje) de participaciones preferentes, en las que se concluye que los efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono. La segunda de ellas, que es la más didáctica (ponente M.<sup>a</sup> A. Parra Lucán), sintetiza en estos términos «lo que son los pilares básicos en materia de restitución derivada de la nulidad contractual en el art. 1303 CC: [...] B) La obligación legal de restituir que impone el art. 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo [o anulable], por lo que las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero). C) La restitución es recíproca y las partes deben restituirse las cosas que hubiesen sido objeto del contrato: de una parte, el cliente puede exigir la devolución del capital invertido y a cambio debe restituir los títulos (las participaciones preferentes ...). D) El incremento del capital invertido por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pago. Por ello los intereses deben calcularse desde el momento en que se hizo el pago que se restituye, es decir, desde que el cliente hizo la entrega del dinero. E) [...] El cliente debe restituirlos [los rendimientos] y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones [...] Si la pérdida de valor por el paso del tiempo es la razón que justifica que el capital invertido deba incrementarse con los intereses legales desde el momento en que se entregó el dinero a la entidad, la misma razón juega para concluir que la entidad debe recuperar los rendimientos abonados a cliente incrementados por los intereses legales desde el momento que los percibió» (FJ 5).

<sup>65</sup> Es lo que afirma la STS de 24 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:6447) en relación al art. 65 LCAP (el actual art. 42.1 LCSP): dicho precepto «no reconoce el derecho al percibo en este caso de intereses aunque ciertamente no contempla un supuesto como el presente en el que se tardaron cuatro años en abonar la compensación» y hasta descarta que en tal caso fuera aplicable el art. 1303 CC, que reconoce el derecho a la restitución del precio con intereses, pues dicho precepto «salva lo que se establece en los artículos siguientes (causa torpe y causa ilícita) y ciertamente la causa torpe que dio lugar a la nulidad del contrato supone la existencia de culpa por parte de ambos contratantes» (FD 4). No procede ahora entrar en esto, pero no creo que la exclusión de la restitución que establece el art. 1306 del CC para los supuestos de causa torpe o inmoral esté pensada —ni mucho menos— para supuestos como el que analiza esa sentencia. Sobre la casi inexistente aplicación de los arts. 1305 y 1306 de CC en el ámbito administrativo, M. Rebollo Puig (2006, págs. 22-25);

la prestación de que habla el art. 42.1 LCSP acudiendo a lo que dispone el CC para el mismo supuesto. En segundo lugar, si para esa determinación se decide prescindir del CC quizá habría que estar al valor de la prestación en el momento en el que se restituye y no a su valor en el momento de la realización de la obra, la entrega de la cosa o la prestación del servicio, lo que (además de plantear el problema de su determinación actual) se aleja de la idea de recuperar el *statu quo ante*<sup>66</sup>.

La reciente STS de 24 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3755), que se ocupa de la diferencia entre los efectos de la invalidez de los contratos (art. 42.1 LCSP) y su resolución (arts. 209 y 213), incluye los intereses en la restitución por nulidad: «cuando se trata de reintegrar una cantidad de dinero que se ha percibido y ha de ser restituido, que es el caso de los supuestos de nulidad y anulabilidad, los intereses tienen naturaleza compensatoria, esto es, tratan de compensar la cantidad que debe percibir el afectado por la ineficacia a la fecha a que se retrotraen los efectos de la nulidad o anulabilidad, de ahí que el cómputo de esos intereses deban diferirse al momento en que se hizo el pago; [...] *los efectos de esa declaración de nulidad o anulabilidad comporta la restitución de las cosas al momento en que se celebró el contrato*, y la cosa es, en estos supuestos, la cantidad de dinero entregada en su momento, pero actualizada» (FD 3), por lo que concluye que, en presencia de un convenio urbanístico de monetarización por las cesiones de terrenos gratuitas que deban realizar los propietarios a la Administración, deberá discriminarse si se trata de su «resolución, en cuyo caso los intereses se calcularán desde que se reclamen por el perjudicado; o si se trata de una causa de nulidad o anulabilidad del convenio, en cuyo supuesto, los intereses se calcularán desde la fecha en que se hizo el pago de la cantidad reclamada» (FD 4)<sup>67</sup>.

---

sobre su inaplicabilidad, porque el art. 42.1 LCSP, a diferencia del art. 1303 CC, no establece limitaciones a la restitución, I. Calatayud Prats (2023, pág. 6, nota 7).

<sup>66</sup> La sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 15 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2218) se ocupa de una venta anulada por error en la que el comprador solicitaba que los vendedores le pagasen el valor actual de mercado de los inmuebles comprados y que él debía restituirles, pero el TS considera que no es eso lo que procede en virtud del art. 1303 CC, pues «si de lo que se trata es de reponer a los contratantes al estado patrimonial que tenían antes de contratar», la restitución debe cifrarse en reintegrar a los compradores el precio pagado con sus intereses (FD 2). Reiteran la misma doctrina las Sentencias de 4 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1652) y 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3541).

<sup>67</sup> En el mismo sentido, STS de 4 de julio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3698). La Sentencia del TSJ de Valencia de 11 de junio de 2019 (ECLI:ES:TSJCV:2019:2462) acepta que la sentencia de instancia haya incluido el abono de los intereses legales (FJ 7). Por su parte, la Sentencia del JCA núm. 5 de Málaga de 12 de mayo de 2016 (rec. 586/2010), sobre varios contratos de alquiler de vehículos (véase la nota 45), desestima la reclamación de responsabilidad por daños y señala que la nulidad de los contratos decretada por el Pleno del Ayuntamiento debía llevar aparejada una solicitud de restitución de las prestaciones, o

Por lo demás, la inclusión de los intereses en la restitución es la solución general que establece la Ley General Presupuestaria, para los pagos indebidos y demás reintegros declarados inválidos (art. 77.4 en relación con el art. 17)<sup>68</sup>.

Algunos órganos consultivos y diversos autores han sostenido, sin embargo, que cuando el contratista no es ajeno a la causa que determina la anulación del contrato no debe recibir el valor de la prestación realizada, sino únicamente su coste, el cual ha de calcularse detrayendo el beneficio industrial y los intereses<sup>69</sup>.

Dicha doctrina, que modula los efectos de la invalidez contractual cuando se considera al contratista cocausante de la anulación, no tiene soporte normativo alguno y contradice el principio de neutralidad de la restitución. El art. 42.1 LCSP es taxativo al disponer que se ha de restituir el valor de la prestación, y dicho valor, como ya se ha señalado, no es el coste que realmente le supone al contratista, sino el valor que la prestación tiene en el mercado o el coste que en este tendría para la Administración, lo que incluye el beneficio industrial (y los intereses de conformidad con lo que dispone el art. 1307 CC). La obligación de restitución que establece dicho precepto es una consecuencia o efecto de la declaración de invalidez de carácter neutro o independiente de la conducta que hayan

---

el correspondiente equivalente pecuniario, junto con los intereses producidos conforme a lo dispuesto en los arts. 1303 y 1307 del CC.

<sup>68</sup> Lo que resulta aplicable a la declaración de invalidez (nulidad y anulabilidad) de las subvenciones, que también da lugar al reintegro de las cantidades percibidas junto con los intereses (art. 36.4 LGS y arts. 77.4 y 17 de la LGP). En opinión de M. Rebollo Puig (2005), «El reintegro de subvenciones», en G. Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, estos intereses son compensatorios por el tiempo que, sin causa válida, se ha disfrutado de cierta cantidad de dinero (pág. 418).

<sup>69</sup> Dictámenes del Consejo de Estado 843/2017, de 20 de diciembre; 906/2019, de 6 de febrero de 2020 (en otros señala que si resulta difícil calcular el beneficio industrial procede aplicar un descuento del 10% de las facturas pendientes de abono: Dictámenes núms. 506/2017, 80/2019 y 878/2019); Dictámenes 270/2002, de 23 de octubre, y 843/2016, de 28 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía; Dictamen 513/2017, de 14 de diciembre, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid; Dictamen 272/2020, de 19 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, entre otros. En la doctrina, con argumentos que no comparto porque desconocen la neutralidad de la restitución, F. J. Bauzá Martorell (2016), «Contratación verbal e ingresos obtenidos ilícitamente», *Revista Española de la Función Consultiva*, 26, quien señala que el contratista es conocedor de que para contratar con la Administración hace falta un procedimiento de concurrencia competitiva, de manera que ello debe conllevar algún tipo de penalización como, por ejemplo, el descuento del beneficio industrial (pág. 97); A. Canales Gil, J. A. Huerta Barajas, P. Canales Menés y C. Huerta Mérida (2022), para quienes el principio de indemnidad que consagra el art. 42.1 LCSP se alcanza con la restitución de un importe equivalente al coste de la prestación realizada, prescindiendo del beneficio que incorpora su precio (pág. 480).

podido tener las partes en la causa que determina la invalidez del contrato, pues para esto ya está la responsabilidad del último inciso del precepto.

Pueden concurrir, ciertamente, casos extremos como el que resuelve la STS de 16 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2555), citada más arriba, relativa a un contrato de suministros de 4 unidades de trenes por 16 de millones de euros que, como consecuencia de la intervención «decisiva» del contratista, se modifica 5 días después para incluir 24 unidades más (y determinadas reparaciones) que alcanzan finalmente un precio de 70 millones de euros. En casos como este, si el precio del contrato no está equilibrado, sino que es muy superior, lo que procedería es la restitución del valor objetivo en el mercado de la prestación. Si la Administración ya ha abonado el precio, no cabe acudir sin más a la compensación, sino que procede valorar objetivamente la prestación, compensarla en la parte concurrente con el precio abonado y devolver el exceso a la Administración<sup>70</sup>. Una vez realizada la restitución (o incluso excluida esta si se considerara aplicable el art. 1306 CC, que la exceptúa en los contratos con causa torpe o inmoral), no es que el contratista no tenga derecho a ser indemnizado por tener el deber jurídico de soportar el daño al haber participado en la causa de la invalidez, sino que, si su actuación ha resultado decisiva en la nulidad del contrato, puede que sea él el que incurra en responsabilidad frente a la Administración en aplicación del art. 42.1 *in fine* de la LCSP. En cualquier caso, el legislador tiene en su mano regular esta cuestión y modular o excepcionar en determinados supuestos la obligación recíproca de restitución, como hace el CC en sus arts. 1304, 1305 y 1306 (para los menores de edad o para los contratos con causa ilícita y torpe). Ocasiones ha tenido y tiene (basta con aprobar otro real decreto ley) para ello<sup>71</sup>.

Pero, con carácter general, no debe olvidarse que es la propia Administración la responsable de la invalidez, por lo que no puede beneficiarse de los vicios o irregularidades en los que ella misma incurre. Es la Administración la que debe velar por el estricto cumplimiento de la legalidad contractual, sin que en sede de restitución por nulidad deba trasladarse al contratista la responsabilidad por el correcto ejercicio de la potestad contractual de aquella o por la debida planificación en la celebración de los contratos cuando concluye su plazo de vigencia<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Así, para los contratos de cesión de uso, de servicios y de suministros de bienes consumibles, A. I. Ruiz Arranz (2023, págs. 491-492, 499-501, 503), que habla de ajuste reparatorio a cargo de la parte responsable del desequilibrio.

<sup>71</sup> Como acaba de señalar el profesor J. A. Santamaría Pastor (2024), «Una llamada de emergencia sobre la crisis de la Ley», *Revista de Administración pública*, 224, la LCSP de 2017 se ha reformado recientemente mediante reales decretos leyes en numerosas ocasiones (pág. 19, por nota).

<sup>72</sup> Véase, acertadamente, A. M. González Sanfiel (2023), quien añade que la Administración pública es una *potentior personae* y una simple orden cuya bastará para dejar de realizar una prestación cuando se ha extinguido un contrato previo y, a diferencia del contratista,

Por lo demás, con la inclusión en el valor de la prestación del beneficio industrial y los intereses, no se trata, como en ocasiones se critica, de que el contrato inválido produzca los mismos efectos que si fuera conforme a derecho. Para empezar, los efectos no son los mismos porque con la invalidez se produce la desvinculación de las partes del contrato, de modo que carecerán de fundamento jurídico atendible las pretensiones dirigidas a su cumplimiento. Respecto del pasado, los efectos de la restitución pueden coincidir en ocasiones con los de la ejecución del contrato, pero no su fundamento (la nulidad en un caso y el cumplimiento del contrato válido en el otro). En cualquier caso, conviene no olvidar que nada impide que el derecho disponga que los efectos sean idénticos en uno y otro caso, pues, como ya se señaló, la ineficacia *ex tunc* no es una consecuencia lógica de la invalidez, sino normativa y, por tanto, puramente convencional. Como se vio, la Directiva de recursos permite que los Estados dispongan que la invalidez de un contrato no determina su ineficacia, por lo que puede producir los mismos efectos que si fuera válido si se imponen sanciones al poder adjudicador. Y, por ejemplo, en el ámbito laboral, el art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone para los contratos de servicios que «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido».

### VIII. EL CARÁCTER NO RESTITUTORIO DE LOS INTERESES DE DEMORA Y DE LOS COSTES DE COBRO

Los intereses de demora, sin embargo, no forman parte del contenido de la obligación de restitución, pues no tratan de restablecer el *statu quo ante contractus*. Surgen de la mora o retraso en el pago por parte de la Administración<sup>73</sup>. Su naturaleza no es restitutoria, sino resarcitoria (art. 1108 CC)<sup>74</sup>. Por lo tanto, si la

---

siempre puede negarse a aceptar una prestación que no ha sido debidamente contratada (págs. 131-132).

<sup>73</sup> Sobre el tema, véase M. A. Andrés Llamas (2021), *La morosidad de la Administración: obligaciones y contratos públicos*, Madrid: Instituto García Oviedo-Tecnos, especialmente págs. 266 y ss.

<sup>74</sup> Como señala A. Carrasco Perera (2021), el interés moratorio del art. 1108 CC no es el interés restitutorio de los arts. 1295 (relativo a la rescisión) y 1303 del CC, pues estos se devengan desde que se hizo la prestación restituible, mientras que los moratorios nacen de la mora y se devengan a partir de que se reclamen (pág. 1338). La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS es clara acerca del carácter resarcitorio de los intereses de demora. Su Sentencia de 4 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1652), por ejemplo, tras destacar que la obligación legal de restituir que impone el art. 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, y por eso las partes deben restituirse las prestaciones con sus frutos e intereses, que deben computarse desde que se hizo el pago que se restituye, añade

prestación recibida por la Administración no se puede restituir *in natura*, el valor que debe restituírle al contratista no incluye los intereses de demora, como tampoco los eventuales costes de cobro de las facturas emitidas por las prestaciones efectivamente realizadas (y no pagadas) del contrato declarado inválido.

El art. 198.4 de la LCSP asocia los intereses de demora a un contrato válido en cuyo pago del precio se retrasa la Administración. El TS también vincula los intereses de demora al retraso en el pago del precio de un contrato (o un modificado) válidamente celebrado<sup>75</sup>. La STS de 13 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4706), citada más arriba, señala que «la obligación accesoria y de naturaleza resarcitoria en que consiste el pago de intereses de demora no puede surgir al margen de una obligación principal vencida y exigible. La existencia de un crédito exigible precisa un acto de reconocimiento de la obligación de cuyo incumplimiento parte el devengo de intereses (arts. 24 y 73.4, en relación con los arts. 1001 y 1108 CC)» (FD 5). En la doctrina se ha señalado, en el mismo sentido, que la legislación de contratos asocia el devengo de intereses de demora a un contrato válido, de modo que, si lo reclamado deriva de una contratación

---

que: «La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio y se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC)» (FD 3). La STC 76/1990, de 26 de abril, señaló que los intereses de demora de la Ley General Tributaria no tienen naturaleza sancionadora sino reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria (FJ 9 B). La naturaleza resarcitoria de los intereses de demora también ha sido destacada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS: por ejemplo, Sentencias de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:433), de 13 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4706), o de 4 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1181).

<sup>75</sup> SSTS de 2 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:4711); de 24 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6447); de 18 de febrero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:803), o de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2426), que cita a las anteriores y niega los intereses de demora en una modificación contractual declarada nula de oficio por la Administración, aunque afirma literalmente que «la referencia a la entrada del contrato en fase de liquidación [que hace el art. 35.1 de la LCSP de 2007] *no impide que la acción restitutoria incluya el abono de los intereses de demora desde la realización de las obras irregulares*, debemos atenernos en el presente caso a las circunstancias concurrentes ya expresadas» (FD 2.5), circunstancias que, como ya señalé, consisten en que la Administración declaró de oficio la nulidad de las actuaciones de ejecución de unas unidades de obra y fijó una «indemnización» a favor del contratista con fundamento en el «principio que prohíbe el enriquecimiento injusto» que devino firme. El ATS de 20 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:14258A), todavía no resuelto, admite como cuestión de interés casacional que se precise si «las obras no previstas en los proyectos de obras por falta de aprobación de modificado en plazo por la Administración, que son recibidas y ocupadas por la Administración, generan intereses de demora y, en caso afirmativo, se determine si el *dies a quo* para el cómputo corresponde al momento de la recepción de las obras ejecutadas fuera de proyecto, o cuando se emite el documento de reconocimiento del crédito para el pago de la deuda».

irregular, hasta que no se determine el derecho del contratista al cobro no procede el devengo de intereses de demora<sup>76</sup>.

Los intereses de demora no forman parte de la restitución, pero su naturaleza resarcitoria plantea la duda de si pueden reclamarse por la vía de la responsabilidad *ex art. 42.1 LCSP in fine*. Aunque todo esto excede ya el objeto del presente trabajo, en los supuestos en los que la causa de la invalidez sea imputable exclusivamente a la Administración, podría entenderse que, de no haber sido por la invalidez del contrato, el contratista (que realizó la prestación pero no recibió tempestivamente el pago de la Administración) hubiera recibido finalmente (tras la correspondiente reclamación en cumplimiento del contrato) el precio y los intereses de demora, por lo que ha sido la invalidez la que finalmente le ha privado de la posibilidad de cobrar estos.

También cabe plantearse si, en tales casos, procede el abono de los intereses de demora en virtud de la aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por considerar que el concepto de operación comercial no cabe identificarlo sin más con la existencia de un contrato. El ATS de Auto de 31 de enero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:814A) ha fijado como cuestión que reviste interés casacional determinar si la prestación obligatoria de un suministro esencial a la Administración, sin contrato administrativo, es una operación comercial en el sentido de los arts. 1 y 3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y si la mora en el pago de dicha prestación por parte de la Administración obliga a esta al pago de intereses moratorios y a la compensación por costos de cobro<sup>77</sup>.

Ahora bien, si prosperara la reclamación por alguna de estas dos vías (responsabilidad *ex art. 42.1 in fine LCSP* o aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, a los contratos inválidos), en rigor, lo que debería abonarse al contratista es la diferencia entre el tipo de los intereses de demora y los legales que haya recibido por la vía de la restitución.

Lo mismo cabría plantearse (eventual aplicación de ambas vías) para el coste por el cobro de las facturas emitidas por el contratista por las prestaciones efectivamente realizadas del contrato declarado inválido<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> B. Sesma Sánchez (2023a, pág. 139), quien precisa que hasta que no hay reconocimiento de la obligación de pago (y en la contratación irregular no se produce hasta que así lo dice una resolución administrativa o una sentencia) no estamos ante una obligación vencida, líquida y exigible, idónea para devengar intereses de demora.

<sup>77</sup> La STJUE de 20 de octubre de 2022, asunto C-585/20 (EU:C:2022:806), recuerda que la Directiva 2011/7 se aplica a todos los pagos efectuados como contraprestación en «operaciones comerciales» y que ese concepto se define de manera amplia en el art. 2.1 (apdo. 21).

<sup>78</sup> Sobre los costes de cobro de las facturas, véase la citada STJUE de 20 de octubre de 2022, asunto C-585/20, así como la sentencia de 11 de julio de 2024, asunto C279/23 (EU:C:2024:605), que precisan que la Directiva 2011/7 trata de proteger al acreedor frente a la morosidad del deudor «garantizándole una compensación lo más completa posible».

## IX. CONCLUSIÓN

Concluyo. La regulación de la invalidez de los contratos públicos en nuestro país es asistemática, confusa y parcial. La referida a las consecuencias derivadas de la anulación de los contratos también, pues carecemos de un marco completo, preciso y adecuado de tales consecuencias.

Como también ocurre con las técnicas al servicio del reequilibrio económico, cuyo ocaso es manifiesto y sus deficiencias se han revelado claramente tras la pandemia, la legislación de los contratos públicos se ha centrado en exceso en la fase precontractual, que resulta innecesariamente rígida, enrevesada y alejada por completo del principio de proporcionalidad procedimental, y, sin embargo, ha dejado de lado la fase de ejecución contractual, que no es menos importante que la anterior, pero presenta una regulación imprecisa, deficiente y parcial.

En cualquier caso, aunque la regulación de las consecuencias de la invalidez de los contratos es ciertamente mejorable, creo que es peor su aplicación. La interpretación de los efectos o consecuencias de la invalidez de los contratos públicos que están haciendo los órganos consultivos y numerosas resoluciones judiciales (desplazando las consecuencias restitutorias previstas legalmente y detrayendo del valor de la prestación el beneficio industrial y los intereses) está provocando que la Administración tenga cada vez menos incentivos para respetar los estrictos requisitos de la contratación y cuente con más alicientes para vulnerar tales exigencias, prorrogar *contra legem* los contratos, ordenar ilegalmente acuerdos de continuidad o mantener los efectos de los contratos a pesar de haber declarado de oficio su nulidad.

Esto resulta contrario a la función de dirección de la actividad administrativa que deben cumplir las normas que regulan la invalidez de los contratos públicos y establecen sus efectos o consecuencias. Estas normas deben constituir un incentivo para que la Administración respete el derecho de la contrata-

---

Por eso, la primera señala que el art. 6 de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que la cantidad fija mínima de 40 euros debe abonarse por cada operación comercial no pagada a su vencimiento, acreditada en una factura, incluso cuando esa factura se presente conjuntamente con otras facturas en una reclamación administrativa o judicial única (apdo. 60.1). Mientras que la segunda refuerza ese argumento añadiendo que los costes de cobro tienden a aumentar en proporción al número de pagos y cantidades que el deudor no satisface a su vencimiento (apdo. 28), por lo que no cabe negar el cobro de esa cantidad fija por cada factura en concepto de compensación por el hecho de que el retraso en el pago del deudor no sea significativo o porque el importe de la deuda afectada por el retraso en el pago del deudor sea escaso (apdo. 33). El ATS de 19 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1950A) admite un recurso de casación en el que se trata de determinar si la cantidad fija de 40 euros por gastos de cobro del art. 8.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, «debe interpretarse en el sentido de reconocer que los 40 euros deben abonarse por cada una de las facturas abonadas con demora», a lo que parece que tendrá que responder afirmativamente de conformidad con la jurisprudencia del TJUE referida.

ción pública. Esa función de incentivo y dirección no se cumple con la interpretación que se está haciendo y he criticado, pues el mensaje que se manda a la Administración es que puede seguir desarrollando su actuación contractual de forma irregular, ya que paga menos si celebra contratos inválidos que si lo hace respetando la legalidad.